Zeitschrift: Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales

Herausgeber: Société d'Etudes Economiques et Sociales

Band: 20 (1962)

Heft: 4

Artikel: La formation de la législation sur les cartels en Europe

Autor: Penard, Maurice-L.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-135498

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: 14.07.2025

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

La formation de la législation sur les cartels en Europe

Maurice-L. Penard
avocat, Bâle

I. INTRODUCTION

La croisade anticartellaire à laquelle nous assistons s'inscrit comme une suite logique, une conséquence presque, de la liberté économique qui a marqué de son empreinte le développement industriel du siècle dernier. C'était alors l'époque du « laisser faire » et de la libre concurrence. Agissant comme un stimulant, elle encourageait la recherche des méthodes de production les plus efficaces, conduisait aux prix théoriquement les plus bas. Par les avantages qu'elle procurait aux consommateurs, bénéficiaires de cette compétition, elle servait l'intérêt général tandis qu'elle était censée permettre à chacun de trouver une place conforme à ses aspirations et à ses capacités.

Cette philosophie libérale se trouve en contradiction directe avec les systèmes corporatifs qui dominèrent toute l'activité commerciale, à vrai dire assez réduite, du Moyen Age. Même s'il est un peu paradoxal d'utiliser un terme alors inconnu pour définir l'économie de ce temps, on peut néanmoins affirmer que celle-ci était totalement cartellisée. Aux associations fermées des corps de métiers allait faire suite, dans la période moderne, la théorie du libre accès de chacun à l'activité de son choix. C'est à ce postulat que répond une loi de l'époque révolutionnaire, dite *Loi le Chapelier*, des 2 et 17 mars 1791, qui déclare: « A compter du 1er avril prochain (1791) il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon... » C'est toutefois dans les pays anglo-saxons que le libéralisme économique devait trouver à la fois son plus grand épanouissement et ses plus importants soutiens. Poursuivant le raisonnement énoncé plus haut qui veut que les cartels soient, sinon issus, du moins une conséquence du libéralisme économique, il apparaît normal que ce soit dans ces pays-là que la législation anticartellaire ait vu le jour. En effet, si la liberté du commerce a beaucoup fait pour favoriser la révolution industrielle et apporter la prospérité, ceux qui participaient directement à la lutte se réjouissaient assez peu de cette bataille souvent féroce pour la conquête des marchés. Les concurrents furent donc naturellement tentés de rechercher des arrangements propres à réduire la compétition entre eux et à éviter des pertes. La coordination de leurs efforts permettait de pallier les effets ruineux d'un gaspillage provoqué par une compétition trop acharnée. C'est ainsi que commencèrent à se former des ententes dont il serait injuste de dire qu'elles furent toujours néfastes. Dès l'instant toutefois que ces accords constituaient une entrave à la liberté économique pour toute une branche d'activité commerciale ou industrielle, ces ententes devenaient des instruments de nature à provoquer l'autodestruction du système libéral par l'usage abusif que les intéressés eux-mêmes faisaient de la liberté qui leur était octroyée. Il fallait donc fixer des barrières. Ce fut l'origine des lois anticartellaires. Contrairement à une opinion trop répandue qui voudrait voir dans le contrôle des cartels une nouvelle intervention de l'Etat dans le domaine de l'économie privée, il faut plutôt considérer cette législation comme un moyen de protéger l'initiative et l'esprit de libre entreprise au profit de chacun.

C'est dans cet esprit que législateurs et autorités chargés du contrôle des ententes devraient toujours comprendre et exécuter leur mission. Ils atteindront de la sorte leur véritable objectif qui est celui de la protection d'une économie libre, condition d'une société libre qui, comme le professeur Röpke le relevait récemment dans un exposé prononcé devant l'Union suisse des arts et métiers[1], ne peut se développer sur un fondement stable que si un grand nombre d'individus ont accès à la propriété et sont indépendants. Pour subsister, cette forme d'économie a besoin d'une réglementation juridique bien conçue qui soumette au premier chef la concurrence à des prescriptions strictes.

