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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 89 (1970)

Artikel: Problèmes du droit suisse des cartels

Autor: Matile, Jacques

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896018

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 06.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

PROBLÈMES DU DROIT SUISSE DES CARTELS

Rapport présenté par

JACQUES MATILE

Docteur en droit, avocat, Lausanne

TABLE DES MATIÈRES

Ouvrages et articles cités 161
Abréviations 163
Introduction 164

Première partie

Le marché de certains biens ou de certains services

1. Généralités 166
1.1. Introduction 166
1.2. Portée de la notion de «marché déterminant» en droit suisse des cartels 167
1.2.1. Pour le champ d'application de la loi 167
1.2.2. Pour les dispositions de droit civil 168
1.2.3. Pour les dispositions de droit administratif . . . 170
1.3. Unité ou dualité du concept de «marché déterminant» . 173
1.4. Utilité des références à la doctrine et à la jurisprudence étrangères 177
2. Définition du «marché de certains biens ou de certains services» en droit suisse 182
2.1. Etat actuel de la question 182
2.1.1. Les travaux préparatoires 182
2.1.2. La jurisprudence 184
2.1.3. La doctrine 188
2.2. Critères pour la définition du «marché déterminant» . . 190
2.2.1. Limitation du marché par son objet 190
2.2.2. Limitation du marché dans l'espace 204
2.2.3. Conclusions 205

3. Conséquences de la définition du «marché déterminant» . 206
3.1. Champ d'application de la loi 206
3.2. Dispositions de droit civil 208

Deuxième partie

Les prix imposés

1. Introduction 218
2. Généralités 219
2.1. Définition générale des prix imposés 220
2.2. Le champ d'application de la loi sur les cartels dans le domaine des prix imposés 221
3. Les dispositions de droit civil 227
3.1. La convention imposant des prix de revente 228
3.1.1. Conclusion du contrat 228
3.1.2. Contenu du contrat 230
3.1.3. Fin du contrat 232
3.2. La sanction de la violation d'une convention relative aux prix imposés 233
3.2.1. Les prix imposés «raisonnables» 234
3.2.2. Le respect du principe de la subsidiarité et de la proportionnalité 239
3.2.3. Le respect du principe de l'égalité de traitement . . 240
3.2.4. Questions de procédure 242
3.3. La sanction de l'inobservation de prix imposés par des tiers 243
3.3.1. Champ d'application des art. 4/5 LCart 243
3.3.2. Principe de l'illicéité des mesures prises contre un outsider 245
3.3.3. Conditions de la licéité des mesures prises contre un outsider 246
3.3.3.1. Justification tirée d'intérêts légitimes prépondérants 247
3.3.3.2. Le principe de la proportionnalité et de la subsidiarité 249
3.3.3.3. Le principe de l'égalité de traitement . . 252
3.3.3.4. Conclusions 252
4. Les dispositions de droit administratif 253
4.1. Les effets nuisibles des cartels 254
4.2. Les effets nuisibles des prix imposés 260

OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS

Les ouvrages sont cités dans les notes par le nom de leur auteur et, en cas de pluralité d'ouvrages du même auteur, par l'adjonction des mots en italique dans la bibliographie.

ALLEMANN, HUGO. Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmen. WuR 1965, p. 213 ss.

AUER, B. Articles de marque sans imposition des prix, dans Bulletin de documentation économique 1967, n° 5, p. 3 ss.

BARNIKEL, HANS-HEINRICH. Die Abgrenzung des relevanten Marktes. WuW 1961, p. 246 ss.

BRAUN, ANTOINE/GLEISS, ALFRED/HIRSCH, MARTIN. Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne. Bruxelles et Paris 1967.

BURKI, PAUL-HENRI. Le problème de l'abus des positions dominantes des grandes entreprises dans le Marché Commun (d'après l'art. 86 du Traité de Rome). Berne 1968.

CARABIBER, CHARLES. Trusts, cartels et ententes (Législation et Jurisprudence des principaux pays industriels et de la Communauté Economique Européenne) 2e éd. Paris 1967.

Commission d'étude des prix du département fédéral de l'économie publique. Les cartels et la concurrence en Suisse. Berne 1957 (cité: *rapport CEP*).

Commission suisse des cartels. *Publications* de la commission suisse des cartels. Zurich 1966 et ss.

DESCHENAUX, HENRI. *L'esprit* de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, dans Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, p. 193 ss.

– La notion d'*effets* nuisibles des cartels et organisations analogues dans Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 24 (1968), p. 79 ss.

– A propos de l'*ouvrage* «Das Schweizerische Kartellgesetz» du professeur Hans Merz, dans RDS 87 I, 1968, p. 73 ss.

FIKENTISCHER, WOLFGANG. Die vertikale Preisempfehlung. München und Berlin 1960.

FRÖHLICHER, K. Die Kartellkommission und der Wettbewerb, dans WuR 1968, p. 240 ss.

GÜNTHER, EBERHARD. Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Karlsruhe 1960.

HENRICHS, HELMUT. Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, dans WuW 1967, p. 255 ss.

HOMBURGER, ERIC. Rechtsgrundlagen der Interessenabwegung bei Anwendung des Kartellgesetzes. (manuscrit)

JOHANNES, HARTMUT. Zur Entscheidung des Bundesgerichtes über den Begriff des «Marktes für bestimmte Waren oder Leistungen», dans ZBJV 1967, 397ss.

KAUFER, ERICH. Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, dans Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. 1967, p.301ss.

KOLLER, ARNOLD. Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, dans Festschrift für Walther Hug, p. 97ss.

KUMMER, MAX. Der Begriff des Kartells (Abhandlungen zum schweiz. Recht. 372). Bern 1966.

MATTMANN, HUGO. Die Preisbindung der zweiten Hand nach dem schweizerischen Kartellgesetz. Thèse Fribourg 1969.

MERZ, HANS. Kartellrecht – *Instrument* der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, dans WuR 1966, 1ss.

– Das schweizerische *Kartellgesetz*. Bern 1967.

– *Rationalisierung* und Kartellrecht, dans Festschrift Walther Hug, Bern 1968, p. 121ss.

– Die kartellistische Durchsetzung von *Preisvereinbarungen* und Kalkulationsnormen. (Ein Beitrag zur rechtlichen Beurteilung der Preisunterbietung), dans «Mélanges Roger Secrétan», Lausanne 1964.

– Die privatrechtliche *Rechtsprechung* des Bundesgerichtes 1965, dans ZBJV 1965, p. 3ss, notamment p. 25ss.

MÜLLER-HENNEBERG, HANS / SCHWARTZ, GUSTAV. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht. *Gemeinschaftskommentar*. Köln 1963.

NEALE, A. D. The antitrust laws of the United States of America. Cambridge 1966.

SCHLUEP, WALTER R. Die *Rule of Reason* des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, dans WuR 1966, p. 36ss.

– Von der *Kontrahierungspflicht* der kartellähnlichen Organisation, dans WuR 1969, p. 193ss.

SCHÜRMANN, LEO. BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dez. 1962. Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister (*comm.*) Zürich 1964.

– Fragen aus der *Praxis* des Kartellrechtes, dans WuR 1968, p. 1ss.

– Die *Durchführung* des Kartellgesetzes, dans WuR 1969, p. 65ss.

SIEBER, HUGO. Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik, dans WuR 1967, p. 15ss.

SCHWENK, EDMUND H. Der Marktbegriff (Eine rechtsvergleichende Betrachtung), dans WuW 1960, p. 3ss.

VUARIDEL, ROGER. Les *problèmes* économiques de la loi fédérale sur les cartels et les organisations analogues et de son application, dans Revue économique et sociale, Lausanne 1967.
– L'objet et le niveau de la *concurrence* dans la théorie économique et dans la jurisprudence, dans WuR 1968, p. 111 ss.

Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (Bericht und Text des Gesetzesentwurfes der Expertenkommission). Bern, April 1959.
Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur les cartels et les organisations analogues (FF 1961. 11. 549).

ABRÉVIATIONS

CC	Code civil
CO	Code des obligations
comm.	commentaire
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen
LCart	Loi fédérale sur les cartels et organisations analogues
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
ss.	et suivants
WuR	Wirtschaft und Recht, Zürich
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Berne

INTRODUCTION

Le droit suisse des cartels offre à celui qui veut l'étudier un champ d'action extrêmement vaste. Branche relativement jeune de notre droit, il recèle de nombreux problèmes qui n'ont encore été qu'à peine abordés par la doctrine ou la jurisprudence. Mais, paradoxalement, beaucoup des questions qui se posent dans cette matière n'offrent pas actuellement un intérêt majeur pour le praticien, et plus particulièrement pour le civiliste. Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les cartels, la jurisprudence ne s'est pas développée avec la rapidité et l'ampleur que l'on pouvait attendre; elle reste relativement rare. La raison doit en être recherchée dans la remarquable efficacité de la Commission des cartels: usant avec fermeté de l'arsenal de droit administratif mis à sa disposition par le législateur, la Commission a su en effet s'imposer d'emblée et inspirer aux puissances économiques un respect qui se manifeste par l'empressement qu'elles mettent à suivre ses recommandations et à éviter des conflits qui enrichiraient la science juridique dans ce domaine.

Les limites fixées à un travail comme le nôtre nous imposaient un choix. Mais il fallait par ailleurs traiter des questions présentant un intérêt pratique actuel sans tomber dans la pure technicité. L'étude de problèmes généraux du droit des cartels se posant tant sur le terrain du droit civil que sur celui du droit administratif nous est apparue comme répondant à cette double nécessité. De la sorte en effet, sans nous cantonner dans un domaine particulier, nous pouvions faire ressortir certaines des caractéristiques des différents chapitres de la loi à la lumière d'institutions particulières. Ou, si l'on préfère, cette méthode nous permettait de présenter le droit suisse des cartels sous un éclairage inhabituel, alors qu'une étude consacrée à une institution déterminée eût été certes plus approfondie, mais moins générale.

Cette option prise, il restait à choisir les sujets. Le problème du marché déterminant s'est imposé à nous comme étant l'un des premiers qui s'était posé au juge chargé d'appliquer la loi, et cela avec d'autant plus de force qu'on ne lui avait guère prêté attention auparavant. Celui des prix imposés, lui aussi traité sommairement dans la loi, a un intérêt pratique qui n'échappe à personne, même si les circonstances du moment lui ont ôté une vedette qu'il risque fort de retrouver un jour. Notre objectif sera donc de brosser, à travers ces deux institutions, un tableau du droit suisse des cartels et de certains des problèmes qui s'y posent.

PREMIÈRE PARTIE

LE MARCHÉ DE CERTAINS BIENS OU DE CERTAINS SERVICES

1. Généralités

1.1. Introduction

Ce n'est pas l'effet du hasard si l'un des premiers arrêts du Tribunal fédéral[1] et plusieurs décisions cantonales[2] rendues depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels traitent de près ou de loin de la définition du «marché de certains biens ou de certains services». Cette notion, qui n'avait guère attiré l'attention lors des travaux préparatoires de la loi, est en effet l'une des clés de l'application de toute législation cartellaire. Elle délimite le domaine où s'exerce la concurrence. Elle fixe tout d'abord une partie du champ d'application de la loi et joue un rôle essentiel pour définir les organisations analogues; le nombre des positions dominantes, et avec lui celui des organisations analogues, croît en effet au fur et à mesure que le concept du marché est conçu de manière plus étroite[3]. Le marché détermine ensuite le cadre dans lequel le juge doit apprécier les restrictions à la concurrence. Plus la notion de «marché» est interprétée de manière étroite, plus le nombre des mesures restrictives tombant sous le coup de la loi est grand. En revanche, si elle

---

[1] Walch c/Navazza, 22 décembre 1965, RO 91.II. 489 = JdT 1966. I.621 = Publications 1966, p. 217.

[2] Angehrn & Cie c/Verband des Schweizerischen Spirituosengewerbes, 6 janvier 1966, Publications 1967, p. 323; Walch c/Verband des Schweizerischen Spirituosengewerbes, 25 juillet 1966, Publications 1967, p. 327; Miremont S.A. c/Albert Froidevaux & Fils et Omega Louis Brandt & Frères S.A., 6 février 1967, Publications 1967, p. 333.

[3] Braun/Gleiss/Hirsch, n. 206.

reçoit une interprétation extensive, le nombre des mesures illicites diminue. Il tombe en effet sous le sens que la même entrave a des effets sensiblement différents suivant qu'on l'apprécie dans un marché étroit, où les échappatoires sont pratiquement nulles, ou dans le cadre d'un large secteur de l'activité économique. Pas plus que les autres législations cartellaires, le droit suisse ne peut donc échapper à la nécessité de définir du «marché de certains biens ou de certains services», appelé tantôt «marché déterminant», tantôt «marché relevant» ou «marché en cause»[4].

Toutefois, avant de pouvoir faire cette étude, il convient d'élucider quelques questions préliminaires. La première est de savoir quels sont exactement les domaines du droit des cartels où la définition du marché déterminant joue un rôle et quel est ce rôle. La deuxième consiste à déterminer si cette définition est unique ou si elle varie suivant les domaines où elle s'applique. Il est enfin nécessaire d'examiner dans quelle mesure la doctrine et la jurisprudence étrangères peuvent être utilisées pour les besoins de notre recherche.

1.2. Portée de la notion de «marché déterminant» en droit suisse des cartels

1.2.1. Pour le champ d'application de la loi

Seuls les art. 2 et 3 LCart se réfèrent expressément au «marché de certains biens et de certains services». L'art. 2 ne fait en effet entrer dans la définition des cartels que les conventions et décisions qui influencent ou sont propres à influencer le marché de certains biens ou de certains services. L'art. 3 classe parmi les organisations analogues les entreprises qui, de diverses manières, dominent ou influencent d'une manière déterminante ce marché. A première vue, l'on pourrait penser que la jurisprudence va être appelée à

---

[4] SCHÜRMANN, Durchführung, p. 67: «Der Marktbegriff ist daher grundlegend»: pour les organisations analogues, SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, p. 195.

définir le marché dans le cadre de l'une comme de l'autre de ces dispositions, peut-être même plus souvent en ce qui concerne l'art. 2 puisque les cartels sont sans doute plus nombreux que les organisations analogues. A la réflexion, nous pensons qu'il n'en sera rien. Tout au contraire, c'est lors de l'application de l'art. 3 que juges et commissaires vont devoir se pencher le plus souvent sur cette définition.

En effet, dans la définition du cartel, le marché relevant ne joue en définitive qu'un rôle secondaire: si deux ou plusieurs entreprises en concurrence passent des accords ou prennent en commun des décisions pour limiter collectivement la concurrence, elles ne le feront en principe que dans le cadre d'un ou de plusieurs marchés de biens ou de services déterminés. L'existence même de l'accord suppose celui d'un marché si bien que, par une sorte de présomption de fait, le juge pourra admettre presque toujours, et sans plus ample examen, que les accords pris l'ont été dans le cadre d'un marché.

Toute autre est la situation lorsqu'une organisation analogue est mise en cause. Comme la définition même de l'organisation analogue implique qu'elle domine ou influence de manière déterminante un certain marché, force sera au juge de définir, à ce stade déjà, de quel marché il s'agit[5]. A défaut, ilserait impossible de trancher la question de l'existence même de l'organisation analogue faute d'avoir précisé le cadre dans lequel doit être appréciée l'activité de l'institution visée.

Ainsi, au niveau du champ d'application de la loi, la question de la définition du marché déterminant se posera toujours lorsqu'une organisation analogue sera en cause, rarement, du moins dans toute son ampleur, lorsque ce sera un cartel.

1.2.2. Pour les dispositions de droit civil

Il n'est pas question du «marché de certains biens et de certains services» dans les art. 4 à 16 LCart. Faut-il en conclure que ce concept ne joue aucun rôle dans l'application de

---

[5] SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, p. 195.

la loi sur le terrain du droit civil? Nous ne le pensons pas.

Comme le relève SCHÜRMANN, le marché est une notion fondamentale pour le droit des cartels[6]. C'est en effet dans le cadre du marché que se joue la concurrence; il est le champ où s'exerce l'activité des commerçants de tous ordres, organisés ou pas. Sa structure, la manière selon laquelle s'y déroule le jeu de la concurrence sont décisifs pour porter un jugement sur l'activité qu'y déploient ceux qui y participent, et plus spécialement les cartels et les organisations analogues. Mais il est non moins évident que si la loi sur les cartels doit influencer les marchés et la concurrence qui s'y déroule, ceux qui sont chargés de l'appliquer, notamment sur le terrain du droit civil, ne peuvent échapper à la nécessité d'en définir les limites. S'ils ne le faisaient pas, ils seraient dans l'incapacité de porter les jugements de valeur indispensables pour appliquer les dispositions légales. Il est en effet évident qu'une mesure restreignant la concurrence sera appréciée de façon différente suivant l'extension que l'on donne au marché où on la considère: elle sera insignifiante si les limites du marché sont tracées largement et laissent aux victimes de discriminations un champ d'activité substantiel; elle pourra au contraire constituer une entrave très grave pour ceux qui en sont l'objet si le marché où elle s'applique est restreint et ne permet pas d'échappatoire. Il est donc indispensable pour pouvoir apprécier le comportement d'un cartel et pour en tirer les conséquences qu'y attache la loi de fixer préalablement le cadre de cette appréciation, c'est-à-dire de définir le marché en cause.

Nous sommes donc d'avis que, bien que le texte légal n'y fasse aucune allusion, le concept de marché déterminant joue aussi un rôle important dans l'application des dispositions de droit civil de la loi sur les cartels. Le définir est une condition préalable indispensable non seulement pour que les sanctions légales soient applicables, mais encore pour qu'elles puissent être appliquées.

---

[6] SCHÜRMANN, Durchführung, p. 67/68

1.2.3. Pour les dispositions de droit administratif

A première vue, le marché déterminant ne paraît jouer aucun rôle pour l'application des dispositions de droit administratif de la loi sur les cartels[7]. Il n'y est fait aucune allusion quelconque aux art. 17ss. de la loi, et plus particulièrement aux art. 18 (enquêtes générales), 20 (enquêtes spéciales) et 22 (action administrative). Est-ce à dire que cette notion ne joue pas de rôle en matière de droit administratif?

Avec SCHÜRMANN[8], nous pensons que la réalité est quelque peu différente. Le champ d'application de la loi est défini de la même manière pour les règles de droit civil que pour celles de droit administratif. Ce que nous avons dit plus haut du rôle de la définition du marché déterminant pour le champ d'application de la loi convient donc ici sans restriction. Au surplus, c'est aux mêmes art. 2 et 3 LCart qu'il faut chercher la définition des cartels et des organisations analogues dont l'évolution et les effets font l'objet des enquêtes générales et spéciales de la commission des cartels. Il est donc important de définir dès l'abord là aussi le marché déterminant de manière adéquate puisqu'il va former un des cadres dans lequel la commission va poursuivre ses investigations.

Nous avons dit un des cadres et non pas le seul cadre. En effet, l'art. 22 LCart, en instituant l'action administrative qui est la fin dernière des enquêtes de la commission, précise que cette action est intentée à un cartel ou à une organisation analogue qui empêche la concurrence ou l'entrave notablement *dans une branche économique ou une profession* (c'est nous qui soulignons, réd.) d'une manière incompatible avec l'intérêt général. Ce n'est donc pas le marché, mais bien la branche économique («Wirtschaftszweig») ou la profession («Beruf») qui constituent le milieu dans lequel la Commission des cartels, le Département fédéral de l'économie publique et, en définitive, le Tribunal fédéral devront se placer pour apprécier le bien fondé d'une action administrative.

---

[7] KOLLER, p. 113, n. 64; SCHÜRMANN, Durchführung, p. 69.
[8] SCHÜRMANN, Durchführung, p. 69/70.

Que faut-il entendre par là ? Selon le dictionnaire Robert, la «branche» est, au sens figuré, la division d'un système complexe; la «branche économique» est donc une des divisions du système économique en général. Il s'agit d'une notion plus générale que celle de «marché». Elle comprend nécessairement, dans le sens vertical, tous les marchés qui s'étagent de la production à la distribution de détail; elle peut en outre être constituée, à chaque niveau économique, par un ou plusieurs marchés dont l'objet est différent.

Illustrons ces considérations d'un exemple: la branche sanitaire[9] comprend, de la production à la consommation, trois marchés successifs: le marché producteurs-grossistes, le marché grossistes-installateurs et le marché installateurs-consommateurs. Ces deux premiers marchés se divisent en deux, celui des appareils sanitaires d'une part, celui de la robinetterie d'autre part; mais au niveau économique inférieur, celui des installateurs, il n'y a plus qu'un seul marché mixte, de biens et de services, celui de l'installation sanitaire. Quant à la profession, elle apparaît correspondre, sur le plan des services, à ce que la branche économique est au marché de certains biens.

Dans l'action administrative, les effets des cartels doivent être appréciés dans un cadre plus large qu'en matière de droit civil, ce sont leurs effets sur le fonctionnement de l'ensemble de la branche économique ou de la profession qui seront déterminants pour juger si les effets incompatibles avec l'effet général se sont produits. L'action administrative et les enquêtes qui la précèdent doivent donc intervenir dans une perspective globale où telle entrave déclarée illicite sur le terrain de droit civil pourrait bien n'être pas décisive pour entraîner la condamnation de l'action du cartel en fonction de l'intérêt général. Est-ce à dire que le marché ne joue aucun rôle dans cette application ? Nous ne le pensons pas. Hormis le cas où une branche économique constitue un seul marché, le fait qu'un marché est complètement sclérosé par

---

[9] Publications, 1968, p. 159 ss.

des ententes ou des positions dominantes pourra difficilement n'être pas considéré comme un effet nuisible du cartel s'il joue un rôle important dans la branche économique où il s'insère.

Les rapports de la commission des cartels font bien ressortir la distinction que nous venons de faire; ils ont trait à des «branches économiques» qui, suivant les cas, comprennent un ou plusieurs marchés. Ainsi, par exemple:

– Les marchés de la bière et des eaux minérales et limonades forment le secteur des boissons[10].

– Le marché des spécialités pharmaceutiques et celui des produits hygiéniques et cosmétiques appartiennent à la même branche économique[11].

– Le secteur des matériaux de construction se divise en une série de marchés particuliers (liants, tuiles, bitumes et asphaltes, articles en ciment, panneaux légers) que la commission a étudiés séparément[12].

– La branche des carburants et combustibles qui, au niveau de la production, comporte un marché unique pour se différencier, à celui de la distribution, en un marché de l'essence et un marché des huiles de chauffage[13].

– La branche sanitaire où la commission a distingué le marché des appareils sanitaires et celui de la robinetterie[14].

– Le secteur laitier qui se confond, au niveau de la production avec le marché du lait[15].

Ainsi, si la notion de «marché déterminant» ne joue pas en matière administrative le rôle fondamental que lui assignent les dispositions sur le champ d'application de la loi et celles de droit civil, elle ne peut pas être négligée dans le cadre des dispositions de droit administratif.

---

[10] Publications 1966, p. 91 ss.
[11] Publications 1966, p. 221 ss.
[12] Publications 1966, p. 24 ss. et 1967, p. 213 ss.
[13] Publications 1968, p. 17 ss.
[14] Publications 1968, p. 159 ss.
[15] Publications 1969, p. 28 ss.

1.3. Unité ou dualité du concept de «marché déterminant»

La définition du marché déterminant est-elle unique? Est-elle au contraire différente suivant qu'il s'agit d'appliquer les règles sur le champ d'application de la loi ou celles de fond? Ces questions sont parmi les premières qu'ait suscitées le premier et seul arrêt rendu en la matière par le Tribunal fédéral, l'arrêt Walch c. Navazza[16]. Notre haute Cour y a défini le marché relevant au sens de l'art. 3 LCart comme comprenant, outre les produits d'une entreprise déterminée, les marchandises identiques ou analogues, soit l'ensemble des «biens ou services qui, selon l'appréciation raisonnable de l'acheteur, sont interchangeables parce qu'ils ont la même destination et les mêmes propriétés». MERZ[17], suivi par la doctrine unanime, a fait grief au Tribunal fédéral d'avoir inclus dans sa définition du marché non seulement un bien (ou un service) déterminé, mais encore les biens de substitution, alors qu'il examinait la notion de position dominante sous l'angle de l'art. 3 LCart. Selon les auteurs, cette question ne relève pas de l'art. 3, qui traite du champ d'application de la loi, mais bien des art. 4/5 LCart, soit du fond du droit. Si l'on suit ces critiques, et qu'on tire toutes les conséquences de leur raisonnement, on aboutit nécessairement à la conclusion qu'il y aurait en droit suisse deux définitions différentes du marché déterminant suivant qu'on se place sur le terrain des art. 2/3 ou sur celui des art. 4/5 LCart:

D'une part, une notion étroite qui restreindrait l'objet du marché à une marchandise ne se distinguant d'une autre que par des détails, et qui permettrait d'étendre au maximum le champ d'application de la loi dans le domaine des organisations analogues – plus le marché est étroit, plus vite il y a position dominante –; d'autre part, un concept plus large, où les biens de substitution joueraient un rôle, pour

---

[16] RO 91.II.489 = JdT 1966.I.621 = Publications 1966, p. 217.

