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: 95 (1976)

Artikel: Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit : exemples dans les domaines des conventions-cadres de baux à loyer et des accords entre la Banque Nationale et les banques suisses

Autor: Perrin, Jean-François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895730

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: 24.08.2025

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

Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit

Exemples dans les domaines des conventions-cadres de baux à loyer et des accords entre la Banque Nationale et les banques suisses

Rapport présenté par JEAN-FRANÇOIS PERRIN
Professeur à l'Université de Genève

Table des matières

Avertissement 485

Chapitre premier

La déclaration de force obligatoire générale – Instrument juridique de quelle politique?

§ 1. La déclaration de force obligatoire générale et le corporatisme . . 487
§ 2. Association des partenaires sociaux à la réglementation professionnelle et intérêt public 489
§ 3. Les origines du corporatisme d'association en Suisse 490

Chapitre II

Le corporatisme dans la Constitution fédérale

§ 4. Constitutionnalité de la mesure d'extension 497
§ 5. Consultation et déclaration de force obligatoire générale 499

Chapitre III

La décision d'extension constitue-t-elle l'un des instruments du contrôle des décisions normatives privées (privatae leges)?

§ 6. Présentation des hypothèses 505
§ 7. L'hypothèse du droit collectif, impossible ou réelle? 506
§ 8. Le contrat engendre-t-il de facto des normes juridiques de portée générale? 508
§ 9. Les décisions et conventions d'associations face à la notion d'intérêt public 510
§10. Le contrôle du contenu des privatae leges 510
§11. La place des règles de droit collectif dans l'ordre juridique 515

Chapitre IV

Utilisation de la déclaration de force obligatoire générale en matière de politique du logement

§12. L'instrument de la «paix du travail», efficace pour une «paix du logement»? 519
§13. La déclaration de force obligatoire générale des conventions-cadres de baux à loyers – Les intentions et les réalisations à ce jour . . . 520
§14. La déclaration de force obligatoire générale des contrats-cadres de baux à loyer – Etude des difficultés juridiques principales . . . 525
§15. Conclusion 534

Chapitre V

Les conventions entre la Banque nationale et les banques suisses et leur éventuelle extension

§16. Histoire des réalisations conventionnelles dans le domaine des mesures de contrôle de l'activité bancaire à des fins conjoncturelles . . 535
§17. Avenir de la politique conventionnelle en matière monétaire et conjoncturelle 540

Chapitre VI

Considérations finales

§18. Le processus normatif directement pris en charge par les destinataires des règles de droit – Intérêt de la formule en droit privé . . 545
§19. La déclaration de force obligatoire générale dans la Constitution? . 547

Avertissement

Les auteurs des rapports ont reçu des consignes très strictes en ce qui concerne la dimension de leur travail. Pour ce motif, mais aussi et surtout parce que le sujet possède des ramifications très diverses, ils ont décidé de procéder à une certaine répartition de la tâche. Le co-rapporteur a particulièrement voué son attention à l'étude du thème sous l'angle de la «technique juridique». Pour ce qui est des exemples d'application, il a traité de l'extension de la convention collective de travail et de la convention-cadre de bail à loyer. Sans négliger complètement ces problèmes, nous avons traité surtout le sujet sous l'angle de l'histoire récente de l'institution et de la «politique juridique». Pour ce qui est des domaines d'application, nous avons étudié l'extension des conventions-cadres en matière de logement et consacré un chapitre au contrôle de l'activité bancaire par le moyen des accords passés entre la BNS et les banques.

Chapitre premier

La déclaration de force obligatoire générale – Instrument juridique de quelle politique?

§ 1. La déclaration de force obligatoire générale et le corporatisme

La «déclaration de force obligatoire générale» ou «l'extension du caractère obligatoire» – expressions synonymes – modifient le champ d'application de certaines décisions ou conventions d'associations. Grâce à une ordonnance du pouvoir exécutif, les normes d'origine privée acquièrent le *caractère de généralité*. L'élément frappant et caractéristique n'est cependant pas cette intervention du pouvoir exécutif. Celui-ci ne joue pas le rôle principal. La particularité à mettre en évidence du point de vue de la théorie des sources formelles du droit est l'intervention directe et nécessaire des groupes d'intérêt dans le processus d'élaboration normative. Ceux-ci ne sont plus seulement engagés au niveau consultatif; ils interviennent en tant qu'auteurs des règles de droit. La manifestation de volonté des partenaires sociaux est un élément nécessaire «formellement». *En d'autre termes, ceux-ci sont détenteurs d'une parcelle du pouvoir de faire la loi.* L'association «instituée» des groupes d'intérêt à l'exercice du pouvoir, c'est le *corporatisme*[1].

[1] L'étude des techniques juridiques au service de l'idéologie corporatiste serait un sujet de rapport en soi. Elle impliquerait évidemment, à titre préalable, la définition de cette doctrine politique. Nous sommes contraints, vu les directives sévères que nous avons reçues concernant la longueur du présent travail, de nous satisfaire d'un renvoi aux «classiques». «Le XXe siècle sera le siècle du corporatisme comme le XIXe siècle a été le siècle du libéralisme ...» affirmait MIHAÏL MANOÏLESCO en 1934 (Le siècle du corporatisme, Paris 1934). Cette affirmation est reprise avec un point d'interrogation par l'auteur d'un récent article consacré à l'analyse du corporatisme actuel; cf. PHILIPPE C. SCHMITTER, Still the Century of Corporatism?, The

Nous montrerons par l'histoire que le sort de l'institution juridique que l'on nomme «extension des décisions d'associations» ou «déclaration de force obligatoire générale» est intimement lié aux vicissitudes de l'idée corporatiste. Le parallélisme est naturel. Même si le procédé n'est pas la plus ambitieuse ni même la plus typique des réalisations corporatistes, il en découle nettement. Son appréciation découle de l'évaluation de cette doctrine politique. Il nous appartiendrait donc de juger le corporatisme! La tâche est très ambitieuse ... au-dessus de nos moyens et surtout pleine d'embûches.

Le mouvement fasciste s'est saisi de l'idée et l'a promue précisément au rang de système politique. Cette constatation ne résout pas le problème. Ce serait une réaction obscurantiste que de condamner une institution par la seule référence au peu de crédit moral que l'on attribue à ceux qui l'ont promue. Le point mérite d'être souligné d'emblée car ce type de projection est extrêmement fréquent. On juge de la valeur du marxisme par référence à l'utilisation que l'on fait des cliniques psychiatriques en URSS, du libéralisme par référence aux conditions de travail dans les usines au XIXe siècle. Pourquoi ne pas juger définitivement le corporatisme tout simplement par référence à ce qui se passait à Auschwitz? Un travail scientifique ne peut se fonder sur des anathèmes, cela va de soi.

Pour le lecteur que ces premiers avertissements n'auront pas convaincu (. . . on peut à certains égards le comprendre!), il faut encore préciser que l'accaparement de l'idée corporatiste par le fascisme n'est qu'une péripétie. Bien d'autres courants de doctrine

Review of Politics, Vol. 34, No 1, January 1974, University of Notre Dame, Indiana, p. 85 ss. Cet auteur propose la définition suivante du corporatisme (cf. p. 93):

«Corporatism can be defined as a system of interest representation in which the constituent units are organized into a limited number of singular, compulsory, noncompetitive, hierarchically ordered and functionally differentiated categories, recognized or licensed (if not created) by the state and granted a deliberate representational monopoly within their respective categories in exchange for observing certain controls on their selection of leaders and articulation of demands and supports.»

politique ont défendu l'idée qui consiste à associer indirectement (informellement) ou directement (formellement) les groupes d'intérêt au processus normatif. Le libéralisme, partisan d'une intervention étatique aussi minimale que possible, voit en principe d'un bon œil les intérêts privés s'organiser librement pour régir l'économie en dehors de l'intervention de l'Etat.

Le *mouvement ouvrier* aussi s'est souvent déclaré très favorable à ce type de réglementation des rapports sociaux qui met au premier plan le rôle des organisations de travailleurs.

Enfin, l'idée que le corporatisme est une façon de réaliser la démocratie directe et le socialisme non autoritaire est défendue aujourd'hui en Suède par les politiciens qui sont au pouvoir[2]. C'est dire que le jugement de l'institution qui nous occupe, par le seul recours à des étiquettes idéologiques, va laisser beaucoup d'insatisfaits. On peut affirmer que presque tous les courants de doctrine politique modernes ont accepté, dans certaines circonstances et à certaines fins, *l'idée d'associer directement et formellement* les partenaires sociaux à l'édification des institutions, au moins pour ce qui a trait au domaine de la réglementation des activités professionnelles.

§ 2. Association des partenaires sociaux à la réglementation professionnelle et intérêt public

Laisser les partenaires sociaux déterminer librement les modalités des rapports juridiques qui les lieront; ainsi exprimée, l'idée rallie, nous l'avons vu, presque tous les suffrages. Mais comment défendre, à l'encontre de ce qu'ils auront décidé, les intérêts généraux de la collectivité? C'est à ce niveau que les oppositions les plus irréductibles vont ressurgir.

[2] Cf. les propos de M. Olof Palm: «Notre démocratie est une démocratie d'organisation populaire», rapportés et commentés par Roland Huntford dans son ouvrage «Le nouveau totalitarisme», Paris 1975, p. 59; un chapitre intitulé «L'Etat corporatif» est destiné à démontrer que la Suède contemporaine est le modèle historique le plus achevé du corporatisme.

Le vrai conflit est donc reporté en quelque sorte au deuxième degré, à l'échelon de la définition des pouvoirs de la collectivité face au pouvoir normatif des intérêts privés. Nous assistons à un conflit entre les deux impératifs suivants: *liberté des destinataires* corporativement organisés d'une part et *promotion et défense de l'intérêt public* d'autre part. L'histoire contemporaine suisse de l'idée corporatiste, tracée à grands traits, va nous permettre de mieux situer l'enjeu.

§ 3. Les origines du corporatisme d'association en Suisse

Nous entendons par corporatisme d'association la doctrine politique qui propose la collaboration nécessaire des corporations ou groupes d'intérêt au processus d'élaboration des normes qui vont régir certains secteurs de l'activité économique. Le concours de ces personnes collectives devient un ressort juridiquement (et non seulement politiquement) obligatoire du pouvoir normatif dans un domaine déterminé.

Nous n'avons pas la possibilité de faire un historique détaillé de ce courant de pensée politique, ni même de présenter exhaustivement ses réalisations positives en Suisse. Il convient cependant de placer quelques points de repère historiques, ne serait-ce que pour détruire quelques idées fausses très répandues sur l'origine du corporatisme d'association, idées qui expliquent souvent, comme nous l'avons déjà affirmé, les prises de position actuelles.

Notre thème s'insère dans l'histoire constitutionnelle suisse du XXe siècle, et plus particulièrement dans l'histoire des révisions des articles économiques de la Constitution fédérale.

a) Le 15 mars 1891 parut l'Encyclique du Pape Léon XIII, «Rerum novarum». Ce texte capital signe l'avènement d'une nouvelle attitude de l'Eglise à l'égard du monde du travail et de l'économie. Récusant à la fois les conséquences de l'individualisme et du socialisme dogmatique, la doctrine chrétienne sociale va désormais promouvoir l'idée de l'organisation corporative de la profession, et notamment le syndicat mixte, l'union des maîtres et des ouvriers. On voyait dans la «corporation professionnelle le

cadre normal de la vie économique et dans les organes corporatifs les autorités nouvelles auxquelles incombait normalement l'établissement d'un ordre créateur de justice sociale et gardien de la paix»[3]. Selon MALHERBE, ces thèses furent adoptées par «l'immense majorité des catholiques sociaux en Suisse. Le projet fut évidemment mal accueilli dans certains milieux. Il heurtait à la fois les libéraux encore hantés par les souvenirs de l'Ancien Régime et le courant marxiste qui voyait d'un mauvais œil ce rapprochement des classes».

b) Parallèlement à l'idée de syndicats mixtes va s'ouvrir le débat concernant le syndicalisme obligatoire. C'est principalement dans les milieux syndicaux que fut proposée l'adhésion forcée aux syndicats. Des «thèses sur les droits des syndicats» furent adoptées au congrès ouvrier d'Olten en 1890. Elles prévoyaient la reconnaissance officielle des syndicats englobant la majorité des ouvriers d'un même métier. Les syndicats patronaux recevaient des droits égaux. Les chambres syndicales ainsi créées devaient être compétentes pour prendre des décisions obligatoires pour tous les membres de la profession et pour donner des préavis sur tous les projets de lois concernant l'industrie, les arts et les métiers.

c) Tout au long des premières décades du XXe siècle, les propositions d'institutionnalisation du corporatisme s'ajoutent les unes aux autres. Elles émanent de tous les milieux politiques[4]. En 1931, l'Union suisse des Arts et Métiers se prononce en faveur d'une réorganisation complète de la «profession». *L'Etat doit reconnaître les associations professionnelles et déclarer obligatoires leurs décisions,* lorsque celles-ci sont prises en vue de la protection d'intérêts généraux[5].

d) Un mouvement, dit des «fronts», d'inspiration étrangère, préconise un corporatisme en rupture totale avec nos institutions. Il se développe dès 1930. Les promoteurs de cette conception mili-

[3] Cf. JEAN MALHERBE, Le corporatisme d'association en Suisse, Essai de synthèse, thèse Lausanne 1940, p. 58. Cet ouvrage constitue de très loin le meilleur et le plus complet exposé historique des idées corporatistes suisses.

[4] MALHERBE, op. cit., dès p. 81.

[5] MALHERBE, op. cit., p. 93.

tent surtout en faveur d'une économie corporative et d'un grand parti national.

e) En 1932, la «Nouvelle société helvétique» convoque un grand congrès groupant toutes les organisations suisses de jeunesse. Le thème est le corporatisme. Le mouvement des «fronts» a eu le mérite indirect d'inciter les partisans d'un corporatisme compatible avec l'Etat de droit à préciser leur doctrine et à proposer des solutions concrètes[6]. Dorénavant le corporatisme compatible avec les institutions politiques peut s'intituler *«d'association»*, par opposition à un corporatisme que l'on peut qualifier de *«totalitaire»*. La déclaration de force obligatoire générale *est nettement conçue à l'époque comme une alternative au syndicalisme obligatoire*[7]. Ce mécanisme est préconisé par le syndicalisme qui y voit un premier pas dans la direction de la reconnaissance de sa compétence obligatoire. Les tenants des théories corporatistes y voient le début de l'organisation de droit public de la profession.

f) Parallèlement au développement des idées corporatistes sur le plan fédéral, le mouvement touche aussi la législation cantonale. Genève, Neuchâtel et Fribourg tentèrent d'introduire *la déclaration de force obligatoire générale sur le plan cantonal.* Le Tribunal fédéral déclara cependant anticonstitutionnelles les lois votées[8]. La loi fribourgeoise du 3 mai 1934 sur l'organisation corporative ne fut jamais promulguée[9].

[6] MALHERBE, op.cit., p.96.

[7] MALHERBE, op.cit., p.114.

[8] Cf. ATF 64 I 23 et 65 I 249.

[9] Elle prévoyait en son article 7 que: «Les décisions des organisations corporatives prises conformément à leurs statuts ne lient que leurs membres. Pour qu'une décision d'une organisation corporative soit assimilée à celles des organismes de droit public, il faut:

a) que cette décision soit prise à la majorité des voix dans chacune des délégations du Conseil corporatif;

b) que cette décision ait été approuvée par le Conseil d'Etat, après une enquête publique constatant que les intérêts généraux sont sauvegardés.

Dans ce cas, ces décisions sont obligatoires pour toutes les personnes physiques et morales qui appartiennent au même corps professionnel.» Cf. Bulletin officiel des séances du Grand Conseil, sessions ordinaires, 3 mai

g) La «question corporative» se pose avec acuité dès les années 30. Pressé de toutes parts de donner une solution juridique au problème, le Département fédéral de l'économie publique convoque en mai 1933 une commission d'experts à Vevey, chargée d'examiner les différentes propositions faites[10]. Il s'agissait d'établir un projet de révision des art. 31 et 34ter de la Constitution fédérale. Les milieux corporatistes présentèrent le projet de texte suivant:

«La Confédération et les cantons ont le droit de déclarer d'utilité publique toute association professionnelle, organisée corporativement, groupant les personnes exerçant une occupation professionnelle identique ou assurant un même service social. *La Confédération et les cantons peuvent déclarer obligatoires les décisions de ces groupements reconnus, pour autant qu'ils soient conformes à l'intérêt général et qu'ils représentent une fraction importante de l'ensemble de la profession*»[11].