Rien de surprenant donc à ce que le premier acte législatif moderne de lutte contre les cartels ait été édicté sous le signe de la défense du libéralisme économique menacé par les agissements d'un groupe puissant. Il s'agissait en l'occurence d'un cartel pétrolier qui avait réussi à dominer 90 à 95 % du marché américain. Partant de cette position dominante, le groupement obtenait des avantages, notamment sous forme de réductions secrètes sur les tarifs de transports ferroviaires, réductions dont les entreprises non affiliées ne pouvaient bénéficier. Les discriminations dont ces dernières étaient l'objet suscitèrent peu à peu l'hostilité générale. Ce mouvement d'opinion devait aboutir à l'adoption par le Congrès du *Sherman Act* de 1890, base actuelle de la législation anticartellaire américaine et origine de nombreuses lois promulguées dans ce domaine, tant aux Etats-Unis qu'ailleurs dans le monde.

II. LES THÉORIES EN PRÉSENCE

De quelque côté qu'il aborde la législation relative aux ententes, le juriste se trouve déconcerté en présence des difficultés qu'il rencontre à cerner par des textes appropriés une réalité économique rebelle à toute définition juridique. Cela est plus particulièrement vrai pour le juriste de formation latine, soucieux de poser des principes généraux sur lesquels il pourra bâtir un système et une pratique. Ce n'est pas sans raison, en effet, que la France a le goût des « lois-cadres », réglementations destinées à tracer les grandes lignes d'un programme et à en fixer les limites. Rien de pareil en matière de cartels où les principes généraux sont rares et difficiles à dégager et où il convient d'aborder le sujet d'une manière aussi pragmatique que possible. La méthode dite « des cas », en honneur dans les universités des Etats-Unis, est sans doute la mieux adaptée à l'étude de cette matière. Force est donc de renoncer à donner une définition des ententes — licites ou illicites — pour passer immédiatement aux différents moyens d'investigation et de classification qui s'offrent au juriste pour aborder le problème de la réglementation des ententes.

Le premier et le plus important des critères est celui de la distinction entre l'*interdiction de principe* des ententes « a priori » et la simple *répression des abus*. Les deux théories qui s'affrontent autour de ces notions sont les suivantes. Il y a tout d'abord les lois qui entendent interdire toute restriction à la liberté économique, quel qu'en soit le but ou les effets. Par conséquent, toute convention ou toute activité qui restreint la concurrence est illégale en soi. Un tel principe est toujours assorti d'exceptions nombreuses, à défaut de quoi il aboutirait, poussé dans ses dernières conséquences, à une situation intenable. En effet, toute

[1] *Cf. Journal des Associations patronales*, 1962, p. 466 et 467.

convention commerciale restreint de par sa nature même — le terme d'engagement l'exprime parfaitement — la liberté économique des parties. Il y a, par ailleurs, les lois qui admettent l'existence ou l'utilité même de certaines ententes. Les législations qui ont opté pour ce système ne visent que les abus qui résultent des ententes, celles-ci n'étant condamnées qu'à travers leurs effets nuisibles. C'est la conception de la *concurrence possible*. Elle laisse la faculté à chaque individu de renoncer à certains moyens de concurrence en se liant à des accords cartellaires. Elle s'oppose en revanche aux pressions économiques opérées par des tiers — pour forcer leur adhésion par exemple. Le régime de la concurrence possible garantit la liberté individuelle, plus spécialement celle des outsiders, en s'efforçant de ne pas porter du même coup atteinte à la liberté contractuelle.