[17] MERZ, Rechtsprechung, p. 27; Kartellgesetz, p. 29 ss. et 44 ss.; KOLLER, p. 109 ss.; SCHÜRMANN, Praxis, p. 11 ss., Durchführung, p. 68; SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, p. 195 ss.

juger si l'entrave à la concurrence émanant d'un cartel ou d'une organisation analogue est illicite[18]. Cette dualité serait justifiée par le fait que, dans notre droit, l'existence d'une organisation analogue comme telle n'entraîne pas d'autres conséquences que sa soumission à la loi sur les cartels, des sanctions ne pouvant être prises contre elle que si elle prend contre un tiers l'une des mesures visées par l'art. 4 LCart.

La thèse des critiques de la jurisprudence fédérale trouve un certain appui dans les travaux préparatoires de la loi. La commission d'experts[19] et le Conseil fédéral[20] déclarent tous deux souhaitable que le champ d'application de la loi soit étendu «dans toute la mesure compatible avec la Constitution afin que la loi puisse atteindre toute entrave s'exerçant sur le marché». Ce vœu a trouvé son expression dans les définitions du cartel et de l'organisation analogue qui figurent aux art. 2 et 3 LCart; il doit être respecté dans la mesure où les textes l'ont matérialisé. Il eût été en effet parfaitement inutile de définir le champ d'application de la loi sur les cartels à ses art. 2 et 3 si, par une interprétation extensive du marché déterminant, on arrive à soumettre à la loi tous ceux qui participent à l'activité économique, fût-ce sur un marché sans aucune signification réelle[21]. Le législateur a précisément voulu restreindre le champ d'application de la loi aux cartels et aux organisations analogues qui déploient leur activité sur le marché de *certains* (c'est nous qui soulignons) biens et de *certains* services, et non pas l'étendre au marché de n'importe quel bien ou de n'importe quel service.

---

[18] SCHÜRMANN, comm., p. 43; Durchführung, p. 69; KOLLER, p. 112.

[19] *Vorarbeiten*, p. 9.

[20] *Message*, FF 1961.II.564.

[21] SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, p. 197, fait remarquer à juste titre qu'il n'aurait pas été nécessaire de définir le champ d'application de la loi, si, comme le professe la doctrine dominante, l'application de la loi n'était exclue que s'il n'y a aucun marché possible. Mais il se rallie néanmoins à l'opinion dominante parce que le simple fait de soumettre une organisation analogue à la loi n'entraîne encore aucune conséquence pratique.

On n'échappe pas à cette contradiction en constatant que le fait de soumettre un cartel[22] et, dans la plupart des cas, une ou des entreprises à la loi n'entraîne encore pour eux aucune conséquence juridique[23]. Si le fait est exact, il n'est pas pertinent et ne permet pas de passer outre la volonté exprimée par le législateur dans des textes qui, pour nécessiter une interprétation, n'en manifestent pas moins son intention de limiter l'application de la loi aux entreprises qui occupent une position dominante sur un marché déterminé. L'opinion de la doctrine dominante nous paraît procéder de sa tendance à chercher par tous les moyens à étendre le plus possible le champ d'application de la loi pour des raisons qui tiennent plus à une prise de position anticartellaire de principe qu'à l'interprétation stricte des textes. Cette attitude conduit naturellement ceux qui s'en réclament à définir le marché déterminant en deux temps: tout d'abord aussi étroitement que possible pour augmenter au maximum le nombre des organisations soumises à la loi, ensuite d'une manière plus compatible avec les faits économiques pour que la loi puisse être appliquée dans son véritable esprit. Nous pensons que cette démarche, qui ne trouve pas d'appui dans les textes, est inutile. Mieux vaut d'emblée soumettre à la loi, outre les cartels pour lesquels la définition du marché ne joue pas un rôle aussi important à ce stade, celles des organisations qui ont influencé de manière déterminante le marché même dans lequel on devra dire si les mesures prises sont illicites. Cette manière de faire conduit peut-être dans certains cas à

---

[22] En réalité, la question ne se posera à notre avis que rarement pour un cartel, car il est difficile d'imaginer qu'une organisation dont le but est de limiter la concurrence ne se place pas sur un terrain où son activité puisse être efficace, c'est-à-dire sur un marché. C'est donc essentiellement pour les organisations analogues que la définition du marché déterminant va jouer un rôle essentiel au niveau de la délimitation du champ d'application de la loi.

[23] Merz, Kartellgesetz, p. 31; Koller, p. 112; Schürmann, Praxis, p. 11 et Durchführung, p. 69; Schluep, Kontrahierungspflicht, p. 198.

restreindre le champ d'application de la loi, mais elle ne diminue en aucune manière le nombre des cas où les sanctions légales peuvent s'appliquer, ce qui est en définitive l'essentiel.

Certes les art. 4 et 5 LCart ne font pas appel expressis verbis à la notion du marché; ils l'impliquent seulement en déclarant illicites les mesures prises par un cartel (ou une organisation analogue) si elles ont une influence notable sur la concurrence. Comme il faut bien un cadre dans lequel mesurer la nocivité de ces mesures et que ce cadre ne peut être que le marché où se déroule la concurrence, on ne peut que se référer au concept déjà employé aux art. 2 et 3 LCart. Cela a pour effet, à notre avis, d'intégrer la notion du «marché de certains biens et de certains services» contenue dans les définitions des art. 2 et 3 aux art. 4/5, et non pas d'y substituer, au stade de l'application, une notion nouvelle. Certes, la définition qu'on aura donnée du marché déterminant aura une influence considérable sur le caractère «notable» ou non de la restriction à la concurrence. Mais elle ne sera pas décisive à elle seule, puisqu'elle ne fera que définir le cadre dans lequel il faudra apprécier les effets de l'entrave sur l'activité économique du concurrent. Au surplus, il y aurait quelque illogisme à qualifier d'organisation analogue une entreprise dont on estime qu'elle occupe une position dominante dans un certain domaine pour constater l'instant d'après que, tout bien pesé, son influence sur la concurrence n'est pas décisive parce qu'on a examiné son activité dans un autre contexte. Le principe de l'économie n'exige-t-il pas que l'on constate d'emblée que, faute de position dominante dans le marché en cause, l'entreprise en question n'est pas une organisation analogue et ne tombe pas sous le coup de la loi?

Nous sommes donc d'avis que le texte légal exige que l'on définisse dès l'abord, c'est-à-dire lorsque se pose la question de savoir si la loi est applicable, quel est le marché déterminant et qu'il faudra recourir à cette même définition lors de l'application de la loi, et plus particulièrement des art. 4 et

5[24]. C'est sur cette base que nous fonderons la suite de cette étude.

1.4. Utilité des références à la doctrine et à la jurisprudence étrangères

Dans l'arrêt Walch c. Navazza, le Tribunal fédéral a étayé son raisonnement en se référant à la doctrine et à la jurisprudence allemande, américaine et européenne[25]. Ce faisant, il s'est attiré le reproche de certains auteurs d'avoir méconnu les particularités du droit suisse des cartels en se référant au résultat de l'interprétation de règles étrangères essentiellement différentes.

KOLLER[26] voit notamment la différence entre les systèmes étrangers et suisse dans le fait que l'art. 3 LCart ne fait que définir le champ d'application de la loi et que seuls les art. 4 et 22 en déduisent des conséquences juridiques, alors qu'en droit allemand et américain la définition du marché ne sert pas seulement à délimiter le champ d'application de la loi (Geltungsvoraussetzung), mais encore à son application matérielle (Anwendungsvoraussetzung).

Il est certain que, dans le domaine particulier du droit des ententes, on ne peut se référer aux législations étrangères qu'avec une grande prudence. Les règles en la matière sont en effet posées en fonction du but de la législation si bien que les notions auxquelles elles font appel ne peuvent être transposées sans autre dans un système différent[27]. Par ailleurs, une étude comparative complète des principales législations anticartellaires eût dépassé considérablement les limites assignées à ce travail. Force nous est donc de nous borner ici à un examen sommaire de trois d'entre elles, celles où, à

---

[24] Dans le même sens, HOMBURGER, p. 32.

[25] RO 91. II.489 = JdT 1966. I.621 = Publications 1966, p. 217.

[26] KOLLER, p. 111. Dans le même sens: JOHANNES, p. 397 ss.

[27] Le Tribunal fédéral n'a pas échappé à cet écueil dans l'arrêt Walch, puisqu'il se réfère à tort à l'art. 85 du Traité de Rome, et non pas à l'art. 86, ainsi que le démontre JOHANNES, p. 399 ss.

notre connaissance, le problème du marché déterminant a été le plus souvent examiné, pour déterminer dans quelle mesure il est possible de se référer à la jurisprudence et à la doctrine de ces pays dans la suite de cette étude.

S'agissant des cartels, le droit antitrust des USA, le droit allemand et le droit européen les prohibent en principe. Aux USA, la section 1 du Sherman act de 1890 déclare illégal «tout contrat ou entente quelconque, toute tentative en vue de restreindre la concurrence entre plusieurs états de l'Union ou des nations étrangères»[28]. En droit allemand, qui a été fortement influencé par la législation américaine[29], le § 1 de la loi contre les restrictions de la concurrence (GWB) déclare inefficaces les conventions cartellaires, sous réserve des exceptions prévues par la loi[30]. En droit européen enfin, l'art. 85 du Traité de Rome déclare «incompatibles avec le Marché commun et interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises, et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun...»[31]. Il prévoit néanmoins des exceptions à cette règle à son troisième alinéa, à la condition expresse toutefois que les accords, décisions ou pratiques visés satisfassent à plusieurs conditions cumulatives dont l'une est qu'ils ne donnent pas à ces entreprises la

---

[28] Sherman act, section 1: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations, is hereby declared to be illegal...»; NEALE, p. 3; CARABIBER, p. 50.

[29] GÜNTHER, p. 17.

[30] § 1 al. 1 GWB: «Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.»

[31] BRAUN/GLEISS/HIRSCH, p. 48.

possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

La situation est quelque peu différente pour les ententes qui sont qualifiées en Suisse d'organisations analogues. Le droit américain comme le droit européen les prohibent en principe. En effet, la section 2 du Sherman act qualifie de délit le fait pour une personne de monopoliser, ou de tenter de monopoliser, ou de prendre des arrangements avec d'autres personnes en vue de monopoliser une partie quelconque du commerce entre plusieurs états ou avec des nations étrangères[32], tandis que la section 7 du Clayton act de 1914 interdit toute concentration d'entreprises ayant pour effet de restreindre la concurrence ou de tendre à créer un monopole[33]. Quant au Traité de Rome, son art. 86 déclare «incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci». En revanche, le droit allemand se borne à définir au 22 GWB l'entreprise ou les entreprises qui dominent le marché et à prévoir différentes mesures pour réprimer leurs abus[34].

---

[32] Sherman act, section 2: «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of misdemeanour...». NEALE, p. 3 et 95.

[33] Clayton act, section 7: «That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce.» NEALE, p. 207.

[34] BARTHOLOMEYCZIK, Gemeinschaftskommentar, p. 632 ss., notamment p. 683.

La jurisprudence et la doctrine américaine, allemande et européenne ont toutes trois été amenées à définir le marché relevant, quand bien même leur système est différent du nôtre, sous réserve du traitement réservé aux organisations analogues par le droit allemand. Ainsi, la jurisprudence américaine dut préciser ce qu'était le marché déterminant pour pouvoir trancher la question de savoir s'il y avait restriction de la concurrence, formation ou tentative de formation d'un monopole tombant sous le coup de la loi. Elle n'a échappé à cette nécessité que dans la mesure où le droit des USA connaît des règles «per se»[35], c'est-à-dire des dispositions qui prohibent des pratiques restrictives de la concurrence pour elles-mêmes sans se préoccuper de leur influence réelle sur le marché. Dès l'instant en effet qu'une mesure restrictive, par exemple la fixation concertée d'un prix, est illicite en soi, il n'est pas nécessaire de définir le marché dans lequel elle est prise pour apprécier son illicéité. De leur côté, les juristes allemands et européens doivent définir le marché déterminant pour pouvoir décider de l'existence d'une position dominante au sens du 22 GWB[36] ou de l'art. 86 du Traité de Rome[37]. Pour eux, comme pour le juge suisse, la possibilité d'appliquer la loi dépend de l'existence de la maîtrise ou d'une influence décisive de la ou des entreprises considérées sur un marché déterminant, et cela quand bien même les conséquences que leurs lois respectives y attachent sont différentes.

Ce tableau sommaire de l'importance et du rôle du «marché déterminant» dans le droit de la concurrence des USA, de l'Allemagne fédérale et de la Communauté écono-

---

[35] Sur la définition des règles «per se», NEALE, p. 35 ss.; SCHLUEP, Rule of Reason, p. 42 ss.; sur l'effet des règles «per se» sur la doctrine du marché déterminant: GÜNTHER, p. 9.

[36] GÜNTHER, BARNIKEL, HENRICHS, KAUFER, op. cit.; BARTHOLOMEYCZIK, *Gemeinschaftskommentar*, p. 644 ss.

[37] BRAUN/GLEISS/HIRSCH. p. 177 ss.; JOHANNES, p. 401; BURKI, p. 50 ss.

mique européenne permet, dans l'optique où nous sommes placés, de tirer les conclusions suivantes:

a) Comme les différentes législations sur les ententes sont fondées sur des principes différents, une grande prudence est de mise au moment de transposer d'un système dans l'autre des notions ou des définitions qui, à première vue, leur paraissent communes. Telle législation peut en effet attribuer à ce qui paraît être un concept identique un rôle et un contenu sensiblement différents en fonction du but qu'elle s'est assignée. C'est ainsi que l'on ne peut affirmer a priori qu'il soit possible de reprendre sans autre la définition du «marché relevant» admise dans un pays qui prohibe les cartels là où les ententes sont déclarées en principe licites et où seuls leurs abus sont combattus. Il sera nécessaire dans chaque cas particulier d'examiner si cette transposition est possible en fonction du but poursuivi par les deux législations en cause. Tel devra en particulier être le cas s'agissant du domaine particulier des cartels stricto sensu où les aspects juridiques, donc particuliers à chaque législation, nous paraissent jouer un rôle décisif.

b) Mais il faut par ailleurs relever que la notion de marché est conditionnée à bien des égards par des faits économiques qui sont indépendants des législations sous l'empire desquelles elles se manifestent. L'économie ne se laisse pas enfermer dans les frontières que la législation assigne au droit. Dès lors, les analyses économiques auxquelles se sont livrés les auteurs et les juges étrangers ne peuvent laisser le juriste helvétique indifférent. Elles peuvent au contraire lui apporter un enrichissement certain s'il s'y réfère avec la prudence nécessaire. Cet aspect économique des choses est particulièrement sensible dans le domaine des organisations analogues: il s'agit en fait toujours de définir ce qu'est une position dominante, quelles que soient par ailleurs les conséquences que la loi attache ensuite à l'existence ou aux agissements de la ou des entreprises qui bénéficient de cette situation.

c) En définitive, bien que la prudence s'impose dans ce domaine, nous sommes d'avis que plus le problème posé est d'ordre économique et moins il est juridique, plus les comparaisons et les références à la doctrine et à la jurisprudence étrangères sont possibles et enrichissantes.

2. Définition du «marché de certains biens ou de certains services» en droit suisse

La loi sur les cartels ne contient aucune définition du «marché de certains biens ou de certains services». Pour tenter de préciser cette notion, nous chercherons en premier lieu les matériaux nécessaires à notre étude dans les travaux préparatoires, la jurisprudence et dans la doctrine, avant de tenter dans un deuxième paragraphe notre propre définition.

2.1. Etat actuel de la question

2.1.1. Les travaux préparatoires

Dans son rapport sur «les cartels et la concurrence en Suisse», la Commission d'étude des prix du Département fédéral de l'économie publique n'a pas posé de définition juridique du marché. Elle a travaillé sur la base du concept économique très général du marché considéré comme le «point de rencontre, la prise de contact, de l'offre et de la demande»[38]. Elle a étudié plus en détail les diverses formes du marché du point de vue économique et leur influence sur la cartellisation. A cette occasion, elle a examiné le cas de la concurrence homogène, «par laquelle il faut entendre que les différents vendeurs offrent des biens entièrement équivalents du point de vue économique», donc des biens identiques et celui de la concurrence hétérogène, qui se produit «lorsque les biens offerts par divers concurrents sont économiquement dissemblables, mais pas aussi profondément que dans le cas de l'offre isolée»[39]. Plus loin, elle a examiné l'influence de la

[38] *Rapport CEP*, p. 122.
[39] *Rapport CEP*, p. 125.

concurrence des biens de substitution sur l'efficacité des cartels, notamment en matière de prix, sans toutefois poser une définition du marché déterminant qui n'entrait pas dans ses objectifs[40]. Il n'en reste pas moins que la commission, si elle souligne l'influence des possibilités de substitution sur le marché, paraît s'en tenir à un concept du marché ne comprenant que des biens homogènes puisqu'elle compte la concurrence des biens de substitution parmi les facteurs extérieurs au cartel. Cette constatation n'est pourtant pas absolument décisive du point de vue de notre étude puisque la Commission compte également au nombre des facteurs extérieurs la concurrence des produits étrangers analogues qui, eux, font incontestablement partie du marché déterminant. En bref, les analyses de la Commission fédérale d'étude des prix, pour utiles et enrichissantes qu'elles soient, n'apportent pas d'éléments décisifs pour l'établissement de la définition du marché relevant. Cela n'a rien d'étonnant puisque la Commission a procédé à une étude avant tout économique, et cela bien avant l'élaboration du texte de la loi.

Ni le rapport de la commission d'experts[41], ni le message du Conseil fédéral[42] n'apportent le moindre éclaircissement sur la définition du «marché de certains biens ou de certains services». Tout en précisant que son objet est limité aux biens, à l'exclusion des services, on parle dans ces textes de marché, d'influence sur le marché, de domination du marché, sans la moindre précision supplémentaire : tout se passe comme si l'on avait considéré qu'il s'agissait là d'une notion tellement évidente qu'il n'était pas nécessaire de s'arrêter à la définir. Ce sentiment paraît avoir été général puisque les débats parlementaires n'ont, eux non plus, pas apporté la moindre précision sur ce problème.

En résumé, mises à part les définitions d'ordre économique de la commission fédérale d'étude des prix, l'on ne peut

---

[40] *Rapport CEP*, p. 131.
[41] *Vorarbeiten*, p. 9 ss. notamment.
[42] FF 1961. II, p. 568 ss.

rien tirer de concret des travaux préparatoires quant à la définition du marché déterminant[43].

2.1.2. La jurisprudence

Dès le début de l'application de la loi sur les cartels, la jurisprudence s'est trouvée confrontée avec les problèmes posés par la définition du marché déterminant, et cela à deux points de vue: elle a d'abord dû préciser ce concept pour pouvoir définir le champ d'application de la loi qui est conditionné par les notions de cartel et d'organisations analogues; puis, la loi ayant été déclarée applicable, elle a dû également recourir à la notion de marché relevant pour dire si une restriction collective de la concurrence constituait une entrave notable au sens de l'art. 4 LCart.

Le problème se pose avec une acuité toute spéciale dans le cadre de l'interprétation de l'art. 3 LCart: pour dire si une entreprise domine le marché de certains biens ou de certains services et si, par conséquent, la loi lui est applicable, le juge ne peut pas échapper à une définition préalable du marché concerné. C'est ce qu'a constaté le Tribunal fédéral dans l'arrêt Walch c. Navazza[44], du 22 décembre 1965, dont il convient de rappeler ici le passage essentiel du point de vue qui nous occupe:

«Une organisation analogue à un cartel est celle qui, par la position qu'elle occupe, peut exclure ou entraver la concurrence au même titre que le cartel défini à l'art. 2 de la loi. Celle-ci ayant pour but de réaliser le postulat de la concurrence possible, le ‹marché de certains biens› (‹Markt für bestimmte Waren›) que l'organisation analogue à un cartel doit dominer ou influencer d'une manière déterminante ne saurait être le seul commerce des produits d'une entreprise déterminée lorsque le choix du consommateur peut s'exercer entre ceux-ci et d'autres marchandises identiques ou analogues, soit entre des biens ou services qui, selon l'appréciation raisonnable de l'acheteur, sont interchangeables parce qu'ils ont la

---

[43] Dans le même sens, Koller, p. 111.
[44] RO 91. II.489 = JdT 1966. I.621 = Publications 1966, p. 217 ss.

même destination et les mêmes propriétés. Celui qui produit ou distribue l'une de ces marchandises, effectivement concurrencée par d'autres produits analogues, ne domine pas le ‹marché de certains biens› au sens de l'art. 3 de la loi; il peut se réserver un monopole privé.

Cette définition est admise par la pratique et la doctrine allemande lorsqu'elles interprètent la même notion (MÜLLER-HENNEBERG et SCHWARTZ, Kommentar n° 18 sv. ad. § 22 des Gesetzes gegen die Wettbewerbsbeschränkungen), et dans son arrêt Du Pont de Nemours and Co du 11 juin 1956, la Cour suprême des USA a nié que cette société exerçât un monopole quand bien même elle produit le 75% des emballages de cellophane, le ‹marché› à considérer étant celui de tous les emballages non rigides (Wirtschaft und Wettbewerb, 1956, p. 616). Notre loi diffère en revanche à cet égard de l'art. 85 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE), du moins selon l'interprétation qu'en a donnée la Commission de la Communauté (décision du 23 septembre 1964 dans l'affaire Gründig/Constern; GRVR 1964, Ausland, p. 582ss.): viole cette disposition un contrat de représentation exclusive pour un territoire déterminé, quand bien même la marchandise (appareils de radio et de télévision) est l'objet d'une concurrence serrée.»

S'inspirant de cet arrêt et s'y référant, le Tribunal cantonal neuchâtelois a recouru à la même définition s'agissant cette fois de définir le marché où s'exerçait l'influence d'un prétendu cartel[45]. Il a jugé que des conventions limitant le commerce de la marque de montres Omega ne pouvaient être qualifiées de cartel parce qu'elles n'influençaient pas un marché au sens de l'art. 2 LCart. Il a en effet estimé que, dès l'instant où d'autres montres de marques différentes entraient en concurrence avec celles de la marque en cause, les conventions passées ne pouvaient être qualifiées de cartel, faute d'influencer ou d'être propres à influencer un marché.

S'agissant de la définition du marché dans le cadre de l'art. 4 LCart, aucun arrêt ne l'a traitée expressément. En revanche, elle l'a été à notre avis implicitement tant par le Tribunal fédéral que par certains juges cantonaux dans plu-

---

[45] Miremont S.A. c. Albert Froidevaux & Fils et Omega Louis Brandt & Frères S.A., 6 février 1967, Publications 1967, p. 333, notamment p. 337/338.

sieurs décisions. Dans son arrêt du 3 juillet 1965[46], Jean Sessler & Cie AG c. Verein Schweizerischer Rauchtabakfabrikanten, le Tribunal fédéral commence par démontrer que pour qu'une mesure prise par un cartel tombe sous le coup de l'art. 4, il faut qu'elle ait pour effet ou soit propre à influencer la concurrence. Dans ses considérants, il précise:

«Eine Maßnahme, die eine Wettbewerbsbehinderung weder bewirkt noch zu bewirken vermag, stellt kein Mittel der Marktbeeinflussung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 dar und gibt dem Dritten, den sie treffen soll, nach Art. 6 Abs. 1 kein Klagerecht, da sie ihn weder schädigt noch gefährdet. Maßnahmen, die den Markt nicht zu beeinflussen vermögen und kein Klagerecht begründen, können nicht als gemäß Art. 4 Abs. 1 KG unzulässige Vorkehren eines Kartells gelten.»

On ne saurait démontrer et affirmer plus clairement que c'est dans le cadre d'un marché, qu'il faut définir, que doivent être appréciés les effets réels et possibles des mesures prises par un cartel, effets qui sont la condition de leur illicéité de principe. Or, au moment d'appliquer les principes ainsi posés, le Tribunal fédéral ne se réfère pas au marché dont il vient de démontrer l'importance, mais bien à l'activité économique de la demanderesse dans son ensemble pour constater que, dans ce cadre, les effets des mesures discriminatoires du cartel dans le secteur du tabac pour la pipe ne peuvent être qualifiés de notables au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Ce faisant, il comprend à notre avis implicitement parmi les biens constituant le marché dans le secteur incriminé tous ceux dont la demanderesse faisait le commerce (cigarettes, cigares, tabac pour la pipe), alors même que le cartel, auteur de la mesure, n'exerce son activité que dans le domaine du tabac pour la pipe. En définitive, le marché déterminant est défini dans cet arrêt par l'extension que le commerçant discriminé a lui-même donnée à son activité.