Des oppositions assez vives se manifestèrent à l'encontre de ces projets. Le gouvernement fédéral émet encore de la réticence à l'encontre de l'idée corporatiste et remet à plus tard la révision des articles 31 et 34ter CF.

h) Les progrès du corporatisme d'association sont pourtant constants dans tous les milieux politiques et le Conseil fédéral institue le 21 octobre 1936 une «commission consultative pour la législation économique» qui a mandat de reprendre le projet de révision des articles économiques de la Constitution[12].

c) En 1937, le Conseil fédéral, dans un message capital pour l'histoire de la constitution économique, définit avec beaucoup d'élévation de pensée et de soin une politique corporatiste cohérente et respectueuse de nos institutions[13]. Le gouvernement

1934; cf. aussi H. HARDY, Le projet de loi sur l'organisation corporative dans le canton de Fribourg, Fribourg 1933.

[10] Cf. P. DE QUERVAIN, Das Korporationenproblem, Bern 1936, p. 92; O. WEISS, Nationale Erneuerung, Freisinn und Korporativismus, Zürich 1934, p. 113 et ss.

[11] Cf. MALHERBE, op. cit., p. 123.

[12] Cf. MALHERBE, op. cit., p. 130 et ss.

[13] Cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une revision partielle des dispositions constitutionnelles qui régissent l'ordre économique du 10 septembre 1937, FF 1937 II, p. 847.

fédéral cite la célèbre phrase de WILHELM DE HUMBOLDT: *«L'Etat doit s'attacher surtout à amener les hommes par le chemin de la liberté à former des communautés dont l'action puisse se substituer à la sienne propre»* et propose l'institutionnalisation de l'idée. Les emplois abusifs de la liberté économique doivent être réprimés en premier lieu par une entente volontaire des milieux intéressés. Pour le cas où ce moyen n'aboutirait pas, il faut *«créer la possibilité juridique de donner à des accords et à des décisions d'associations force obligatoire générale pour les groupements professionnels intéressés»*[14]. Le Conseil fédéral admet que des progrès pourraient être réalisés dans le domaine social grâce aux techniques juridiques du corporatisme:

«L'expérience a, en effet, suffisamment prouvé que les éléments clairvoyants d'une association s'efforcent en vain d'introduire dans leur branche un sain état de choses lorsqu'ils ne parviennent pas à imposer la règle aux membres de l'association et aux dissidents, qui ne se tiennent souvent en dehors de l'organisation qu'à seule fin de pouvoir défendre sans entrave leurs intérêts particuliers.»[15]

La fameuse alternative, qui aujourd'hui encore constitue la problématique de base du sujet, est nettement exprimée:

«Deux voies sont ouvertes à l'avenir pour l'intervention de l'Etat dans le secteur économique: *la voie directe des mesures législatives et la voie indirecte de l'attribution de la force obligatoire par l'autorité exécutive.*»[16]

Nous verrons plus bas que la définition d'une politique fédérale du logement se pose exactement dans les mêmes termes en 1976!

Les solutions proposées par le Message ne reflètent cependant pas les courants les plus avancés de l'idéologie corporatiste, loin de là. On est loin même des solutions cantonales vraiment corporatistes qui avaient été proposées et écartées par le Tribunal fédéral. On ne propose pas l'adhésion obligatoire aux associations professionnelles et l'extension n'est possible que dans des cas exhaustivement énumérés. La Confédération n'a le droit d'édicter des

[14] Cf. Message cit., p. 848.
[15] Cf. Message cit., p. 849.
[16] Cf. Message cit., p. 850.

prescriptions uniquement que «pour donner force obligatoire générale à des conventions et à des décisions ... concernant ... *la formation professionnelle, les conditions de travail, y compris les allocations accessoires d'ordre social,* ou *la lutte contre la concurrence déloyale,* tant qu'elles tiennent suffisamment compte des intérêts légitimes des minorités, qu'elles ne portent pas atteinte à la liberté d'association et sont approuvées par des experts indépendants»[17].

j) Le projet fut adopté le 21 septembre 1939 par les Chambres[18], *lesquelles supprimèrent la liste des domaines entrant en considération pour la déclaration de force obligatoire.* Cependant les hostilités avaient éclaté peu de temps auparavant et un changement d'esprit s'opère à l'égard du corporatisme en général. *Tout ce qui, même de loin, rapelle l'idéologie fasciste devient odieux.*

k) Dans son Message complémentaire sur la révision des articles de la Constitution fédérale relatifs au domaine économique, du 3 août 1945[19], le Conseil fédéral constate que l'idée d'étendre aux décisions des associations la force obligatoire générale *suscite une opposition croissante.* L'Union suisse des Arts et Métiers, qui avait de tout temps beaucoup tenu à cette institution, déclare y renoncer «par esprit de conciliation». Le Conseil fédéral regrette ce changement d'état d'esprit dans des termes très clairs:

> «Il ressort des expériences faites que l'attribution de la force obligatoire générale permet bien souvent de *régler d'une manière entièrement satisfaisante les conditions économiques et sociales d'une profession donnée.* Elle n'a pas pour effet d'ériger les associations en institutions économiques ou sociales ayant pouvoir de légiférer. Les associations n'ont pas le pouvoir d'établir de leur propre chef une réglementation ayant force obligatoire générale. *L'Etat conserve le contrôle des mesures prises.* Il ne leur donnera force obligatoire générale qu'en sauvegardant, dans chaque cas d'espèce, les intérêts généraux et en tenant suffisamment compte de ceux des dissidents ...»

Et pourtant, vu la «violente opposition» qui s'est manifestée dans «des milieux étendus de notre économie», le Conseil fédéral se borne à proposer la création d'une base qui permette de donner

[17] Cf. texte de l'art. 32, al. 2, lettre d du projet 1937; Message cit. supra note 13.
[18] AF du 21 septembre 1939, FF 1945, I, p. 906.
[19] FF 1945, I, p. 877.

«force obligatoire générale aux conventions conclues par des associations en matière de conditions de travail»[20].

l) Telles sont les circonstances qui expliquent que l'art. 34ter actuel, finalement voté le 6 juillet 1947, se limite au domaine des conventions collectives de travail[21].

[20] Cf. Message cit., note 13 p. 886.
[21] Cf. ROLF 1947 I 1299; 1301; III 179.

Chapitre II

Le corporatisme dans la Constitution fédérale

§ 4. Constitutionnalité de la mesure d'extension

La décision d'extension est prise par le pouvoir exécutif. Pour simplifier, nous n'envisageons que l'intervention au niveau fédéral. Le problème constitutionnel qui se pose est dès lors le suivant: une loi fédérale peut-elle, dans une matière normative déléguée à la Confédération, conférer sans autre au Conseil fédéral le pouvoir de déclarer la force obligatoire générale d'une décision ou d'une convention privée? Par cette décision, l'Assemblée fédérale *se déssaisit de la matière* et délègue à l'exécutif le soin de conférer aux accords privés la qualité de règles de portée générale. Le législateur peut-il choisir librement cette forme de délégation ou ne le peut-il que si la Constitution fédérale l'y autorise expressément? Il n'est pas possible de donner une réponse valable pour tous les domaines du droit fédéral. Il faut au moins distinguer trois situations différentes:

a) Législation économique

Que penser de la constitutionnalité d'une loi fédérale fondée sur l'art. 31bis al. 3 CF qui déléguerait au Conseil fédéral la compétence d'étendre le champ d'application de décisions ou conventions privées? Cette disposition constitutionnelle ne prévoit pas le mécanisme de l'extension. Le législateur fédéral ne commet-il pas ce faisant un abus de délégation normative? Il faut admettre qu'après la décision d'extension, la «matière» sera régie par des normes qui ne sont formellement ni légales, ni prises en exécution d'une loi. Pourtant, en vertu de la disposition constitutionnelle citée, le Conseil

fédéral avait admis la constitutionnalité d'une telle loi dans le cadre de la procédure préparatoire à l'adoption de l'AF du 22 juin 1951 sur les mesures propres à sauvegarder l'existence de *l'industrie horlogère suisse*[22]. Le gouvernement demandait une délégation de compétence pour «rendre obligatoires pour toutes les entreprises d'une branche les tarifs minima et les conditions de vente adoptés par les associations patronales intéressées». Ce projet de disposition ne fut pas adopté par les Chambres qui l'auraient considéré inconstitutionnel[23]. L'interprétation des articles économiques exclut-elle l'extension des conventions qui ne ressortissent pas au domaine du droit du travail? L'exégèse de l'art. 34ter CF impose une réponse affirmative. La tournure négative de cette disposition: «la force obligatoire générale ... *ne pourra être statuée que* dans les domaines touchant les rapports de travail entre employeurs et employés ou ouvriers ...» est sans ambiguïté. L'interprétation historique corrobore d'ailleurs l'interprétation littérale ou logique de la disposition. Les articles économiques forment un tout et ce qu'on a voulu exclure par le biais de l'art. 34ter ne peut revenir par le truchement de l'art. 31bis al. 3 CF. Le résultat de ce raisonnement est cependant assez étrange. Le gouvernement, – bénéficiaire d'une délégation légale, – pourra fixer lui-même un tarif; par contre, il ne pourra pas donner force obligatoire générale à un tarif paritairement négocié. Curieuse ou non, cette solution s'impose d'autant plus fortement que l'art. 32 CF prévoit expressément la nécessité de la forme légale dans le domaine d'application en cause[24].

b) Arrêtés fédéraux urgents

La compétence pour déclarer la force obligatoire générale d'une décision ou d'une convention privée peut être prévue par un AF

[22] ROLF 1951, p. 1239 et ss.

[23] Cf. CH.-A. JUNOD, Le statut légal de l'industrie horlogère suisse, thèse No 548 de Genève, Genève 1962, p. 200.

[24] Cf. J.-F. AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, p. 686, No 1925.

urgent[25]. La procédure de l'art. 89bis 3e alinéa de la Constitution étant utilisée, il n'y a plus de problème de constitutionnalité.

c) Les autres matières et tout particulièrement le secteur du droit privé

Le Parlement fédéral pourrait-il se satisfaire de l'art. 64 CF pour autoriser, par une loi fédérale, le Conseil fédéral à déclarer la force obligatoire générale d'une convention d'associations régissant un quelconque secteur qui est actuellement régi par le CO (le droit privé de la construction par exemple, mandat, contrat d'entreprise, etc.)? La réponse est de toute évidence négative. Le Constituant en est bien convaincu puisqu'il a introduit dans la Constitution un art. 34septies al. 1 autorisant expressément l'extension dans le domaine du bail. Si l'art. 64 CF avait suffi, l'art. 34septies al. 1 n'aurait pas été nécessaire. Nous estimons que la possibilité d'une déclaration d'extension dans certains domaines du droit privé serait probablement utile. Nous serons logiques avec nous-mêmes et proposerons dans notre conclusion une disposition constitutionnelle voisine de l'art. 64 CF, autorisant la loi fédérale à définir les modalités auxquelles le gouvernement fédéral pourrait déclarer la force obligatoire générale de décisions et conventions privées portant sur les matières du droit privé.

§ 5. Consultation et déclaration de force obligatoire générale

Les articles économiques adoptés en 1947 contiennent encore une disposition très importante du point de vue des réalisations du corporatisme d'association. L'art. 32 al. 3 CF prévoit que «les groupements économiques intéressés seront consultés lors de l'élaboration des lois d'exécution et pourront être appelés à coopérer à l'application des prescriptions d'exécution». La pratique de la consultation des groupes d'intérêt existait certes avant cette date. Son

[25] Cf. par exemple l'AF sur la sauvegarde de la monnaie du 8 oct. 1971, FF 1971 II 833, qui prévoit en son art. 1 al. 2 que le Conseil fédéral peut conférer force obligatoire générale aux conventions signées entre la Banque nationale et la majorité des personnes et des sociétés qui ont été invitées à y adhérer.

institutionnalisation est un événement important[26]. Elle n'a pourtant pas mis fin au débat, loin de là. La consultation des groupes d'intérêt est indéniablement l'un des rouages les plus importants du fonctionnement réel de nos institutions politiques, mais aussi l'un des plus critiqués. On remarque la parenté qu'il y a entre la consultation nécessaire des groupes et la déclaration de force obligatoire générale de certaines de leurs décisions. Nous voudrions, – et c'est l'objectif du présent paragraphe, – montrer que la critique portant contre l'une de ces institutions n'est pas sans autre valable pour le jugement de l'autre.

La doctrine juridique et la science politique se sont prononcées abondamment sur les inconvénients et les avantages de la consultation obligatoire[27]. En faveur de cette institution, on fait valoir les arguments suivants:

a) La consultation «permet au législateur, placé en face d'une tâche qui se complique sans cesse, de connaître à la source une partie des éléments d'appréciation nécessaires à la construction d'une législation fondée sur la réalité; elle évite, dans une large mesure, des oppositions possibles entre la vie et la loi, le réel et le schéma»[28].

b) La consultation associe les groupes de pression à l'exercice du pouvoir. Elle prépare donc l'établissement des équilibres et du consensus nécessaires à la confection des bonnes lois. Les oppositions sont intégrées au système d'élaboration législative, «utilisées» positivement. Les heurts politiques seront en conséquence atténués. Les situations de «rupture» ne se produiront plus. Si chaque sujet de droit est associé à l'élaboration des règles par le

[26] Les modalités de cette consultation, qui comme chacun le sait n'est pas seulement effectuée dans le domaine économique, sont réglées par des «Directives concernant la procédure préliminaire en matière de législation» du 6 mai 1970, FF 1970, I, p.1003.

[27] Cf. L'exposé critique et la bibliographie du sujet c/o C.-A. MORAND et J.-D. DELLEY, Les groupes d'intérêt et la revision totale de la Constitution fédérale, RDS, vol.93 I, 1974, p.488 ss.

[28] Cf. R. RABATTEL, Les relations Confédération–Groupements intéressés, 64e suppl. de «La Vie économique», Département fédéral de l'Economie publique, Berne 1957, p.34.

truchement d'associations représentatives de ses intérêts, il se sentira, quel que soit le résultat final, impliqué dans le processus. Pour lui, la révolution n'a pas de sens.

c) La loi a beaucoup plus de chances d'être appliquée si elle est voulue et acceptée par ses futurs destinataires. La sociologie du droit a encore peu étudié le phénomène d'«effectivité» des règles de droit. Il est cependant démontré qu'une loi acceptée par ses destinataires, voulue et faite par eux, a beaucoup plus de chances de s'appliquer qu'une loi imposée par une autorité[29].

Les critiques adressées à la consultation des groupes se sont nettement intensifiées ces derniers temps. Les griefs portent tant sur les principes que sur l'application qui en est faite depuis 1947. Tentons une synthèse sommaire des désavantages les plus fréquemment signalés:

a) La pratique de la consultation est susceptible d'entraîner une véritable «confiscation du pouvoir» en faveur des groupes privés, un détournement de la souveraineté populaire[30]. Le droit n'est plus élaboré par les représentants du peuple. Il est clair que si l'on consulte les groupes, c'est pour tenir compte de leur avis. Il faudra «composer» avec les avis divergents, déférer aux avis convergents; l'élaboration du texte légal se fait avant l'intervention des mandataires du peuple souverain et en marge de leur action.

b) On dénie souvent que *l'intérêt général* puisse être dégagé tout simplement de l'accumulation d'avis représentatifs d'intérêts privés. Une politique de défense du bien commun ne peut être révélée par la consultation des groupes, laquelle donne tout au plus des leviers dans les mains de ceux qui cherchent à promouvoir leurs avantages à l'encontre de ceux de la collectivité.

[29] Pour une démontration psycho-sociale du phénomène, cf. J. PIAGET, Le Jugement moral chez l'enfant, PUF, Paris 1969.