A l'intérieur des ententes, il convient de distinguer les liens dits « horizontaux », c'est-à-dire ceux qui restreignent la concurrence entre fabricants et commerçants placés à un même niveau, auxquels on oppose les liens dits « verticaux » incluant les accords de prix de seconde main, c'est-à-dire ceux qu'un fabricant ou un grossiste prescrit à son acheteur pour la revente à l'échelon commercial suivant. Qu'elles pratiquent le système de l'interdiction de principe des ententes ou celui de la simple répression des abus, toutes les législations apparaissent avoir pour objet primordial la lutte contre les ententes horizontales, le contrôle des accords de prix de seconde main ne constituant, la plupart du temps, qu'un complément ou une conséquence de la réglementation principale dirigée contre les liens horizontaux.

En ce qui concerne l'exécution pratique du contrôle des ententes, deux méthodes s'offrent au choix du législateur. La première consiste à procéder par le moyen de *contrôles* effectués d'office par une autorité administrative déterminée ou à la demande de tiers ou partenaires intéressés. C'est le système du contrôle auquel s'oppose celui de l'*enregistrement généralisé des ententes*. Cette méthode prescrit que toutes les conventions susceptibles de tomber sous le coup de la loi anticartellaire doivent être obligatoirement annoncées. Une telle obligation, à caractère préventif, est destinée à assurer un contrôle efficace sur tous les arrangements limitatifs de concurrence. Il reste à savoir si cette méthode ne rejette pas dans le secret toute une série d'accords, faisant perdre beaucoup de son efficacité au système de l'enregistrement généralisé. Il arrive en effet souvent que les parties évitent, par prudence, de donner une forme écrite à leurs accords de cartels. Simples rapports de confiance entre producteurs ou commerçants voulant dominer un marché, ces accords prennent la forme et le nom de « Gentlemen's Agreements » et constituent des « Trusts » tout aussi efficacement respectés que n'importe quel autre contrat passé en bonne et due forme. De là, sans doute, le sens paradoxalement péjoratif donné à la notion de « Trust » dans le langage populaire. Alors que le « Trustee » du droit anglo-saxon indique la personne de confiance qui gère un patrimoine, l'usage courant, passé en français, du mot « Trust » éveille davantage l'idée de méfiance que de confiance! C'est pourquoi nous utiliserons de préférence le terme de « règle anticartellaire » à celui de « législation antitrust », même si cette dernière expression est plus usuelle.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire à première réflexion, le système de l'enregistrement généralisé des ententes n'est pas forcément lié au principe de l'interdiction « à priori » des ententes, pas plus que le système de la simple répression des abus n'exclut l'enregistrement. Toutes les combinaisons sont possibles. Principe d'interdiction avec ou sans enregistrement comme législation de simple répression des abus assortie ou non du registre. Les Etats-Unis pratiquent l'interdiction de principe des cartels en l'absence d'enregistrement alors que ce système existe aux Pays-Bas où en revanche l'abus seul est réprimé. L'Allemagne,

par contre, joint l'interdiction générale des abus à l'obligation d'enregistrement tandis que la loi belge, où seul l'abus est illicite, a écarté le système de l'enregistrement.

Après avoir dégagé quelques caractéristiques propres aux législations anticartellaires et fixé quelques critères, il est possible de passer maintenant à l'exposé des différentes réglementations, nationales tout d'abord et internationales ensuite. Le chapitre consacré au droit comparé sera, pour la clarté de l'exposé, et au risque même de procéder à une division arbitraire, séparé en deux parties, à savoir: la première pour les systèmes d'interdiction généralisée des ententes et la seconde pour ceux de simple répression des abus.

III. DROIT COMPARÉ

A. Conception de l'interdiction

1. *Les Etats-Unis* [1]

Bien que le titre de cette étude en limite l'étendue aux législations européennes, il n'est pas possible de renoncer à un bref exposé des principales dispositions du système américain. Cela en raison de l'influence prépondérante exercée par le droit américain des cartels, dont l'importance est telle sur l'ensemble de cette branche du droit qu'il n'est pas exagéré de parler, du point de vue européen, de réception d'un droit étranger.