Les conséquences de ce mode de raisonnement apparaissent clairement dans deux jugements rendus dans des cas

---

[46] RO 91. II.313 = JdT 1966. I.621 = Publications 1966, p. 187ss.

voisins par le président du Tribunal de Berne III. Dans l'affaire Angehrn c. Verband des Schweizerischen Spirituosengewerbes, du 16 janvier 1966[47], il a considéré qu'un boycott portant effectivement sur dix-sept produits de marque sur les mille trois cent quinze qui sont sur le marché des spiritueux ne constituait pas une entrave notable pour le boycotté. Cette conclusion est fondée sur le considérant suivant[48]:

«Es ist unbestritten, daß von den 1315 in der Schweiz erhältlichen Markenprodukten des Spirituosengewerbes nur 174 dem Preisschutzabkommen unterliegen und daß von diesen 174 unter das Preisschutzabkommen fallenden Markenprodukten des Spirituosengewerbes die Gesuchstellerin nur deren 17 führt. Die Ausweichmöglichkeiten sind für die Gesuchstellerin somit groß, so daß schon von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet nicht von einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gesprochen werden kann (SCHÜRMANN, V, 1b zu Art. 4 KG). Dazu kommt, daß die Gesuchstellerin *nicht auf Spirituosen spezialisiert ist*, sondern auch mit Lebensmitteln aller Art, Papierwaren, Putzmitteln, Tabak, usw. handelt (SCHÜRMANN, V, 1c zu Art. 4 KG).»

Le jugement dans l'affaire Walch c. Verband des Schweizerischen Spirituosengewerbes, du 25 juillet 1966[49], a trait à un boycott portant sur les mêmes marchandises, prononcé par le même cartel, mais dont la victime est un grossiste en spiritueux. Le juge bernois s'en est tenu, pour statuer sur la question du caractère notable de la mesure, au seul critère des possibilités de substitution parce que le recourant exploitait en l'espèce un commerce spécialisé en spiritueux. Apprécié dans le cadre de ce seul marché, le boycott prononcé par le cartel a été considéré comme une entrave notable, et par conséquent illicite, à l'activité du recourant, alors que, dans le cas Angehrn, la même mesure avait été jugée licite parce que, entre autres arguments, son importance avait été appréciée dans le cadre d'un marché défini de

---

[47] Publications 1967, p. 323 ss.
[48] Publications 1967, p. 325.
[49] Publications 1967, p. 327 ss.

manière plus large. Ces deux jugements n'apportent pas d'éléments pour la définition même du marché de certains biens ou de certains services au sens de la loi. Ils démontrent en revanche de manière exemplaire l'influence que cette définition a sur l'application des dispositions de fond de la loi.

Si certains critères généraux ont déjà été dégagés par la jurisprudence dans le domaine qui nous préoccupe, il subsiste encore d'importants points d'interrogation, voire des divergences substantielles dans les arrêts que nous avons examinés. Ces précédents marquent en effet une première approche du problème qui est loin d'être complètement résolu ainsi que le Tribunal fédéral le déclare d'ailleurs expressément à la fin de l'arrêt Walch c. Navazza[50].

2.1.3. La doctrine

Les premiers commentateurs de la loi sur les cartels n'ont pas échappé à la nécessité de définir le marché déterminant[51]. Mais, préoccupés par la solution de problèmes apparemment plus urgents, ils n'y ont consacré que quelques brefs commentaires, assortis de critiques à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui permettent de se faire une idée plus précise de leur propre point de vue.

Dans l'étude qu'il a consacrée en 1965 aux entreprises ayant une position dominante sur le marché, ALLEMANN[52] opte pour un marché déterminant comprenant certains biens de substitution. Il écrit en effet:

«Wir haben bisher in Anlehnung an die Theorie, jedoch vereinfachend, unter Markt die Gesamtheit der Anbieter oder Nachfrager eines Gutes verstanden und dabei einigermaßen homogenes, also ersetzbares Gut vorausgesetzt. Dieses Gut muß nicht – wie EUCKEN dies annimmt – technisch gleichartig sein. Konkurrenzwirtschaftlich ist Homogeneität schon dann gegeben, wenn Güter im Werturteil der Nachfrager gleichwertig sind, es also für die Bedürfnisbefriedigung keinen wesentlichen Unterschied ausmacht, ob das nachgefragte Gut bei diesem oder jenem Anbieter bezogen wird...»

---

[50] RO 91. II.492.

[51] SCHÜRMANN, comm., p. 42.

[52] ALLEMANN, p. 229.

Dans son rapport, HOMBURGER[53] soutient également le point de vue, conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon lequel le marché déterminant au sens de l'art. 3 LCart comprend aussi les biens de substitution.

En revanche, la doctrine dominante prend une position très différente. Dans son commentaire, SCHÜRMANN[54], qui confirme cette opinion dans ses études les plus récentes[55], exclut de la définition du marché déterminant les biens de substitution. Seul le produit primaire doit être pris en considération pour définir le marché déterminant au sens des art. 2 et 3 LCart; les biens de substitution n'entrent en considération que sous l'angle des art. 4 et 22 LCart lorsqu'il s'agit de déterminer si une restriction de la concurrence n'a pas d'effets notables ou si elle est compatible avec l'intérêt général. Selon lui, seule la constatation de l'inexistence d'un marché permet d'exclure l'application de la loi.

MERZ[56] a soutenu un point de vue identique dans les critiques qu'il a adressées à la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment à l'arrêt Walch. Il souligne qu'il existe toute une série de marchés qui s'emboîtent l'un dans l'autre comme des tables gigognes. Se référant à l'arrêt Walch, il montre qu'il existe un marché pour les boissons alcooliques, puis, par ordre de généralité décroissante, un marché pour le vin, la bière, les spiritueux et les liqueurs, un marché pour les différentes catégories de vins, pour le cognac et pour le whisky, et enfin, à l'intérieur du précédent, un marché pour chacune des spécialités ou marques de ces différents alcools. C'est ce dernier marché (le marché pour chaque marque de whisky) qu'il considère comme déterminant au sens de l'art. 3 LCart pour admettre que c'est dans le cadre d'un des marchés plus généraux définis précédemment, comprenant les biens de substitution, celui du whisky (voire celui des

---

[53] HOMBURGER, p. 32.
[54] SCHÜRMANN, comm., p. 43.
[55] SCHÜRMANN, Praxis, p. 11/12 et Durchführung, p. 69.
[56] MERZ, Rechtsprechung, p. 27 et Kartellgesetz, p. 29 et 45.

spiritueux) qu'il faut apprécier la gravité de la restriction collective à la concurrence. Ainsi, la doctrine dominante[57], dans le but d'étendre le plus possible le champ d'application de la loi, définit l'objet du marché relevant de manière étroite dans le cadre de l'application des art. 2/3 LCart, mais élargit ce premier cadre en y incluant certains biens de substitution au moment d'appliquer le fond du droit. Nous avons déjà exposé plus haut pourquoi nous ne pouvions nous rallier à une telle thèse. Il reste que cette prise de position n'implique encore aucun choix quant à la définition même de l'objet du marché de certains biens et de certains services. Ce sera précisément l'objet de notre prochain chapitre.

2.2. Critères pour la définition du «marché déterminant»

La définition d'un marché dépend de toute une série de composantes qu'il convient maintenant d'élucider. Dans une première approximation, on peut dire qu'un marché, au sens cartellaire du terme, est limité dans un ordre croissant d'importance par les biens ou les services qui en sont l'objet, par sa situation dans le processus économique et, enfin, par sa localisation dans l'espace. Ce sont ces limites que nous allons maintenant examiner et préciser dans le cadre du droit suisse des cartels.

2.2.1. Limitation du marché par son objet

Le premier élément qui vient à l'esprit pour définir un marché, est son objet. L'industriel qui fabrique et vend des tuiles ne travaille pas sur le même marché que le grossiste en benzine ou le fabricant de chocolat. C'est en effet, remarque VUARIDEL[58], dans les produits que se trouve le lien essentiel d'un marché confrontant les vendeurs d'un côté, les acheteurs de l'autre, les vendeurs aux acheteurs et réciproquement. Encore faut-il préciser quels sont les critères qui justi-

---

[57] En plus des auteurs déjà cités: KUMMER, p. 76 ss.; KOLLER, p. 112; SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, p. 195 ss.

[58] VUARIDEL, problèmes, p. 301 et concurrence, p. 111/112.

fient l'appartenance d'un bien à un seul et même marché. Et le problème devient alors singulièrement complexe: le fabricant de tuiles exerce-t-il son activité sur le même marché que le fabricant d'autres moyens de couverture? Le commerce du riz appartient-il au même marché que celui des pâtes alimentaires? Et, pour reprendre un exemple devenu classique en Suisse depuis l'arrêt Walch, existe-t-il un marché des spiritueux, un marché du whisky ou un marché de chaque marque particulière de whisky? Nous allons nous efforcer de rechercher les critères permettant de résoudre concrètement ces questions dans le cadre de l'application des art. 2 à 5 de la loi sur les cartels.

Selon une des théories en vigueur, appartiennent au même marché toutes les entreprises qui produisent ou qui font le commerce de biens identiques sur le plan physique et technique[59]. Le critère décisif pour déterminer s'il y a ou non marché, est, dans ce système, la composition chimico-physique du produit. Que cette composition diffère sensiblement, et le produit est considéré comme différent; il appartient donc à un autre marché, et cela quand bien même il permet la satisfaction du même besoin et entre donc en concurrence directe avec le produit auquel il est comparé. La doctrine suisse dominante paraît se rallier avec des nuances à cette théorie: MERZ[60], tout au moins en ce qui concerne le marché déterminant au sens des art. 2/3 LCart, voit un marché de certains biens ou de certains services partout où se rencontrent une offre et une demande portant sur un objet identique («wo Angebot und Nachfrage mit identischer gegenständlicher Umschreibung zusammentreffen») et il considère

---

[59] GÜNTHER, p. 4; BARTHOLOMEYCZIK, *Gemeinschaftskommentar*, p. 645.

[60] MERZ, Kartellgesetz, p. 31: «Der Markt für Whisky «Black and White» ist ein Markt für eine bestimmte Ware im Sinne von Art. 3 des Kartellgesetzes.» Cette prise de position va même plus loin que la théorie de l'identité physique des biens, puisqu'elle restreint le marché en fonction de caractéristiques juridiques (la marque) du produit.

que le marché pour le whisky de la marque «Black and White» est, par exemple, un marché déterminant au sens de l'art. 3 LCart; KOLLER[61] déclare quant à lui que, pour concrétiser la notion de marché, il faut partir du principe que toute marchandise qui se distingue d'une autre autrement que par des caractères secondaires forme un marché indépendant. SCHÜRMANN[62] approuve ce point de vue, tout au moins lorsqu'il s'agit de définir le champ d'application de la loi.

Cette théorie a été pratiquement abandonnée dans tous les pays où elle a pu avoir cours[63]. Elle conduit en effet à des résultats qui sont inacceptables. Poussée jusque dans ses plus extrêmes conséquences, elle aboutit à admettre l'existence de marchés si étroits que la vie économique d'un pays n'est plus en définitive que la juxtaposition de l'activité d'une série de monopoles limités à un seul produit défini par sa composition physique et, cas échéant, par d'autres caractéristiques (marques, etc.)[64]. Qui ne voit que, si l'on admet qu'il existe un marché pour chaque marque de whisky, il existe alors autant de monopoles que de marchés? Un tel résultat n'est pas conforme à la réalité de la vie économique et ne peut pas être admis. Il aboutit d'ailleurs à cette conséquence surprenante, s'agissant d'apprécier les effets d'un cartel ou d'une organisation analogue, que l'on doit passer à une notion plus large du marché, tant les conséquences d'un jugement porté sur le terrain étroit que l'on a défini apparaissent économiquement insoutenables. On incorpore alors au marché primaire le marché d'autres biens qui peuvent lui être substitués, ce qui équivaut à définir un marché plus large, pour pouvoir apprécier les effets des restrictions appor-

---

[61] KOLLER, p. 111.

[62] SCHÜRMANN, Durchführung, p. 69, formule son point de vue comme suit: «Einzig die Feststellung, daß kein Markt für eine Ware oder Dienstleistung vorhanden ist, berechtigt dazu, die Geltung des Gesetzes auszuschließen.»

[63] GÜNTHER, p. 16.

[64] GÜNTHER, p. 11 et 19.

tées à la concurrence dans un cadre qui soit valable du point de vue économique[65]. N'eût-il pas été préférable de définir dès l'abord le marché qui sert réellement de cadre à la concurrence plutôt que de partir d'un marché artificiellement restreint, pour étendre le champ d'application de la loi et l'abandonner aussitôt devant la résistance des faits qui refusent de se plier à une vue purement théorique des choses ?

Ce sont des considérations semblables qui ont amené la doctrine et la jurisprudence étrangère à abandonner les théories fondées sur l'homogénéité physique des biens pour fonder leur définition de l'objet du marché sur le caractère de substituabilité des biens[66]. Appartiennent au même marché, dans un tel système, tous les biens qui peuvent être utilisés à la satisfaction des mêmes besoins, c'est-à-dire qui sont interchangeables. Cela a conduit la jurisprudence antitrust des USA à élaborer la théorie de la «reasonable interchangeability» qui a été largement reçue en Europe, notamment en Allemagne, et à laquelle se réfère le Tribunal fédéral dans l'arrêt Walch c. Navazza[67]. Cette doctrine dominante est résumée comme suit par BARTHOLOMEYCZIK[68]:

«*Marktgleichwertig* sind daher verschiedene Waren oder gewerbliche Leistungen, wenn jede von ihnen bei gleichzeitigem Angebot auf demselben räumlichen Markt das Angebot der anderen in Geschäftsbedingungen, besonders im Preis, auch nur fühlbar beeinflussen *kann*, weil die andere Marktseite, vor allem der durchschnittlich an ihnen interessierte Verbraucher, die Waren als für die Deckung eines *bestimmten* Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht.»

Quel parti choisir entre ces deux théories qui semblent bien être les seules qui puissent résoudre le problème ? Nous

---

[65] C'est ce que propose la doctrine dominante qui, après avoir défini le marché au sens de l'art. 3 de la manière la plus étroite possible, admet qu'il faut prendre en considération les biens de substitution pour apprécier la portée des mesures restrictives dans le cadre des art. 4 et 22 LCart. SCHÜRMANN, Durchführung, p. 69.

[66] GÜNTHER, p. 5, 11 et 23.

[67] RO 91. II.489 = JdT 1969. I.621 = Publications 1966, p. 217.

[68] *Gemeinschaftskommentar*, p. 653.

avons vu que les travaux législatifs ne nous apportaient aucune aide à cet égard. Il faut donc chercher un critère de choix dans l'interprétation du texte légal.

KUMMER[69] s'est déjà attaché à cette analyse des textes et a montré la difficulté d'en tirer un sens précis. Il a montré en particulier que le mot «bestimmt» qui qualifie «Ware» dans le texte allemand pourrait signifier non pas «certain», mais «semblable» («gleich») et réglerait ainsi les rapports entre biens primaires et biens de substitution en indiquant quand ils constituent une marchandise à considérer globalement du point de vue du droit des cartels. Mais il rejette cette interprétation parce qu'elle serait fondée sur une distorsion du sens du mot «bestimmt», qu'il ne serait pas possible de résoudre aussi simplement le problème des biens de substitution et qu'en surplus on ne comprendrait pas pourquoi la loi sur les cartels s'imposerait des restrictions qui ne résultent pas impérativement de son texte. Dès lors, KUMMER se rallie expressément à la thèse de SCHÜRMANN et de la doctrine suisse selon laquelle le problème des biens de substitution ne relève que des seuls art. 4 et 5 LCart.

A notre avis, il faut raisonner comme suit: le mot «biens», comme le mot «Ware», ont un caractère général et indéterminé. En eux-mêmes, accolés au mot «marché», ils n'ont pas de signification propre, si ce n'est d'exclure du champ de la loi sur les cartels tout ce qui n'est pas commercial (politique, art, sport, etc.). Ils sont précisés dans une certaine mesure par l'adjectif «certains» (en allemand «bestimmte»). En français comme en allemand, il faut entendre par «certain» ou «bestimmt» ce qui est déterminé. En accolant le mot à l'expression «biens» ou «Ware», le législateur a restreint leur portée générale et a précisé que le marché visé n'était pas le marché de tous les biens sans distinction entre eux, mais bien celui des marchandises groupées par catégories. Ce faisant, il a apporté quelque précision au texte légal, mais force est bien de constater qu'il n'a guère qu'énoncé une

---

[69] KUMMER, p. 74 ss.

vérité d'évidence et, surtout, qu'il n'a pas apporté d'éléments permettant de résoudre le problème que nous étudions : quels sont les biens ou les services qui doivent être compris dans les catégories ainsi définies? Rien dans le texte ne permet de trancher la question. Un principe de spécialité est bien posé, comme l'ont remarqué plusieurs auteurs[70], mais pas le critère permettant de faire le départ entre les différentes catégories de marchandises formant des marchés différents. On se trouve donc sur ce point en face d'une véritable lacune de la loi qu'il faut combler conformément aux principes généraux du droit.

Pour combler cette lacune, l'interprète doit s'inspirer du but de la loi. L'art. 31bis al. 3 lettre d de la constitution assigne à la législation cartellaire le but de lutter «contre les conséquences nuisibles, d'ordre économique et social, des cartels ou des groupements analogues». Conformément au résultat des études de la commission fédérale d'étude des prix, le but de la loi élaborée en vertu de cette règle constitutionnelle est de permettre en Suisse la réalisation du postulat de la concurrence possible : «la libre concurrence n'est pas imposée ; et il demeure licite de la restreindre d'un commun accord ; toutefois un champ d'exercice minimum doit être assuré au libre déploiement des activités économiques»[71]. On ne peut guère tirer d'arguments, dans un sens ou dans un autre, de ces déclarations d'intention en ce qui concerne la définition même des cartels et des organisations analogues. Mais ce qui est en revanche certain, c'est que les auteurs de la loi ont cherché à serrer la réalité économique le plus près possible ; ils se sont refusé à agir dans un esprit purement théorique et ont cherché dans tous les cas des solutions aussi souples et pratiques que possible. Or, ce ne serait guère se conformer à cet esprit que de considérer comme déterminant au sens de la loi des marchés artificiellement conçus, qui correspondent certes à une certaine réalité économique, mais

---

[70] SCHÜRMANN, comm., p. 42 et Durchführung, p. 68 ; KOLLER, p. 111.
[71] DESCHENAUX, esprit, p. 212.

ont une portée purement théorique s'agissant de lutter contre les abus des cartels. A cet égard, la théorie qui veut, à priori, définir le marché le plus étroitement possible nous paraît contraire à l'esprit même de la loi qui vise à combattre non pas les cartels ou les organisations analogues comme tels, mais bien leurs abus. Or, s'il est incontestable qu'il y a du point de vue de la pure théorie économique un marché du whisky «Black and White», pour reprendre l'exemple de MERZ[72], cela ne signifie pas encore qu'il soit un marché déterminant au sens de l'art. 3 LCart, car, pour qu'il le soit, il faudrait encore que dans la réalité économique quotidienne ce marché forme un tout qui ne serait nullement influencé par les marchés voisins des autres grandes marques, du whisky en général et, cas échéant, des autres spiritueux. Tel n'est manifestement pas le cas. Nous pensons donc que seule une définition du marché correspondant à la vie économique quotidienne et permettant de combattre ainsi les abus que les cartels peuvent y commettre, peut correspondre au sens de l'art. 3 LCart. Tel paraît bien être en définitive le point de vue de la commission des cartels dans les diverses enquêtes qu'elle a menées. Ainsi, dans le secteur des matériaux et de fers de construction, elle distingue les marchés des liants, celui des tuiles et des briques, celui du bitume et de l'asphalte naturel, celui du ballast, celui des articles en ciment, celui des panneaux légers et celui des fers de construction, sans se préoccuper des marchés plus étroits, qui existent sans nul doute, en fonction de telle ou telle marchandise particulière dans l'un des secteurs sus-mentionnés[73]. Elle ne délimite pas, par exemple, un marché de l'asphalte naturel, dont une seule société a le monopole en Suisse, mais considère au contraire que le marché en question comprend aussi les bitumes et le ballast[74]. Il est vrai que, dans ce secteur, il s'agit en général d'ententes cartellaires et qu'il suffit à la

---

[72] MERZ, Kartellgesetz, p. 31.
[73] Publications 1967, p. 213 ss.
[74] Publications 1967, p. 244.

commission de calquer ses distinctions sur celles pratiquées par les entrepreneurs groupés en cartels. Mais on ne voit pas pourquoi la situation serait différente s'il s'agissait d'organisations analogues, puisque les art. 2 et 3 définissent l'étendue du marché de manière identique.

Sur la base des considérations qui précèdent, nous aboutissons à la conclusion que l'objet du cartel doit être défini plus largement que la doctrine suisse ne l'a fait jusqu'à maintenant sur le terrain de l'art. 3 LCart. Cette option prise, le plus difficile reste à faire: poser des critères permettant, de cas en cas, de fixer les limites des marchés déterminants et le faire de telle sorte que, tout en restant proche des réalités économiques, notre définition n'aboutisse pas à énerver la répression des abus des cartels et des organisations analogues en leur donnant un champ d'action qui leur permettrait trop d'échappatoires.

On a vu plus haut que la question du marché déterminant ne se pose guère au niveau du champ d'application de la loi qu'en matière d'organisations analogues. S'agissant des cartels, on peut admettre que les chefs d'entreprises qui s'organisent pour restreindre la concurrence fixent à leur action le cadre où elle sera le plus efficace. Pourquoi dès lors ne pas essayer de reconstituer le raisonnement probable des initiateurs d'un cartel lorsqu'il s'agit pour eux de déterminer le marché où ils veulent restreindre la concurrence et, par conséquent, quelles limites ils doivent assigner à leur cartel pour que celui-ci soit efficace? Ces considérations doivent permettre de dégager des règles permettant de définir dans chaque cas particulier le marché déterminant.

a) Les industriels et commerçants qui fondent un cartel se proposent de limiter leur concurrence pour maintenir, améliorer et éviter le fléchissement de leur revenu[75]. Pour atteindre leur but, les mesures prises par le cartel doivent notamment rendre leur offre aussi homogène que possible, c'est-à-dire, selon les termes mêmes de la Commission fédé-

---

[75] Rapport CEP, p. 21.

rale d'étude des prix[76], faire en sorte que les biens qu'ils contrôlent et qu'ils mettent sur le marché «soient le plus possible entièrement équivalents au point de vue économique, donc entièrement substituables». Mais, comme cette solution idéale pour le cartel n'est réalisable que dans un petit nombre de secteurs, ils s'efforcent de contrôler aussi les marchandises certes économiquement dissemblables, mais qui se prêtent néanmoins à une certaine substitution. Plus l'homogénéité des marchandises offerte est grande, meilleures sont les conditions permettant au cartel d'asseoir son empire. L'idéal pour lui est donc de contrôler la production ou le commerce d'un bien qui ne comporte pas de substituts directs, comme le ciment, le charbon, l'acier, les briques, les ampoules électriques, plutôt que des biens trop différenciés comme la bonneterie et la vaisselle.

b) La commission fédérale d'étude des prix a décrit les trois hypothèses théoriquement possibles en matière d'homogénéité et d'hétérogénéité des marchandises[76]:

Il y a offre isolée lorsque les biens offerts par les divers vendeurs n'ont aucune similitude économique, c'est-à-dire ne peuvent être substitués les uns aux autres. Chaque entreprise offre ses biens isolément, sans subir l'influence de l'offre des autres, de sorte que son chiffre d'affaires est indépendant des prix faits par les autres.

«A l'opposé, il y a concurrence homogène lorsque les différents vendeurs offrent des biens identiques. Si un concurrent élève ses prix au-dessus de ceux des autres, sa clientèle le quitte en bloc pour aller chez un autre et son chiffre d'affaires s'effondre.»

Enfin, il y a concurrence hétérogène lorsque les biens offerts par les divers concurrents sont certes dissemblables, mais pas aussi profondément que dans l'offre isolée. L'offre d'un concurrent est dépendante en partie de celle de l'autre, de sorte que si le premier élève ses prix ou si le second abaisse les siens, une partie de la clientèle émigrera de l'un à l'autre.

---

[76] Rapport CEP, p. 125.

Du point de vue qui est le nôtre actuellement, l'offre isolée et la concurrence homogène se confondent: ce qui distingue en effet les deux hypothèses n'est pas la nature de la marchandise offerte, mais bien le fait qu'elle soit mise sur le marché par une seule entreprise dans le cas de l'offre isolée et par plusieurs en cas de concurrence homogène. A l'intérieur de l'offre globale, la marchandise est interchangeable. Que du lait, pour reprendre un exemple étudié récemment par la commission des cartels, soit mis sur le marché par une seule entreprise ou par plusieurs change certes fondamentalement la structure du marché, mais pas son objet. Un produit ou un service qui n'a pas de substitution possible délimite donc un marché quant à son objet. Tel est par exemple le cas de la benzine, des appareils de céramique nécessaires pour les installations sanitaires, ou des services bancaires pour ne prendre que quelques exemples étudiés par la commission des cartels.

c) Mais, dans la plupart des cas, l'objet du marché n'est pas homogène; il fait l'objet d'une concurrence de produits de substitution qu'il importe de définir. C'est ce que nous allons essayer de préciser en étudiant le cas le plus fréquent, celui de la concurrence hétérogène.