[30] Est-il légitime que des groupements privés – même largement ouverts, représentatifs d'intérêts primordiaux pour une couche importante de la population (par exemple mouvements de protection des locataires, des consommateurs, etc.) – monopolisent à leur profit une parcelle du pouvoir normatif, c'est-à-dire exerçant l'un des attributs de la souveraineté? Pour une étude des termes actuels du conflit, cf. FRITZ SCHARPF, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanzer Universitätsreden, Konstanz 1970.

c) On affirme souvent que la participation des citoyens aux décisions des associations est un leurre aussi grand (sinon plus) que la participation à la vie politique générale[31]. Dès lors, on assisterait simplement à un déplacement de pouvoir en faveur des élites technocratiques qui gouvernent les associations, lesquelles, elles non plus, ne représenteraient plus personne et de plus sont politiquement irresponsables. On reproche aussi au système son manque de clarté et de transparence. Le processus de décision est occulte dans une large mesure. Le peuple ne connaît plus les auteurs «matériels» de la loi[32].

L'opinion actuelle des milieux politiques et sociaux est divisée sans qu'il soit possible d'établir avec beaucoup de sécurité le clivage. Les réponses au questionnaire Wahlen révèlent un courant plutôt hostile au rôle des groupes d'intérêt dans le processus législatif. Le rapport s'exprime pourtant positivement en réquérant des aménagements, notamment plus de transparence[33]. L'orientation de l'actuelle Commission serait assez radicalement différente. L'un des objectifs majeurs de la révision consistera à «contrôler et contenir l'action de forces puissantes s'exerçant en faveur d'intérêts particuliers, afin de mieux assurer le bien commun»[34].

La consultation obligatoire des groupes et l'extension des décisions d'associations sont, évidemment deux institutions parentes. La dernière n'est peut-être que la forme la plus achevée ou la plus élaborée de l'idée qui sous-tend la première. Aussi faut-il accepter que les avantages et les inconvénients que nous venons d'énumérer

[31] Pour une vision quantitative de ces griefs, cf. J. KELLERHALS, Formes et fonctions de l'action communautaire dans la société moderne, essai sur la participation aux associations volontaires, Lausanne 1974.

[32] L'étude du bien-fondé de ces griefs appartient plus à la science politique qu'au droit. Cf. J. MEYNAUD, A. KORFF, Les organisations professionnelles en Suisse, Payot, Lausanne 1963; D. SIDJANSKI, Groupes d'intérêt en Suisse, études et recherches du département de science politique de l'Université de Genève, No 5, 1974.

[33] Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale, Centrale fédérale des imprimés, Berne 1973, p. 670 ss.

[34] Cf. MORAND et DELLEY, op. cit., p. 503.

jouent un rôle décisif pour ce qui concerne *l'avenir de «l'extension» en tant que source de droit.* Nous avons cependant la conviction qu'il faut avancer très prudemment sur le terrain de l'assimilation des inconvénients et ceci pour les raisons suivantes:

a) Il n'est tout d'abord pas tout à fait exact que *tous* les griefs opposables à la «consultation obligatoire» soient aussi opposables à «l'extension» des décisions d'associations. On peut par exemple affirmer que la procédure d'extension est parfaitement transparente et publique. Les forces en présence agissent en plein jour. Autre exemple: l'officialisation découlant de la décision d'extension est un facteur qui influe favorablement sur le taux de participation réel des intéressés au sein de leurs associations. Des procédures internes référendaires devront être prévues (comme c'est le cas en matière de conventions collectives de travail lors du renouvellement de conventions). Les décisions ne pourront plus être prises par les élites technocratiques, car il ne s'agit pas d'une «simple consultation».

b) Les expériences faites de 1947 à nos jours sont très différentes dans le domaine de l'art. 32, al. 3 (consultation) et dans celui de l'art. 34ter CF (extension). Les auteurs qui dénoncent actuellement le «manichéisme» des groupes ou s'attaquent au pouvoir occulte de ceux-ci *n'ont rien à objecter à l'encontre des résultats de l'extension des conventions collectives de travail,* (– seul secteur dans lequel l'institution a pu donner le plein de sa mesure). La pratique, en tout cas, ne condamne pas l'institution de l'extension.

c) L'argument décisif pour un traitement *différencié* des deux expériences nous paraît résider dans la considération suivante:

– pour ce qui concerne la «consultation obligatoire», on peut souhaiter une révision de l'art. 32 al. 3 CF conduisant à un mode de gestion des affaires publiques moins aliéné aux groupes, plus strict dans la défense de l'intérêt général. L'autre terme de l'alternative est le renforcement des pouvoirs et des droits de la représentation populaire, donc le renforcement de la démocratie réelle au détriment des intérêts particuliers.

– sur le terrain de «l'extension», l'alternative ne se présente pas aussi aisément. On peut certes réglementer tous les rapports économiques par le droit public. Cela n'est cependant pas politiquement réalisable. La survivance de l'Etat libéral est une donnée

évidente du problème. Or, dans un tel système, l'absence de contrôle étatique sur les décisions normatives des associations conduit aux abus dans l'autre sens, aux excès du libéralisme. Les organisations professionnelles ont le pouvoir d'imposer leur volonté *même sans l'intervention de l'Etat. Elles peuvent régir les rapports de droit grâce à leur position de force.* L'autre terme de l'alternative est donc l'exercice du pouvoir normatif par les seuls privés qui imposent leurs décisions sous le couvert de la liberté contractuelle et en dehors de tout contrôle étatique.

Exercice privé du pouvoir normatif sous le contrôle de l'Etat ou sans le contrôle de celui-ci. C'est en ces termes que les choix se présentent. La procédure d'extension représente peut-être la technique de contrôle de l'activité normative privée la plus réalisable dans le contexte socio-politique actuel.

Ces considérations justifient au moins qu'au plan de la révision totale de la Constitution *l'analyse des deux problèmes soit bien séparée.* Il serait regrettable que sous le couvert de «transparence» et de «démocratisation», on condamne un mode de réglementation des rapports sociaux précisément basé sur le «consensus» des partenaires sociaux et leur «participation».

Chapitre III

La décision d'extension constitue-t-elle l'un des instruments du contrôle des décisions normatives privées (privatae leges)?

§ 6. Présentation des hypothèses

La convention collective de travail, le bail type, le contrat type d'architecte, le tarif des agents intermédiaires immobiliers, etc. etc. sont des décisions normatives privées. L'ambition des auteurs de ces manifestations de volonté est de réglementer d'une manière aussi générale que possible la matière normative. Ces normes ne sont pas «édictées» par l'autorité détentrice du pouvoir souverain. Pourtant elles réglementent *effectivement* les rapports qu'elles ambitionnent de régir. Elles sont, en fait, pour les sujets de droit, des *«règles de conduite obligatoires»*. Nous montrerons que, selon l'optique de théorie du droit que l'on retient, ces normes sont:

– soit des manifestations privées de volonté; en aucun cas des règles de droit (optique normativiste),

– soit de véritables normes de comportement nécessaires, c'est-à-dire des règles juridiques (optique réaliste ou sociologique). Dans l'une ou l'autre hypothèse, le problème *pratique du contrôle* de la conformité de ces agissements avec le bien public se pose. C'est ici qu'intervient le lien entre la notion d'extension des décisions privées et la notion de contrat type (ou d'adhésion – notions synonymes). *Nous montrerons que la déclaration de force obligatoire générale est l'une des techniques possibles du contrôle de la conformité des normes privées avec l'intérêt général.* L'Etat, grâce au mécanisme d'extension, peut acquérir un droit de regard sur les activités normatives des groupes privés.

Il nous appartient d'examiner successivement les questions suivantes:

a) les groupes disposent-ils d'un pouvoir normatif qui concerne la théorie des sources du droit? (§ 7)

b) dans la réalité existe-t-il une différence de fonction entre les privatae leges et le droit légal? (§ 8)

c) quelle que soit notre conclusion sur ces questions, ne s'impose-t-il pas d'instaurer un contrôle de l'activité normative des groupes privés? (§ 9)

d) la «décision d'extension» constitue-t-elle un moyen technique valable de contrôle des privatae leges? (§ 10)

e) après la décision d'extension, les normes privées sont «formellement» des règles de droit. Le point ne peut plus être contesté, même d'un point de vue normativiste. Convient-il dès lors de situer ces règles dans l'ensemble de l'édifice normatif? Si oui, à quelle place? (§ 11).

Notre hypothèse est donc la suivante: le phénomène du droit collectif (privatae leges) existe. On peut le reconnaître expressément; on peut aussi lui nier toute juridicité. De toute façon son effectivité n'est pas contestable. Une technique de contrôle s'impose. La procédure d'extension est, dans le système politico-juridique actuel, l'une des plus adéquates. Passons maintenant à la démonstration.

§ 7. L'hypothèse du droit collectif, impossible ou réelle?

La Révolution française affirme la doctrine de la souveraineté nationale «une et indivisible»: la féodalité corporative a été abattue. L'ordre juridique «individualiste» qui régit indéniablement encore le principe de nos institutions est hostile aux «privatae leges» et ne fait pas de place au droit propre des corps collectifs. Les droits et obligations ne peuvent naître, selon cette conception, que
- de l'accord entre privés (normes individuelles) ou
- de la loi (normes générales).

Convaincus par ces principes, bon nombre d'auteurs nient la spécifité du droit collectif. Selon eux, le contrat privé ne peut pas être une source de normes juridiques de portée générale, c'est-à-dire de règles de droit. Le professeur PATRY résume cette conception en ces

termes: «... Au fond, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il a été négocié et conclu, un acte ne peut pas perdre sa nature contractuelle; il doit seulement être déclaré inexistant ou annulé lorsque certaines conditions légales sont réalisées, soit notamment lorsqu'une partie a, d'une manière excessive, profité de sa situation privilégiée pour imposer sa volonté à son partenaire plus faible»[35].

Les théories dites «réglementaires» prennent le contre-pied. Proposées par de célèbres publicistes français, notamment MAURICE HAURIOU et LÉON DUGUIT, elles présentent le contrat d'adhésion comme un instrument réglementaire dans les mains de personnes privées. Le proposant, surtout s'il se trouve en position monopolistique, exerce «de fait» un pouvoir normatif. Il «réglemente» l'exercice de l'activité dans le secteur en cause. Cette réalité doit être «reconnue» par l'ordre juridique.

La reconnaissance ou plus exactement la qualification juridique entraîne des conséquences importantes. Si l'on admet le caractère «réglementaire» des actes en question, on légitimise du même coup l'intervention étatique pour leur contrôle. Si, au contraire, on veut ignorer qu'en pratique ces normes «soi-disant» individuelles font effectivement fonction de règles de droit, on peut alors considérer que l'on est en présence d'un simple contrat, c'est-à-dire d'une affaire privée; les pouvoirs publics n'ont pas à se soucier spécialement du phénomène.

Les prémisses de la théorie réglementaire, sinon toutes ses conséquences, nous paraissent exactes. Une vision réaliste de l'ordre sociopolitique contemporain réduit la conception individualiste à l'état de pure fiction. Le cadre de la vie sociale n'est pas constitué uniquement par des individus d'une part et par des Etats d'autre part. Une telle doctrine ignore le fait que les collectivités humaines ont une propension à sécréter leur propre droit, et cela indépendamment du système légal formel, parfois même en marge ou en opposition avec celui-ci. *Les groupements sociaux s'insèrent entre l'individu et l'Etat.* Ces collectivités ont de facto des pouvoirs poli-

[35] Cf. ROBERT PATRY, Les contrats d'adhésion comme source de droit, ZBJV 91bis, 1955, p. 383.

tiques et sont détentrices d'un certain potentiel normatif, *que le législateur le veuille ou non.* L'existence de pouvoirs normatifs «concurrents» est un fait sociologique constaté d'une manière irréfutable et connu de longue date. Une doctrine qui veut ignorer ces pouvoirs *ignore la réalité.* C'est bien ce que voulait dire HAURIOU lorsqu'il affirmait que «ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions»[36]. On ne peut ignorer le «fait social» que constitue le pouvoir normatif autonome des groupes infra-étatiques. On peut considérer que ce phénomène doit être encouragé. On peut au contraire vouloir le combattre. La plus mauvaise solution consiste à pratiquer à son encontre la politique de l'autruche. Si dès lors des normes privées ont la fonction de règles de droit, l'Etat ne peut ignorer ce pouvoir concurrent. Il doit tenir compte de son existence.

§ 8. Le contrat engendre-t-il de facto des normes juridiques de portée générale?

Est-il exact que dans un système juridique tel que le nôtre, – fondé sur le principe de la légalité, – il y ait place, malgré l'esprit de nos institutions, pour un pouvoir normatif privé? Existe-t-il des normes de comportement généralement imposées dans le corps social qui ne sont pas édictées par l'Etat, mais par des groupes sociaux infra-étatiques? Si l'on accepte de se centrer sur la fonction de la norme plutôt que sur son origine, la démonstration est aisée. C'est généralement la technique du contrat de droit privé qui est choisie comme véhicule pour introduire, dans l'ordre juridique libéral, le pouvoir normatif des groupes. Le moyen est bien connu; il n'est pas nécessaire d'entrer dans trop de détails. Prenons l'exemple du processus juridique qui conduit à la propagation des «normes» d'associations faîtières, «tarif et règlement» d'honoraires d'une

[36] Cf. commentaires et développement c/o R. CESTAN, Essai sur le droit collectif, Toulouse 1927, p. 79.

profession bien organisée au plan national[37]. Les décisions «normatives» des associations sont des prescriptions «abstraites» (elles ne sont pas des mesures de portée concrète disparaissant après leur exécution; elles sont conçues «a priori» pour les cas futurs). Chaque membre de l'association conclut un contrat individuel avec chacun de ses clients. Grâce à la technique du «renvoi global» aux normes de l'association, ces règles accèdent à la vie juridique. Elles deviennent génératrices de droits et d'obligations. Un seul élément *paraît* faire défaut; c'est la «généralité». *Ces normes ne sont opposables qu'à ceux qui y ont souscrit.* C'est ici qu'il convient de quitter le terrain de la théorie individualiste et de prendre en considération la réalité.

Il est devenu extrêmement difficile sinon impossible de construire en Suisse un ouvrage d'une quelconque importance sans être soumis aux normes d'associations professionnelles[38]. On peut en conséquence parler d'une véritable «généralité» de fait. La norme est applicable «pratiquement» à tous ceux qui construisent. Enfin, il n'est pas exclu du tout qu'en l'absence de l'utilisation d'une technique contractuelle, les normes et tarifs viennent à s'appliquer à titre d'usage dans la conviction que celui-ci est le droit. Une prescription qui s'impose «généralement», même si cette généralité est de fait, *a fonction sociale de règle de droit*[39].

Il n'y a aucun abus à ce que les associations s'efforcent de remplir leur mission. Il y a cependant la nécessité de prendre conscience de l'existence de cette réalité. *Il y a ensuite une liaison qui doit être établie avec la notion d'intérêt public. C'est à ce sujet seulement que notre réflexion se voudra critique*[40].

[37] Cf. par exemple les normes SIA.

[38] Le droit public prête d'ailleurs la main. Dans plusieurs cantons les plans de requêtes en autorisation de construire doivent être signés par des «mandataires qualifiés». La profession elle-même gère la liste des personnes pouvant se prévaloir de ce titre. Cf. art. 21 du règlement d'application de la loi sur les constructions et installations diverses de Genève.

[39] Sur cette assimilation, cf. la doctrine française bien connue, G. MORIN, HANRIOU, DEMOGNE, DUGUIT, citée par CESTAN, op. cit. supra note 36, p. 68 ss.

[40] Pour d'autres exemples en dehors du droit de la construction, cf. J.-F. PERRIN, SJ 1973, p. 209.

§ 9. Les décisions et conventions d'associations face à la notion d'intérêt public

Nous avons montré que dans un ordre juridique libéral et démocratique l'existence et la manifestation d'un droit collectif est un phènoméne réel. Il y a une grande *identité de fonction*[41] entre les deux modes, – apparemment concurrents, – de réglementation des rapports sociaux (loi et droit collectif). La conclusion qui s'impose est que les deux phénomènes normatifs *doivent pouvoir subsister et coexister*. L'Etat peut renoncer au monopole des sources si pour autant il ne renonce pas à sa mission cardinale qui est le service de l'intérêt général.

Le problème est résolu dès que l'Etat veille à ce que les intérêts privés qui exercent concurremment avec lui le pouvoir normatif agissent en conformité avec l'intérêt public. Ainsi les forces sociales peuvent se manifester librement et naturellement si l'Etat veille à ce que leur activité s'exerce d'une manière compatible avec le bien public.