Le *Sherman Act*, nous l'avons déjà relevé, constitue la charte fondamentale du droit anticartellaire américain. L'essentiel de la loi ressort des deux premiers articles qui énoncent:

Art. 1. — Tout contrat, toute combinaison sous la forme de trust ou sous une autre forme, ou toute conspiration [2] qui restreindrait le commerce entre les Etats ou avec des nations étrangères, sont déclarés illégaux.

Art. 2. — Sera punie... toute personne qui monopolisera, ou cherchera à monopoliser, ou combinera, ou conspirera avec n'importe quelle autre ou quelles autres personnes, en vue de monopoliser.

Il résulte de ces textes que la conception est celle de la protection contre toute restriction, contractuelle ou non, de la concurrence. N'importe quel accord ou activité qui la restreint est donc illégal en soi. Le principe comporte toutefois de nombreuses exceptions. Certains secteurs de l'économie et diverses activités échappent ainsi à la législation anticartellaire. Il s'agit principalement de la loi connue sous le nom de *Webb-Pomerene Act* de 1918, qui permet aux sociétés américaines de former entre elles des associations interdites, si elles ont pour but de favoriser les exportations. Une autre loi, le *Miller Tydings Act* de 1937, autorise la fixation des prix imposés de revente. Il s'agit donc là d'une exception en faveur des liens dits verticaux. Enfin, certains domaines d'activité sont, en tout ou en partie, dispensés de la législation anticartellaire, tels les assurances, les transports, etc. Des réserves existent également en faveur de l'agriculture, de la défense, et surtout des syndicats d'ouvriers et d'employés.

---

[1] *Cf.* à ce sujet l'ouvrage de François Petitpierre: *L'application du droit antitrust des Etats-Unis d'Amérique à leur commerce extérieur*, Neuchâtel, 1956, p. 22 à 29.

[2] Petitpierre, dans l'ouvrage cité (p.22) relève que le terme de « conspiracy », traduit littéralement en français par conspiration, est une notion qui s'approche également des termes français « coalition », « intrigue », « manigance ».

En résumé, nous constatons donc que la législation américaine pose le principe de l'interdiction générale des ententes, indépendamment des effets des accords, puisqu'il suffit d'une atteinte *possible*, et point encore réalisée, pour prononcer l'illicéité des accords attaqués. Il est en revanche intéressant de relever que l'application de plus en plus stricte de la législation antitrust a lieu en dehors d'un système d'enregistrement généralisé des ententes et sans que l'efficacité du contrôle semble en souffrir.

Si la loi américaine condamne aussi bien les restrictions à la liberté du commerce que les positions de monopoles, la pratique démontre que les concentrations économiques comme telles ne sont guère poursuivies. On peut même dire que cette législation a provoqué des concentrations et a conduit à la fusion de petites entreprises qui, à elles seules, n'auraient jamais pu mener la lutte. C'est ainsi que sont apparues les entreprises géantes de l'industrie de l'automobile, de l'acier, du pétrole, et plus tard de l'industrie alimentaire, pour ne donner que quelques-uns des exemples les plus connus. C'est sans doute enrichis de cette expérience que les législateurs d'autres pays ont, comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin, étendu le champ d'action des lois cartellaires au contrôle des entreprises ayant une *position dominante* sur le marché.

En ce qui concerne les moyens d'action contre les trusts, ils peuvent suivre trois cheminements. Soit une poursuite pénale par le procureur général, soit une poursuite administrative par les autorités fédérales, soit encore une action civile en dommages-intérêts pour violation de la loi, c'est-à-dire une action privée intentée par un particulier.