Ce qui caractérise la concurrence hétérogène, c'est que l'offre d'un concurrent est plus ou moins dépendante de celles faites par des tiers qui offrent sur le marché des biens qui se prêtent à une certaine substitution. Les biens offerts peuvent satisfaire, à un degré qui peut être différent, le même besoin. Si le prix du bien qui satisfait ordinairement ce besoin augmente, si celui du bien de substitution diminue ou si les deux hypothèses se réalisent simultanément, il arrive un moment où l'auteur de la demande décide, après avoir mis en balance la manière dont les deux biens concurrents lui permettant de satisfaire ses besoins d'une part, leur coût d'autre part, de renoncer à l'acquisition de la marchandise qu'il achetait habituellement pour acheter le bien de substitution. Ce schéma général appelle un certain nombre de remarques:

aa) Au niveau des besoins généraux, il y a substitution possible entre des biens de nature très différente[77]: en matière de loisirs, par exemple, celui qui satisfait ses besoins en allant au cinéma, peut être amené à y renoncer si le coût des postes de télévision diminue et si celui des places de cinéma augmente. Mais il peut aussi renoncer à des spectacles qu'il estimera à un certain moment trop coûteux pour se consacrer à la lecture ou à des activités sportives. Il est clair que si, en matière de législation cartellaire, l'on travaillait à ce niveau, l'efficacité de la loi serait pratiquement réduite à néant: les marchés envisagés seraient en effet si vastes et offriraient de telles possibilités de substitution que le contrôle du marché ainsi déterminé ne serait jamais réalisé et qu'en conséquence tous les abus seraient permis au niveau des différentes catégories de biens se substituant les uns aux autres. Pour définir le marché déterminant, il faut donc s'en tenir aux biens qui satisfont de manière directe un besoin précis et écarter, comme appartenant à un autre marché, ceux qui n'apportent qu'une satisfaction indirecte de ce besoin. Si l'on reprend l'exemple du whisky de marque, on doit constater que si le prix d'une des marques augmente, alors que celui des autres diminue ou reste stationnaire, la clientèle abandonnera la première au bénéfice des secondes. Elle peut en effet satisfaire son besoin en whisky de marque de manière plus avantageuse et de manière qualitativement égale en abandonnant sa marque habituelle pour d'autres qui lui sont très proches. En revanche, l'évolution des prix sur le marché du whisky n'aura qu'une influence indirecte sur celui des boissons en général (bière, vins, eaux minérales). Il faudrait sans doute que le whisky devienne hors de prix pour que les amateurs de cette boisson l'abandonnent au profit d'une boisson non alcoolisée. Ce qui est donc déterminant pour apprécier si deux marchandises voisines appartiennent au même marché, c'est qu'une modification même minime du prix de l'une

---

[77] GÜNTHER, p. 19; HENRICHS, p. 270: «Zwar stehen letztlich alle Produkte im Wettbewerb um das Geld des Konsumenten.»

puisse influencer le chiffre d'affaires des autres biens pris en considération. Seuls des biens qui ont de tels rapports appartiennent à un même marché.

bb) C'est le comportement du client qui est en définitive déterminant. Il s'agit donc là d'un critère purement subjectif qui peut varier au fur et à mesure des années. Il ne fait guère de doute par exemple, qu'au moment de l'invention du nylon ou d'autres fils synthétiques, le marché des vêtements de soie n'était pas influencé par la venue sur le marché de ces nouveaux produits. Mais, avec le perfectionnement de ces matières, la situation est certainement très différente aujourd'hui. Il n'est donc pas possible de définir une fois pour toutes l'objet d'un marché: celui-ci peut varier avec l'évolution des techniques d'une part et celle des goûts influencée par la publicité d'autre part. Ce sera toujours l'opinion de l'acheteur moyen à un moment déterminé qui permettra de trancher.

cc) Encore faut-il s'entendre sur ce qu'il faut comprendre par acheteur moyen. A première vue, l'on pense irrésistiblement au dernier consommateur. C'est une erreur. Certes, chaque fois que le problème à résoudre se situera au niveau du marché existant entre les détaillants et les consommateurs, c'est bien l'opinion et les réactions de ces derniers qui seront déterminantes. Mais, il y a d'autres marchés qui se situent à d'autres niveaux du processus économique. Selon les auteurs[78], on distingue un marché au niveau des fabricants et des grossistes, un marché à celui des grossistes et des détaillants et enfin un marché à celui des détaillants et des derniers consommateurs. Or il est évident que les réactions de la demande ne seront pas identiques pour les mêmes produits suivant le niveau auquel on se trouve. Comme l'a démontré fort justement VUARIDEL[79], il importe non seulement de «déterminer la substituabilité possible et suffisante d'un groupe de biens économiques les uns à l'égard des autres», il

[78] BARNIKEL, p. 247; MERZ, Kartellgesetz, p. 8 ss.

[79] VUARIDEL, concurrence, p. 120 ss. Dans le même sens, SCHÜRMANN, Durchführung, p. 68, n. 1.

faut encore «situer le marché en cause de manière verticale en quelque sorte, dans la succession des marchés économiquement différents qui acheminent un produit ou un groupe de produits dans les mains des consommateurs ultimes».

L'erreur à laquelle on peut être entraîné si l'on néglige cet aspect des choses est illustrée par l'arrêt Walch c. Navazza ainsi que le démontre VUARIDEL[80]; dans cet arrêt alors que le conflit se situait au niveau des relations entre le fabricant ou l'importateur et le grossiste, le Tribunal fédéral s'est fondé sur le fait que le consommateur avait le choix entre les produits dont le marché était dominé par la défenderesse et des marchandises identiques ou analogues. Or, ce point de vue n'était pas décisif en l'espèce. VUARIDEL remarque en effet justement que la situation n'est pas semblable pour le grossiste: «dans la mesure où les produits de marque font défaut, les services offerts par les grossistes se voient exclus du marché; à la limite, ... le boycottage par une seule marque peut rendre un assortiment insuffisant pour permettre au grossiste de subsister normalement»[80]. Sans doute, dans l'affaire en cause, le Tribunal fédéral ne serait-il pas arrivé à un résultat différent s'il s'était placé du point de vue du grossiste, puisqu'aussi bien Navazza ne contrôlait que deux marques de whisky et de cognac et que, même si le marché avait été défini plus limitativement, par exemple en ne le limitant pas aux spiritueux, mais au whisky d'une part et au cognac d'autre part, il aurait été sans doute difficile d'admettre que le contrôle d'une de ces marques au niveau de l'importation assurât le contrôle du marché de toutes les marchandises de marque de cette catégorie.

dd) Une autre remarque doit encore être faite: il arrive que des produits semblables appartiennent à des marchés différents à cause de leur prix et, facteur qui est souvent lié à celui du prix, des quantités qui sont acquises[81]. A vrai dire, cette constatation découle de la règle que nous avons posée

---

[80] VUARIDEL, concurrence, p. 126.
[81] SCHÜRMANN, Durchführung, p. 68, n. 3.

plus haut selon laquelle appartiennent au même marché les biens dont la vente est influencée par une modification même minime du prix de vente de la marchandise concurrente. Dès l'instant que des produits de nature semblable appartiennent à des catégories de prix très différentes pour des raisons de qualité, de présentation, de marque et, en dernière analyse, de prix, leur clientèle est totalement différente: une modification minime du prix de l'un n'entraîne pas la clientèle de l'un des groupes à l'abandonner pour l'autre. Ces deux groupes de biens, qui se distinguent par les caractéristiques susmentionnées, constituent donc des marchés différents. C'est ce qu'a constaté en particulier la Commission des cartels en distinguant dans la branche des cosmétiques et de la parfumerie un marché pour les produits de marque très chers, un marché pour les produits de marque chers et un marché pour les marques populaires[82].

d) En dernière analyse, le critère qui se dégage des différentes remarques que nous avons été amenés à faire en cherchant quels biens font partie d'un marché au sens concurrentiel du terme n'est pas différent de ceux qui ont été élaborés en droit antitrust des USA et repris par la doctrine et la jurisprudence allemande. D'après ces méthodes, il faut examiner dans chaque cas quel est le degré d'élasticité de la demande par rapport aux modifications de l'offre: si elle est grande, les biens envisagés appartiennent au même marché. Appartiennent ainsi au même «marché» les biens ou services dont une modification même modeste des conditions de vente, notamment du prix, a ou peut avoir une influence sur le contenu de l'offre des tiers, parce que, du point de vue des utilisateurs moyens de ces biens au niveau économique où se pose le problème, ils peuvent satisfaire le même besoin particulier. Dans chaque cas, il faudra donc définir:

- les marchandises ou services en présence,
- le besoin particulier qui est satisfait par les marchandises envisagées,

---

[82] Publications 1969, p. 146 ss.

– le niveau économique où se pose le problème,
– les utilisateurs moyens,

puis examiner et déterminer le comportement probable de ces utilisateurs en cas de modification des données de l'offre d'un de ces biens par rapport à l'autre. Ainsi pourra être définie la composante essentielle du marché déterminant, soit son objet.

2.2.2. Limitation du marché dans l'espace

La petitesse de la Suisse ôte une grande partie de son intérêt au critère que l'on peut tirer des limites géographiques du marché. En principe, le marché à examiner sous l'angle du droit suisse des cartels s'étend à l'ensemble du territoire de la Confédération. Il sera en effet rare, que pour un bien ou un service déterminé, une région de notre pays constitue une entité suffisamment étanche pour qu'on doive la considérer comme un marché indépendant. De telles hypothèses[83] ne doivent cependant pas être exclues d'emblée si l'on songe aux cas suivants:

– une marchandise bon marché est si pondéreuse ou si volumineuse que son transport en dehors de la région où elle est produite entraîne des frais prohibitifs (matériaux de construction, par exemple);
– une marchandise doit être consommée sitôt après sa production, ce qui exclut qu'elle puisse être transportée au delà d'un certain rayon (produits alimentaires périssables)[84];
– les services fournis ne peuvent l'être qu'à un endroit déterminé (théâtre, cinéma).

---

[83] Bartholomeyczik, *Gemeinschaftskommentar*, p. 654/655.

[84] Cet exemple montre que l'étendue géographique des marchés peut changer avec l'évolution des techniques: avec les techniques modernes de conservation et de congélation, il n'existe plus guère de denrées périssables qui ne puissent être transportées sans limitation. Les marchés de ces denrées se sont étendus par voie de conséquence.

Dans ces cas, que nous citons à titre d'exemple, une entreprise ou un groupe d'entreprises limitées à une région déterminée, ou même à une seule ville, peuvent dominer facilement le marché puisque leurs concurrents extérieurs ne peuvent entrer en compétition avec eux, faute de pouvoir entrer sur le marché ou y être compétitifs et que leur clientèle ne peut pas trouver sur place d'autres commerçants qui lui fourniraient les mêmes prestations.

L'étendue géographique du «marché déterminant» pour apprécier une position dominante ou l'importance d'une entrave à la concurrence est donc fonction du lieu de la production et de la longueur des transports physiquement (cas de la détérioration de la marchandise) ou économiquement (cas de marchandises dont le coût de transport est élevé ou du coût du transport pour le client désireux de se procurer le même service dans une autre région) possibles[85].

2.2.3. Conclusions

Le résultat de notre étude peut se résumer dans les thèses suivantes:

a) Le droit suisse ne connaît qu'une seule définition du marché de certains biens ou de certains services, définition qui est valable aussi bien pour déterminer le champ d'application de la loi (art. 2/3 LCart) que pour son application elle-même (art. 4/5 et 22 LCart).

b) La loi sur les cartels ne définit pas le marché déterminant; elle se borne à poser le principe de la spécialité des marchés sans préciser les critères permettant d'en fixer les limites. Seule l'interprétation permet de poser ces critères.

c) Sont compris dans le marché déterminant, en plus des biens ou des services identiques, tous les biens (ou services) qui, du point de vue de l'utilisateur moyen de ces biens (ou services) au niveau du processus économique où la concurrence est restreinte collectivement, peuvent satisfaire le même besoin particulier et dont, en conséquence, toute

---

[85] GÜNTHER, p. 20; a contrario HENRICHS, p. 260.

modification, même modeste, des conditions de vente, notamment du prix, a ou peut avoir une influence sur le contenu de la demande et de tous les produits considérés.

d) Le marché déterminant ne peut pas être défini une fois pour toutes; il doit l'être en fonction de la situation concrète existant en un lieu déterminé au moment où doit être appréciée la mesure incriminée.

En définitive, même si l'on s'en tient à ces critères, fixer les limites du marché déterminant restera toujours un travail extrêmement complexe. C'est là la conséquence inéluctable de la complexité de la vie et des phénomènes économiques que la loi sur les cartels cherche à appréhender.

3. Conséquences de la définition du «marché déterminant»

Après avoir essayé de préciser la définition de «marché de certains biens ou de certains services», il convient d'examiner quelles sont les conséquences du concept que nous avons dégagé sur l'application des diverses dispositions de la loi sur les cartels.

3.1. Champ d'application de la loi

En matière de cartels, la définition théorique de «marché déterminant» ne joue pas un rôle essentiel. Comme nous l'avons vu plus haut[86], dès l'instant qu'est mise sur pied une organisation destinée à limiter collectivement la concurrence, l'existence d'un marché peut être présumée. Il paraîtrait en effet tout à fait invraisemblable que, dans un domaine dont la fin est l'efficacité commerciale, les intéressés ne choisissent pas un champ d'action à la mesure de leurs intentions, c'est-à-dire un «marché» au sens de la définition que nous avons posée. Tout au plus peut-on remarquer que, dans certains cas, un cartel cherchera à dominer ou réglementera

---

[86] Voir ci-dessus p. 168.

plusieurs marchés. C'est ainsi, par exemple, que l'Union suisse des grossistes de la branche sanitaire contrôle, au niveau du commerce de gros, les marchés de la robinetterie et des appareils sanitaires qui dépendent de deux cartels différents à l'échelon des fabricants[87]. Ces nuances n'ont toutefois pas une importance décisive au moment de fixer le champ d'application de la loi puisqu'en définitive tous les cartels y sont soumis de par leur nature propre, qu'ils contrôlent un ou plusieurs marchés.

En revanche, en matière d'«organisations analogues», le fait de définir le «marché déterminant», comme l'a fait le Tribunal fédéral, de manière plus large que la doctrine suisse ne l'a fait jusqu'à maintenant, a pour effet de limiter dans une certaine mesure le champ d'application de la loi. Plus le marché relevant est vaste, plus il est difficile de le dominer et, par voie de conséquence, moins nombreuses sont les entreprises qui tombent sous le coup de la loi. A l'extrême, une définition excessivement large du marché en cause pourrait vider la loi de sa substance en ce qui concerne la répression des abus des organisations analogues. Il suffit à cet effet de définir un marché si vaste qu'il soit pratiquement incontrôlable, quels que soient l'importance et le nombre des entreprises qui y participent. Mais nous pensons que la définition que nous avons élaborée est suffisamment précise et restrictive pour éviter un tel écueil. Cette solution présente en revanche l'avantage, par rapport à la position de la doctrine dominante, d'écarter d'emblée du champ d'application de la loi des entreprises à qui il eût fallu de toute manière donner un quitus si l'on avait pris la peine d'examiner leur activité dans le détail. N'est-ce d'ailleurs pas là la volonté du législateur qui a expressément visé en édictant l'art. 3, les «entreprises puissantes et les concentrations d'entreprises», soit celles dont «l'influence a un certain poids»[88] ?

---

[87] Publications, 1968, p. 166 ss.
[88] FF 1961.II.571.

3.2. Dispositions de droit civil

Une controverse s'est développée dans la doctrine[89] et la jurisprudence[90] sur ce qu'il faut entendre par entrave «notable» dans l'exercice de la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, soit sur une des conditions dont la loi fait dépendre le caractère illicite des mesures prises par un cartel. La théorie du «marché déterminant» peut à notre avis apporter à ce problème une solution équilibré et conforme au but de la loi.

Dans sa jurisprudence antérieure à la loi sur les cartels, le Tribunal fédéral avait jugé que l'illicéité du boycott n'était pas la conséquence de la gravité plus ou moins grande des mesures prises, mais bien du fait que le boycotté perd, à cause de l'interruption des livraisons, la liberté d'organiser son activité comme il l'entend. Il avait ainsi rejeté un système fondé sur des critères purement quantitatifs pour se baser sur une appréciation qualitative des mesures prises. C'est ainsi que l'arrêt Gruen Watch & Co[91] constate que la demanderesse est empêchée d'entrer en concurrence directe avec les fabricants d'horlogerie les plus connus; elle se voit interdire de mettre ses produits en comparaison avec ceux de ses concurrents et de se faire ainsi connaître sur le marché. Il y a là une entrave inadmissible. La demanderesse est privée de la liberté d'organiser son activité comme elle l'entend et selon ses vues.

L'art. 4 al. 1 LCart fait dépendre l'illicéité des mesures prises par un cartel de ce qu'elles visent à écarter des tiers de la concurrence ou à les entraver *notablement* dans l'exercice de celle-ci. Dans l'un des premiers arrêts rendus sous l'empire de la loi sur les cartels, le Tribunal fédéral a estimé nécessaire de démontrer que l'exigence d'une entrave notable

---

[89] Merz, Kartellgesetz, p. 44 ss.; Koller, p. 102 ss.; Deschenaux, ouvrage, p. 85/86.

[90] RO 90. II.501 = JdT 1965. I.369 = Publications 1966, p. 171; RO 91. II.313 = JdT 1966. I.621 = Publications 1966, p. 187; RO 94. II.329 = JdT 1969. I.647.

[91] RO 82. II.292 = JdT 1957. I.20.

posée par la loi nouvelle ne modifiait pas la portée de la jurisprudence antérieure. Il l'a fait en ces termes[92]:

«Aussi bien dans le dernier état de la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la loi (RO 86 II 376 ss., JdT 1961 I 172 ss.) que d'après le nouveau droit, le boycott est illicite parce qu'il viole le droit du lésé au libre exercice de sa personnalité dans la vie économique. Mais le refus d'entretenir des relations d'affaires, même s'il a sa cause dans une convention, n'est pas déjà en soi inadmissible. Il ne l'est que dans la mesure où il prive un tiers de la possibilité d'exercer une activité normale, en supprimant sa liberté économique ou en la limitant d'une manière excessive. Une telle atteinte aux droits de la personnalité ne peut, de par sa nature même, résulter que d'une entrave à l'activité économique qui revêt une certaine intensité. Si elle est simplement passagère ou si légère qu'elle n'entraîne que des inconvénients de peu d'importance, l'entrave ne constitue pas une violation de la personnalité économique, car celle-ci, pas plus que les autres droits individuels reconnus par l'ordre juridique, n'est un droit absolu et illimité. Le caractère ‹notable› de l'entrave à la concurrence est par conséquent un élément caractéristique de la notion du boycott illicite, aussi bien selon l'ancienne jurisprudence que d'après le nouveau droit.»

Le Tribunal fédéral, sans renier sa jurisprudence antérieure à laquelle il se réfère expressément, aboutit en fait à un résultat très différent dans l'arrêt Sessler & Cie AG c. Verein Schweizerischer Rauchtabakfabrikanten[93]. Après avoir démontré que, pour être illicites, les mesures visées par l'art. 4 doivent viser à écarter les tiers de la concurrence et en outre les entraver en fait notablement dans l'exercice de celle-ci ou être de nature à créer une telle entrave, le Tribunal fédéral examine si l'entrave est notable. Dans le cas particulier, la maison Sessler & Cie AG était un grossiste en tabac. Son chiffre d'affaires se répartissait de la manière suivante:

cigares suisses	6,83 %
cigarettes	6,54 %
tabacs suisses pour la pipe	5,77 %
tabac pour la pipe Zwatendijk	20,70 %
autres marques et importations propres, env.	15 %
importations tierces	7 à 8 %

[92] RO 90.II.513 = JdT 1965.I.377 = Publications 1966, p. 184.
[93] RO 91.II.313 = JdT 1966.I.621 = Publications 1966, p. 187.

Or, la mesure du cartel – une réduction de ½% du rabais accordé pour les tabacs suisses pour la pipe – représentait pour Jean Sessler AG une perte annuelle moyenne d'un peu plus de Fr. 2000.– soit 3% de son bénéfice brut. Le Tribunal fédéral a considéré qu'une telle entrave n'était pas notable, et par conséquent, pas illicite. Pour porter ce jugement, il a examiné les conséquences de l'entrave sur l'ensemble de l'activité de la demanderesse. «En effet», déclare-t-il, «ce qui est déterminant, ce n'est pas le résultat de ce seul secteur du commerce (celui des tabacs pour la pipe, réd.), mais l'effet de la mesure litigieuse sur l'ensemble de l'activité commerciale de la demanderesse.» Or, dans le cas particulier, cette influence était négligeable.

Les conséquences de ce mode de raisonnement apparaissent clairement dans les deux jugements qui ont été rendus par le Président du Tribunal de Berne III en janvier et juillet 1966 dans les affaires Angehrn & Cie[94], d'une part, Walch d'autre part contre Verband des Schweizerischen Spirituosengewerbes[95] et dont nous avons déjà parlé plus haut. Un des arguments utilisés pour admettre la requête de mesures provisionnelles d'un des boycottés et pour rejeter celle de l'autre tient au fait que le premier était spécialisé dans la vente des spiritueux, alors que le second exploitait un commerce de denrées alimentaires. Le juge bernois a considéré cette circonstance comme importante pour apprécier le caractère notable de l'entrave dans l'un et l'autre cas. Il s'exprime à cet égard comme suit dans le jugement Walch:

«In dieser Beziehung unterscheidet sich der vorliegende Streitfall wesentlich vom Fall Angehrn & Cie/Gesuchsgegner, bei dem die Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung mit Rücksicht auf die großen Ausweichmöglichkeiten verneint wurden. Im Unterschied zu der Fa. Angehrn & Cie ist der Gesuchsteller auf den Spirituosenhandel *spezialisiert*, weshalb die Wirkung der Liefersperre bei ihm von vorneherein eine bedeutend stärkere ist als bei der Fa. Angehrn & Cie. Diese ist eine Großfirma der Lebensmittelbranche und handelt

---

[94] Publications 1967, p. 323.
[95] Publications 1967, p. 327.

neben alkoholischen und alkoholfreien Getränken mit Kolonialwaren, Fleischwaren, Konserven, Rauchwaren, Toilettenartikeln, Wasch- und Putzmitteln usw. SCHÜRMANN führt unter IV, 1c zu Art. 4 KG aus, die Nichtbelieferung von Abnehmern, die nicht spezialisiert seien und keinen Kundendienst gewährleisten, könne zulässig sein, weil die Behinderung nicht erheblich sei»[96].

Plusieurs auteurs ont critiqué la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point. MERZ relève en particulier:

«Jede Unternehmung mit einem großen Warensortiment (das Warenhaus und andere Großverteiler, Spezialgeschäfte, die dem Kunden eine möglichst große Auswahl bieten wollen, und Grossisten, die ein gedehntes Branchensortiment führen) könnte – gesondert für jeden Artikel, den sie führt – boycottiert und diskriminiert werden. Wer als erster behindert, bliebe im Unerheblichen. Erheblich und damit unzulässig würde die Beeinträchtigung erst, wenn sie dem Behinderten auch noch jene wenigen schließlich verbleibenden Artikel nimmt, deren jeder einen erheblichen Teil des Umsatzes und des Ertrages repräsentiert»[97].

MERZ soutient ensuite que le bien protégé est la liberté de concurrence, un droit absolu de la personnalité dont la lésion est ipso facto illicite, quelle que soit sa gravité. Il propose en conséquence d'interpréter le mot «notable» à l'art. 4 al. 1 LCart dans le sens le plus favorable à la liberté de concurrence et de ne tenir compte de l'élément quantitatif que pour le calcul des dommages-intérêts. KOLLER[98] se rallie pour l'essentiel à ces critiques et souligne, lui aussi, que le bien protégé par la loi sur les cartels est une liberté («Freiheitsrecht»), celle de chaque individu de choisir et d'organiser son activité économique en dehors de toute contrainte cartellaire, et non pas un droit patrimonial. C'est donc en fonction de

---

[96] Ce raisonnement nous paraît en tout cas inexact si l'on n'opère pas préalablement la distinction entre les niveaux où se situent les marchés en cause: le commerce de détail dans un cas, le commerce de gros dans l'autre. Cette différence seule peut à notre avis justifier des conclusions différentes quant aux effets d'une mesure identique.

[97] MERZ, Kartellgesetz, p. 44/45.

[98] KOLLER, p. 102ss.

l'atteinte à la liberté de l'individu, et non pas selon ses effets patrimoniaux, qu'il faut apprécier les mesures prises par un cartel ou une organisation analogue. Cherchant alors la ratio du texte légal, il la trouve dans le fait que le législateur a dû s'accommoder d'une concurrence imparfaite, donc d'influences sur le marché, et qu'il les a en conséquence laissées sans sanctions, même si elles émanent d'un cartel ou d'une organisation analogue. Il rejoint en cela DESCHENAUX[99] qui, comme SCHÜRMANN[100], estime qu'il faut prendre acte de ce que le législateur – à tort, en théorie pure – n'a voulu saisir que l'entrave notable à la liberté de concurrence: notable, dans le sens d'une influence sensible sur l'économie de l'entreprise visée. Et d'ajouter: «Tout se passe comme si le législateur avait voulu accorder une certaine ‹franchise› aux cartels dans la lutte».