§ 10. Le contrôle du contenu des privatae leges

L'existence d'une possible «concurrence» normative entre la loi et les privatae leges est un fait indéniable. Nous n'affirmons pas que chaque fois que la «généralité» de fait est présente il y a nécessairement atteinte à l'intérêt général; mais il y a certainement *danger potentiel d'une telle atteinte,* risque face auquel le citoyen isolé est démuni. L'intervention étatique *de contrôle* nous paraît dès lors légitime. Encore faut-il en déterminer les modalités.

L'instauration d'un contrôle de la compatibilité des décisions d'associations avec les impératifs du bien public constituerait un

[41] Il est usuel en Suisse que des associations privées exercent des tâches d'intérêt public, officiellement même. Ces activités sont soumises au contrôle judiciaire, à tout le moins sous l'angle de l'arbitraire, cf. par exemple l'organisation de l'examen de capacité professionnelle de certaines professions réglementées; ATF 100 I a 169.

sujet de rapport en soi[41a]. Très souvent, comme nous l'avons vu, les groupes d'intérêt émettent des «contrats types», des «conditions générales» ou autres formules d'adhésion qui constituent la manifestation de leur pouvoir normatif.

Le sujet du contrôle des «conditions générales» est plus vaste que notre présente préoccupation puisqu'il couvre aussi le secteur plus spécifiquement contractuel du contrat d'adhésion émis par l'entreprise ou groupement qui ne dispose pas d'un *large* pouvoir monopolistique. La problématique est cependant très voisine. Le sujet a fait l'objet d'une abondante littérature, manifestation visible de l'existence des graves préoccupations exprimées au moins dans le milieu des juristes à l'encontre des abus qui sont tolérés au nom du respect de la liberté contractuelle formelle.

Nous nous contenterons de résumer très sommairement l'état de la question et de mentionner notre point de vue.

a) Les solutions classiques en appellent au contrôle judiciaire. Un certain nombre de principes généraux et de règles de droit privé sont susceptibles de fournir le moyen d'intervention[42]. La jurisprudence intervient, par définition, a posteriori. D'autre part, l'extrême retenue des juges suisses en matière d'application de l'art. 2 CCS implique que le recours au juge ne soit utile que dans des cas tout à fait flagrants. Ce moyen est nécessaire mais non suffisant.

b) Le Ministre fédéral allemand de la justice envisage une solution beaucoup plus radicale. Il a fait préparer par un groupe d'experts un projet de loi «Zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen»[43]. Ce texte pose une base légale expresse pour tout ce qui jusqu'à présent a été fait par le biais de la

[41a] La Société des Juristes de l'Allemagne fédérale a consacré son congrès de 1974 à la question. Cf. l'abondante littérature allemande publiée à cette occasion; Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Hamburg 1974, München 1974.

[42] Règles de la bonne foi, vices de la volonté, lésion, etc., cf. H. MERZ, SJ 1975, p. 193.

[43] Cf. Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Bundesdruckerei, Bonn 1974.

création et de l'interprétation jurisprudentielles (Ungewöhnlichkeitenregel, Unklarheitenregel etc. etc.). Il propose ensuite une clause générale exigeant l'équilibre de la relation contractuelle: «Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nur wirksam, wenn sie unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhaltes, die beiderseitigen Interessen angemessen ausgleichen».

On trouve enfin dans ce projet une longue liste de clauses que ne doivent pas, sous peine de nullité, contenir les conditions générales proposées à l'adhésion d'un client. A défaut d'un contrôle administratif vigilant (et coûteux!), ce système, truffant les contrats de nullités potentielles, nous paraît conduire à l'insécurité des relations d'affaires, mal qui n'est peut-être pas moins grand que celui auquel il faut remédier.

c) Nous avons affirmé que le problème se pose surtout lorsque l'auteur des normes privées dispose d'une position monopolistique. Dans ce cas l'Etat, face à ce «concurrent normatif», peut hésiter entre trois solutions:

1. Il peut *nier le problème* et trouver à sa politique une justification dans la doctrine individualiste et pratiquer le «laisser faire»; il n'y a pas de pouvoir normatif privé, dit-il alors; il n'y a que l'exécution de contrats privés. Le bien public n'est pas en cause là où des citoyens libres et égaux en droit nouent les relations juridiques de leur choix. L'Etat n'intervient que pour assurer la fidèle exécution des engagements pris.

2. L'Etat peut adopter l'attidude radicalement opposée et prendre ombrage de l'existence d'un pouvoir concurrent. Il décidera de *réglementer lui-même la matière par des normes impératives ou par le droit public.* C'est l'interventionnisme, considéré aujourd'hui comme un mal nécessaire souvent par les libéraux eux-mêmes, car l'abus de la liberté met en cause l'équilibre du système. Cette solution a été systématiquement choisie, même en Suisse depuis la dernière guerre mondiale, dans certains secteurs du droit privé, dans le domaine du bail à loyer par exemple.

3. *Une voie médiane existe.* Lorsqu'un groupe dispose en Suisse d'un monopole de fait, il y a presque toujours en face de lui un autre groupe capable de représenter l'intérêt opposé. L'Etat devrait et pourrait favoriser les contacts et les pourparlers entre partenaires

sociaux. Les expériences des relations tripartites, *employeurs–employés–Etat*, sont usuelles et très bien rodées. Les partenaires sociaux n'ont pas été abandonnés à eux-mêmes. On ne leur a pas non plus imposé un modèle de relations juridiques exclusivement étatiste. Ils ont été mis face à face.

Souvent, – lorsqu'elles sont compatibles avec l'intérêt général, les décisions librement convenues sont étendues à toute la profession. *Grâce au mécanisme d'extension,* l'Etat s'insère dans la relation juridique. Il n'en est cependant pas le moteur. Ce sont encore les forces sociales qui font le droit, mais elles agissent sous contrôle étatique indirect. Nous estimons que l'expérience mérite d'être étendue à d'autres domaines du droit. A notre avis ce type de relation tripartie constitue, ou plus exactement pourrait constituer l'une des *meilleures solutions au problème des «conditions générales». Elle se définit comme une politique conventionnelle active de l'Etat,* qui devrait susciter le dialogue, – éventuellement sous le couvert de la menace d'une intervention du droit public[44].

Cette politique est en voie d'élaboration dans le domaine du bail à loyer et nous verrons tous les problèmes qu'elle pose à l'occasion de cet excellent exemple. *Le procédé est transposable dans presque tous les secteurs où le pouvoir normatif privé fait problème.* Le droit privé de la construction en est un. Lors de la dernière révision des normes SIA N°s 102, 103, etc. réglementant les relations juridiques entre mandants d'une part et architectes ou ingénieurs d'autre part, un processus paritaire s'est amorcé. La SIA a accepté de «négocier» le texte d'un projet primitif qui avait soulevé certaines oppositions dans le milieu des maîtres d'œuvre du secteur public. De véritables «pourparlers» se sont engagés avec une délégation composée de représentants de la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics et des constructions fédérales. On a parfois reproché à ces mandants du secteur public d'avoir, par leur collaboration, «officialisé» les normes en question. Une lecture attentive du nouveau texte de la page de garde des normes n° 102, 103 etc.

[44] Ou sous couvert d'une menace de non-intervention, cf. à titre d'exemple la menace de non-reconduction de l'Arrêté fédéral sur les abus dans le secteur locatif!

montre que ce n'est pas le cas et que c'est en qualité de *«partenaires sociaux»* que les administrations publiques intervenaient et non pas en tant que représentants de l'Etat. Il est certain que grâce à ces négociations le contenu des nouveaux «tarifs et règlements» est beaucoup plus «équilibré» qu'il ne l'était lors de la précédente édition. Le poids du grand absent de ces discussions (qui n'est autre que *tout le secteur privé!*) s'est cependant fait sentir et les normes SIA auraient crû en légitimité et en audience s'il avait été possible de convier une délégation vraiment représentative des intérêts privés de la construction en Suisse. Il est en tout cas clair qu'un secteur aussi important pour l'économie suisse ne devrait pas être laissé *à la seule discrétion d'un pouvoir normatif privé unilatéral.* Cette constatation est si évidente que les mandataires eux-mêmes ont accepté des pouparlers, – sachant d'avance qu'ils y laisseraient des plumes, – alors que, juridiquement, rien ne les y contraignait. Les normes du droit privé de la construction (tout ce qui concerne les relations entre ingénieurs, architectes, entreprises, clients) devraient à notre avis faire l'objet de pourparlers conventionnels sous l'égide de l'Etat fédéral.

La possibilité d'extension des décisions ou conventions passées entre partenaires sociaux constituerait un instrument souple et très peu «dirigiste» pour l'intervention fédérale. Il faudrait cependant une base constitutionnelle, une disposition autorisant l'extension des conventions privées dans tous les domaines du droit des obligations. Une loi fédérale fixerait les conditions et les modalités de la décision d'extension[45]. Les exemples qui pourraient, dans la situation actuelle, justifier l'usage d'une telle procédure sont nombreux. Nous pouvons en énumérer quelques-uns: «conditions générales» des banques, contrat d'expédition, contrat de voyage, contrat de vente de certains objets mobiliers, notamment des voitures automobiles etc. etc. La réglementation du petit crédit pourrait intervenir aussi par un processus de ce genre.

[45] Système proposé par le Conseil fédéral en 1937 mais limité au domaine d'application de l'art. 64 CF, al. 2, 2e phrase, «droit des obligations».

§ 11. La place des règles de droit collectif dans l'ordre juridique

Nous avons admis que les décisions ou conventions d'associations étaient susceptibles d'engendrer des normes qui font fonction de normes juridiques générales, c'est-à-dire de règles de droit. Il devient en conséquence nécessaire de situer le produit du droit collectif dans l'édifice normatif global. De ce point de vue, il convient évidemment de traiter différemment:

1. Le droit collectif non étendu; c'est-à-dire les décisions et conventions qui sont les simples manifestations de volonté normative des corps collectifs;

2. le droit collectif ayant fait l'objet d'une décision d'extension.

ad. 1: Selon le droit actuel, les décisions et conventions d'associations viennent à la vie juridique par le truchement du contrat privé. Ce produit juridique est donc à situer au niveau des normes «individuelles» (ou contractuelles). Il primera le droit privé supplétif fédéral ou cantonal et s'effacera devant le droit impératif privé ou le droit public.

ad. 2: Le problème est ici beaucoup plus complexe. Nous allons retrouver l'une des conséquences du conflit entre la théorie «individualiste» et la théorie «réglementaire» (ou «réaliste».)

Les réalisations accomplies dans le domaine du droit du travail nous fournissent le modèle dont nous avons besoin. Selon la doctrine individualiste, le droit collectif étendu, – par exemple la convention collective de travail ayant fait l'objet d'une décision officielle d'extension – doit nécessairement être assimilé *soit au contrat, soit à la loi* (au sens générique), puisque l'ordre juridique positif n'est constitué que de ces deux éléments. Il est donc conforme à la nature des choses qu'une célèbre controverse doctrinale se soit développée sur la question de savoir si le droit collectif étendu est devenu règle de droit étatique (seul droit objectif reconnu) ou si au contraire cette réglementation des rapports juridiques ressortit encore au domaine du contrat. La première conception, dite «Gesetztheorie», part de l'idée que l'acte public d'extension opère une *transformation au niveau des sources formelles. Il y a appropriation publique du contenu normatif.* Les règles font, après la décision d'extension, partie intégrante de la réglementation éta-

tique. Les conséquences pratiques de cette théorie sont évidemment importantes. En bonne logique, après la «transformation», les parties n'ont plus compétence pour mettre fin à la réglementation, ni pour moduler le rapport juridique.

La théorie contractuelle (Vertragstheorie) part d'une base diamétralement opposée. La décision d'extension opère une modification du «domaine personnel» d'application de la convention, mais ne touche pas à la nature juridique des normes, qui restent d'essence contractuelle[46].

Nous avons déjà montré que la vision individualiste du droit, – dont finalement *les deux doctrines procèdent,* récuse la possibilité de l'existence d'un droit collectif autonome. Il est dès lors évident que *les deux points* de vue ci-dessus exposés sont l'un et l'autre inaptes à rendre compte de la question. Si l'on nie a priori l'existence possible d'une source de droit, on sera évidemment très emprunté pour classer ses produits dans l'édifice normatif d'ensemble! La jurisprudence du Tribunal fédéral montre bien à quelle confusion l'on aboutit lorsque l'on cherche à ramener de force une institution à un modèle théorique qui ne lui correspond pas du tout en réalité. Citons l'extrait suivant d'un arrêt qui illustre bien ces difficultés: «La déclaration qui rend un contrat collectif obligatoire pour l'ensemble d'une profession a force légale; elle impose aux dissidents des règles qui sont du «droit objectif»; mais si la déclaration fait loi, elle n'est pas une loi. Le législateur qui légifère édicte et maintient en vigueur, par son libre pouvoir, les règles de droit applicables dans tous les cas où les prévisions de la loi sont réalisées. Or le décret qui donne force obligatoire à un contrat collectif crée, il est vrai, du «droit objectif», mais avec certaines restrictions quant aux personnes, quant à la matière et peut-être aussi quant à l'étendue du territoire cantonal placé sous son régime. Le champ d'application de ce droit dépend de la conclusion d'un contrat collectif par la majorité requise des membres d'une profession pour une région donnée. Et l'autorité ne peut statuer li-

[46] Cf. pour plus de détails, P. DURAND, Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives: les effets de l'arrêté d'extension, in: Droit social, Paris 1956, p. 214.

brement, comme le ferait le législateur, sur les conditions de travail obligatoires; elle doit s'en tenir aux clauses stipulées dans les contrats collectifs passés par les intéressés. En outre, les lois durent tant que le législateur ne les abroge pas. Qu'en est-il des contrats collectifs déclarés obligatoires? La dénonciation du contrat collectif par les contractants devrait aussi délier ceux qu'il régit en vertu de la seule décision du Conseil d'Etat. Il serait contraire à l'art. 4 CF que la minorité d'employeurs et d'employés d'une profession restât liée après libération de la majorité. *La durée de la force obligatoire générale dépendrait donc de la volonté des parties au contrat collectif.* Ces considérations montrent que l'on ne peut mettre sur le même plan l'acte par lequel l'autorité rend un contrat collectif obligatoire pour les tiers et l'acte du législateur qui statue des règles de portée générale dans une loi ou une ordonnance»[47].

La réalité est qu'il existe, quels que soient les choix dogmatiques que l'on fasse, *pluralisme des sources du droit. Le droit collectif est une source autonome; il n'est ni contrat ni loi.* L'ordre juridique, s'il admet ce mode de genèse des règles de droit doit, – afin que la cohérence du système soit assurée, – assigner une place à ces normes dans la hiérarchie des sources. La LF permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 donne expressément la solution du problème de la hierarchie des normes[48]. *Il conviendra de procéder de la même manière chaque fois que le mécanisme d'extension sera utilisé.* En vertu de l'art. 2 chiffre 4 de cette loi; «la convention ne doit pas violer l'égalité devant la loi ni rien contenir de contraire aux *dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal*, sous réserve de l'art. 358 du CO». Cette dernière disposition autorise les dérogations stipulées en faveur des travailleurs. C'est la distinction entre le droit impératif absolu et relatif. L'art. 4 de la LF mentionnée prévoit d'autre part

[47] Cf. ATF 65 I 255; puisque le droit collectif ne peut être mis sur le même plan que le droit légal, c'est qu'il est d'essence contractuelle lira-t-on entre les lignes, dans la mesure où l'on reste sur le terrain de ce conflit à deux termes. *On affirme souvent dès lors que l'ordre juridique suisse a opté pour la Vertragstheorie.* Nous sommes d'avis que cette affirmation n'a pas de signification. Le droit collectif est «autre chose» qu'un contrat.

[48] Cf. nouveau RS 221.215.311.

que «les clauses de la convention étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, à la réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs». Nous pouvons dès lors présenter le schéma suivant, chaque catégorie de normes étant située dans une position hiérarchique d'importance décroissante:

1. Droit impératif absolu de la Confédération ou des cantons.
2. Clauses des conventions non étendues *stipulées en faveur des travailleurs* (normes individuelles, d'essence contractuelle; elles priment même la convention étendue, en vertu de l'art. 4)
3. Clauses ordinaires des conventions étendues (elles priment les conventions non étendues, toujours en vertu de l'art. 4)
4. Clauses ordinaires des conventions non étendues (normes individuelles, d'essence contractuelle)
5. Droit supplétif (civil fédéral).