2. *La Grande-Bretagne* [1]

C'est dans ce pays que fut édictée pour la première fois une loi contre les monopoles, le *Statute of Monopolies*, voté par la Chambre des Communes en 1623 déjà. Si la réglementation anticartellaire a connu son plus large développement dans la branche américaine du droit anglo-saxon, c'est en Angleterre toutefois qu'il faut rechercher sa première origine. Ressortissant à la Common Law, c'est-à-dire à la pratique des tribunaux, le droit des cartels ne devait connaître un développement législatif en Grande-Bretagne qu'après la fin du second conflit mondial. Le Parlement adopta tout d'abord, en 1948, le *Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act*. Comme son nom l'indique, cette loi avait une mission d'investigation et de contrôle, plutôt que de répression systématique. Ces fonctions étaient confiées à un organe administratif: la Commission des monopoles. Ce système devait bientôt faire place à une réglementation beaucoup plus étendue par l'introduction du *Restrictive Trade Practices Act* de 1956.

Le nouvel « Act » établit un registre où tous les arrangements susceptibles de limiter la concurrence doivent être annoncés. Une instance judiciaire spéciale, la « Restrictive Practices Court », décide de la validité ou de l'interdiction des ententes enregistrées, avec faculté d'appel devant la « Court of Appeal », juridiction de droit commun cette fois. La loi présume que tous les arrangements restrictifs de concurrence sont contraires à l'intérêt public. Ce n'est donc pas l'interdiction généralisée, et « a priori », de toutes les ententes, mais un système qui s'en rapproche dès lors qu'il impose le fardeau de la preuve de validité des ententes à tous ceux qui veulent justifier du maintien de leurs accords.

---

[1] *Monopolies and Restrictive Trade Practices*, par M. ALBERY et C.-F. FLETCHER-COOKE, Londres 1956.

Toute une série d'ententes sont cependant dispensées de l'enregistrement et, partant, de toute interdiction. Ce sont tout d'abord les accords entre sociétés appartenant à un même groupe. Désireux de saisir la réalité économique dans son ensemble, le droit des cartels ne retient pas les divisions purement juridiques qui, à l'intérieur de groupes économiques intégrés, séparent les diverses sociétés affiliées. C'est ce que la Sect. 6 (8) de la loi britannique exprime très clairement lorsqu'elle déclare considérer comme une seule entité les sociétés ou personnes associées commercialement [1]. D'autres exceptions portent sur les contrats de licence pour l'usage de procédés brevetés ou de marques de fabrique (exception en faveur des droits de la propriété industrielle), ainsi que sur les conventions destinées au marché d'exportation. Parmi les dispenses d'enregistrement figurant sous Sect. 8, signalons encore les contrats portant sur des fournitures, passés entre deux partenaires seulement, de même que les cas dans lesquels les conventions sont encouragées par le Gouvernement lui-même.

Les contestations sur la question de savoir si un arrangement doit être enregistré ou non sont directement portées devant la « High Court ». La « Restrictive Practices Court », juridiction spécialisée, ne se prononce, elle, que sur les ententes déjà enregistrées. Ainsi, aucune de celles-ci n'est condamnée sans débat judiciaire préalable. Seule la présomption négative formulée à l'endroit des ententes par le droit anglais nous le fait ranger sous l'étiquette de l'interdiction de principe. Relevons toutefois que la loi britannique se place à l'extrême frontière de ce concept.

3. *L'Allemagne* [2]

C'est dans ce pays, qui fut jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale la véritable patrie d'élection des cartels, que l'on rencontre aujourd'hui la législation anticartellaire la plus développée du Continent européen. Accueillies de force plutôt que de gré, les premières mesures de décartellisation et de démembrement des ententes furent édictées par les puissances occupantes en 1945, sur la base même des accords de Potsdam. Il est à peine besoin de dire qu'elles furent principalement exécutées par les Etats-Unis, qui allaient ainsi marquer profondément la législation que la République fédérale devait se donner par la suite.