Le Tribunal fédéral a pris position sur ces critiques dans l'arrêt Rentchnick c. Compagnie britannique et américaine de tabacs S.A. et consorts, du 5 novembre 1968[101]. Il concède à MERZ que l'arrêt Sessler a «étendu quelque peu le champ des mesures permises, sans tenir suffisamment compte de l'hypothèse, d'ailleurs non réalisée, d'une pluralité d'entraves minimes en soi, mais dont l'accumulation peut peser lourdement». Après avoir constaté que «le juge ne saurait s'affranchir du critère quantitatif qui résulte du texte légal», il ajoute:

«En revanche, l'art. 4 LCart doit être interprêté selon le principe fondamental de la loi, qui repose sur le respect du droit à la libre concurrence conçue comme une liberté personnelle. Aussi bien toute entrave à cette liberté doit-elle en principe être qualifiée de notable, à moins qu'elle ne soit si légère qu'elle n'entraîne que des inconvénients de peu d'importance, lesquels n'auraient aucune portée pratique sur la liberté de décision de l'intéressé, qui est au fond le bien protégé.»

«... Le juge sera attentif aux répercussions d'une discrimination en soi minime sur la liberté d'action de la personne visée, sur la struc-

---

[99] DESCHENAUX, ouvrage, p. 85.
[100] SCHÜRMANN, Durchführung, p. 74, n. 4.
[101] RO 94.II.329 = JdT 1969.I.647.

ture et le développement de son entreprise. Peu importe que, malgré la discrimination, le commerce de l'outsider n'ait pas été ruiné, mais qu'il ait pu se développer favorablement (arrêt Giesbrecht, RO 86. II. 365 ss., 380, consid. 5 a). Il appartient au juge saisi d'une action intentée par la victime des mesures prises par un cartel ou une organisation analogue de constater en quoi consiste la discrimination et de rechercher si, dans le cas concret, cette discrimination est assez sensible pour affecter, directement ou indirectement, le comportement économique du demandeur, pour limiter sa liberté dans l'organisation de son activité économique. Dans l'affirmative, la discrimination est notable au sens de l'art. 4 LCart»[102].

Cette controverse nous paraît appeler les remarques suivantes:

a) Comme à Deschenaux, à Koller, et au Tribunal fédéral, il nous paraît impossible de faire abstraction du texte clair de l'art. 4 al. 1 LCart qui ne déclare illicite que les seules entraves «notables» dans l'exercice de la concurrence. Ce serait contraire non seulement au texte, mais même aux intentions exprimées dans le message du Conseil fédéral. Il faut donc s'accommoder du fait que seules les entraves notables sont illicites et chercher à définir ce qu'il faut entendre par là.

b) Dans l'arrêt Sessler AG, le Tribunal fédéral a paru mesurer le caractère notable de l'entrave à son influence économique et financière sur l'entreprise qui est la victime. Ce faisant, il a mis l'accent sur les conséquences patrimoniales des mesures cartellaires plutôt que sur leur effet sur le droit de la victime à exercer librement l'activité économique qu'elle a choisie, ainsi que l'ont démontré Merz et Koller. L'arrêt Rentchnick a mis les choses au point en mesurant le caractère notable de l'entrave «aux répercussions d'une discrimination en soi minime sur la liberté d'action de la personne visée, sur la structure et le développement de son entreprise», à la manière dont elle affecte «directement ou indirectement, le comportement économique du demandeur» et dont elle limite «sa liberté dans l'organisation de son acti-

[102] RO 94. II.336.

vité économique». Ainsi est fixée l'échelle à laquelle doit être mesurée l'entrave pour en déterminer l'illicéité éventuelle au sens de l'art. 4 LCart.

c) Qui dit «notable» parle en termes de relativité. Tel fait peut être notable par rapport à tel autre et ne l'être pas du tout en comparaison à un troisième. Or, en matière d'entraves à la concurrence, l'art. 4 al. 1 LCart ne précise guère par rapport à quoi la mesure cartellaire doit être notable pour être illicite. La doctrine et la jurisprudence ont apporté une première précision à cet égard en mettant en évidence le rôle essentiel dans ce domaine du droit de l'individu au libre développement de sa personnalité économique. Mais cette prise de position ne répond pas à la critique de MERZ[103] qui nous paraît avoir démontré qu'en théorie tout au moins, il serait possible d'anéantir la personnalité économique d'un individu par une pluralité d'entraves successives, insignifiantes du point de vue de l'ensemble de son activité économique, mais néanmoins déterminantes par leur accumulation. C'est à cet égard que le marché déterminant nous paraît avoir son rôle à jouer.

d) Il ne peut y avoir concurrence que sur un marché où, face à la demande d'un certain bien ou d'un certain service, ceux qui peuvent offrir ce bien ou ce service entrent en compétition. De même, il n'y a de cartel ou d'organisation analogue qu'en fonction de marchés déterminés. Les art. 2 et 3 LCart le disent expressément.

En dehors d'un marché, il ne peut y avoir ni concurrence, ni cartel, ni organisation analogue. Il en découle que les mesures prises par un cartel sont toujours fonction d'un marché – c'est là une condition de leur efficacité – et que la concurrence à laquelle l'art. 4 veut permettre que les tiers puissent participer sans entrave notable ne peut se dérouler qu'à l'intérieur d'un marché. Dès lors, si l'on veut apprécier l'importance d'une entrave cartellaire, c'est en fonction du

---

[103] MERZ, Kartellgesetz, p. 44/45; à ce sujet, l'arrêt Rentchnick se borne à citer la critique de Merz, sans y répondre.

marché où elle sortit ses effets qu'il faut la juger. Si les mesures prises par le cartel excluent le tiers du marché ou lui apportent une entrave notable à son activité dans ce secteur, elles seront illicites; en revanche, elles seront licites si elles n'ont que peu d'importance et n'influent pas profondément sur l'activité de l'outsider. En définitive, ce système assure à chaque individu non seulement la liberté théorique de participer à la concurrence et d'organiser son activité économique comme il l'entend, mais bien une liberté concrète d'entrer sur chacun des marchés existants et d'y déployer son activité commerciale sans être soumis à des discriminations, de s'y faire sa place ou d'y échouer en fonction de ses seules prestations[104].

e) Le fait de mesurer le caractère notable de l'entrave cartellaire en fonction de ses effets sur la position des tiers sur un marché déterminé apporte une solution à une question que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore réglée de manière satisfaisante.

L'importance de l'entrave apportée à l'activité de l'outsider ne dépendra plus de la structure ou de l'importance de son entreprise: commerçant spécialisé dans le marché déterminant et entreprise qui exerce son activité sur plusieurs marchés pourront user également du droit que leur confère la loi d'accéder à ce marché et d'y déployer leur activité sans y subir des entraves notables. Des inégalités de traitement, telles que celles qui paraissent possibles aujourd'hui, seront ainsi évitées. Chacun se verra assurer le même droit à la libre concurrence.

---

[104] Dans le même sens SCHÜRMANN, Durchführung, p. 75: «Eine Firma, die verschiedenartige Waren herstellt oder mit verschiedenartigen Waren handelt – was die Regel ist und bei zunehmender vertikaler Konzentration mehr und mehr zur Regel werden wird – ist an ebenso vielen Märkten tätig und steht in entsprechend vielen Wettbewerbsituationen. Sie hat – im Grundsatz – Anspruch darauf, daß die auf den *einzelnen* Märkten ausgeübte Diskriminierung auf ihre Erheblichkeit hin geprüft wird.»

Par ailleurs, ce mode de raisonnement s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels. Avant le 15 février 1964, le Tribunal fédéral s'est en effet toujours placé dans le cadre d'un marché pour apprécier les effets des mesures prises par un cartel et pour juger de leur licéité: marché du fromage en boîte[105]; marché du travail dans l'hôtellerie[106], dans la profession de coiffeur[107] et dans l'imprimerie[108]; marché des appareils sanitaires[109]; marché des tabacs[110]; marché du louage des films[111]. Il y était conduit par le fait que les agissements qu'il devait apprécier étaient le fait de cartels, qui, tout naturellement, s'étaient placés sur le terrain d'un marché. Sans même à avoir à se poser la question, la jurisprudence s'est développée dans ce cadre, cela d'autant plus que, fondée sur la balance des intérêts, elle résolvait simultanément les questions de l'illicéité et des justifications du boycott, alors que le système de la loi sur les cartels impose aujourd'hui au juge de les traiter successivement.

A notre avis, le juge devra se demander tout d'abord quelle est l'influence des mesures prises sur la liberté d'action et la capacité de concurrence de l'outsider dans le marché considéré. Dès que leur effet dépasse un certain niveau – que la jurisprudence devra sans doute encore préciser –, qu'il est de nature à influencer la liberté de décision et le comportement économique des tiers, le juge déclarera la mesure illicite. Il examinera ensuite si les mesures prises se justifient par l'un des motifs visés par l'art. 5 LCart et si elles sont conformes aux principes de la subsidiarité et de la proportionnalité. Ainsi pour reprendre l'affaire Sessler AG, le marché qui entrait en considération était celui des tabacs

---

[105] RO 62.II.276 = JdT 1937.I.180.
[106] RO 69.II.80 = JdT 1943.I.508.
[107] RO 73.II.65 = JdT 1948.I.11.
[108] RO 82. II.308 = JdT 1957. I.213.
[109] RO 76. II.281 = JdT 1951. I.226.
[110] RO 81. II.117 = JdT 1955. I.550.
[111] JdT 1956.1.98.

pour la pipe au niveau du commerce de gros. Il représentait pour Sessler AG un chiffre d'affaires annuel d'environ Fr. 630000.– et un bénéfice brut d'environ Fr. 70000.– par an. Il saute aux yeux que, même dans ce cadre limité au marché en cause, une réduction d'un peu plus de Fr. 2000.– par an de la marge de grossiste sur les tabacs suisses pour la pipe n'exerçait pas une influence sensible sur l'activité Sessler AG sur ce marché, si bien que la mesure prise contre elle ne pouvait être considérée comme illicite. En revanche, la situation est différente dans les affaires de spiritueux où le marché déterminant paraît être, au niveau du gros, celui des grandes marques de spiritueux. Si l'on tient pour établi que l'absence des marques principales dans l'assortiment d'un grossiste diminue notamment sa capacité de concurrence, faute pour lui de pouvoir offrir un assortiment complet, le caractère illicite de la mesure d'évitement organisé ne fait pas de doute, que la victime ait d'autres cordes à son arc et puisse ou non subsister économiquement par d'autres moyens[112]. C'est en effet son droit d'accéder au marché des spiritueux de marque qui est compromis et qui doit être protégé comme tel, indépendamment des conséquences purement financières de l'entrave dont elle est victime.

f) Nous sommes donc d'avis que le «marché déterminant», à la condition qu'il soit correctement délimité, fournit le cadre naturel dans lequel on doit apprécier si les mesures prises par un cartel portent une atteinte notable au droit de celui qui en est la victime de développer librement sa personnalité économique.

---

[112] La situation paraît différente au niveau du commerce de détail où les possibilités d'évitement sont beaucoup plus nombreuses grâce à l'existence de toute une série de produits de marque concurrents.

DEUXIÈME PARTIE

LES PRIX IMPOSÉS

I. Introduction

Dans le grand public, le problème des prix imposés est, si ce n'est le plus connu du droit des cartels, tout au moins celui qui y est le plus débattu. Chaque consommateur pratique quotidiennement le système des prix imposés, ce qui ne signifie pas encore qu'il sait de quoi il retourne. Voudrait-il se renseigner en consultant la loi sur les cartels qu'il resterait probablement sur sa faim. Notre législation cartellaire ne consacre en effet à cet important objet que quatre alinéas répartis dans la loi au siège des différentes matières, si bien qu'il est difficile pour le profane, et sans doute aussi pour le juriste non spécialisé, de se faire une représentation claire et complète des principes qui régissent les prix imposés en droit suisse des cartels. Or, nonobstant l'évolution qui s'est dessinée ces dernières années en matière de prix imposés et le relâchement qui s'en est suivi, la méthode consistant pour le fabricant à fixer les prix qui seront faits au consommateur reste largement pratiquée dans des secteurs importants de notre économie. Il nous paraît donc utile d'élucider les problèmes juridiques qu'elle pose et de brosser un tableau systématique du régime juridique auquel la loi sur les cartels l'a soumis. Décrire l'institution des prix imposés, cerner les problèmes qu'elle pose, proposer des solutions, tels sont les buts que se propose notre étude.

Avant même d'aborder ce sujet et d'en fixer le plan, une remarque préliminaire s'impose: nous n'entendons en aucune manière nous immiscer dans le vaste débat qui s'est instauré et qui se poursuit, parfois avec passion, sur les avantages du système des prix imposés ou au contraire sur

ses tares rédhibitoires. Cette controverse est en effet extra-juridique; elle porte sur les aspects économiques et sociaux d'une institution dont le juriste constate l'existence et qu'il cherche à faire entrer dans ses catégories. Notre étude sera donc fondée sur le droit positif et s'abstiendra de toute incursion dans le domaine du droit désirable.

Quant au plan de notre étude, il découle tout naturellement de la systématique de la loi sur les cartels et de la place qu'y occupent les dispositions sur les prix imposés:

- Champ d'application de la loi (art. 2 al. 2 LCart),
- Dispositions de droit civil (art. 5 lettre e, 11 al. 3 et 4 LCart),
- Dispositions de droit administratif.

Ce dernier paragraphe s'impose quand bien même la loi ne traite pas expressément des prix imposés dans son chapitre consacré aux dispositions de droit administratif. Nul doute en effet que les prix imposés tombent sous le coup de ces règles et jouent même un rôle important dans leur application. La Commission des cartels ne s'y est d'ailleurs pas trompée qui a consacré dans presque tous ses rapports des passages importants à ce problème et qui a même désigné en son sein une sous-commission spécialisée chargée de suivre toutes les questions qui s'y rapportent[114].

2. Généralités

Il convient tout d'abord de définir ce qu'il faut entendre par «prix imposés» («Preisbindung der zweiten Hand»), puis d'examiner dans quelle mesure cette institution tombe sous le coup de la loi sur les cartels. Ce sera l'objet de ce second paragraphe.

---

[114] Cette sous-commission, constituée dès l'entrée en fonction de la commission des cartels, a une activité considérable dont font foi les rapports de la commission pleinière et qu'on trouve résumée dans les rapports annuels de la commission. Publications 1966 p. 8/18; 1967, p. 3/13; 1968, p. 3/11; 1969, p. 4/17.

2.1. Définition générale des prix imposés

Du point de vue économique, le fabricant a le choix entre deux systèmes de distribution. Il peut tout d'abord se désintéresser du produit qu'il a élaboré dès qu'il l'a vendu à un grossiste ou à un détaillant. Il s'en remet alors complètement à ses acheteurs de la manière dont il vont commercialiser le produit, en particulier quant au prix qu'ils vont fixer pour les consommateurs. Mais il peut aussi, et il y aura souvent un intérêt commercial considérable, se préoccuper du sort de sa marchandise jusqu'à ce qu'elle ait atteint le dernier consommateur. Il munira alors son produit d'une marque qui en indiquera la provenance, en organisera la publicité, et très souvent, fixera lui-même le prix et les conditions auxquels il devra être vendu au dernier consommateur, fixant par là même la marge entre le prix de vente en gros et le prix de vente au détail dont grossistes et détaillants devront se satisfaire. C'est le système des prix imposés qui se caractérise par le fait que le fabricant lui-même intervient, en fixant les prix et les conditions de vente, sur des marchés auxquels il ne participe normalement pas[115]. Suivant la politique commerciale qu'il suit, le fabricant adoptera des attitudes différentes: s'il veut essayer de vendre son produit en grandes quantités, il fixera des prix bas pour s'assurer une clientèle aussi large que possible; mais il peut aussi chercher, pour maintenir le «standing» de ses marchandises, à fixer des prix élevés à cause du prestige qui s'attache, à tort ou à raison, à des produits chers[116]. Souvent même, ce sont les détaillants qui, par le canal de leurs organisations professionnelles, incitent les fabricants à fixer des prix imposés élevés de manière à leur assurer les marges suffisantes pour leur

---

[115] MATTMANN, p. 26, relève à juste titre que l'expression allemande «Preisbindung der zweiten Hand» peut prêter à confusion, car le fabricant intervient souvent sur plusieurs marchés successifs pour y imposer des prix et/ou des conditions de revente.

[116] Tel est le cas pour les parfums de grande marque. Publications 1969, p. 145 et 156.

permettre de subsister[117]. Quels que soient les motifs qui poussent le producteur à l'adopter, le système des prix imposés se caractérise, d'un point de vue général, par le fait que le fournisseur-fabricant ou grossiste fixe lui-même tout ou partie des conditions de revente d'un produit, en particulier le prix ou les marges, et impose par contrat à son acquéreur de respecter ces normes lors des transactions ultérieures et, cas échéant, de les faire respecter par le tiers acquéreur du produit[118].

2.2. Le champ d'application de la loi sur les cartels dans le domaine des prix imposés

La loi sur les cartels[119] n'est pas applicable à tous les contrats imposant des prix de seconde main. Elle n'assimile en effet aux cartels, qu'elle régit conformément à son premier article, que «les accords par lesquels des acheteurs s'engagent envers leurs fournisseurs à observer, en revendant des marchandises, des prix ou des conditions de vente déterminés (prix imposés), lorsque c'est un cartel ou une organisation analogue qui impose ces accords ou en assure l'exécution» (art. 2 al. 2 LCart).

La loi sur les cartels ne s'applique donc pas aux entreprises qui pratiquent le système des prix imposés à titre individuel. Tant qu'il en reste à ce stade, ce système ne peut guère exercer une influence néfaste sur le jeu de la concurrence: si, pour autant qu'il ne soit pas une organisation analogue au sens de l'art. 3 lettre a LCart, le fabricant ou le grossiste fixe des prix de revente au détail trop élevés, la concurrence d'autres entreprises, qu'elles fixent des prix

---

[117] Publications 1969, p. 145 et 156.

[118] MERZ, Kartellgesetz, p. 27; MATTMANN, p. 25 ss.; pour le droit allemand: FIKENTISCHER, p. 22.

[119] Nous avons renoncé à faire l'historique des dispositions de la loi sur les cartels en matière de prix imposés, car MATTMANN, s'est déjà livré à ce travail de manière très complète dans sa thèse (p. 8 à 23).

imposés plus bas ou qu'elles renoncent à s'intéresser au prix de vente au détail de leurs marchandises, obligera rapidement l'intéressé à revoir ses prix[120]. Outre le fait qu'ils ne présentent pas un grand danger, il est normal que de tels accords échappent à la loi sur les cartels parce qu'ils ne se caractérisent pas comme des «limitations collectives» de la concurrence au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. Il leur manque ainsi une des caractéristiques essentielles qui permettrait de les assimiler à un véritable cartel[121].

En revanche, la loi sur les cartels s'applique dès qu'un cartel ou une organisation analogue recourt au système des prix imposés. En soumettant à la loi, les accords de prix de seconde main qui sont imposés par un cartel ou une organisation analogue ou dont il assure l'exécution le législateur a visé les cas suivants:

a) L'activité d'un cartel dans le domaine des prix imposés peut revêtir diverses formes et avoir une intensité très différente:

aa) Les prix sont imposés par un cartel lorsque c'est en exécution d'une obligation souscrite à l'égard du cartel dont il fait partie que le producteur doit recourir à ce système dans ses relations avec ses clients. Dans ce cas, le cartel se borne à généraliser le système des prix imposés dans la branche où il exerce son influence. La fixation des prix, les sanctions contre les contrevenants restent de la compétence de chacun des membres du cartel qui s'exposent à des sanctions s'ils ne respectent pas leurs engagements, par exemple en n'exigeant pas de leurs clients le respect des prix fixés[122].

ab) Le cartel peut imposer aux revendeurs les prix fixés par les producteurs qui lui sont affiliés. Le revendeur prend alors des engagements à l'égard du cartel lui-même, et non

---

[120] Kummer, p. 9/10; FF 1961. II.571.

[121] Kummer, p. 82; Merz, Kartellgesetz, p. 27; Schürmann, comm., p. 49.

[122] Kummer, p. 107/108.

pas envers le fabricant ou le grossiste auquel il achète ses marchandises. En cas de violation de l'engagement pris, c'est le cartel qui aura qualité pour prendre des sanctions. En revanche, dans cette hypothèse, chaque producteur ou chaque grossiste reste libre de fixer les prix de ses marchandises comme il l'entend. Les contrats individuels passés avec revendeurs sont donc doublés d'un accord passé avec le cartel pour assurer le respect de ces prix. Comme l'a relevé la Commission fédérale d'étude des prix[123], une telle manière de faire est souvent imposée aux ententes des fabricants ou des grossistes par des groupes économiques du secteur commercial (grossistes ou détaillants), qui, n'ayant pas une cohésion suffisante pour constituer un cartel ou, ayant constitué un cartel et n'arrivant pas à s'entendre pour fixer des prix uniformes, font pression sur les entreprises de l'échelon antérieur pour qu'elles imposent le prix de leurs produits au niveau commercial ultérieur par des contrats individuels. Pour autant que les fabricants ou les grossistes soient groupés en cartel ou constituent une organisation analogue, ils peuvent arriver ainsi indirectement à un résultat identique à celui qu'aurait obtenu le cartel qu'ils n'ont pas réussi à créer: la concurrence en matière de prix est supprimée; les prix fixés assurent à tous les échelons des marges suffisantes et parfois excessives. Tel paraît avoir été le processus, selon la commission des cartels, pour les prix imposés pour les articles spécialisés de la parfumerie, où les commerçants ont fait pression sur le cartel qui groupe les producteurs et les grossistes pour obtenir que des prix soient imposés pour la vente au détail, ce qui correspond d'ailleurs à la politique commerciale du cartel[124].

ac) Le cartel peut se borner à assortir les contrats conclus individuellement par ses membres de sanctions collectives allant de l'amende au refus de livrer. Dans le cas de contrats individuels, le fabricant et le grossiste sont relativement

---

[123] Rapport CEP, p. 104; Merz, Kartellgesetz, p. 27.
[124] Publications 1969, p. 156.

démunis face à des violations des prix imposés. Il peut certes donner des avertissements à l'auteur de l'infraction, lui enlever des avantages sous forme de diminution des rabais qui lui ont été accordés, et, en dernière analyse, refuser de continuer à lui livrer. Mais ces sanctions ne sont guères efficaces, dès l'instant que, ne dominant pas le marché, il ne peut guère aboutir qu'à amener son partenaire à traiter avec des concurrents qui lui offrent des conditions plus avantageuses et qui s'accommodent de violations des prix imposés. Tout autre est la situation si c'est le cartel des producteurs ou des grossistes qui prend en main les sanctions. Si le client persiste à ne pas respecter les prix imposés par le producteur malgré les avertissements et les amendes, il se verra refuser toute livraison non plus seulement par le producteur dont il n'a pas tenu les prix, mais encore par tous les membres du cartel. La sanction collective se substituera à la sanction individuelle. Au surplus, en imposant ses prix, le fournisseur pourra donner l'assurance au détaillant que tous les concurrents seront eux aussi liés par des accords semblables, ce qui représente un avantage incontestable. Mais le contrat de base n'en restera pas moins un contrat individuel. Cette situation est fréquente ainsi qu'en font foi les exemples suivants tirés de publications de la commission des cartels.

– Jusqu'au 2 février 1967, l'association des fabricants d'articles de marques PROMARCA prévoyait d'imposer à tous ses membres de suspendre leurs livraisons à l'égard des commerçants qui violeraient les prix et les conditions de vente (rabais) imposés par ses membres, et cela quand bien même les produits de marque d'un seul fabricant auraient été vendus à des prix et à des conditions inférieurs à celles fixées contractuellement[125].

– Un système identique de prix imposés individuels et de sanctions collectives a été mis sur pied par l'Association des fournisseurs de «grandes marques» en cosmétique et parfumerie: si un grand magasin, par exemple, vend des parfums

---

[125] Publications 1969, p. 167.

d'un des membres de l'association à des prix inférieurs à ceux fixés par son fournisseur, les quatorze membres de l'association, après avoir rappelé le délinquant à l'ordre par une réduction de ses marges, suspendent leurs livraisons à l'auteur de l'infraction s'il récidive[126].

ad) Reste une dernière hypothèse, celle où le cartel ne se borne pas à imposer à ses adhérents de recourir au système des prix de seconde main en leur laissant la liberté de les fixer, et à veiller par un jeu de sanctions au respect des prix ainsi imposés, mais où il fixe lui-même les prix et les conditions de vente. Il y a alors un cartel de prix[127] et, cas échéant, de conditions assorti d'un système de prix imposés qui assure le respect des prix cartellaires aux échelons économiques ultérieurs. Les partenaires du cartel sont alors soit les commerçants individuels auquel le prix de revente est imposé par des contrats individuels, soit le cartel de l'échelon économique ultérieur qui s'engage à faire respecter les prix fixés en contre-partie parfois d'un droit de regard sur ces prix et d'un contrat d'exclusivité[128]. Ainsi les membres de la Société suisse des maîtres ferblantiers et appareilleurs s'étaient-ils engagés envers l'Association suisse du commerce de gros de la branche sanitaire à respecter les prix fixés par les grossistes dans leurs calculations à l'intention des maîtres d'œuvre et des architectes. Toute réduction directe ou indirecte du prix brut constituait une violation du contrat[129].

b) Comme les cartels, les organisations analogues recourent elles aussi au système des prix imposés dans des conditions très voisines de celles où interviennent les cartels:

ba) Une entreprise isolée peut dominer le marché de certains biens ou de certains services ou l'influencer de ma-

---

[126] Publications 1969, p. 144 ss. et 156 ss.