Notons aussi que la LF règle d'une manière sui generis les problèmes abrogatoires[49]. Le système est transposable sans autre en dehors du droit du travail. On pourra cependant dans chaque cas se poser la question de savoir s'il convient de faire la distinction entre clauses ordinaires et clauses en faveur de la partie la plus digne de protection (travailleurs dans le cadre du droit du travail, locataires dans le domaine du logement). La justification sociale ne sera pas toujours aussi impérieuse qu'elle l'est dans ces domaines particuliers à bien des égards.

[49] L'art. 17 al. 2, prévoit que «les parties sont tenues d'annoncer immédiatement ... la résiliation de la convention. Si elles omettent de le faire à temps, les clauses étendues restent en vigueur tant que la décision d'extension n'a pas été rapportée».

Selon l'art. 18, «l'autorité compétente, pour prononcer l'extension, doit rapporter sa décision si toutes les parties le demandent».

Chapitre IV

Utilisation de la déclaration de force obligatoire générale en matière de politique du logement

§ 12. L'instrument de la «paix du travail», efficace pour une «paix du logement»?

La convention collective comme source normative trouvera peut-être un champ d'application exemplaire dans le domaine de la politique du logement. Il s'agit de réglementer un objet qui constitue l'un des besoins essentiels de l'homme et de la famille. L'expérience des cinquante dernières années montre que si les rapports de droit qui lient le proprétaire au locataire sont en théorie «matière de droit privé», la seule réglementation de la relation par le CO n'est plus concevable. Comme en matière de droit du travail, l'une des parties au contrat n'a pas les moyens matériels de sa liberté formelle. L'égalité civile est un peu, dans ce domaine, la lutte du pot de fer contre le pot de terre. Si la solution politique du regroupement de ces partenaires dits «plus faibles» s'est révélée payante en matière de droit du travail, il est bien probable qu'elle pourrait l'être aussi en matière de droit du logement. L'analogie de situation est très grande. Il est dès lors curieux que les mécanismes institutionnels correspondants n'aient pas été plus tôt mis au point. La paix du travail est le fruit de la politique conventionnelle des organisations professionnelles. Une «paix du logement» pourrait peut-être naître de l'utilisation des mêmes mécanismes juridico-politiques. C'est bien la croyance en l'existence d'une analogie de situation qui a animé le Constituant lors de la votation populaire du 5 mars 1972 par laquelle l'actuel art. 34^{septies} al. 1 a été introduit dans la Constitution fédérale. Selon cette disposition:

«La Confédération peut, afin d'encourager la conclusion d'accords pris en commun et d'empêcher les abus dans le domaine des loyers et du logement, édicter des prescriptions concernant la déclaration de force obligatoire générale de contrats-cadres et d'autres mesures prises en commun par les associations de bailleurs et de locataires ou les organisations qui défendent des intérêts semblables. L'art. 34ter 2e al. de la Constitution est applicable par analogie.»

La réalisation de l'idée est cependant politiquement difficile. Il faut se rappeler, – et c'est là que réside la difficulté essentielle, – que par la même votation populaire le peuple et les cantons introduisaient dans la Constitution un alinéa 2 au même art. 34septies, autorisant la Confédération à «légiférer pour protéger les locataires contre les loyers abusifs et autres prestations exigés par les propriétaires». La Confédération n'est pas seulement autorisée à promouvoir les solutions conventionnelles. Elle est aussi habilitée à utiliser dans le domaine de la politique du logement ce qui constitue indéniablement une voie plus autoritaire et plus simple. Il est plus aisé et infiniment plus rapide d'édicter unilatéralement des prescriptions autoritaires que d'inciter les partenaires sociaux à se mettre d'accord sur une solution conventionnelle. L'histoire de la politique du logement de ces dernières années montre clairement que l'alinéa 2 de l'art. 34septies contient la soupape par laquelle toute l'énergie qui sous-tend l'alinéa 1er de la même disposition disparaît. Il nous appartient de mettre en évidence les raisons de cette situation.

§ 13. La déclaration de force obligatoire générale des conventions-cadres de baux à loyers
Les intentions et les réalisations à ce jour

a) Dans un message du 30 juin 1971, le Conseil fédéral se déclare partisan de la déclaration de force obligatoire générale des conventions-cadres de baux à loyers[50].

[50] Message concernant l'insertion dans la Constitution d'un nouvel article 34sexies sur l'encouragement de la construction de logements et d'un article 34septies sur la déclaration de force obligatoire générale des conventions d'associations dans le domaine du logement; FF 1971, I p. 1677.

b) Dans ce texte, le gouvernement fédéral prend acte d'une convention du 4 décembre 1970 entre l'Union syndicale suisse d'une part et la Fédération romande immobilière, l'Union romande des Gérants et Courtiers en immeubles, d'autre part.

Ces organisations «conviennent de chercher en commun, dans un esprit de compréhension réciproque, à définir les besoins en logements des diverses catégories de la population et les moyens à mettre en œuvre pour les satisfaire, ainsi qu'à résoudre, par voie conventionnelle, les conflits individuels pouvant intervenir entre propriétaires et locataires». Ce document contient un «accord» sur l'élaboration d'un bail à loyer type pour les appartements d'immeubles locatifs et prévoit les modalités du rapport juridique entre locataire et propriétaire. La durée du bail est fixée à trois ans. Le loyer convenu est valable pour la durée du contrat, sans indexation. Des dispositions sont prévues concernant la dénonciation ou le renouvellement, ainsi que la résiliation anticipée par le locataire. Une commission paritaire est instaurée. Enfin, la réalisation du vœu normatif que constitue la convention est assurée par le moyen suivant (art. 4 al. 2 de l'accord): «En vue d'assurer à la Convention l'autorité que requiert le principe de la bonne foi, les associations signataires s'engagent à agir, avec tous leurs moyens statutaires, auprès de leurs sociétaires, pour qu'ils observent et appliquent les dispositions du bail type». Il serait intéressant de mesurer, avec les méthodes appropriées des sciences sociales, *l'efficacité* d'une telle clause. Nous avions projeté une telle étude qui n'a, à notre grand regret, pas pu être réalisée. Elle aurait montré toute la mesure (mais aussi peut-être les limites!) du pouvoir normatif de ces groupes d'intérêt. Nous savons cependant que la convention n'est pas restée un voeu pie. Elle a régi une proportion très importante des baux conclus en Suisse romande. Il est malheureusement impossible d'articuler (sérieusement) un chiffre.

Cette convention ne concerne que la Suisse romande. Il faut cependant mentionner que depuis 1970 des efforts dans le même sens sont tentés dans d'autres parties du pays. On peut mentionner notamment: le Luzerner Mietvertrag conclu entre le Haus- und Grundeigentümer-Verband Luzern et le Mietverein für Stadt und Kanton Luzern; le Zürcher-Mietvertrag conclu entre le Kantonal-

verband der Zürcher Hauseigentümervereine et le Mietverband Zürich; le Rahmenmietvertrag für die Region Basel, conclu entre des milieux syndicaux ouvriers et patronaux bâlois. Le Conseil fédéral se réjouit de ces réalisations. Il adhère à la formule dans les termes suivants:

«Résoudre les problèmes sociaux par une réglementation de droit privé fondée sur la libre entente entre partenaires sociaux et non par des interventions officielles et des disputes politiques, telle est l'idée qui est à la base de la déclaration de force obligatoire générale. Elle est également d'une grande importance dans le domaine du logement. Pour les motifs exposés, nous approuvons la déclaration de force obligatoire générale des conventions d'associations sur les baux à loyer. Dans notre société moderne, le nombre des tâches que l'économie privée n'est plus en mesure de résoudre seule en raison de leur étendue ne cesse de s'accroître. Au lieu de charger l'Etat de ces tâches et de gonfler ainsi l'appareil administratif plus que de raison, *la déclaration de force obligatoire générale paraît offrir à l'économie privée et aux pouvoirs publics une certaine possibilité de coopérer entre eux dans le cadre de notre système économique libre.*»[51]

Le Conseil fédéral déclare encore:

«Il faut, nous l'avons déjà dit, choisir entre cette institution et la réintroduction du droit de nécessité en matière de baux à loyer. Or celle-ci, ne serait-ce qu'à cause du frein qu'elle met à la production, ne peut entrer en ligne de compte.»[52]

c) On a pourtant le sentiment, à suivre l'histoire des réalisations en matière de politique du logement depuis la date de la publication du message, qu'il y a un certain hiatus entre les affirmations de principe et les réalisations.

En tout cas la législation d'exécution de l'art. 34^{septies}, al. 2e (AF sur les abus dans le secteur locatif), a fort rapidement vu le jour, alors qu'au contraire les indispensables dispositions d'exécution en matière de déclaration de force obligatoire générale des conventions-cadres ont beaucoup de mal à naître.

d) Dans son message concernant des mesures urgentes contre

[51] Message cit. supra note 50, p. 49.
[52] Message cit. supra note 50, p. 50.

les abus dans le secteur locatif, du 24 avril 1972[53], le Conseil fédéral donne les justifications suivantes:

«Dans le secteur des loyers, la Confédération peut, en vertu de l'art. 34septies 1er alinéa de la Constitution, édicter des prescriptions permettant d'étendre le champ d'application des conventions-cadres en matière de baux à loyer. La mesure dans laquelle cette institution va se réaliser *dépend uniquement de l'activité* qu'exerceront dans ce domaine les associations de bailleurs et de locataires et les autres organisations qui défendent des intérêts semblables. La Confédération ne peut pas leur imposer cette activité, qui a débuté il y a relativement peu de temps et qui n'a pas progressé de la même façon dans toutes les parties du pays; *elle peut toutefois l'encourager dans une mesure notable en instituant la convention-cadre par la voie législative.* Le projet de loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application des conventions-cadres en matière de baux à loyer sera soumis dès que possible à l'avis des cantons et des associations».

Il semble donc bien que c'est en attendant les fruits de la politique conventionnelle et à titre transitoire que le Conseil fédéral propose des mesures contre les abus dans le secteur locatif, en exécution de l'art. 34septies, 2e CF[54].

e) Comme il l'a déclaré dans les messages cités ci-dessus, le Conseil fédéral – ou plus exactement le Département fédéral de l'économie publique – a fait préparer un «projet de loi fédérale sur la déclaration de force obligatoire générale des contrats-cadres de baux à loyer». Un avant-projet a tout d'abord été élaboré au sein de l'administration. Il fut soumis ensuite à une commission d'experts présidée par le professeur LEO SCHÜRMANN. Celle-ci termina ses travaux au début de 1973. Une procédure de consultation eut lieu ensuite qui se termina au début de l'été 1974. Nous avons déjà affirmé que l'adoption d'une telle législation soulève des difficultés politiques qui ont un lien direct avec l'existence et l'éventuelle prorogation de l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif.

[53] FF 1972, p. 11215.

[54] Les mesures proposées par le Conseil fédéral ont fait l'objet de l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 30 juin 1972, RS 221.213.1, dont la validité expirera le 30 juin 1977. Cf. aussi l'Ordonnance concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 10 juillet 1972, modifiée le 5 février 1975, RS 221.213.11.

f) Une initiative constitutionnelle «pour une véritable protection des locataires» a ensuite été déposée. Celle-ci propose le remplacement de l'art. 34septies 2e al. CF et l'instauration d'un contrôle officiel des loyers. Au moment de la mise sous presse du présent rapport, le Conseil fédéral n'a pas encore pris position. Il a sollicité la prolongation du délai.

Un message du Conseil fédéral prévu pour le début de l'été 1976 (qui n'est pas paru au moment de l'impression du présent rapport) définit la politique du Conseil fédéral face à tous ces problèmes évidemment liés.

g) La situation sur le plan de la législation concernant la déclaration de force obligatoire générale n'a guère évolué depuis la consultation. Le projet de loi peut cependant reprendre de l'importance en liaison avec la nécessité, pour le Conseil fédéral, de faire état d'une politique élaborée et complète, à l'occasion de sa prise de position concernant l'initiative mentionnée. L'Office fédéral du logement anime dès lors les discussions qui ont lieu entre partenaires sociaux dans le cadre de la préparation d'une éventuelle *convention nationale du logement*. La situation est présentement incertaine. La réalisation du vœu que constitue l'art. 34septies al. 1 implique un double succès. D'abord celui de la politique conventionnelle elle-même; ensuite celui de la loi d'extension. Au niveau du premier problème, l'administration fédérale (exerçant de ce fait une tâche relativement nouvelle en dehors du droit du travail) ne peut et ne doit exercer qu'un rôle «d'animation» et de «médiation». Elle «invite» les partenaires sociaux à se rencontrer! Pour ce qui concerne le deuxième problème, il est clair que les progrès des discussions en vue de l'élaboration d'une convention nationale est une condition sine qua non de l'avancement des travaux législatifs.

h) Quelles que soient les chances de succès du projet de loi mentionné, *les problèmes juridiques* qu'il pose et qu'il tente de résoudre sont tous *typiques* et *exemplaires des difficultés que l'on rencontre en matière de décision d'extension des contrats-cadres.* Nous étudierons ces difficultés au moyen de cet exemple dans le paragraphe suivant. Nous examinerons les notions juridiques principales, souvent nouvelles, qui devront être créées par cette loi. Même si le texte préparé par le Département fédéral de l'économie

publique et ses experts n'est qu'une première ébauche de solution possible, il a l'avantage de prendre parti au sujet des difficultés juridiques qui, nous allons le constater, ne manquent pas.

§ 14. La déclaration de force obligatoire générale des contrats-cadres de baux à loyer – Etude des difficultés juridiques principales

a) L'effet normatif

Il faut mettre en évidence d'emblée une différence essentielle entre le système des conventions collectives de travail et le système qui est proposé pour les conventions-cadres de baux à loyer. Dans ce dernier domaine, les experts semblent avoir renoncé à prévoir ce qu'il est convenu d'appeler *l'effet normatif de la convention collective*[55]. Dès lors les associations et organisations qui sont parties aux contrats-cadres de baux à loyer ne peuvent que *«recommander»* à leurs adhérents de se référer au bail type dans le cadre des contrats individuels qu'ils concluent. La liberté contractuelle est sauvegardée au niveau des rapports de droit individuels. Les contrats types de baux à loyer, avant et sans la déclaration de force obligatoire générale, sont donc sans incidence directe sur les rapports de droit qui se nouent entre propriétaire et locataire. Les experts ne désiraient pas, semble-t-il, proposer la modification du Code des obligations et introduire l'effet normatif. Quels sont leurs motifs?