La loi actuellement en vigueur porte la date du 27 juillet 1957. Le principe de base retenu est celui de l'*interdiction générale*, assorti cependant de toute une série d'exceptions. Relevons en particulier — dans le cadre des accords verticaux qui sont les plus favorisés — le cas des contrats d'exclusivité, où le principe de l'interdiction « a priori » fait place à celui de l'abus (art. 17). Ce renversement n'a toutefois lieu que pour autant que l'entente n'affecte pas les tiers. La loi allemande réserve expressément les droits relatifs à la propriété industrielle, (art. 20 et 21) qui font échec à l'application de la législation sur les ententes.

En ce qui concerne le contrôle, celui-ci a lieu par l'*enregistrement* obligatoire des ententes, avec autorisation possible selon les cas. Afin de donner plus d'efficacité à ce contrôle, la loi prescrit, en son article 34, que toutes les conventions de cartels doivent revêtir la forme écrite. Cette disposition est censée permettre de lutter contre les « Gentlemen's Agreements », auxquels les parties recourent souvent, afin justement d'échapper aux poursuites auxquelles elles craignent de s'exposer.

---

[1] Sect. 6 (8) *Restrictive Practices Act*, 1956: « ... for the purposes of this section, two or more persons being inter-connected bodies corporate or individuals carrying on business in partnership with each other shall be treated as a single person. »

[2] *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, par v. GAMM, Carl Heymann Verlag AG., 1961, p. 67 et ss.

B. Conception de l'abus

4. *L'Autriche* [1]

Avec ce pays, nous entrons, bien que par une porte encore à peine entr'ouverte, dans le domaine des législations inspirées du système de répression limité aux seuls abus provoqués par les ententes. Le contrôle des cartels est actuellement régi en Autriche par la loi du 4 juillet 1959. Celle-ci a opté pour le système de l'enregistrement des ententes afin de pouvoir contrôler et autoriser toutes celles qui ne sont pas contraires au bien de l'économie nationale. La loi ne contient, par contre, pas d'interdiction de principe des ententes. Elle se borne à énumérer les conditions que doit remplir une entente pour être valable. C'est en somme un système mixte qui associe la répression des abus avec l'enregistrement généralisé.

5. *Les Pays-Bas* [2]

Nous nous engageons ici plus avant dans l'application de la théorie de l'abus, mais sans encore abandonner le système de déclaration obligatoire des ententes. Selon la loi du 16 juillet 1958, actuellement en vigueur, les cartels et monopoles sont autorisés, et seuls les abus qui en résultent peuvent entraîner une interdiction. Une série d'arrangements contractuels sont même dispensés de l'enregistrement, tels la fixation des prix de revente des distributeurs.

6. *La France* [3]

Absence d'enregistrement et pleine application de la philosophie de l'abus, telles sont les deux caractéristiques du droit français en la matière. La conclusion d'accords de cartels et de monopoles est en soi licite. Seules les conséquences nuisibles de ces arrangements sont interdites. Il s'agit simplement de protéger le libre jeu de la concurrence sur le marché. Issu de la jurisprudence sur l'abus de droit développée depuis plus d'un siècle, par les tribunaux français, à partir des articles 1382 et 1383 [4] du Code civil français, le fondement législatif actuel du contrôle des ententes réside dans l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953. Par ce texte, le Parlement donnait au Gouvernement le « pouvoir de prendre des mesures relatives au maintien ou au rétablissement d'une libre concurrence industrielle et commerciale ». C'est sur cette base que fut pris le décret du 9 août 1953 qui s'insère dans l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix. Les dispositions relatives aux ententes forment les articles 59 *bis*, 59 *ter* et 59 *quater* de l'ordonnance. Elles ont été depuis lors précisées en ce qui concerne la procédure de contrôle et le recours judiciaire par le décret du 27 janvier 1954 et la loi du 28 novembre 1955.

---

[1] *Guide to Legislation on Restrictive Business Practices*, Volume III, publié par l'Agence européenne de productivité, OECE.