[127] Rapport CEP, p. 70, qui donne un aperçu des différentes méthodes utilisées par les cartels pour fixer les prix directement ou indirectement; MERZ, Preisvereinbarungen, p. 195/196.

[128] MERZ, Preisvereinbarungen, p. 198/199.

[129] Publications 1968, p. 200.

nière déterminante. L'art. 3 lettre a LCart l'assimile alors à un cartel. Si cette entreprise fixe des prix pour la vente de ses produits au détail et impose à ses clients isolés de les respecter et de les faire respecter, elle a la possibilité de supprimer ou de restreindre la concurrence en matière de prix dans le marché qu'elle domine. Quand bien même ses agissements sont individuels, et non collectifs, ils aboutissent, sur le terrain de la concurrence, à des résultats identiques à ceux auxquels tend la coalition d'entreprises groupées dans un cartel.

bb) S'il en va de même lorsque les prix sont imposés par des «entreprises liées entre elles par des participations financières ou d'une autre manière» (art. 3 lettre c LCart), il est plus difficile de concevoir que des entreprises s'accordent tacitement pour imposer des prix et pour en sanctionner collectivement les violations[130]. Cette hypothèse ne peut cependant pas être exclue et tombe sous le coup de la loi par le jeu des art. 3 lettre c et 2 al. 2 LCart.

Certaines des hypothèses envisagées ci-dessus tombaient de toute manière sous le coup de la loi puisqu'un cartel ou une organisation analogue y joue un rôle actif soit en sanctionnant les violations d'un accord restrictif de la concurrence par une mesure collective, soit en limitant lui-même la concurrence en matière de prix. En revanche, d'autres cas étaient douteux. La loi a coupé court à toute discussion sur ce point en assimilant aux cartels «les accords par lesquels des acheteurs s'engagent envers leurs fournisseurs à observer, en revendant des marchandises, des prix ou conditions de vente déterminés (prix imposés), lorsque c'est un cartel ou une organisation analogue qui impose ces accords ou en assure l'exécution».

Relèvent donc de la loi sur les cartels:

a) les contrats individuels conclus par une entreprise pour imposer des prix de revente à ses acheteurs:

– lorsque le fournisseur agit de la sorte en vertu d'un en-

---

[130] MATTMANN, p. 46.

gagement qu'il a contracté à l'égard du cartel ou de l'organisation analogue dont il fait partie;

– lorsque le fournisseur s'en remet à son cartel ou a son organisation analogue d'édicter et d'appliquer des sanctions en cas de violations des engagements pris;

– lorsque le fournisseur est une organisation analogue au sens de l'art. 3 lettre a LCart;

b) les contrats conclus par un cartel de producteurs ou de grossistes ou par une organisation analogue avec des revendeurs pour leur imposer des prix de revente des marchandises de ses membres;

c) les contrats par lesquels un cartel de producteurs ou de grossistes ou une organisation analogue impose au cartel de l'échelon économique ultérieur le respect et l'obligation de faire respecter par ses adhérents les prix et conditions fixés par ses membres ou par lui-même pour leurs marchandises.

En revanche, les contrats par lesquels une entreprise individuelle impose à ses acheteurs l'obligation de respecter les prix qu'elle fixe pour ses marchandises échappe au domaine du droit des cartels.

3. Les dispositions de droit civil

Si l'accord qui impose des prix de seconde main est assimilé à un cartel, cela ne signifie pas encore qu'il soit illicite. Conformément au système de la loi, le fait d'y être soumis n'emporte aucun jugement de valeur. Ce sont les art. 4 et suivants qui indiquent quand les mesures prises par un cartel ou un accord assimilé sont illicites, d'une part lorsqu'elles entravent les tiers (art. 4 à 10 LCart), d'autre part à l'égard des personnes ou entreprises qui y ont souscrit (art. 11 à 16 LCart). Nous examinerons dans un premier temps ce qui distingue les deux hypothèses envisagées par la loi, ce qui revient à définir ce qu'est la convention de prix imposés, quelle est sa forme, quel est son contenu et à quelles conditions elle prend fin. Nous serons ensuite en mesure de faire le départ entre ce qui est illicite et ce qui ne l'est pas parallèle-

ment dans les cas qui relèvent des art. 11 ss. LCart (engagements internes) et ceux qui sont visés par les art. 4 et suivants (entraves à la concurrence de tiers). Nous déterminerons ainsi les différences et les convergences dans les deux domaines que la loi sur les cartels distingue sous l'angle du droit privé.

3.1. La convention imposant des prix de revente

Par définition les prix imposés au sens de l'art. 2 al. 2 LCart résultent d'une convention. La loi apprécie cependant différemment les conséquences de tels accords suivant qu'ils se font sentir sur ceux qui y ont librement adhéré ou sur des personnes qui y sont étrangères. D'où la nécessité de préciser préliminairement le mode de conclusion, le contenu, les effets et la fin d'un tel contrat.

3.1.1. Conclusion du contrat

Si la loi assimile les accords de prix imposés aux cartels, elle ne fait pas dépendre leur validité, comme celle des ententes cartellaires, du respect de la forme écrite. En effet, l'art. 11 al. 3 dispense expressément les accords relatifs aux prix imposés de cette forme qu'il exige à son al. 1 pour les conventions et décisions créant des engagements à caractère de cartel. Cette exception a été voulue par le législateur pour faciliter l'application du système des prix imposés pour les produits de marque où le prix imposé figure de manière très générale sur l'emballage. L'usage s'était en effet établi d'admettre que l'acceptation sans réserve par l'acheteur d'une marchandise emportait pour lui l'engagement de respecter ce prix lors de la revente du produit. C'est cet usage que l'art. 11 al. 3 a sanctionné[131].

Cette dispense de la forme écrite s'applique à tous «les accords relatifs aux prix imposés». Les conventions, on le verra plus loin, définissent non seulement les prix qui seront

---

[131] FF 1961. II.589; SCHÜRMANN, comm., p. 116; MERZ, Kartellgesetz, p. 81.

pratiqués et les conditions de vente, mais encore les sanctions qui seront appliquées en cas de contravention. Etant donné le caractère général de la dispense légale, nous sommes d'avis, avec SCHÜRMANN[132] et DESCHENAUX[133], que tout le contenu d'un accord relatif aux prix imposés est dispensé de la forme écrite, qu'il s'agisse des prix applicables ou des sanctions qui sont attachées à leur violation. Comme le relève DESCHENAUX[133], si le contrat principal est libre de forme, la convention accessoire que constitue la clause pénale prévoyant des amendes conventionnelles ou des entraves à la concurrence l'est aussi. Telle est d'ailleurs l'interprétation que le message du Conseil fédéral donne de ce texte[134]. MERZ[135] professe une opinion contraire. Selon lui, l'engagement de subir les sanctions qui assortissent une convention relative à des prix imposés doit revêtir la forme écrite parce qu'il implique de nouvelles obligations à l'égard du cartel. Ce raisonnement perd de vue que, si elle a assimilé les accords relatifs aux prix imposés aux cartels à l'art. 2 al. 2, la loi les a expressément dispensés de toute forme à l'art. 11 al. 3, et cela sans restriction aucune. Si le législateur avait voulu restreindre cette exception à la seule obligation d'observer les prix imposés, et non à leur sanction, il l'eût assurément exprimé clairement; mais tel n'a pas été le cas.

Pratiquement, cette controverse n'a en définitive qu'une portée assez limitée si l'on examine les cas qui peuvent se présenter:

– Le fournisseur peut tout d'abord se borner à indiquer le prix imposé sur la marchandise. L'acheteur est alors réputé avoir tacitement accepté de respecter ce prix de revente. Mais, en l'absence de toute autre indication, ses

---

[132] SCHÜRMANN, comm., p. 133 et Durchführung, p. 92. Dans le même sens: MATTMANN, p. 55.

[133] DESCHENAUX, ouvrage, p. 97.

[134] FF 1961. II.593.

[135] MERZ, Kartellrecht, p. 85/86.

obligations se bornent là. S'il transgresse ses engagements, le fournisseur ne saurait plaider qu'il a assumé, en plus de l'obligation de respecter le prix imposé, celle de subir des sanctions, certes nécessaires pour maintenir le système, mais dont il n'a jamais été question entre les parties[136].

– La situation n'est différente que si les sanctions destinées à assumer le respect des prix imposés ont été communiqué à l'acheteur, par exemple par une mention figurant sur le bulletin de commande ou sur la facture accompagnant la marchandise, par une lettre d'accompagnement ou de toute autre manière. A moins d'avoir refusé expressément de se soumettre à ces règles, l'acheteur sera réputé y avoir souscrit puisqu'il s'agit d'accessoires du contrat principal (art. 6 CO)[137].

– Enfin, il arrive fréquemment que l'obligation de respecter les prix imposés soit convenue par écrit. Avant de pouvoir recevoir une livraison, l'acheteur doit signer une déclaration de revers qui mentionne alors tous les éléments de l'accord sur les prix, y compris les sanctions possibles. Il est clair que, dans ce cas, les obligations réciproques des parties découleront en principe du contenu de ces accords écrits, et d'eux seuls.

3.1.2. Contenu du contrat

Le contenu des conventions relatives aux prix imposés est libre dans la mesure où elles contiennent ce qui en est la caractéristique: l'engagement de l'acheteur envers le fournisseur d'observer, en revendant la marchandise qui fait l'objet du contrat, des prix ou des conditions de vente déterminés (art. 2 al. 2 LCart). Dès qu'une convention contient cet engagement, elle est un accord relatif aux prix imposés.

---

[136] MATTMANN, p. 27, insiste à juste titre sur le fait que, conformément aux principes généraux du droit des obligations, il faut que la volonté de l'auteur de l'offre ait été reconnaissable par son destinataire.

[137] FF 1961. II.593 où ce cas est expressément mentionné.

Son contenu pour le surplus est laissé à la libre appréciation des contractants, ou plus exactement, si l'on s'en tient à l'expérience de la vie, à celle du fournisseur[138].

Les prix de vente peuvent être fixés de manière rigide. Mais, très souvent, une certaine souplesse sera laissée aux revendeurs qui pourront accorder des rabais ou des escomptes dont les maxima seront limités. Ainsi, par exemple, le système mis sur pied par les fabricants d'articles de marque autorisait-il jusqu'en 1966 les rabais locaux usuels qui étaient calqués sur la ristourne des coopératives locales de consommation. Ces dispositions furent encore assouplies par l'accord du 3 juin 1966 qui introduisait le système dit des 86 points, soit en principe 8% d'escompte supplémentaire à celui autorisé par l'usage local à raison de 12 jours par an[139]. D'autres accords prévoient le prix de vente au consommateur et les marges des intermédiaires. Tel est le cas pour les produits pharmaceutiques où le prix à payer par le consommateur est fixé de manière rigide, alors que les marges des grossistes et des pharmaciens sont fixés avec une certaine souplesse[140].

Les conventions relatives aux prix imposés peuvent enfin prévoir les sanctions qui frappent celui des partenaires qui ne tient pas ses engagements. C'est même là une condition de leur efficacité. Dès l'instant en effet qu'un revendeur ne respecte plus les prix imposés, tout l'échafaudage s'écroule: les autres commerçants qui avaient souscrit des engagements semblables n'ont plus aucun intérêt à les respecter puisqu'ils les pénalisent par rapport à celui qui ne tient pas ses engagements; ils vont donc reprendre leur liberté à moins que le fournisseur n'amène le récalcitrant à résipiscence. Des sanctions sont donc le complément indispensable d'un système cohérent de prix imposés. Elles s'échelonnent

---

[138] MATTMANN, p. 32 ss. donne un très large aperçu du contenu possible de ces conventions.

[139] Publications 1969, p. 165 et 168.

[140] Publications 1966, p. 237 et 244.

en général de l'avertissement au refus de livrer individuel ou collectif en passant par des amendes et par des réductions de marge.

3.1.3. Fin du contrat

La loi attachant des conséquences au fait d'être ou non lié par une convention relative à des prix imposés, il est aussi important de savoir quand une telle convention cesse de sortir des effets que de déterminer quand elle est conclue.

La fin des accords relatifs à des prix imposés est régie par les règles suivantes:

a) Si l'accord est intervenu tacitement par l'acceptation par l'acheteur de marchandises dont le prix est imposé, il ne vaut que pour les biens achetés dans ces conditions. Si l'acheteur ne veut plus se soumettre à l'avenir à de telles restrictions dans son activité commerciale, il lui suffit d'en aviser le fournisseur lors de l'achat suivant[141].

b) Si les prix sont imposés par un accord limité dans le temps, cette convention cesse de sortir ses effets à son échéance conformément aux règles générales du code des obligations.

c) Enfin, si l'accord fixant des prix imposés a été convenu pour une durée indéterminée, il peut néanmoins être résilié moyennant le respect d'un certain délai d'avertissement. Le Tribunal fédéral l'a jugé en 1936 déjà en déclarant qu'un tel droit de résiliation résultait de l'art. 27 CC[142]; en effet, considérer un tel contrat comme liant à tout jamais le revendeur porterait atteinte à ses droits de la personnalité et constituerait une restriction excessive de sa liberté personnelle. L'arrêt est en revanche peu clair sur le délai qui doit être respecté pour la résiliation. Il semble que, dans le cas particulier, la Cour cantonale, dont le jugement a été confirmé par le Tribunal fédéral, avait admis un délai de résiliation de deux mois dont la durée ne s'explique guère. Sans doute,

---

[141] Merz, Kartellgesetz, p. 87.
[142] RO 62.II.35ss. = JdT 1936.I.357ss.

les usages de la branche seraient-ils déterminant pour fixer de cas en cas la durée des délais de résiliation de ces conventions[143].

3.2. La sanction de la violation d'une convention relative aux prix imposés

Lorsqu'un accord relatif aux prix imposés a été conclu et qu'il est en vigueur, l'acquéreur des marchandises doit respecter les prix ou les conditions convenus lors de leur revente à des tiers[144]. S'il ne satisfait pas à cette obligation, il s'expose à l'exécution forcée des engagements pris – ce qui sera rare, vu le peu d'efficacité et la lenteur d'une procédure judiciaire en la matière – et surtout aux sanctions conventionnelles pour autant qu'elles aient été prévues expressément ou tacitement lors de la conclusion du contrat. Toutefois dans ce domaine, la loi n'a pas voulu donner aux contractants de liberté totale, eu égard notamment aux conséquences très graves que peuvent avoir sur l'acheteur les sanctions extrêmes comme le refus de livrer collectif. Aussi, dans le cadre des mesures destinées à assouplir les liens cartellaires, le législateur a-t-il prévu que les entraves à la concurrence[145] définies à l'art. 4 qui visent à faire observer... «des prix imposés raisonnables ne sont licites que si les mesures prises ne causent pas à celui qui en est l'objet un préjudice excessif par rapport au but visé ou du fait de leur nature ou de la façon dont elles sont appliquées» (art. 14 LCart).

La loi sur les cartels fait donc dépendre la licéité des sanctions prises à l'égard du signataire d'une convention sur les prix imposés des conditions suivantes:

– que les prix imposés soient «raisonnables»,

---

[143] SCHÜRMANN, comm., p. 116/117; MERZ, Kartellgesetz, p. 87.

[144] SCHÜRMANN, comm., p. 133.

[145] Le texte allemand de la loi distingue entre la «Maßregelung» qui est dirigée contre une personne qui est liée contractuellement à l'auteur de l'entrave à la concurrence (art. 14 LCart) et les «Vorkehren» dont la victime est un tiers (art. 4 LCart).

– que les sanctions prises ne causent pas à celui qui en est la victime un préjudice excessif par rapport au but visé ou du fait de leur nature et eu égard à la façon dont elles sont appliquées (principes de la proportionnalité, de la subsidiarité et de l'égalité de traitement).

Il faut maintenant examiner de plus près le sens de ces conditions.

3.2.1. Les prix imposés «raisonnables»

Que faut-il entendre par prix imposés «raisonnables»?

La doctrine se divise sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, en deux écoles. Pour la première, dont le chef de file est SCHÜRMANN[146], il convient d'interpréter ces termes restrictivement et de n'admettre le caractère déraisonnable de prix imposés qu'en cas d'abus manifeste. Seuls des prix imposés extrêmes, évidemment déraisonnables et inéquitables devraient être considérés comme illicites. Ces auteurs fondent essentiellement leur opinion sur les travaux préparatoires, et notamment sur les déclarations faites lors des débats aux Chambres qui paraissent avoir une importance toute particulière puisque l'art. 5 lettre e et l'art. 14 dans sa version actuelle ont été introduits à l'occasion de la procédure parlementaire. L'opinion a en effet été exprimée nettement lors de ces débats que les règles adoptées visaient à empêcher que les prix imposés permettent des bénéfices excessifs. Cette thèse peut d'ailleurs s'appuyer également sur le fondement constitutionnel de la loi qui est de lutter contre les abus des cartels et non pas d'instituer un contrôle des prix. A l'opposé, MERZ[147], approuvé, semble-t-il par DESCHENAUX[148], soutient que le texte légal n'impose nullement au juge une telle retenue. Selon lui au contraire, l'auteur des mesures examinées devra démontrer que le calcul de ses prix et ses marges sont

---

[146] SCHÜRMANN, comm., p. 95 ss. et Durchführung, p. 79. Publications 1967, p. 326.

[147] MERZ, Kartellgesetz, p. 66 ss., approuvé par MATTMANN, p. 52.

[148] DESCHENAUX, ouvrage, p. 86, n. 25.

raisonnables pour que la licéité des mesures qu'il a prises soit admise. MERZ fait au surplus remarquer que les partisans d'une interprétation restrictive de l'art. 14 LCart, qui rejettent toute idée de contrôle des prix de la part des autorités chargées d'appliquer la loi sur les cartels, n'expliquent pas comment le juge pourrait dire que des prix imposés sont tout à fait déraisonnables sans examiner la structure des prix en discussion.

Force est bien de constater que, si les déclarations faites lors des débats parlementaires parlent incontestablement en faveur de la thèse de SCHÜRMANN, le texte légal, quant à lui, n'emploie que le mot «raisonnable» sans l'assortir de qualificatifs qui permettraient de ne lui donner qu'une portée restreinte. Le mot «raisonnable» est employé aussi à l'art. 5 lettre b LCart qui subordonne la justification tirée des exigences professionnelles ou techniques d'une branche ou d'une profession de leur caractère raisonnable. Or, personne n'a soutenu à notre connaissance que ces exigences ne permettraient de justifier les mesures prises par un cartel que dans le cas où elles n'étaient pas tout à fait insoutenables. Il paraît dès lors difficile de soutenir, sur la base des seuls travaux préparatoires, que le mot raisonnable a une acception différente suivant qu'il se trouve à l'art. 5 lettre b, à l'art. 5 lettre e ou à l'art. 14 de la loi. Nous pensons donc en dernière analyse que, quels que soient par ailleurs les inconvénients que peut présenter cette solution, qui charge le juge d'une mission délicate qui s'apparente à un certain contrôle des prix, il n'est pas possible d'interpréter les mots «prix imposés raisonnables» comme ne visant que les prix manifestement abusifs.

Il reste que, de toute manière, le juge sera confronté à une tâche délicate lorsqu'il devra dire si des prix imposés sont ou non raisonnables[149]. Il entre en effet une très large part d'appréciation dans le jugement qu'il devra porter sur des questions économiques qui ne sont pas toujours familières

---

[149] MATTMANN, p. 52.

au juriste. Au surplus, la loi ne fournit guère de critères permettant de préciser le terme extra-juridique qu'est le mot raisonnable. Tout au plus donne-t-elle quelques indications à l'art. 5 lettre e en se référant à titre d'exemple aux nécessités de la sauvegarde de la qualité de la marchandise ou du service à la clientèle.

Le juge devra donc examiner la structure et l'organisation du marché où se pose la question du caractère raisonnable des prix imposés, analyser les marges des différents intéressés, les comparer aux contre-prestations fournies par ceux qui en bénéficient et déterminer si les conditions particulières du marché justifiaient des marges supérieures à celles qui sont admises normalement. Ce sera là une tâche complexe dont la solution exige une collaboration étroite du juriste et de l'économiste. Cet examen ne pourra en aucune manière aboutir à des résultats précis s'agissant de questions où l'appréciation joue un rôle décisif. Aussi le juge devra-t-il à notre avis s'imposer une certaine retenue et ne conclure au caractère déraisonnable des prix qu'il examine que s'il n'existe aucun doute au sujet de leur caractère surfait[150].

La commission des cartels nous paraît avoir adopté cette démarche lorsqu'elle a apprécié le système des prix imposés qui régit le marché des médicaments: elle a tout d'abord constaté que les marges pratiquées en différents niveaux étaient considérables et qu'elles pouvaient avoir des effets contraires aux intérêts des consommateurs. Mais, ajoute-t-elle aussitôt, des considérations tenant à la politique de la santé publique viennent corriger cette première appréciation et font apparaître qu'en définitive les marges et les prix pratiqués ont des effets bénéfiques sur la structure de la branche

---

[150] On peut concevoir que l'attitude du juge soit différente suivant qu'il examine la licéité de prix imposés sous l'angle de l'art. 14 ou sous celui de l'art. 5 lettre e. Dans le premier cas, la licéité étant la règle, le caractère déraisonnable de prix imposés devrait être admis moins facilement que dans le second où la loi pose la présomption contraire en ce qui concerne les mesures prises par un cartel ou une organisation analogue.

et qu'ils peuvent être admis[151]. Le résumé français de ce rapport donne de ce raisonnement un raccourci particulièrement clair:

«La rigidité absolue des prix pour la plupart des produits des listes A à C risque de conduire à un niveau surélevé des marges et des prix. Cependant, le niveau élevé des marges et des prix, résultant de l'application stricte des prix imposés pour les produits réglementaires peut se justifier du point de vue de l'hygiène et de la santé publique en ce sens qu'il permet d'une part le développement, en lui-même souhaitable, de la recherche scientifique, et d'autre part une certaine dispersion géographique des pharmacies qui, compte tenu de l'uniformité des prix de vente, est tout à l'avantage des malades...»

«La réduction de la marge du bénéfice des pharmaciens qui résulterait d'une concurrence des prix entraînerait une commercialisation de leur activité qui n'aurait rien à voir avec une profession paramédicale. D'autre part, les fabricants, sous la pression des échelons de la distribution, se verraient obligés de restreindre leur assortiment, voire même de ne plus accorder tous leurs soins à la qualité de leurs produits.»[151bis]

Bien que ce raisonnement ait été tenu dans le cadre d'une enquête générale au sens de l'art. 18 LCart, et non pas sur la base de l'art. 14 LCart, il nous paraît indiquer la voie à suivre pour apprécier le caractère raisonnable des prix imposés. Pour porter ce jugement, il faut tout d'abord examiner si les prix et les marges pratiqués sont conformes aux pratiques commerciales usuelles. Si tel est le cas, ces prix et marges sont raisonnables sans qu'il soit nécessaire de procéder à un plus ample examen. Dans le cas contraire, il convient d'examiner si les prix et marges mis en cause trouvent leur justification dans la sauvegarde d'intérêts légitimes prépondérants, notamment dans l'un de ceux énumérés à l'art. 5 al. 2 LCart. Des marges et des prix apparemment excessifs, et par conséquent déraisonnables, peuvent trouver leur justification non seulement dans la nécessité de sauvegarder la qualité de la marchandise ou le service de la clien-

---

[151] Publications 1966, p. 280 ss., notamment p. 285/286.
[151bis] Publications 1966, p. 303.

tèle, mais encore lorsqu'ils visent à sauvegarder une concurrence loyale et à empêcher d'en fausser le jeu, à établir, pour une branche ou une profession, des exigences professionnelles ou techniques raisonnables à promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général, à assurer l'application d'un cartel sur les marchés étrangers ou à atteindre tout autre but constituant un intérêt légitime prépondérant.

Notons encore que l'examen du caractère raisonnable des marges doit se fonder sur un examen des prix de revient effectifs de chaque entreprise, et non pas de ceux des entreprises les plus défavorisées. Ainsi, dans les cas où les prix eux-mêmes sont fixés individuellement, mais imposés collectivement, les chances des fournisseurs de voir admettre le caractère raisonnable de leur prix sont plus grandes que dans les cas où le prix lui-même est fixé par un cartel. Dans cette dernière hypothèse en effet, le prix sera souvent calculé en fonction du coût de revient de l'entreprise la plus défavorisée de telle manière qu'elle puisse subsister. Il assurera ainsi une rente supplémentaire aux entreprises les plus dynamiques ou les plus puissantes qui, par une rationalisation de leur production, auront abaissé leur prix de revient. Un tel système de prix imposés ne saurait être considéré comme raisonnable en soi[152]; il ne pourra trouver une justification qu'exceptionnellement s'il n'est possible de sauvegarder d'une autre manière des intérêts légitimes prépondérants, par exemple si la structure de la branche, dont il assure le maintient est souhaitable dans l'intérêt général.