Il est évident que le degré d'organisation dans ce secteur est loin d'avoir atteint celui qui prévaut en matière de droit du travail. Il faut remarquer aussi que certains organismes qui se sont prévalus de la qualité de «représentants des locataires» pour conclure des conventions n'avaient pas de mandat spécifique de leurs membres. L'Union syndicale suisse est une organisation de travailleurs et

[55] En vertu d'une *disposition légale*, en l'occurrence l'art. 357 du CO, les clauses de la convention collective relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont un effet direct et impératif pour les employeurs et les travailleurs qu'elles lient; c'est-à-dire pour les individus représentés.

non pas de locataires! (Ne fait-elle pas de la «gestion d'affaires» en s'affirmant représentante des locataires?) Dans ces conditions, octroyer effet impératif direct aux accords convenus par de telles organisations c'est peut-être leur conférer un pouvoir qu'en l'état elles ne peuvent légitimement revendiquer. Le jugement de la question serait autre si l'organisation des locataires s'affirmait davantage dans l'avenir. En l'état, la solution préconisée par les experts paraît s'imposer. La question est d'ailleurs liée à celle de l'efficacité pratique de l'accord avant la déclaration d'extension. Si une bonne solution est trouvée à ce niveau-là, l'inconvénient qui consiste à renoncer en matière de baux à loyer à une solution analogue à celle de l'article 357 sera dans une large mesure compensé.

b) Définition des contrats-cadres de baux à loyers[56]

La définition du contenu matériel du contrat type doit être conçue dans des termes suffisamment larges et généraux pour pouvoir embrasser tous les accords futurs, ambitieux ou non. Les conventions conclues à ce jour ne contiennent aucune disposition permettant d'établir *les critères selon lesquels les loyers doivent être fixés.* Ce point de négociation est certainement très délicat et capital. Les partenaires conventionnels ont essayé à Genève de se mettre d'accord sur ce sujet, sans succès. Il n'est cependant pas exclu qu'à l'avenir un tel progrès soit réalisable. La formule utilisée dans le projet permettrait évidemment de comprendre dans la définition *les normes susceptibles de déterminer le loyer de la chose louée.* On a prévu aussi de couvrir par la définition[57] les accords concernant la constitution d'organes de

[56] Le projet soumis à la procédure de consultation prévoit la définition suivante: «Art. 1, alinéa 1er. Les contrats-cadres de baux à loyer, au sens de la présente loi, sont des conventions par lesquelles des associations de bailleurs et des associations de locataires, ou des organisations qui défendent des intérêts semblables, établissent en commun, à l'intention de leurs membres et des autres bailleurs et locataires, *des dispositions-types au sujet de la conclusion, de l'objet et de la fin des contrats individuels de bail.*»

[57] Cf. «art. 1 al. 2. Les contrats-cadres de baux à loyer peuvent également contenir d'autres dispositions à condition qu'elles aient trait aux rapports entre

consultation et de conciliation. Les dispositions relatives au règlement de différends par des tribunaux arbitraux ne peuvent cependant pas être déclarées de force obligatoire générale. Cette solution est conforme à ce qui a été arrêté en matière de droit du travail[58].

c) «Qualités» des organismes habilités à conclure (conditions de représentativité)

La question de la définition de la qualité de «partenaire contractuel» est à coup sûr la plus délicate de toutes celles qui se posent aux rédacteurs d'une telle loi. Les auteurs du projet ont pensé pouvoir se tirer d'affaire en reprenant pratiquement textuellement le texte constitutionnel[59].

Aux groupes d'intérêts spécifiques on *ajoute* les «organisations qui défendent des intérêts semblables». Cela vise tout particulièrement les syndicats ouvriers qui, nous l'avons vu sur le plan de la convention romande, s'investissent volontiers de responsabilités englobant tout le «social». La procédure de consultation a révélé des oppositions quant à cette formule, oppositions auxquelles il fallait s'attendre. Les milieux qui défendent spécifiquement les intérêts des locataires déplorent que soient mises sur le même pied les organisations de locataires et celles qui défendent des intérêts semblables. Il est des régions du pays, notamment les cantons de Genève et Vaud, où la représentativité des associations de locataires est indiscutable. D'autre part, ces associations sont regroupées au sein de la Fédération romande des locataires. On peut dès lors légitimement se demander si les organisations qui défendent des

bailleurs et locataires. Ils peuvent notamment contenir des dispositions sur la constitution en commun d'organes de consultation et de conciliation.»

[58] En effet, en vertu de l'art. 1 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311): «les clauses qui soumettent le règlement des litiges à des tribunaux arbitraux ne peuvent être l'objet d'une décision d'extension».

[59] Cf. l'art. 1 al. 1 du projet mentionné en note ci-dessus. L'adjonction des «organisations qui défendent des intérêts semblables» se trouve déjà dans le texte de l'art. 34^{septies} al. 1 CF.

«intérêts semblables» ne devraient pas intervenir *à titre subsidiaire* lorsqu'il n'existe pas d'organisation de défense des intérêts des locataires. Le texte légal dirait: «... des associations de bailleurs et des associations de locataires *ou, à défaut,* des organisations qui défendent des intérêts semblables, ...». Une telle solution n'est pas incompatible avec la lettre ni avec l'esprit de l'art. 34septies al. 1 CF, au contraire. La conjonction «ou» de la disposition constitutionnelle peut fort bien introduire une condition *alternative* n'intervenant que dans le cas où il n'y a pas d'organisation spécifique suffisante. Il serait de toute manière précieux que le texte légal soit, sur cette question, plus explicite que le texte constitutionnel[60].

Un autre problème se pose en ce qui concerne les «qualités» des partenaires sociaux. Les organisations défendant des intérêts «semblables» sont-elles suffisamment déterminées? Ne pourrait-on pas au moins exiger qu'elles soient autorisées, *par leurs statuts, à défendre les intérêts des bailleurs ou des locataires?*

d) Effets de la déclaration de force obligatoire générale[61]

La déclaration d'extension ne peut être prononcée qu'à la demande des parties au contrat. L'autorité ne confère donc pas de son propre chef la force obligatoire générale. L'analogie avec le droit du travail

[60] Nous verrons plus bas que de toute façon la condition essentielle de la décision d'extension n'a pas trait à l'évaluation «subjective» de la représentativité, mais à une circonstance concrète, à savoir l'application de la convention (non encore étendue) *à la plus grande partie des baux dans son champ d'application à raison du lieu et de la matière.* La question de la représentativité perd de son importance dès lors que l'on tient compte de *la seule efficacité pratique de la convention, avant l'extension.* Cf. art. 5 lettre b ci-infra.

[61] En vertu de l'art. 2 du projet; «A la requête des parties, des contrats-cadres de baux à loyer pourront être déclarés entièrement ou partiellement de force obligatoire générale». L'effet de la décision est le suivant: Art. 3. «Toutes dispositions des contrats-cadres de baux à loyer auxquelles il aura été conféré force obligatoire générale ont des effets impératifs en matière de baux à loyer dans leur champ d'application à raison du lieu et de la matière.»

est respectée. Rappelons que la distinction, – nécessaire en droit du travail, entre destinataires liés ou non liés par la convention, – n'a pas d'utilité en l'espèce puisqu'il n'y a pas d'effet normatif. Avant la décision d'extension, seules les personnes qui ont individuellement adhéré au contrat type sont liées. Leur appartenance à une organisation partenaire n'a pas d'influence sur le contenu du contrat individuel de bail qui les lie. Par contre, après la «déclaration d'extension», tous les locataires et propriétaires sont liés par la convention, *sans respect pour les droits acquis.* C'est du moins ce qu'il nous paraît possible de tirer de l'analogie avec le droit du travail ainsi que des mots «effets impératifs». La situation est cependant assez étrange. Les auteurs du projet ont affirmé que celui-ci se fondait sur la mise en application en droit privé de la déclaration conférant force obligatoire générale. Ils veulent dire par là que malgré la décision d'extension, le rapport individuel liant propriétaire et locataire reste un rapport de droit privé et que toutes les prétentions qui en découlent sont des prétentions de droit privé. *Le droit transitoire privé respecte en principe ce type de droits acquis.* Le seul caractère impératif des dispositions nouvelles n'entraîne pas, nous semble-t-il, leur nécessaire application à l'encontre de droits subjectifs civils existants au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation. Nous ne sommes pas dans le cas de l'une des exceptions au principe de la non-rétroactivité des lois (art. 2 à 4 du Titre final CCS) *Une disposition de droit transitoire devra,* à notre avis, régler la question qui est en pratique d'une extrême importance, puisqu'elle ne concerne pas moins que tous les baux non encore soumis à la convention et en cours au moment de la décision d'extension. D'autre part, qu'advient-il des baux individuels ou même des conventions collectives locales ou limitées, valides au moment de l'extension et qui sont plus favorables aux locataires? Une disposition analogue à l'art. 357 al. 2 CO ne serait-elle pas nécessaire?

e) Conditions de la décision d'extension[62]

Ces conditions sont à l'évidence conçues cumulatives. Celle qui crée les problèmes les plus difficiles à résoudre est énoncée par la lettre b de la disposition citée. La procédure de consultation révèle de nombreuses oppositions à cette exigence, considérée comme draconienne. Le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel estime que la preuve de l'existence de la majorité des baux conclus dans le champ d'application de la convention à raison du lieu et de la matière est très difficile, voire impossible à établir, en raison de l'inexistence actuelle de moyens de contrôle et du caractère probablement trop lourd du système administratif qu'il faudrait mettre en place pour s'assurer de l'existence de cette condition. L'Union romande des Gérants et Courtiers en immeubles fait aussi valoir que des contrats sont conclus et d'autres dénoncés en permanence. La tenue de statistiques correctes poserait d'énormes problèmes.

Ce n'est pas seulement ces difficultés d'analyse statistique, – qui après tout sont peut-être moins considérables que d'aucuns ne le pensent, – qui motivent notre opposition à cette exigence. Nous la

[62] L'art. 5 du projet a la teneur suivante: «La force obligatoire générale ne peut être statuée qu'aux conditions suivantes:

«a. Le contrat-cadre de bail à loyer et la déclaration par laquelle il lui est conféré force obligatoire générale doivent servir à favoriser l'établissement de réglementations communes et à empêcher les abus en matière de loyers et de logement;

«b. Le contrat-cadre de bail à loyer doit s'appliquer à la plus grande partie des baux dans son champ d'application à raison du lieu et de la matière;

«c. Il doit y avoir un besoin, justifié par l'intérêt général, d'une réglementation ayant force obligatoire générale, notamment en vue de prévenir ou d'éviter aux locataires tout préjudice résultant d'une offre anormalement faible de locaux d'habitation;

«d. Le contrat-cadre de bail à loyer auquel il sera conféré force obligatoire ne devra ni porter atteinte à l'égalité devant la loi, ni contenir de disposition contraire au droit impératif de la Confédération et des cantons; il ne devra pas non plus porter atteinte à la liberté de tout bailleur ou locataire d'adhérer à une association ou de s'en tenir à l'écart;

«e. La déclaration de force obligatoire générale tiendra raisonnablement compte des intérêts légitimes des minorités et des diversités régionales».

trouvons matériellement draconnienne. Elle est indiscutablement plus dure que celle qui lui correspond en matière d'extension des conventions collectives de travail[63]. En l'occurence, grâce au mécanisme de l'effet direct et impératif, il suffit que la majorité des employeurs et des travailleurs soient «représentés» lors de la conclusion de la convention. Il est relativement aisé d'administrer la preuve de cette condition. C'est finalement le nombre d'adhérents de chacune des organisations qui sera déterminant. Or, en matière de baux et selon le texte du projet, ce nombre ne joue aucun rôle.

C'est la *discipline effective*, le résultat concret de la politique des associations à l'égard de leurs membres, qui sera pris en considération. Le rapport du Département fédéral de l'économie publique justifie cette solution par des considérations qui ont trait à la «protection des majorités»![64] Cette argumentation ne convainc pas. La majorité en cause ne *s'oppose pas* au texte conventionnel. Elle se désintéresse du problème ou ne veut pas participer aux débats. On peut même soutenir que sa non-participation est une confiance tacite accordée aux associations respectivement de propriétaires et de locataires qui se chargent de la défense

[63] Celle-ci a la teneur suivante, aux termes de l'art. 2 al. 3, de la loi fédérale du 23 août 1956: «Les employeurs et les travailleurs liés par la convention doivent respectivement former la majorité des employeurs et des travailleurs auxquels le champ d'application de la convention doit être étendu, et les employeurs liés par la convention doivent en outre occuper la majorité de tous les travailleurs.»

[64] Citons ce texte: «Nous avons déjà relevé que, les bailleurs et les locataires étant relativement peu organisés, il ne saurait être question de reprendre les dispositions concernant le quorum en matière de déclaration conférant force obligatoire générale aux conventions collectives de travail. Par ailleurs, il est indispensable qu'un contrat-cadre de bail à loyer soit d'ores et déjà appliqué à la majorité des divers baux dans son champ d'application à raison du lieu et de la matière pour qu'il puisse être déclaré de force obligatoire générale. *Il faut éviter* en effet qu'un contrat-cadre de bail à loyer, appliqué seulement par une minorité, ne soit imposé à une majorité en vertu de la déclaration lui conférant force obligatoire générale. Ce serait contraire à nos usages démocratiques que d'obliger une majorité à se soumettre à la volonté d'une minorité.» (Rapport concernant un projet de loi fédérale sur la déclaration de force obligatoire générale des contrats-cadres de baux à loyer, p. 16 et 17)

de ses intérêts. Bien rares sont les votations fédérales ou cantonales où plus de 50% des citoyens se déplacent pour exprimer leur avis. On ne peut pas, ni juridiquement ni politiquement, soutenir que dans ces circonstances la minorité impose sa volonté à la majorité!

Une solution aussi dure s'impose d'autant moins qu'aux termes de la condition suivante, un contrôle de la conformité du contenu de la réglementation avec l'intérêt public s'effectue encore. Il est possible de soutenir qu'une solution plus proche de celle qui existe dans le domaine du droit du travail pourrait être trouvée. Si l'on se déclare partisan, comme nous l'avons fait plus haut, de ce mode de réglementation basé essentiellement sur la discussion entre les partenaires sociaux, on ne se déclarera pas favorable à des solutions mettant des conditions trop dures à la représentativité des partenaires conventionnels. Une autre solution, moins sévère, consisterait à exiger que *« le contrat-cadre soit d'ores et déjà appliqué à une part importante des baux à loyers dans le champ d'application de la décision d'extension»*[65]. L'autorité politique déterminera sous sa propre responsabilité si cette condition est remplie. Une telle solution serait très acceptable si une disposition analogue à celle de l'art. 357 al. 2 CO était adoptée pour les accords plus favorables aux locataires.

En ce qui concerne la condition de l'art. 5 lettre c on peut s'étonner (avec le Conseil d'Etat neuchâtelois), qu'une situation anormale soit la condition d'application de la loi. Ne devrait-on pas laisser l'autorité qui statue sur la demande d'extension décider quand l'intérêt général justifie une telle mesure? Il est clair que pratiquement ce sera presque toujours en vue de protéger les locataires qui sont réputés «partie la plus faible». Il peut cependant y avoir un intérêt légitime à l'extension de conventions qui apportent une solution particulièrement équitable au problème du logement, sans que l'on se trouve pour autant dans une période où l'offre est anormalement faible par rapport à la demande. Si, par hypothèse de raisonnement, une méthode de détermination des loyers particulièrement juste et agréée par les partenaires était inventée, il

[65] Une proposition de ce genre a été formulée, dans la procédure de consultation, par le «Schweizer Verband der Immobilientreuhänder».

serait opportun de la répandre, quelles que soient la conjoncture économique et la situation du marché du logement. Nous proposerions donc la suppression de cette condition.

f) Procédure

Le projet prévoit évidemment les modalités procédurales concernant les compétences et la préparation des décisions. Une très large consultation intervient nécessairement à plusieurs stades et niveaux. Des critiques ont été faites au sujet du caractère extrêmement lourd et compliqué du système proposé. Les représentants genevois des propriétaires font valoir, à notre avis à juste titre, que le déroulement de plusieurs procédures d'audition, de mise à l'enquête, puis d'approbation, rendent finalement la déclaration de force obligatoire générale inopérante si elle ne peut intervenir du fait de sa tardiveté. Ces mêmes milieux proposent l'introduction de délais garantissant le déroulement normal de la procédure. L'objectif d'efficacité indéniablement prioritaire en matière de politique sociale justifie cette préoccupation et cette proposition nous paraît digne d'être retenue. Certes, les consultations sont toujours lourdes et compliquées. Dans la mesure où elles peuvent se dérouler dans des délais raisonnables, elles apporteront cependant les éléments d'appréciation utiles, voire indispensables, sur le climat politique et la nécessité de la décision.

g) Abrogation et caducité de la déclaration de force obligatoire générale

D'une manière générale, la vie de la déclaration de force obligatoire générale est liée à la vie de la convention elle-même. Cette solution est encore analogue à ce qui existe dans le domaine du droit du travail. Les parties peuvent donc mettre fin à la convention étendue ou non, en respectant évidemment le mode abrogatoire prévu.

§ 15. Conclusion[66]

Telles seraient les grandes lignes d'une loi concernant la déclaration de force obligatoire générale des conventions-cadres de baux à loyer. Les mécanismes sont, nous l'avons vu, indéniablement susceptibles de fonctionner. Encore faut-il que la volonté politique soit présente. C'est ici que nous retrouvons le problème de la dialectique entre les deux alinéas de l'art. 34septies de la Constitution. Dans la procédure de consultation, certaines associations de locataires ont très honnêtement reconnu qu'elles attendaient tout de la réglementation de droit public directement issue de l'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle susvisée. Les deux idées, politique conventionnelle d'une part, mesures de droit public d'autre part, ont été proposées à la fois au Constituant, le 5 mars 1972. Il les a de tout cœur acceptées.