[2] *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, p. 86 et ss.

[3] *Rapports de la Commission technique des ententes au ministre chargé des affaires économiques pour les années* 1954 *à* 1959 ; Journaux officiels, 1961.

[4] *Art.* 1382 *CCF :* « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Art. 1383 *CCF :* « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

Cette législation institue une Commission technique des ententes qui comprend six fonctionnaires et magistrats du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes ou de l'Ordre judiciaire, quatre membres d'organisations professionnelles et deux du Comité national de la productivité. On a ainsi voulu donner à cette instance, qui a le caractère d'une autorité administrative et non pas judiciaire, une représentation qui permette aux milieux professionnels intéressés de participer à la délibération. La Commission peut être saisie d'un dossier par deux voies différentes, à savoir: à la diligence du ministre des Affaires économiques agissant de son propre chef, ou à la requête d'un autre Ministère ou du garde des Sceaux, ministre de la Justice, ou encore par décision d'office prise par la Commission elle-même. Dans le premier cas, le Ministère des affaires économiques et plus particulièrement la direction générale des prix — ce qui est normal puisqu'il s'agit d'appliquer des dispositions faisant partie de la législation sur les prix — procède à une enquête administrative au vu de laquelle le Ministère peut saisir ou ne pas saisir la Commission. Le second cas, dans lequel la Commission est saisie d'office d'une affaire, est plus rare et permet surtout à la Commission d'étendre le champ de ses investigations au-delà de la mission qu'elle reçoit si celle-ci se révèle trop restreinte. Cette faculté de saisine de la Commission a également pour objet de permettre aux professionnels intéressés, qui s'estiment lésés par une entente, d'adresser une requête directe à la Commission. Celle-ci est libre d'y donner suite, étant entendu que si la demande est retenue pour examen, la plainte ne pourra être regardée que comme un élément d'information et non pas comme une demande présentée à un tribunal dont la mission serait alors limitée aux conclusions de la requête.

La Commission est censée rendre ses avis dans un délai de six mois. Comme on peut bien le penser, ce délai est manifestement trop court et la Commission technique des ententes n'est pas en mesure de s'y tenir. Elle s'en explique dans ses rapports en justifiant la prolongation de ce délai à un ou deux ans, sinon davantage, par l'intérêt qu'ont les parties à pouvoir se faire entendre et par la nécessité où se trouve la Commission de réunir une documentation et des informations qu'il lui serait parfaitement impossible de se procurer et d'étudier dans le délai de six mois.

L'avis de la Commission rendu — il s'agit bien d'un avis et nullement d'un jugement ou d'une décision ayant force exécutoire — il appartient au ministre des Affaires économiques de prendre les mesures éventuellement recommandées. Il agira le plus souvent par la voie de la recommandation en impartissant un délai à l'échéance duquel telle ou telle mesure de démembrement des ententes devra avoir été prise. Il n'y a pas de sanctions administratives. Si des mesures coercitives semblent nécessaires à l'administration, elle doit transmettre le dossier au Parquet du procureur de la République, en vue de l'application par les tribunaux ordinaires de sanctions économiques, civiles ou pénales. Les tribunaux conservent donc pleine juridiction dans ce domaine, ce qui a l'avantage de donner aux justiciables toutes les garanties résultant de la procédure ordinaire.

Pour illustrer la pratique de la Commission, et la façon dont la philosophie de l'abus est interprétée dans les faits, la formule suivante contenue dans l'un des premiers avis émis par la dite Commission, est significative: « Les conséquences fâcheuses de cette organisation l'emportent sur ses avantages. » La Commission fonde donc son opinion sur un véritable bilan économique en examinant les avantages qui peuvent résulter de l'entente et en les comparant avec les conséquences fâcheuses de celles-ci. Ce n'est que lorsque les éléments néfastes qui en découlent sont prépondérants, que l'entente sera interdite. Ainsi, l'absence de présomption défavorable vis-à-vis de l'entente permet d'établir un critère objectif résultant d'une comparaison des éléments positifs et négatifs.