Sont donc raisonnables au sens de l'art. 14 LCart les prix calculés en fonction des prix de revient effectifs des entreprises et des marges commerciales usuelles; s'ils ne satisfont pas ces critères, ils ne peuvent l'être que si les marges pratiquées peuvent se justifier par des intérêts légitimes prépondérants compatibles avec les buts poursuivis par la loi sur les cartels.

---

[152] Deschenaux, L'esprit de la loi, p. 219, n. 1.

3.2.2. Le respect du principe de la subsidiarité et de la proportionnalité

La deuxième condition posée par l'art. 14 LCart est que la mesure prise respecte le principe de la proportionnalité et de la subsidiarité. Les sanctions destinées à faire respecter des prix imposés raisonnables ne pourront donc, sous peine d'être jugées illicites, dépasser dans leur nature ou dans leurs effets ce qui est justifié par l'ensemble des circonstances.

Le principe de la proportionnalité et de la subsidiarité a trouvé ses premières applications dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la liberté du commerce et de l'industrie. Selon cette jurisprudence constante[153], les mesures prises par une autorité dans le domaine économique ne doivent pas aller au-delà de ce qu'exige le but de police qui en est la justification. Elles doivent être le moyen adéquat pour atteindre le but fixé par l'intérêt public et permettre de l'atteindre en ménageant autant que possible l'individu. En outre, le but à atteindre doit être dans un rapport raisonnable avec les moyens employés et avec les restrictions à la liberté nécessaires pour l'atteindre. Transposée sur le terrain du droit des cartels, cette jurisprudence signifie que la mesure envisagée ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire et suffisant pour influencer la volonté du co-contractant et l'amener à respecter ses engagements[154]. Pratiquement, il imposera au cartel désireux de faire respecter des prix imposés raisonnables de recourir à des mesures progressives[155]: les sanctions s'échelonneront donc de l'avertissement au refus de livrer en passant par des amendes et des diminutions de marge. Il paraît cependant peu probable que le problème de la licéité d'un boycott prononcé ensuite d'une violation de prix imposés se pose dans le cadre de l'art. 14 LCart: en effet,

---

[153] RO 91. I.104 = JdT 1966. I.302; RO 93. I.219 = JdT 1968. I.606.

[154] DESCHENAUX, ouvrage, p. 92.

[155] MERZ, Kartellgesetz, p. 88; MATTMANN, p. 54; à titre d'exemples, pour les relations internes: Publications 1966, p. 246 ss.; 1969, p. 143.

si le commerçant qui refuse de se plier aux prix imposés est décidé à l'épreuve de force, il aura un intérêt évident, notamment en ce qui concerne le fardeau de la preuve, à se placer sur le terrain des art. 4/5 LCart. Après avoir subi les premières sanctions du cartel, il résiliera donc la convention qui l'oblige à respecter les prix fixés par ses fournisseurs de manière à être au bénéfice de la protection plus étendue que les art. 4/5 LCart assurent à l'outsider. Nous examinerons donc le problème particulier du boycott destiné à sanctionner le refus de respecter les prix imposés dans le paragraphe consacré aux sanctions infligées aux outsiders.

Il faut encore relever que, selon l'art. 14 LCart, c'est au *préjudice* subi par celui à qui est infligé la sanction qu'il faut mesurer si celle-ci est admissible quant à sa nature ou à son importance. En cela, il se distingue de l'art. 5 al. 1 LCart qui pose, lui, la restriction à la libre concurrence comme critère de la proportionnalité des sanctions. Cette différence s'explique par le fait que l'intéressé a précisément admis par contrat des restrictions au jeu de la concurrence[156]. On ne peut donc qu'examiner si les sanctions auxquelles il s'est soumis ne lui causent pas un préjudice excessif eu égard à l'importance des buts de l'imposition des prix ou du fait de leur mise en œuvre. Ce critère quantitatif sera sans doute d'un maniement plus facile que le critère qualitatif de l'art. 5.

3.2.3. Le respect du principe de l'égalité de traitement

Le principe de l'égalité de traitement est lui aussi inspiré du droit public[157]. Il impose au cartel de traiter de manière semblable tous ceux à l'égard de qui il prend des sanctions ou d'autres mesures pour assurer la réalisation des buts qu'il se propose. S'il ne le fait pas, il ne saurait prétendre que les mesures prises sont nécessaires pour arriver à ses fins, puisqu'il fournit lui-même la démonstration que des mesures

---

[156] SCHÜRMANN, comm., p. 132; Publications, 1966, p. 69.

[157] RO 91. I. 104 = JdT 1966. I. 302; RO 93. I. 219 = 1968. I. 606, parmi beaucoup d'autres arrêts.

moins incisives peuvent être efficaces en les appliquant à certains de ses membres. En matière de prix imposés, le principe de l'égalité de traitement trouve application à deux stades:

a) Tout d'abord, les prix imposés doivent être uniformes[158]; si, par hypothèse, ils étaient différenciés à un même stade de la distribution sans raison valable, ceux qui les imposent ne sauraient prétendre qu'ils sont raisonnables au sens de l'art. 5 lettre e et 14 LCart. Certes, des différences entre les conditions de revente sont admissibles lorsqu'elles se fondent sur des critères objectifs, par exemple la quantité achetée, mais elles doivent être accordées à tous ceux qui remplissent les conditions de leur octroi sans discrimination[159]. Quant au prix de vente au consommateur, qui est la fin dernière des prix imposés, il doit lui aussi être le même pour tous. Si des rabais sont autorisés, leur taux maximum doit être le même pour le petit commerçant que pour le grand magasin à succursales multiples, sans quoi les fournisseurs ne sauraient prétendre que les prix qu'ils imposent sont raisonnables; ils fournissent en effet eux-mêmes la démonstration qu'ils peuvent être fixés à un niveau plus bas que celui qu'ils ont arrêté[160].

b) Le cartel doit ensuite respecter le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il prend des sanctions contre les contrevenants à l'ordre qu'il a institué[161]. Il ne saurait frapper plus durement un concurrent faible et réserver ses faveurs à ceux dont la puissance économique le tient en visière. L'égalité de traitement justifie à notre avis que, tout au contraire, les

---

[158] MATTMANN, p. 75.

[159] MERZ, Kartellgesetz, p. 53/54.

[160] Publications 1967, p. 331/332, où le juge aurait pu, à notre avis, tirer argument non seulement du fait que la convention sur les prix imposés ne pouvait prétendre garantir, du fait de ses lacunes, une concurrence loyale et normale, mais encore de ce que ses lacunes violaient le principe d'égalité de traitement qui est une des conditions du caractère raisonnable des prix imposés.

[161] MATTMANN, p. 75 et 92.

sanctions qui frappent les contraventions soient échelonnées en fonction de la situation personnelle des intéressés, à tout le moins s'il s'agit de sanctions d'ordre pécuniaire. Il est en effet clair qu'une amende du même montant peut compromettre l'existence même d'un petit commerçant alors qu'elle n'a aucune influence réelle sur l'attitude d'une grande entreprise. Le cartel qui sanctionne une violation des prix imposés ne respecte le principe de l'égalité de traitement que s'il mesure le montant des amendes ou des diminutions de marge qu'il inflige à la situation économique du contrevenant. L'égalité sera donc respectée si le cartel sanctionne *toutes* les violations des conventions relatives aux prix imposés et de telle manière que les contrevenants soient atteints de la même manière.

3.2.4. Questions de procédure

La loi ne déclare pas illicites les conventions relatives à des prix imposés lorsque les prix fixés sont déraisonnables ou que le système mis en place n'est pas appliqué de manière uniforme. Seules les sanctions qui frappent ceux qui contreviennent à de telles conventions sont frappées d'illicéité. Il est donc parfaitement possible que des conventions non conformes aux critères posés par l'art. 14 LCart subsistent et soient respectées pendant de nombreuses années sans que, du point de vue du droit privé, leur licéité soit mise en cause. Il suffit que le cartel qui en assure l'exécution renonce à sanctionner les violations dont elles pourraient faire l'objet ou que les sanctions prononcées soient acceptées par les contrevenants. En revanche, si un Tribunal est saisi, les sanctions prononcées pour en assurer le respect seront examinées sous l'angle de l'art. 14 LCart[162].

Les mesures de contrainte visées par l'art. 14 LCart sont elles aussi en principe licites[163]. Seules font exception à cette règle générale celles qui ne remplissent pas les conditions

---

[162] SCHÜRMANN, comm., p. 132.
[163] MERZ, Kartellgesetz, p. 86; contra MATTMANN, p. 49 ss.

énumérées à cet article. En posant ces règles, l'art. 14 répartit également le fardeau de la preuve dans les contestations relatives aux sanctions prononcées par un cartel contre le commerçant qui, en violation des engagements pris, ne respecte pas les prix imposés : il appartient à celui qui allègue l'illicéité des mesures, soit au contrevenant, d'apporter la preuve que les conditions prévues par l'art. 14 sont réalisées. Cela peut paraître sévère pour celui qui fait l'objet des sanctions, mais se justifie si l'on songe qu'il en a admis le principe en adhérant à la convention sur les prix imposés. Au surplus, le commerçant qui n'aura pas commis une contravention occasionnelle, mais qui sera décidé à mettre en cause les prix imposés comme tels sur le marché où il exerce son activité, n'aura aucune difficulté à résilier la convention qui lui impose le respect de prix de revente et de se placer ainsi dans la situation beaucoup plus favorable de l'outsider.[164]

3.3. La sanction de l'inobservation de prix imposés par des tiers

3.3.1. Champ d'application des art. 4/5 LCart

L'art. 14 al. 3 LCart dispose que les art. 4 et 5 sont applicables aux mesures auxquelles l'intéressé ne s'est pas soumis d'avance. Ainsi, par un effet réflexe, toute sanction pour le non respect des prix imposés qui ne découle pas d'une des conventions que nous avons définies est une entrave à la concurrence d'un tiers au sens de l'art. 4 ss. LCart. Ces règles sont donc applicables dans les hypothèses suivantes :

a) Une convention sur les prix imposés a bien été conclue, mais ne prévoit pas de sanctions. Nous pensons en particulier au cas où l'acheteur s'est certes engagé à respecter les prix fixés pour la revente en achetant une marchandise où ce prix est mentionné, mais où aucune sanction n'a été convenue, ni expressément, ni par accord tacite, pour le cas où ce prix ne serait pas respecté. La situation serait semblable si

---

[164] MERZ, Kartellgesetz, p. 87.

la convention imposant des prix de revente avait bien prévu des sanctions, mais pas celle prononcée contre le contrevenant.

b) Après avoir adhéré à une convention sur les prix imposés, l'acheteur la résilie et déclare ne plus vouloir s'y tenir[165]. Compte tenu de la facilité avec laquelle une telle convention peut être résiliée, cette situation risque de se produire souvent, notamment lorsqu'une première brèche aura été ouverte dans le système des prix imposés par le cartel et que les commerçants qui avaient jusqu'alors respecté les prix fixés entendent pouvoir lutter avec l'outsider sur le terrain de la concurrence des prix. C'est ce qui paraît s'être produit en 1966 en matière d'articles de marques avant que PROMARCA ne renonce le 2 février 1967 à sanctionner les violations des prix imposés par ses membres par un refus de livrer collectif[166].

c) Un commerçant parvient à se procurer des produits à prix imposés, sans s'engager à respecter ces prix, soit qu'il ait pu obtenir la marchandise des fournisseurs habituels en échappant à la signature d'un accord sur les prix, soit qu'il se soit procuré cette marchandise par des voies indirectes, par exemple en s'approvisionnant à l'étranger. Les sanctions qui seront prises contre lui (réductions de marge lors d'achats ultérieurs, puis refus de livrer) devront être examinées sous l'angle des art. 4/5 LCart. C'est dans cette situation que s'est trouvé Max Walch qui n'était pas membre de l'accord relatif aux prix imposés dans la branche des spiritueux lorsqu'il a fait l'objet de sanctions de la part de cette association[167].

Il paraît donc vraisemblable que tous les cas où les sanctions les plus graves seront prononcées contre un commerçant qui n'a pas respecté les prix imposés dans sa branche devront être examinés sous l'angle des art. 4/5 LCart. On ne voit pas en effet comment celui qui a décidé de ne plus se sou-

---

[165] Cf. ci-dessus, p. 232/233.
[166] Publications 1969, p. 167 ss.
[167] Publications 1967, p. 327.

mettre à un régime de prix imposés pourrait ne pas chercher, avant d'engager la lutte, à se placer dans la situation juridique la plus favorable possible, celle de l'outsider.

3.3.2. Principe de l'illicéité des mesures prises contre un outsider

L'art. 4 LCart s'applique directement aux sanctions prises contre un commerçant qui n'a pas souscrit à une convention de prix imposés (ou qui ne s'est pas soumis d'avance aux sanctions prévues dans cette convention, art. 14 al. 3 LCart). C'est dire que les mesures prises sont en principe illicites lorsqu'elles visent à écarter le contrevenant de la concurrence ou à l'entraver notablement dans l'exercice de celle-ci[168]. Dans le cadre des actions prévues par l'art. 6 LCart, celui qui est victime de sanctions devra seulement apporter la preuve que la mesure prise à son égard est de nature à l'écarter de la concurrence ou qu'elle l'entrave notablement. Qu'il s'agisse d'un boycott ou d'une réduction de marge, il n'aura guère de difficultés à faire cette preuve.

La question de la licéité des mesures prises n'en sera pas résolue pour autant. L'art. 5 LCart apporte en effet une exception à la règle d'illicéité de l'art. 4 en déclarant que les entraves à la concurrence sont licites «lorsqu'elles sont justifiées par des intérêts légitimes prépondérants et ne restreignent pas la libre concurrence de manière excessive par rapport au but visé ou du fait de leur nature et de la façon dont elles sont appliquées». Il précise même à son alinéa 2 lettre e que peuvent notamment être justifiées par des intérêts légitimes prépondérants les mesures qui visent:

> «e) à assurer l'application de prix imposés raisonnables, notamment lorsqu'ils sont nécessaires pour sauvegarder la qualité de la marchandise ou le service de la clientèle; est réservée l'application des lettres a à d en matière des prix imposés.»

On ne peut manquer d'être frappé par la similitude entre les conditions qui viennent d'être énumérées et celles posées

---

[168] MATTMANN, p. 56 ss.

à l'art. 14 LCart pour les sanctions prononcées contre un acheteur ayant souscrit à une convention relative à des prix imposés. La loi a prévu des régimes parallèles pour les deux cas. Mais une distinction importante doit être faite d'emblée: alors que, pour les sanctions internes, le fardeau de la preuve incombe entièrement à celui qui est l'objet d'une sanction, c'est au contraire à celui qui l'a prononcée d'établir que les mesures, en principe illicites, qu'il a prises sont justifiées au sens de l'art. 5[169]. Cette répartition du fardeau d'une preuve difficile est évidemment favorable à la victime de l'entrave, soit en général à la partie la plus faible.

Nous n'entendons pas examiner ici ce qu'il faut entendre par entrave notable au sens de l'art. 4 LCart. La doctrine et la jurisprudence ont déjà suffisamment précisé cette notion pour qu'on puisse se référer aux résultats de leurs travaux[170]. En revanche, nous allons analyser les conditions auxquelles l'art. 5 LCart déclare qu'une sanction prononcée contre un outsider qui ne respecte pas les prix imposés peuvent être déclarées licites.

3.3.3. Conditions de la licéité des mesures prises contre un outsider

L'art. 5 LCart fait dépendre la licéité des sanctions prises à l'égard d'un commerçant qui ne respecte pas des prix imposés de la réalisation des conditions suivantes:

a) Les mesures restrictives prises à l'égard du contrevenant doivent être justifiées par des intérêts légitimes prépondérants.

b) Elles doivent être conformes au principe de la proportionnalité et de la subsidiarité d'une part, à celui de l'égalité de traitement d'autre part.

---

[169] Schürmann, comm., p. 81; Merz, Kartellgesetz, p. 75.

[170] RO 99.II.501 = JdT 1965.I.369; RO 91.II.313 = JdT 1966.I. 621; RO 94.II.329 = JdT 1969.I.647. Merz, Kartellgesetz, p. 40 ss.; Koller, p. 102 ss.; Schürmann, Durchführung, p. 74 ss.; Deschenaux, ouvrage, p. 85; Mattmann, p. 81 ss.

3.3.3.1. Justification tirée d'intérêts légitimes prépondérants

L'art. 5 al. 2 LCart cite parmi les exemples qu'il donne de mesures justifiées par des intérêts légitimes prépondérants celles qui visent «à assurer l'application de prix imposés». Mais il subordonne cette exception à la double condition qu'il s'agisse de prix «raisonnables» et qu'ils soient notamment nécessaires pour sauvegarder la qualité de la marchandise, le service à la clientèle, ou l'un des objectifs visés par les lettres a à d.

Une première remarque s'impose: contrairement à l'art. 14, l'art. 5 al. 2 ne considère pas le seul fait que des prix imposés sont raisonnables en eux-mêmes comme suffisant pour justifier une entrave à l'activité d'un tiers qui se refuse à les respecter. Il exige en plus que l'application de ces prix imposés soit nécessaire pour atteindre certains buts dont il donne des exemples. Le cartel qui aurait prononcé un boycott contre un outsider ne pourra donc se borner à prouver que les prix qu'il cherche à imposer sont calculés en fonction de marges tout à fait normales; il devra encore établir le but qu'il poursuit en instituant un régime de prix imposés, le fait que ce but est conforme à ceux que protège la loi sur les cartels et enfin démontrer que le système des prix imposés est nécessaire pour atteindre ce but. Quant au caractère raisonnable des prix imposés, il s'appréciera non pas seulement pour lui-même, mais en fonction du but à atteindre. Il est en effet évident que les marges admissibles seront différentes suivant le but que l'on poursuit: si un intérêt légitime exige que des points de vente d'une marchandise soient maintenus jusque dans la plus petite bourgade, on pourra admettre, afin de l'atteindre, des marges qui, en elles-mêmes, seraient excessives et qui dépassent en tout cas ce qui est nécessaire aux entreprises travaillant dans de meilleures conditions[171].

---

[171] Publications 1966, p. 280 ss. et 303.

Pour être raisonnables, au sens de l'art. 5 al. 2 lettre e, les prix imposés ne doivent pas excéder le niveau nécessaire pour qu'ils puissent atteindre le but conforme à l'intérêt général qui leur confère le caractère d'intérêts légitimes prépondérants.

On voit ainsi que la clé de l'interprétation de l'art. 5 al. 2 lettre e LCart tient dans la définition des intérêts qui justifient un régime de prix imposés dans une certaine branche. La loi cite comme exemples de tels buts la sauvegarde de la qualité de la marchandise et le service à la clientèle. Elle réserve en outre l'application des lettres a à d en matière de prix imposés. Ce faisant, elle ne fait, à notre avis, qu'ajouter aux deux exemples déjà cités ceux des lettres a à d. En matière de prix imposés, ces différents cas n'ont en effet pas de portée propre par rapport à la lettre e: si un cartel établit qu'il est nécessaire d'imposer les prix dans le marché qu'il contrôle, pour y promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général, il n'en devra pas moins démontrer que le niveau des prix qu'il a fixés ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre ce but, c'est-à-dire qu'ils sont raisonnables[172]. Il devra donc apporter les mêmes preuves que celles exigées dans le cadre de la lettre e.

Nous arrivons donc à la conclusion que l'auteur d'entraves à la concurrence destinées à assurer l'application des prix imposés devra toujours apporter la preuve:

– qu'un régime de prix imposés se justifie dans le marché en cause par des intérêts légitimes prépondérants, c'est-à-dire qu'il vise notamment l'un des buts énumérés à l'art. 5 lettre a à e ou un but équivalent[173];

---

[172] En fait, exiger que les prix imposés soient raisonnables revient à appliquer le principe de la proportionnalité non pas seulement aux relations entre les sanctions et le but visé, mais aussi à celles qui existent entre le niveau des prix et ce but.

[173] MATTMANN, p. 60 ss., a analysé de manière très complète les différentes justifications qui peuvent être invoquées pour des prix imposés. Nous renvoyons à cette étude.

– que les prix imposés n'ont pas été fixés à un niveau qui dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre ce but, c'est-à-dire qu'ils sont raisonnables.

En revanche, il ne pourra se prévaloir de l'exception de l'art. 5 s'il se borne à établir que les prix qu'il impose sont certes raisonnables en eux-mêmes, mais qu'ils ne se justifient que par de simples raisons de commodité.

3.3.3.2. Le principe de la proportionnalité et de la subsidiarité

Ce que nous avons dit plus haut de l'application du principe de la proportionnalité et de la subsidiarité en matière de sanctions internes vaut également pour les mesures prises contre un tiers qui ne respecte pas les prix imposés. Les mesures prises devront donc être progressives et ne pas dépasser ce qui est strictement nécessaire pour amener le récalcitrant à se soumettre.

Le non respect de prix imposés peut-il être sanctionné par un refus collectif de livrer ? Le boycott prononcé contre celui qui contrevient à des prix imposés est-il admissible ou restreint-il la libre concurrence de manière excessive par rapport au but visé ? Ce sont probablement là les questions essentielles qui se posent en matière de sanctions destinées à faire respecter les prix imposés. En effet, une fois passé le stade des divers avertissements qui peuvent être donnés au récalcitrant, le boycott apparaît comme le seul moyen d'assurer le respect de prix de revente fixés. Il paraît tout à fait vain d'espérer que ceux qui respectent les prix fixés par leurs fournisseurs persisteront dans cette attitude s'ils sont concurrencés par d'autres commerçants qui vendent les mêmes produits à des prix inférieurs. Cette constatation ne vaut bien entendu que pour les prix imposés qui ne s'accompagnent d'aucun autre avantage cartellaire. Dès l'instant que le commerçant jouit, en se soumettant à des prix imposés, d'autres avantages provenant de l'organisation du marché par le cartel, il considérera peut-être qu'il vaut la peine de subir les inconvénients qui résultent pour lui du

respect des prix imposés[174]. En revanche, s'il s'agit de prix imposés à l'état pur, dès qu'une brèche est ouverte dans le système, celui-ci est condamné. C'est ce que constate le directeur de PROMARCA dans une étude consacrée aux raisons qui ont amené cette association à renoncer au système des prix imposés: «En principe, une imposition des prix ne peut fonctionner de manière satisfaisante que lorsqu'elle est respectée par tous les distributeurs. L'obligation de respecter les prix fixés ne demeure efficace qu'aussi longtemps que le fournisseur peut lui garantir que les autres acquéreurs les respectent également. C'est ici que compte plus que jamais le principe ‹ou tous, ou personne!›»[175]. Dès l'instant où le fournisseur ne parvient plus à faire respecter les prix fixés, le système de l'imposition des prix a vécu. D'où l'importance de la question de savoir si un boycott peut être considéré comme n'étant pas une mesure excessive par rapport au but visé, par sa nature ou par la façon dont il est appliqué.

Le premier but visé par la sanction est d'assurer le maintien du régime des prix imposés sur le marché en cause. Mais, au-delà de ce premier objectif, le cartel doit tendre à atteindre un but qui puisse être qualifié d'intérêt légitime prépondérant. A défaut, et spécialement s'il veut par exemple promouvoir le système des prix imposés uniquement pour des raisons de simple politique commerciale, les sanctions qu'il prononcera seront illicites, sans même qu'il soit besoin d'examiner si elles sont proportionnées au but visé. Mais si l'on admet que le cartel a pu faire la preuve qu'il imposait des prix raisonnables en fonction d'intérêts légitimes prépondérants et que toute violation de ces prix mettrait tout le sys-

---

[174] C'est ce qui semble s'être passé sur le marché de gros des cigarettes où la présence de deux grossistes qui ne respectent pas les marges fixées par le cartel n'a pas amené ses membres à le quitter, sans doute parce que les autres avantages qu'ils retirent de leur accord l'emportent sur les inconvénients qu'ils rencontrent dans la concurrence avec les outsiders. RO 91.11.25 ss. = Publications 1966, p. 194 ss.

[175] AUER, p. 4; dans le même sens, FF 1961. II.594 et SIEBER, p. 32.

tème en péril, on doit admettre à notre avis que, dans certains cas, il puisse recourir à l'arme du boycott sans qu'on puisse lui reprocher de dépasser la mesure. Mais cela dépendra essentiellement de l'objectif final que se propose le cartel: plus il s'identifiera avec l'intérêt public, plus il justifiera des mesures draconiennes contre les contrevenants. Si, par exemple, une chaîne de grands magasins décidait de se lancer dans la vente des produits pharmaceutiques sans respecter les prix imposés par la Réglementation, elle amènerait sans doute la disparition de toute une série de pharmacies qui, par leur dispersion dans l'ensemble du pays, jouent un rôle important pour la santé publique. Dans un tel cas, le but final du système des prix imposés qui existe dans ce secteur est si proche de l'intérêt public qu'il justifierait un refus collectif de livrer à l'entreprise intéressée.