Tout dépend donc en définitive des intentions du pouvoir législatif en ce qui concerne la prorogation des mesures prises en application de l'art. 34septies, 2e alinéa. L'intérêt de la politique conventionnelle croît et décroît d'une manière inversement proportionnelle à la détermination des pouvoirs publics concernant leur intervention de droit public. Le choix est purement politique; la technique juridique suivra. Les difficultés sur ce terrain sont toutes surmontables.

[66] Nous nous sommes arrêtés aux seuls points qui nous paraissent fondamentaux du point de vue général. Il n'est pas utile de faire une exégèse plus détaillée d'un projet qui sera probablement entièrement revu ... s'il doit l'être!

Chapitre V

Les conventions entre la Banque nationale et les banques suisses et leur éventuelle extension

§ 16. Histoire des réalisations conventionnelles dans le domaine des mesures de contrôle de l'activité bancaire à des fins conjoncturelles

La dialectique entre politique conventionnelle d'une part et mesure autoritaire d'autre part, que nous avons mise en évidence dans le domaine du logement, se retrouve dans une très large mesure sur le terrain du contrôle de certaines activités bancaires effectué pour des raisons de politique monétaire et conjoncturelle. L'exemple est de notre point de vue intéressant, même (et surtout) s'il faut considérer actuellement (malgré la somme des bonnes volontés présentes de part et d'autre) que la politique conventionnelle a été ressentie comme un échec. Il nous appartient de décrire d'abord ce qui a été réalisé. Nous nous interrogerons ensuite sur les raisons du revers subi par la formule des ententes librement consenties.

a) Les premières mesures de politique économique prises dans le contexte qui nous intéresse remontent aux deux arrêtés fédéraux urgents dits «antisurchauffe» du 13 mars 1964, approuvés par le peuple et les cantons le 28 février 1965[67]. L'arrêté concernant «la lutte contre le renchérissement par des mesures dans le domaine du marché de l'argent et des capitaux et dans celui du crédit» contenait un article 2 dont la teneur était la suivante: «La Banque nationale suisse prend les mesures en concluant, autant que possible, des conventions volontaires. Si la convention a été signée par la majorité des personnes et des sociétés qui ont été invitées à y adhérer, *le Conseil fédéral peut lui conférer force obligatoire générale*». Dans

[67] FO 1964, p. 209 et 213.

son message à l'appui de ce texte, le Conseil fédéral s'exprimait en les termes suivants:

«Les buts visés doivent autant que possible être atteints par la libre conclusion de conventions avec les milieux intéressés. *Si la Banque nationale réussit à conclure un accord avec la majorité des personnes et des sociétés auxquelles une certaine réglementation est applicable, par exemple des banques, le Conseil fédéral pourra déclarer l'accord obligatoire de telle manière qu'il vaille aussi pour les autres milieux intéressés et puisse être appliqué sans lacune. Par cette déclaration, les conventions deviendront du droit public fédéral*; *leur application sera contrôlée par les autorités et leur violation sera punie.*»[68]

Le Conseil fédéral admet sans autre que la réglementation qui naît ainsi appartient au domaine du droit public. La conclusion du Conseil fédéral s'impose.

L'arrêté fédéral est entré en vigueur le 17 mars 1964 et le 31 mars 1964 la Banque nationale concluait, avec divers établissements financiers, une convention «sur les fonds étrangers»[69]. L'art. 10 al. 2 de ce texte prévoit que: «la Banque nationale proposera au Conseil fédéral de conférer à cette convention force obligatoire générale dès que les conditions requises seront remplies». Le Conseil fédéral a pu, en se fondant sur l'art. 2 de l'arrêté fédéral, conférer force obligatoire à cette convention avec effet dès le 1er mai 1964[70].

Une convention du même type, du 1er mai 1964, avec effet au 5 juin 1964, sur la «limitation des crédits» a été adoptée et approuvée dans les mêmes conditions[71]. Les deux arrêtés fédéraux de 1964 sont restés en vigueur jusqu'au 17 mars 1967[72]. La convention sur les fonds étrangers a perdu sa validité le 18 mars 1967, en même temps que l'arrêté fédéral qui lui servait de support. Apparemment, la convention sur le crédit a perdu sa validité avec effet au 1er janvier 1967[73].

[68] Cf. FF 1964 I, p. 181 (209)
[69] Cf. RO 1964, p. 414 et ss.
[70] Cf. ACF du 24 avril 1964, RO 1964, p. 413.
[71] Cf. ACF du 1er juin 1964, RO 1964, p. 517, texte de la convention, p. 518 ss; cf. Rapport BNS 1964, p. 6.
[72] Cf. AF du 10 mars 1966, RO 1966, p. 505.
[73] Cf. Rapport de la Banque nationale suisse 1966, p. 8.

b) La révision manquée de la loi fédérale sur la Banque Nationale Suisse de 1968

Dans un message du Conseil fédéral du 24 juin 1968[74], le Gouvernement propose un projet de loi fédérale modifiant la loi fédérale sur la B.N.S. Ce texte s'appuie sur les articles 31quater, 39 et 64bis de la Constitution fédérale. L'objectif était «d'adapter les moyens d'action de la banque d'émission aux nécessités actuelles». Le texte prévoyait de doter notre institut d'émission de pouvoir en matière d'avoirs minimaux et de limitation de crédit. Le projet prévoyait[75] que: «Lorsque d'autres moyens ne suffisent pas à neutraliser les effets défavorables d'un accroissement excessif du volume monétaire, la Banque nationale peut ... obliger les banques à constituer chez elle des avoirs minimaux et à limiter l'octroi de leurs crédits».

On agita cependant le problème de la constitutionnalité de telles dispositions. Un certain nombre de jurisconsultes mandatés pour examiner la question considérèrent que les mesures envisagées constituaient des atteintes inadmissibles à la liberté du commerce et de l'industrie. L'extension envisagée des moyens d'action de la banque d'émission nécessitait, selon eux, un élargissement de la base constitutionnelle en cause[76]. En janvier 1969, la commission du Conseil national chargée de l'examen du projet de loi s'est en principe prononcée pour l'entrée en matière, tout en décidant en même temps de suspendre ses travaux «afin de donner aux banques l'occasion de prouver qu'elles étaient en mesure, comme elles l'avaient souvent affirmé, de résoudre le problème de l'extension des moyens d'action de la banque d'émission par la *conclusion d'une convention avec la Banque nationale*»[77].

[74] Cf. FF 1968, II, p.253.

[75] Cf. art.16.

[76] Sur cette question, cf. Objectifs, instruments et organes de la politique conjoncturelle, texte de la commission de recherches économiques publié comme 83e supplément de «La Vie économique», par le Département fédéral de l'économie publique, Berne 1972, p.11.

[77] Cf. Rapport de la Banque nationale suisse 1969, p.13.

c) La convention-cadre de 1969

L'association suisse des banquiers, représentant les banques suisses d'une part, et la B.N.S. d'autre part, ont dès lors négocié une convention visant les mêmes objectifs que ceux qui étaient poursuivis par le projet de loi. Ces démarches ont abouti à la conclusion d'une convention «entre la Banque Nationale Suisse et les banques suisses concernant les avoirs minimaux et l'expansion du crédit», entrée en vigueur le 1er septembre 1969. Elle était destinée à promouvoir une politique monétaire reposant sur une coopération contractuelle entre les banques et la banque nationale. Cette réalisation a été saluée avec beaucoup d'enthousiasme à l'époque. Il est indéniable que l'Association suisse des banquiers notamment avait mis beaucoup d'espoirs en cette technique normative[78]. La convention a été adressée pour signature à toutes les banques dont le bilan était supérieur à vingt millions de francs. Il s'agit de 343 établissements dont la somme des bilans était de 139,4 milliards de francs à fin 1968. 317 établissements, totalisant 137, 4 milliards de francs de bilan, ont adhéré à la convention. Cela représente 92,4% des établissements et même 98,5% de la somme des bilans.

La convention limitait l'accroissement des crédits en Suisse, à partir du 1er septembre 1969, au taux de 9%, pouvant être porté dans certains cas jusqu'à 11,5%[79]. La convention-cadre était conclue pour une durée minimum de 5 ans et 4 mois[80].

[78] Citons à ce sujet les paroles prononcées par M. ALFRED E. SARASIN, président de l'Association suisse des banquiers, lors d'une conférence de presse du 3 septembre 1969: «Si elle est approuvée par la Commission du Conseil national ces jours prochains, et plus tard par le Parlement, il ne fait pas de doute que *l'idée de la discipline librement consentie et ainsi la coopération confiante entre les autorités monétaires et les banques demeureront les fondements de la politique monétaire suisse*».

[79] Cf. correspondance bancaire de l'Association suisse des banquiers, du 29 août 1969.

[80] Toutefois, selon l'art. 15, «la convention est destinée à promouvoir une politique monétaire reposant sur une coopération contractuelle entre les banques et la Banque nationale suisse. Si cette condition n'est pas remplie, la Banque nationale suisse et les banques ont le droit de dénoncer la convention, sans égard à la durée du contrat fixé à l'art. 14 I». La convention ne

d) L'Arrêté fédéral sur la sauvegarde de la monnaie du 8 octobre 1971 prévoit en son art. 1 al. 2 que: «le Conseil fédéral peut conférer force obligatoire générale aux conventions signées par la Banque nationale et la majorité des personnes et des sociétés qui ont été invitées à y adhérer». Ce texte n'a pas un destin bien mémorable[81].

e) Les mesures fédérales urgentes de 1972 vont prendre la relève de la politique conventionnelle. Aucune limitation de crédit fondée sur la convention-cadre n'étant plus possible, la banque nationale suisse a adressé aux banques en juillet 1972 des directives les invitant à limiter le crédit indigène au taux de croissance qui avait été précédemment prescrit. On sait que l'autodiscipline n'a pas été acceptée, de sorte que les crédits bancaires ont augmenté de façon alarmante. Le Conseil fédéral à dès lors dû proposer l'adoption de mesures urgentes[82]. L'un des quatre arrêtés urgents votés par les Chambres le 20 décembre 1972 institue «des mesures dans le domaine du crédit»[83].

La date choisie pour l'entrée en vigueur de la limitation légale des crédits a été fixée au 31 juillet 1972, jour auquel la limitation contractuelle arrivait à son terme.

f) Ce texte légal est resté en vigueur jusqu'au 31 décembre 1975. Il a été remplacé par un nouvel *arrêté fédéral sur la politique du marché de l'argent et du crédit du 19 décembre 1975*[84]. *Le nouveau texte fait référence à la politique conventionnelle.* L'art. 3 al. 1 prévoit que: «Si d'autres mesures ne suffisent pas, *et qu'aucun accord n'intervient avec les banques,* le Conseil fédéral peut astreindre les entreprises ... à n'augmenter leur crédit en Suisse que dans les limites d'un quota d'accroissement déterminé ...». C'est, semble-

déploie ses effets qu'en vertu de textes d'application. Cf. Rapport BNS 1969–1972.

[81] Arrêté fédéral urgent accepté par le peuple le 8 juin 1975; il est en vigueur jusqu'au 15 octobre 1977, cf. FF 1974 II, p. 190; FF 1975 I/2, p. 928; FF 1975 II, p. 871.

[82] Cf. Message et projet du 4 décembre 1972, FF 1972 II/2, p. 1513 ss; AF du 10 mars 1966, RO 1966, p. 505.

[83] Accepté en votation populaire le 2 décembre 1973, cf. RO 1972, p. 3121.

[84] Cf. RO 1975 II, p. 2568.

t-il, la possibilité d'alternance entre la politique conventionnelle et les mesures directement prises par les autorités qui a été voulue par l'Assemblée fédérale, contre l'avis du Conseil fédéral. L'AF n'autorise le Conseil fédéral à limiter les crédits que si aucun accord n'intervient avec les banques. Cette solution a été proposée par la Commission du Conseil des Etats qui a été suivie par le parlement. Si l'on se réfère aux déclarations gouvernementales contenues dans les messages, on peut douter que des accords voient le jour. Il faut noter que même s'il pouvait en survenir, leur extension ne serait pas concevable puisque le texte ne prévoit pas le mécanisme.

§ 17. Avenir de la politique conventionnelle en matière monétaire et conjoncturelle

Le peuple suisse n'a, dans son ensemble, pas voulu de la politique conjoncturelle qui lui était proposée par les autorités fédérales en 1975[85]. Les intentions du Conseil fédéral constituent malgré tout un élément d'appréciation pour ce qui concerne l'avenir. Dans son message concernant la révision des articles 31quinquies et 32, 1er al. CF, du 10 janvier 1973[86], le Conseil fédéral *s'exprime négativement quant à la poursuite d'efforts dans le domaine conventionnel.* Certes, le sort fait par le peuple aux propositions gouvernementales aurait pu modifier les intentions du gouvernement. Nous verrons qu'il n'en a rien été. Si le peuple suisse ne veut décidément pas d'un instrumentarium conjoncturel constitutionnel ordinaire, s'il faut à tout prix revenir à la charge au moyen d'arrêtés fédéraux urgents, la politique conventionnelle, toute compliquée qu'elle soit, pourrait peut-être reprendre de l'intérêt. Il vaut cependant la peine de citer l'avis du Conseil fédéral exprimé dans ce message[87]:

«Les conventions collectives de travail sont appelées à régler les relations entre les employeurs d'une part et les employés et ouvriers de l'autre; c'est là une question qui est au premier chef du ressort des intéressés, c'est-à-dire du

[85] Rejet, le 2 mars 1975 des articles conjoncturels.
[86] Cf. FF 1973 I 1., p. 113.
[87] Cf. texte mentionné p. 176, 177.

contrat. Par la déclaration de force obligatoire générale, l'Etat, qui attache du prix à un bon climat social, prête simplement son concours pour imposer également à des dissidents les décisions qu'un grand nombre d'intéressés ont estimé judicieux de prendre quant à l'aménagement de leurs relations réciproques. En revanche, étant donné *l'objet même des problèmes à résoudre, les accords entre la banque d'émission et les banques commerciales ne sont pas d'essence privée;* ils relèvent de la tâche assignée à l'Etat de pratiquer une politique de crédit et une politique monétaire servant les intérêts généraux du pays. Selon l'art. 39, 3e al., de la Constitution, cette tâche est confiée à la Banque nationale en tant qu'établissement de la Confédération régi par des dispositions juridiques particulières.

En raison de leur caractère, les banques commerciales ne sont par contre pas responsables de la politique de crédit ni de la politique monétaire; elles cherchent à atteindre et sauvegarder des intérêts privés, ce qui est du reste tout à fait légitime.

Les banques souhaitent que la politique dans les domaines du marché de l'argent et du crédit se réalise par des conventions entre la banque d'émission et elles-mêmes, *parce qu'elles acquièrent ainsi la possibilité d'exercer une influence sur cette politique,* faculté dont elles sont privées même si l'autorité monétaire les consulte dans l'esprit le plus conciliant. S'il s'agit d'une simple consultation, l'autorité, qui assume seule la responsabilité, demeure libre, dans les limites de la loi, d'agir selon sa propre appréciation de la situation. Mais si la banque d'émission en est exclusivement ou essentiellement réduite à conclure des conventions avec les banques, celles-ci disposent, selon les circonstances, d'un droit de veto absolu ou relatif contre l'aménagement de la politique appelée à régir le marché de l'argent et contre celui de la politique de crédit. *Ce serait un anachronisme sur le plan du droit constitutionnel ... une déclaration de force obligatoire générale des conventions auxquelles on a enfin abouti ne changerait rien à cet état de choses.*»

Le Conseil fédéral affiche la même position dans son message du 9 juillet 1975 à l'appui des mesures dans le domaine du crédit. Il déclare même d'une manière péremptoire que ...«compte tenu des expériences faites, *il n'est plus question de recourir à des conventions librement consenties* dans le domaine ... de la politique monétaire et du crédit»[88]. La critique de la politique conventionnelle à laquelle se livre le Conseil fédéral est extrêmement dure. On constatera tout d'abord que contrairement à ce qu'il a souvent affirmé dans d'autres domaines, le Conseil fédéral ne relègue même pas la politique conventionnelle au rang des outils alternatifs possibles.