Nous sommes donc d'avis que le boycott destiné à sanctionner la violation de prix imposés peut se justifier, sous l'angle de la proportionnalité, lorsque, d'autres sanctions s'étant révélées inefficaces, il est le seul moyen de maintenir un régime de prix imposés qui se justifie par des intérêts légitimes prépondérants qui confinent à l'intérêt public[176]. Le droit à la libre concurrence doit alors s'effacer devant l'intérêt général. Dans tous les autres cas, seules seront admissibles des mesures moins incisives. Par leur nature et leur intensité, elles ne devront pas dépasser ce qui est nécessaire pour assurer la cohésion des signataires des conventions fixant des prix imposés de revente[177]. A cet égard, les circonstances particulières de chaque branche seront détermi-

---

[176] FF 1961. II.594 où le Conseil fédéral admet expressément le boycott d'un outsider pour inobservation des prix prescrits lorsque les conditions de l'art. 5 sont remplies.

[177] RO 91. II.37 = Publications 1966, p. 204, où le Tribunal fédéral dénie au cartel, quelque légitime que soit son but, le droit de contraindre un outsider à adopter un comportement économique conforme à la réglementation conventionnelle, c'est-à-dire l'exclure de la concurrence.

nantes, si bien qu'il paraît impossible d'énoncer des règles générales.

3.3.3.3. Le principe de l'égalité de traitement

De même qu'il doit traiter de la même manière les signataires de la convention qui ne respectent pas leurs engagements, le cartel qui assure l'exécution d'une telle convention doit traiter les outsiders de manière égale. C'est ce que MATTMANN a fort bien exprimé dans la formule suivante: tous ceux qui ne se soumettent pas au système des prix imposés doivent faire l'objet de sanctions et ils doivent tous être sanctionnés de la même manière.[177bis]

3.3.3.4. Conclusions

Les prix imposés bénéficient d'un régime de faveur dans la loi sur les cartels. Ceux qui fixent les prix de revente de leurs produits peuvent en effet disposer de tout l'arsenal des mesures discriminatoires contre le récalcitrant s'ils peuvent établir que le système des prix imposés se justifie dans leur domaine par un intérêt légitime prépondérant, si les prix qu'ils pratiquent sont raisonnables et s'ils respectent les principes de proportionnalité, de subsidiarité et d'égalité de traitement.

Or, nonobstant cette situation privilégiée parmi les institutions qui permettent de restreindre la concurrence, les prix imposés n'ont cessé de perdre du terrain en Suisse depuis quelques années. Après ceux des articles de marque, les prix des spiritueux ne sont plus fixés par les producteurs et grossistes, mais seulement recommandés. Est-ce l'effet des dispositions de droit civil de la loi sur les cartels ?[178] Certainement, dans la mesure ou l'existence d'une législation réprimant les abus des ententes, a redonné à certains le goût de la concurrence et la volonté de porter la contestation sur le terrain des prix. Ce changement d'état d'esprit devait avoir un rôle décisif dans un domaine où, comme on l'a rappelé plus

---

[177bis] MATTMANN, p. 92.

haut, à défaut d'unanimité, tout le système mis en place s'écroule rapidement. Les sanctions possibles permettent certes de colmater des brèches occasionnelles et de faible importance. Mais dès que le système est attaqué comme tel et que l'outsider peut se procurer les produits nécessaires, comme c'est le cas actuellement, grâce à des achats à l'étranger, les prix ne peuvent plus être imposés longtemps. Les événements récents dans ce domaine confirment cette appréciation : le système des prix imposés ne subsiste aujourd'hui plus guère que dans des domaines comme celui des produits pharmaceutiques ou des parfums de grande marque où d'une part tous les intéressés sont acquis à son principe et où d'autre part les sources d'approvisionnement non contrôlées sont minimes, pour ne pas dire inexistantes. Il ne semble donc pas que les dispositions de droit civil de la loi sur les cartels, aient joué un rôle décisif dans l'évolution que nous vivons. Les règles des art. 4 ss. LCart font certes peser une certaine menace sur le système des prix imposés, mais, outre qu'elles ne sont guères incisives dans ces matières, elles présentent de telles difficultés d'appréciation qu'elles n'offrent en définitive pas une arme très efficace à celui qui se refuse à se plier à un tel système. Reste à examiner si, dans cette matière comme dans d'autres, ce ne sont pas les dispositions de droit administratif de la loi qui constituent l'arme la plus efficace contre les prix imposés jugés indésirables. Ce sera l'objet de notre prochain chapitre.

4. Les dispositions de droit administratif

Alors que, dans son chapitre consacré aux dispositions de droit civil, la loi sur les cartels traite expressément des prix imposés dans les articles que nous venons d'examiner, elle n'y fait pas la moindre mention dans celui qui traite des dispositions de droit administratif. Comme l'art. 2 al. 2 assimile les accords sur les prix imposés aux cartels auxquels la loi est applicable en vertu de l'art. 1, cela signifie que les

prix imposés sont soumis aux règles générales posées par la loi en matière de droit administratif. Ils peuvent donc faire l'objet d'enquêtes générales de la commission des cartels (art. 18 LCart)[179], être appréciés quant à leurs effets nuisibles d'ordre économique et social dans le cadre d'enquêtes spéciales (art. 20 LCart) et enfin donner lieu à une action administrative devant le Tribunal fédéral si le Département de l'économie publique estime qu'ils empêchent ou restreignent la concurrence d'une manière incompatible avec l'intérêt général (art. 22 LCart). Les problèmes qui vont se poser à leur sujet quant à l'application de ces dispositions sont les mêmes que ceux soulevés pour n'importe quelle autre mesure qui restreint la concurrence.

Nous allons donc tout d'abord rappeler l'état de la doctrine au sujet des règles de droit administratif de la loi, notamment en ce qui concerne les effets nuisibles d'ordre économique et social des cartels, puis examiner le résultat des travaux de la commission des cartels en matière de prix imposés pour essayer d'en tirer quelques conclusions.

4.1. Les effets nuisibles des cartels

La lutte contre les abus des cartels et des institutions qui leur sont assimilées comme les prix imposés se déroule en trois stades:

– une phase d'information générale, celle de l'enquête générale destinée à connaître la situation, l'évolution et les effets des cartels et des organisations analogues en Suisse (art. 18 LCart),

– une phase d'enquête au cours de laquelle la commission des cartels détermine si certains cartels ou certaines organisations analogues ont des «effets nuisibles d'ordre économique ou social» et cherche par la persuasion à les éliminer,

---

[179] Dès le début de son activité, la Commission des cartels a ouvert une enquête générale sur les prix imposés. Publications 1966, p. 86.

– enfin une phase judiciaire au cours de laquelle le Département fédéral de l'économie publique peut intenter action au cartel qui empêche la concurrence ou l'entrave notablement dans une branche économique ou une profession afin que le Tribunal fédéral prenne les mesures nécessaires pour faire cesser cet état de choses.

Nous laisserons de côté la question des enquêtes générales qui ne soulève pas de problèmes de fond très importants, pour nous en tenir aux deux problèmes fondamentaux de droit administratif des cartels:

a) quand un cartel ou une organisation analogue a-t-elle des effets nuisibles d'ordre économique et social?

b) quelles sont les conditions de l'action administrative?

A vrai dire, les deux questions se recouvrent pour l'essentiel malgré la formulation différente des art. 20 et 22 LCart. En effet, les différences entre les deux dispositions sont plus théoriques que réelles: l'art. 20 envisage les effets des cartels sur un plan tout à fait général; l'art. 22 pose comme première condition de l'action administrative les effets des cartels sur la concurrence. Mais cette différence n'est qu'extérieure: on conçoit en effet difficilement qu'un cartel ait des effets nuisibles ailleurs que dans le domaine de la concurrence puisque par définition il se caractérise par l'influence qu'il exerce dans ce domaine. L'autre différence tient au fait que l'art. 20 ne donne pas de critère à la commission des cartels pour définir ce qui est nuisible, alors qu'elle en fournit un, d'ailleurs très vague, au juge, en posant comme condition de l'action administrative que la concurrence soit empêchée ou entravée notablement d'une manière incompatible avec l'intérêt général. Les deux dispositions se recouvrent donc pour l'essentiel, avec toutefois des nuances que nous chercherons à cerner après avoir rappelé la position de la doctrine sur cet important objet.

MERZ[180], après avoir relevé le peu de substance de la

---

[180] MERZ, Kartellgesetz, p. 111; sur le but de la loi: MERZ, Instrument, p. 1 ss.

formule constitutionnelle que le législateur a reprise à l'art. 20, fonde son analyse sur ce qui est, pour lui, le but de la loi, savoir le maintien de la concurrence en tant qu'institution, et non pas comme expression de la liberté individuelle. Sont dès lors incompatibles avec l'intérêt général la supression de la concurrence ou les restrictions qui y sont apportées d'une manière telle qu'elle ne puisse plus exercer la fonction régulatrice du marché qui lui est assignée, et cela même si personne ne subit d'entrave. MERZ interprète en conséquence plus largement l'art. 22 que l'art. 20: même là où des effets nuisibles ne pourraient pas être établis, l'action administrative sera recevable si la suppression ou une restriction notable de la concurrence ne trouve pas de justification dans l'intérêt général. C'est l'intensité de la concurrence qui sera un des critères de la nocivité des cartels[181].

DESCHENAUX[182] a critiqué le point de vue de MERZ. Il relève en substance que la ratio legis, soit l'intensification de la concurrence, ne peut être utilisée comme moyen d'interprétation que dans la mesure où elle a trouvé son expression dans la loi. Il démontre que, si les dispositions de droit civil peuvent fournir un appui pour interpréter la volonté du législateur en ce qui concerne les entraves apportées à la concurrence des tiers, elles sont en revanche sans grande utilité s'agissant des restrictions horizontales à la concurrence. Et il conclut sur ce premier point en ces termes: «En droit suisse, le critère de la nocivité économique ou sociale ne peut être trouvé dans la limitation même de la concurrence. Ententes cartellaires et positions dominantes impliquent en soi une influence restrictive sur la liberté d'action des participants au marché. Or, cartels et organisations analogues sont reconnus comme licites par la loi. Leurs effets nuisibles ne peuvent donc consister dans ce qui est leur essence

---

[181] SIEBER, p. 28 ss., souligne les difficultés d'application de ce critère.

[182] DESCHENAUX, ouvrage, p. 103 ss. et effets, p. 78 ss.

même.»[183] Interprétant ensuite la notion de nocivité des cartels, DESCHENAUX montre la difficulté qu'il y a à trouver des critères valables dans la base constitutionnelle et dans les textes légaux, à l'exception des indications que l'on peut tirer des art. 4/5 en ce qui concerne les restrictions d'ordre vertical et du texte de l'art. 22 qui fonde l'action administrative sur la double condition que la concurrence soit supprimée ou notablement restreinte d'une part, et qu'elle le soit d'une manière incompatible avec l'intérêt général d'autre part. Cela implique qu'il existe des cas où une restriction de la concurrence, voire sa suppression, n'est pas contraire à cet intérêt. Pour sortir de cette impasse, DESCHENAUX propose la solution suivante:

«Nous admettons que lorsque la concurrence est notablement restreinte dans une branche, les autorités administratives (Commission des cartels, Département de l'économie publique) sont placées en état d'alerte. Elles doivent vérifier si cette limitation a réellement les effets que les grands économistes reprochent aux cartels ou aux organisations analogues: tendance à la stabilisation des prix vers le haut, maintien d'entreprises économiquement non viables, création pour les autres de rentes cartellaires injustifiées, répercussion des prix de cartel sur les consommateurs. Mais si ces effets sont jugés nuisibles, c'est au nom de critères qu'on peut appeler *extrinsèques*, c'est-à-dire autres que ceux pris de l'animation de la concurrence. Ces critères visent des postulats parmi lesquels le professeur Sieber mentionne la pression sur les prix, la promotion de la qualité, l'accroissement de la productivité, le développement technologique, l'adaptation à la conjoncture, le plein emploi, la capacité de concurrencer l'étranger, l'augmentation du produit social. Si l'action des cartels ou des organisations analogues tend à compromettre la réalisation de ces postulats, on dira qu'ils ont des effets nuisibles encore qu'il faille parfois tenir compte d'exigences qui ne sont pas uniquement économiques, comme le fait la Constitution elle-même dans l'art. 31bis. Nous pensons par exemple à la protection de l'économie des régions. Si au contraire les ententes et les positions dominantes favorisent ou du moins n'empêchent pas d'atteindre les objectifs évoqués, on n'aura pas le droit de présupposer leur nocivité, simplement parce que leur structure ou leur comportement restreint le champ de la concurrence: c'est le résultat qui compte»[184].

---

[183] DESCHENAUX, ouvrage, p. 106.

[184] DESCHENAUX, effets, p. 88/89.

Ainsi, la commission des cartels et, s'il est saisi d'une action administrative, le Tribunal fédéral devront tout d'abord «discerner les composants de bien commun économique et social», puis «les apprécier les uns par rapport aux autres et enfin mettre en balance les postes actifs et passifs» pour déterminer le résultat de ce bilan. S'il est négatif, ils admettront que le cartel ou l'organisation analogue ont des effets nuisibles; sinon, ils renonceront à intervenir[185].

La critique de DESCHENAUX nous paraît convaincante. Ce qui est en définitive décisif, c'est que la loi sur les cartels, si elle a reconnu les incontestables bienfaits de la concurrence comme telle, n'a néanmoins pas interdit les cartels ou organisations analogues dont le but principal est précisément de restreindre la concurrence. On ne peut donc pas faire de la concurrence elle-même le critère de la nocivité des cartels sans se placer dans une contradiction inextricable. C'est donc à juste titre que la loi a fait dépendre l'intervention des autorités sur le terrain du droit administratif non pas de la seule existence de la restriction à la concurrence, fût-elle notable, mais des effets de celle-ci. La difficulté réside en définitive dans le fait que la loi ne fournit à la commission des cartels, au Tribunal fédéral et aux justiciables aucun critère sûr pour apprécier ces effets. Ce sera donc à la commission des cartels et, en dernière analyse, au Tribunal fédéral de poser les règles nécessaires au fur et à mesure que des cas pratiques leur seront soumis. Etant donné la complexité de la matière, la constante évolution qui caractérise le monde actuel, on comprend que la commission des cartels ait renoncé à poser des principes abstraits et tende à créer petit à petit une jurisprudence fondée sur les différentes décisions qu'elle sera amenée à prendre[186].

Ces conclusions appellent toutefois deux remarques, l'une juridique, l'autre politique:

---

[185] DESCHENAUX, effets, p. 88 à 90; SIEBER, p. 29/30.

[186] Publications 1968, p. 4 et 13. Voir aussi: SCHÜRMANN, Durchführung, p. 89; FRÖHLICHER, p. 241; DESCHENAUX, effets, p. 91 ss.

– La méthode des «soldes» consistant à comparer les avantages et les inconvénients pondérés des restrictions à la concurrence découlant d'un accord cartellaire ne doit pas conduire à une appréciation globale des effets des cartels, de telle sorte que, suivant le résultat de la comparaison, les agissements d'un cartel reçoivent en bloc blâme ou louange. Cette méthode doit s'appliquer concrètement à chacune des mesures prises par le cartel et pour chacune d'elles déterminer le «solde» positif ou négatif en fonctions des critères posés. Au départ, il serait trop facile au cartel de noyer les effets nuisibles que peuvent entraîner certaines des restrictions à la concurrence dans l'océan des effets positifs d'autres mesures sans rapports nécessaires avec les premiers. C'est d'ailleurs bien dans ce sens que paraît avoir procédé la Commission des cartels, par exemple dans la branche sanitaire où elle a apprécié pour elles-mêmes les différentes restrictions imposées par le cartel, approuvant les uns et condamnant les autres[187].

– Notre seconde remarque porte sur les conséquences politiques du système mis en place par la loi sur les cartels. En définitive, en posant les critères de nocivité des effets des cartels et des positions dominantes et en les appréciant les uns par rapport aux autres, la Commission des cartels et le Tribunal fédéral ne feront rien d'autre que de définir un des aspects essentiels de la politique économique du pays. C'est là une exception notable au principe constitutionnel qui réserve au Conseil fédéral, contrôlé par les Chambres, le soin de fixer les principes de la politique générale et de conduire l'action gouvernementale. Le rôle décisif dans ce domaine est confié à une commission indépendante de l'administration et au Tribunal suprême, le Département de l'économie publique ne jouant qu'un rôle d'initiateur pour les enquêtes générales – où sa compétence n'est pas exclusive –, pour les enquêtes spéciales et pour l'action admi-

---

[187] Publications 1968, p. 219 ss. et 228 ss.

nistrative. Une fois une de ces procédures engagées, il n'a plus d'action sur elle, sauf en ce qui concerne l'action administrative à laquelle il peut évidemment mettre fin conformément aux règles de la procédure. On comprend dès lors les réserves du Tribunal fédéral à l'égard d'une compétence qui, outre qu'elle l'oblige à appliquer des dispositions au contenu mal défini, sort complètement de ses responsabilités juridictionnelles ordinaires[188].

4.2. Les effets nuisibles des prix imposés

Comme les cartels et les organisations analogues auxquels les assimile l'art. 2 al. 2 LCart, les prix imposés peuvent avoir des effets nuisibles d'ordre économique et social. Dans le cadre du système général que nous avons dépeint au paragraphe précédent, la commission des cartels, puis, cas échéant le Tribunal fédéral, vont donc devoir poser dans ce domaine particulier les critères permettant de faire le départ entre les effets admissibles et les effets nuisibles des prix imposés. La commission l'a d'ailleurs déjà fait dans certaines des enquêtes auxquelles elle s'est livrée. Il convient donc d'examiner les critères qu'elle a déjà posés et d'essayer d'imaginer ceux qu'elle pourrait encore être amenée à élaborer dans ce domaine particulier.

Paradoxalement, c'est dans le cadre d'une enquête générale, celle qu'elle a consacrée au marché des médicaments, et non pas dans une enquête spéciale, que la commission des cartels a examiné pour la première fois les conséquences du point de vue économique et social d'un système de prix imposés. Cela s'explique par le fait que, dans le cadre de cette étude générale, la commission est arrivée à la conclusion qu'in casu les prix imposés n'avaient pas des effets nuisibles d'ordre économique et social, ce qui excluait une enquête spéciale sur ce sujet.

Le marché des médicaments est caractérisé par un système de prix imposés qui est strictement appliqué par la

---

[188] FF 1961. II.607.

«Société pour la réglementation en Suisse de produits pharmaceutiques et hygiéniques spécialisés par des marques déposées» (en résumé la «Réglementation»). La Réglementation contrôle ainsi le 70 à 80% de l'assortiment d'un pharmacien. La Commission a admis que la rigidité absolue des prix de détail pour la plupart des produits des listes A à C risquait de conduire à un niveau surélevé des marges et des prix[189]. Analysant la composition des prix de ces produits, elle a constaté que le système des prix imposés permettait d'une part aux producteurs d'intégrer dans leurs prix des frais de recherches importants et de constituer des réserves substantielles, qu'elle obligeait d'autre part certains pharmaciens à vendre leurs produits avec une marge supérieure à celle dont ils auraient la possibilité, voire même la volonté, de se contenter, si les prix étaient libres. En soi, pour la Commission, cette situation exerce une influence défavorable sur le niveau des prix au détriment des consommateurs. Bien qu'elle ne l'ait pas dit expressément, il semble que la Commission aurait déclaré que de tels prix auraient un effet nuisible d'ordre économique et social si d'autres facteurs n'étaient pas venus corriger cette première appréciation[190]. La Commission a cependant constaté que d'autres critères permettaient d'amender cette première impression. D'une part, du point de vue de la santé publique, il est essentiel que l'industrie pharmaceutique puisse disposer des fonds considérables qui sont nécessaires pour promouvoir la recherche; cette considération justifie les marges très importantes que s'octroient les fabricants pour autant bien entendu que les fonds ainsi obtenus soient utilisés à la recherche. D'autre part, au niveau de la distribution, il y a un avantage certain pour les malades à ce que les pharmacies soient réparties sur l'ensemble du territoire. Or, le système des prix imposés, s'il assure aux pharmaciens situés dans les centres une marge peut-être excessive, est indispensable pour assurer

---

[189] Publications 1966, p. 280 ss. et 303 ss.
[190] FRÖHLICHER, p. 247.

l'existence des pharmacies sises dans des régions ou des quartiers retirés. Appréciant ainsi le système des prix imposés de cette branche en fonction de ces différents critères, la commission est arrivée à la conclusion qu'il n'avait pas d'effets nuisibles d'ordre économique et social sans quoi elle eût proposé l'ouverture d'une enquête spéciale sur ce problème.

L'enquête spéciale relative au marché des cosmétiques et de la parfumerie[191] apporte d'utiles précisions sur le point de vue de la commission quant aux prix imposés. Le marché dit de «grandes marques» se caractérise par une politique commerciale reposant sur des prix élevés, sur le souci du prestige et la livraison exclusive du produit à des dépositaires choisis. Parmi les quelque quarante fournisseurs de produits de «grandes marques», quatorze se sont groupés en une association, pour assurer conventionnellement, «par des mesures collectives, le respect des réglementations individuelles des prix et de la revente». Cette convention n'a pas pour effet de restreindre la concurrence entre ses signataires qui restent libres de fixer leurs prix comme ils l'entendent; en revanche, elle exclut la concurrence à l'échelon des détaillants pour les articles des «quatorze grands» à cause du risque de boycott qu'elle entraîne pour les contrevenants. Son effet est d'autant plus efficace que les déposants ont un avantage certain à bénéficier des marges considérables qu'elle leur assure. La commission a néanmoins renoncé à intervenir dans ce domaine pour les raisons qu'on peut résumer comme suit: le marché des produits cosmétiques de «grandes» marques: est très particulier, en ce sens que le prix élevé, loin de décourager le client, l'attire au contraire à cause de l'idée de luxe qui lui est liée. De la sorte, la concurrence en matière de prix ne joue pas le même rôle que dans d'autres domaines. Au surplus, les quatorze fournisseurs membres de l'Association ne représentent qu'une partie seulement du marché des

---

[191] Publications 1969, p. 135 ss.

produits de grandes marques où d'autres fournisseurs se sont abstenus de signer la convention et tolèrent les rabais admis par l'usage local. S'agissant d'un marché d'importance économique réduite, la commission a renoncé à poursuivre l'examen du dossier, laissant le soin aux éventuels intéressés d'agir par la voie civile[192].

De ces deux exemples, il semble qu'on puisse tirer, avec toutes les réserves qu'impose le fait que la Commission des cartels se défend de poser des principes, les lignes directrices suivantes pour l'appréciation des prix imposés à la lumière des art. 20 et 22 LCart:

a) L'appréciation des effets des prix imposés sera différente suivant l'importance économique ou sociale du marché déterminant. C'est ce critère qui paraît avoir été prépondérant pour la décision de la Commission des cartels de ne pas suivre à l'enquête spéciale sur le marché des produits de parfumerie et cosmétiques de «grandes marques». Les secteurs d'importance économique ou sociale secondaire sont justiciables des seules dispositions de droit civil de la loi, aucun intérêt public ne justifiant une intervention[193].

b) Le fait que le système des prix imposés ne régit pas l'ensemble du marché et qu'il existe des lacunes dans le système est un indice d'absence de nocivité. C'est un des éléments retenus par la Commission des cartels dans l'appréciation du marché de «grandes marques» de cosmétiques. On ne saurait toutefois, à notre avis, déduire a contrario que le système de prix imposés sans faille est en soi nuisible. En effet, le propre d'un système valable dans ce domaine est de s'étendre à tout le marché et de ne pas présenter de lacune; c'est la condition de son efficacité. Il nous paraît plus juste de dire, avec DESCHENAUX[194], que l'existence d'un tel système doit mettre les autorités responsables en état d'alerte. Elles

---

[192] Publications 1969, p. 151 et 163.
[193] Publications 1969, p. 151 et 163.
[194] DESCHENAUX, effets, p. 88.

doivent alors examiner les effets réels des prix imposés et les apprécier[195].

c) Les effets d'un régime de prix imposés seront en règle générale nuisibles lorsque le niveau des prix est trop élevé. Encore conviendra-t-il de préciser ce qu'il faut entendre par une marge raisonnable dans les différentes branches économiques. S'agissant de prix fixés par un cartel, leurs effets seront en principe nuisibles si les prix sont fixés en fonction des prix de revient des entreprises les moins dynamiques de la branche et procurent aux entreprises dont les coûts sont inférieurs une rente cartellaire que rien ne justifie[196].

d) Toutefois, des prix imposés dont les effets, pris en eux-mêmes, sont nuisibles parce qu'ils sont fixés à un niveau trop élevé peuvent cependant trouver une justification du fait qu'ils permettent d'atteindre des objectifs postulés par l'intérêt général. A cet égard, la liste des intérêts légitimes prépondérants à l'art. 5 LCart peut fournir des indications utiles; elle n'est cependant nullement exhaustive, d'autres objectifs économiques ou sociaux pouvant justifier un niveau élevé des prix dans un secteur particulier[197].

---

[195] Publications 1969, p. 164 ss. L'attitude de la Commission des cartels à l'égard des prix imposés pour les produits de marque, nous paraît procéder de ces considérations.

[196] Publications 1968, p. 222 et 231.

[197] Publications 1966, p. 291.