[88] FF 1975, p. 425 (433).

Il estime purement et simplement que cette technique est, en cette matière, un anachronisme sur le plan du droit constitutionnel. La politique conjoncturelle est une tâche étatique par excellence. On peut donc comprendre que le gouvernement revendique, dans ce domaine, *la pleine responsabilité*. Il est cependant à notre avis fâcheux qu'il renonce aussi catégoriquement au caractère complémentaire des deux politiques. A-t-on vraiment démontré que la convention du 1er septembre 1969 a été un échec? Les mesures de droit public prises à cette époque auraient-elles cassé l'inflation? L'explosion inflationniste ne s'est-elle pas manifestée surtout à partir de la fin de la durée de validité de ce texte? Les mesures de droit public prises à partir de 1972 furent-elles plus efficaces? *Il ne nous appartient pas d'évaluer le resultat de la politique conventionnelle en matière conjoncturelle.* Cette responsabilité appartient aux autorités monétaires. Leur jugement de spécialiste est négatif. Sans prendre position sur le fond du débat, qui nous dépasse en tant que juriste, nous voudrions attirer l'attention sur les seuls éléments suivants de l'argumentation «anti-conventionnelle» avancée:

a) Le gouvernement estime que les accords entre la banque d'émission et les banques commerciales *ne sont pas d'essence privée.* En d'autres termes la «matière» ne serait pas de droit privé. Il en découlerait nécessairement qu'il est anormal que ces normes viennent à la vie juridique par le biais d'un contrat. Nous pouvons admettre les prémisses, mais pas la conclusion. Il y a, dans cette argumentation, à notre avis, une confusion entre le mode de genèse de la réglementation et le jugement sur sa nature matérielle. Pourquoi serait-il inconcevable que des devoirs à l'encontre de l'Etat viennent à la vie juridique par le moyen d'un engagement librement consenti? Certes, les dispositions prescrivant les avoirs minimaux ou limitant l'octroi de crédits sont des limitations à la liberté des banques. On ne voit cependant pas pour quels motifs elles ne pourraient pas tout aussi bien être librement consenties qu'imposées par l'Etat.

b) La référence à la notion de défense de l'intérêt public qui serait une tâche éminemment et exclusivement étatique est certes convaincante. Il faut cependant relever que les banques suisses ont

un intérêt évident à ce que la situation économique soit stable et prospère. L'idée d'une nécessaire distinction entre l'intérêt de l'économie suisse en général et les intérêts défendus par les banques d'autre part est un peu schématique. Il faut se rappeler qu'il s'agit de mesures de politique économique et non pas de politique sociale. D'autre part le même argument aurait pu être opposé, avec plus de force et de pertinence, lorsqu'il s'agissait d'adopter l'art. 34septies al. 1, de la Constitution fédérale. La politique du logement concerne l'intérêt public en tout cas autant que la politique monétaire. Elle n'a pas été considérée par le Constituant comme incompatible avec les techniques normatives conventionnelles.

c) Il n'est pas exact que les milieux économiques concernés sont toujours insensibles aux demandes d'autodiscipline qui leur sont présentées. Ainsi par exemple, la Banque nationale avait recommandé aux secteurs non soumis à l'arrêté fédéral sur le crédit *des mesures volontaires de restriction.* Les compagnies d'assurances du secteur privé ont conclu, au printemps 1973, une convention par laquelle elles ont renoncé à accorder des crédits de construction, à prendre des hypothèques sur des maisons et des appartements de vacances, etc. etc.[89]. On rétorquera que la *menace de mesures de droit public* a peut-être été pour quelque chose dans ces efforts de bonne volonté. Même si cela est, la formule n'est pas mauvaise. On commence par demander un effort volontaire, on intervient par le biais du droit public si l'effort librement consenti n'est pas suffisant. Il est dommage de renoncer a priori, dans un régime libéral, à la discussion et à la négociation paritaire.

Nous restons cependant convaincus qu'il faut donner aux pouvoirs publics l'occasion de prendre directement les mesures qui s'imposent. *Les deux politiques ne s'excluent pas nécessairement.*

d) Nous ne sommes pas sensibles aux arguments présentés et selon lesquels une procédure d'élaboration conventionnelle du droit est sinueuse, laborieuse, toujours longue et compliquée. Il est certes plus facile d'agir avec le bâton que par la persuasion. Une telle argumentation conduit cependant tout droit à un style de simplification du processus législatif qui est inconciliable avec la

[89] Cf. Rapport de la Banque nationale suisse 1973, p. 40.

mentalité politique régnant dans notre pays. En matière de contrat de travail comme en matière de baux à loyer ou de banque, le temps qui est consacré par les partenaires à une mise au point commune des normes régissant leurs rapports n'est pas perdu. *Il est consacré à obtenir le consensus auxdites mesures, ce qui en facilitera l'application.* Un droit autoritaire et technocratique préparé dans le silence des couloirs d'une administration, en dehors du climat socio-politique qui le sous-tend, sera peut-être plus facile à promulguer. Son application, elle, pourrait bien faire perdre à la même administration plus de temps qu'elle n'en aurait passé à obtenir l'adhésion des partenaires sociaux.

On peut être tenté d'éviter le combat au moment de la promulgation de la règle. Il ne faudra cependant pas être étonné de le retrouver au moment de l'application. La tâche du gouvernement n'en sera pas forcément simplifiée. L'irresponsabilité des banques en ce qui concerne l'adoption des mesures qui leur seront imposées nous paraît représenter un danger en tout cas aussi grand que leur trop étroite collaboration au processus normatif.

e) La technique juridique de l'extension est-elle utilisable dans le domaine de la politique conjoncturelle? Nous avons vu que le gouvernement n'en veut plus et que le parlement, – s'il veut bien que des accords soient conclus avec les banques, – ne dit mot de leur éventuelle extension. Nous admettons volontiers que ce domaine est particulier. Les expériences faites ici ne sont pas généralisables. La technique conventionnelle a été utilisée plus pour pallier la carence d'un instrument conjoncturel ordinaire que pour ses vertus propres. Elle sera donc, vu sa spécificité, presque absente de nos «considérations finales».

Chapitre VI

Considérations finales

§ 18. Le processus normatif directement pris en charge par les destinataires des règles de droit – Intérêt de la formule en droit privé

Nous avons procédé à un examen théorique des données et à une mise en évidence des services potentiels que pourrait rendre ce mode d'élaboration. Nous avons aussi décrit les difficultés techniques qui se présentent. Il nous appartient maintenant de tenter une conclusion que nous voudrions non pas au niveau de l'une ou de l'autre des réalisations, mais à celui d'un jugement global sur ce mode de genèse des règles de droit, – *basé sur l'adhésion et la participation directe des destinataires des normes* –. Nous résumerons ainsi notre point de vue:

a) Position de principe

Au terme de notre étude nous sommes acquis à l'idée que des progrès très importants de notre ordre juridique pourraient être accomplis grace à une politique conventionnelle active de l'Etat, assortie de la «déclaration de force obligatoire générale». Nous avons le sentiment qu'une addition de mouvements divers se dresse à l'époque actuelle contre l'utilisation, en dehors du droit du travail, *du droit conventionnel étendu ou non.* La gauche y voit l'institutionnalisation de l'influence des groupes d'intérêt et du grand capital. L'appareil technocratique de l'Etat craint par dessus tout que sa tâche ne soit compliquée par la perpétuelle nécessité d'œuvrer de concert avec les groupes de pression. La droite estime, – c'est particulièrement évident en matière bancaire – qu'il paraît plus

simple de faire assumer à l'Etat le poids et la responsabilité politique d'une réglementation qu'elle sait nécessaire, mais à laquelle elle n'a pas tellement envie d'adhérer. Nous ne souscrivons pas au mouvement et nous pouvons résumer notre argumentation de la manière suivante:

aa) *La simplification du processus d'élaboration législative qui intervient dans l'Etat technocratique n'est que très apparente.* Le droit élaboré en dehors de la lutte politique court le risque d'être frappé d'ineffectivité. Les puissants l'éluderont d'autant plus volontiers qu'ils n'y ont pas adhéré

ab) L'alternative n'est pas celle qui nous est proposée par ceux qui dénoncent l'abus du pouvoir des groupes d'intérêt. L'absence d'une réglementation paritaire signifie, dans de nombreux secteurs, la liberté entière en faveur des détenteurs du pouvoir normatif privé. Par exemple, *l'absence d'une réglementation vraiment paritaire dans le domaine du droit privé de la construction ne laisse pas le champ libre à l'intervention de l'Etat mais à celle d'un groupe d'intérêt unilatéral bien organisé.*

b) La négociation paritaire des contrats d'adhésion

L'exemple du droit privé de la construction n'est pas le seul qui mérite d'être cité. La défense des consommateurs pourrait justifier dans bien des domaines la mise en œuvre d'une démarche paritaire qui, si elle était vraiment menée à chef, conduirait probablement à l'élimination d'un certain nombre d'anomalies gênantes dans le cadre de notre économie de marché.

Le contrat d'adhésion s'est répandu comme formule grâce à l'existence du principe de l'autonomie contractuelle. La pratique actuelle recèle indéniablement des abus. La partie la plus forte, le banquier, l'entreprise venderesse de voitures, dans une certaine mesure la compagnie d'assurances, etc. etc. a la possibilité d'imposer pratiquement les conditions juridiques de la relation d'affaire. Il est évident qu'en Suisse, malgré le Code des obligations, l'étendue de la responsabilité du banquier dans le cas du chèque volé, la durée de la garantie offerte par le vendeur, etc. sont fixées dans la quasi

totalité des cas, non pas par la loi, c'est-à-dire par un arbitrage neutre et conforme à l'intérêt public, mais par le Diktat de la partie la plus forte à la relation contractuelle. Celle-ci dispose d'un véritable pouvoir réglementaire. Le problème du contrôle de ces «pouvoirs» se pose dans tous les pays occidentaux. Un législateur conscient de ses responsabilités ne peut pas tolérer que dans des secteurs de la vie économique aussi importants, *les normes régissant effectivement les relations d'affaires* soient forgées unilatéralement par la partie la plus forte économiquement ou la mieux organisée. Il faut remédier à cette situation. Il n'existe que deux solutions. L'une d'elles s'appelle l'intervention par le biais des mesures étatiques. L'autre consiste à grouper les intérêts divergents, à les mettre autour d'une table et à tenter d'obtenir d'eux des concessions suffisantes pour qu'un équilibre des intérêts en présence s'effectue. Cette deuxième solution demande beaucoup plus d'efforts. Elle constitue cependant à notre avis la seule solution opposable tant au «laisser faire» qui régit encore de trop nombreux domaines de notre économie, qu'aux «mesures dirigistes», particulièrement impopulaires en Suisse ainsi que peu conformes et compatibles avec les fondements de notre ordre juridique. Nous souhaitons que l'élaboration de la loi d'éxecution de l'art. 34^{septies} al. 1 CF *soit une expérience profitable à partir de laquelle la valeur de la formule soit éprouvée.* Au cours de l'examen des problèmes de technique juridique, nous n'avons pas décelé de difficultés graves ou insurmontables. L'expérience mérite d'être faite. Nous concédons par contre volontiers que le domaine du contrôle de l'activité bancaire n'a pas cette valeur de test et est particulier à bien des égards.

§ 19. La déclaration de force obligatoire générale dans la Constitution?

a) Les différentes solutions possibles

Comment réaliser l'idée, se demanderont ceux qui, soucieux de respecter la Constitution fédérale, ne conçoivent pas comment on peut concilier la déclaration de force obligatoire générale émanant

d'un gouvernement d'une part, avec le principe de la légalité d'autre part. Ces scrupules sont légitimes. Nous avons admis que la loi conférant au pouvoir exécutif le droit de déclarer la force obligatoire générale d'une convention peut constituer un abus de délégation normative, et que seule une disposition constitutionnelle peut «légitimer» un tel déplacement de pouvoir. Fondée ou non, parfois démentie par la pratique, cette objection fondamentale sera toujours présentée. L'existence de dispositions dans le domaine du droit du travail et dans celui des baux à loyer apporte la démonstration de la *nécessité*, ne serait-*ce que «a contrario», de l'existence d'une base constitutionnelle dans tous les domaines en faveur desquels ce mécanisme pourrait être utilisé.*

Dans la logique de notre exposé, il nous appartient dès lors de prendre position. On peut premièrement se déclarer partisan d'un système qui est celui du droit constitutionnel théorique d'aujourd'hui et qui consiste à prévoir, dans chaque cas spécifique, *une base constitutionnelle spéciale.* On peut deuxièmement opter pour un retour aux projets qui avaient été échafaudés au cours des années 30 concernant l'introduction dans la Constitution d'une *disposition générale* autorisant la Confédération à édicter une loi concernant les modalités et les effets d'une déclaration de force obligatoire générale des conventions cadres.

b) Une disposition constitutionnelle permettant l'extension dans tous les domaines du droit des obligations

Nous nous déclarerons, en conclusion de ce rapport, favorables à une solution médiane à certains égards. Les exemples d'utilisation possible de la formule que nous avons cités ressortissent tous au droit privé. La politique conjoncturelle peut être considérée comme un cas exceptionnel et le Conseil fédéral a précisément déclaré qu'en conséquence une technique normative «privatiste» était inadéquate. L'«homogamie» des autres cas est très grande. Sont presque toujours en cause les conditions générales d'une relation juridique entre personnes privées. *Ne pourrait-on pas dès lors prévoir une modification de l'art. 64 CF déléguant à la Confédération*

la compétence d'édicter une loi fédérale sur la déclaration de force obligatoire générale des conventions passées dans les matières du droit privé (ou du droit des obligations pour être plus précis)? Cette solution n'ouvre pas la porte à l'utilisation du mécanisme d'extension pour les domaines dans lesquels l'intérêt public est au premier plan, puisqu'ils sont par définition «matière de droit public». Elle autorise par contre la promotion de la politique conventionnelle dans le secteur des conditions générales des contrats sans qu'il soit nécessaire d'avoir un débat constitutionnel spécial chaque fois que la formule peut être utilisée. L'extension serait ainsi définie essentiellement comme une technique normative de droit privé, cantonnée en principe et sauf exception à ce domaine du droit *au sein duquel elle serait cependant encouragée et encadrée officiellement.*

Il faut voir concrètement les services que pourrait rendre une telle institution. Il n'est pas possible de sensibiliser à l'avance l'opinion publique pour obtenir l'introduction dans la Constitution fédérale d'une disposition spéciale permettant l'extension du caractère obligatoire des conventions en matière de conditions générales de la construction, de contrat de chèque, de vente des voitures, etc. etc. Les problèmes sont trop spéciaux. Ils sont aussi trop nombreux. Une politique efficace de défense des intérêts des consommateurs devrait pouvoir être promue sans que chaque fois il faille obtenir la double majorité du peuple et des cantons, sur des sujets aussi particuliers. Si par exemple, une association vraiment représentative des acheteurs de voitures d'une part et une association des vendeurs d'autre part pouvaient se mettre d'accord sur les conditions générales les plus importantes d'un contrat type de vente, l'extension d'un tel accord constituerait probablement un «assainissement» considérable du marché. Il est bien clair que si une base constitutionnelle spéciale est nécessaire pour parvenir à ce résultat, le temps nécessaire à la réalisation, l'effort à investir seront trop importants. Le résultat ne sera jamais atteint.

La loi fédérale d'exécution de la norme constitutionnelle autorisant la déclaration de force obligatoire devrait poser *des garanties de représentativité.* Le domaine du logement, qui n'est pas particulièrement facile à résoudre, nous a permis de mettre en évidence

le fait que des solutions sont *techniquement possibles*. Le contre-argument essentiel tient dans l'accusation d'attentat contre les lois de la démocratie. Les normes de portée générale ne seraient pas faites par les représentants de la nation, c'est-à-dire par le pouvoir législatif, mais par les intéressés directs qui n'auraient pas nécessairement à l'esprit le bien public. A cela nous rétorquons qu'il faut examiner la réalité de l'exercice du pouvoir et non pas son apparence. A tout prendre, nous préférons que le pouvoir soit exercé paritairement, par des groupes d'intérêts divergents, plutôt que d'une façon unilatérale par les plus puissants.