Sur la base des rapports de la Commission technique des ententes [1] établis depuis 1954, on peut retenir, au nombre des pratiques interdites, celles qui ont notamment pour but:

a) de constituer une « économie de rente », c'est-à-dire de fixer des quotas de fabrication et de limiter par là la concurrence;

b) de procéder à l'alignement des prix de vente communs sur la base des coûts de revient les plus élevés;

c) de pratiquer une politique de « cristallisation » des positions commerciales lorsqu'elle s'oppose aux possibilités d'essor des entreprises économiquement mieux placées;

d) la création d'un monopole de fait au bénéfice d'un distributeur unique, qui place alors les utilisateurs sous la dépendance de ce dernier, et qui ne permet de discuter ni les prix, ni la qualité des services.

A l'inverse et au nombre des critères positifs à retenir dans le bilan économique à dresser, il convient de signaler l'interprétation extensive donnée à l'article 59 *ter* de l'ordonnance, lequel permet de relever la prohibition qui frapperait normalement une entente, si celle-ci concourt à l'amélioration et à l'expansion des débouchés de la production ou au développement des progrès économiques en général. A ce titre, la Commission a retenu les éléments suivants:

a) une politique d'investissements rationnels, qui ne peut être possible sans les facilités de prévision en matière de débouchés résultant des ententes; cette formule implique qu'une certaine stabilité des débouchés peut être bienfaisante au point de vue économique, et donc légitimement recherchée, alors même qu'elle ne peut être obtenue que par une répartition au moyen de quotas;

b) des accords de spécialisation impliquant la réduction du nombre des modèles fabriqués et la concentration de chaque fabrication pour aboutir à des conditions de production aussi favorables que possible.;

c) un accroissement des débouchés extérieurs, c'est-à-dire les ententes à l'exportation.

La Commission technique des ententes conçoit davantage son action dans le but de prévenir les infractions en informant les industriels de l'étendue et des limites de leurs obligations qu'en initiant des mesures de sanction. C'est pour donner plus d'efficacité à cette action préventive que la Commission demande que toute la publicité souhaitable soit donnée à ses avis.

Si nous nous sommes quelque peu étendus sur la pratique française, c'est pour donner un exemple de l'application difficile de la philosophie de l'abus. Ce système appelle une jurisprudence nuancée par l'examen de chaque cas particulier pour lui-même. Nous serions cependant incomplet en limitant notre examen aux dispositions de l'ordonnance sur les prix qui concernent les ententes dites horizontales (art. 59). En ce qui concerne les pratiques restrictives verticales, c'est à l'article 37 de l'ordonnance précitée qu'il faut recourir. La distinction, souvent théorique, entre pratiques restrictives horizontales et verticales a, en France, sur le plan de la procédure, une grande importance. Alors que les ententes dites

---

[1] Voir note 3, p. 251.

horizontales font tout d'abord l'objet des avis de la Commission technique des ententes, les arrangements verticaux sont directement portés devant la juridiction pénale. Le délit est principalement celui du refus de vente, ce qui pose immédiatement la question de la validité du contrat d'exclusivité[1], lequel implique comme obligation primordiale d'un des partenaires la vente à un seul distributeur, et partant, le refus envers tous les autres. La jurisprudence s'efforce d'établir un principe selon lequel le contrat d'exclusivité est valable pour autant que charges et obligations s'équilibrent réciproquement. Cela revient à dire que la clause d'exclusivité ne pourra pas constituer un paravent à l'abri duquel le délit de refus de vente pourra être impunément pratiqué. C'est sur ce même article 37 que s'appuie l'interdiction de prix de reventes minimum. Seul un prix maximum peut être imposé, chaque commerçant restant libre de vendre en-dessous de ce prix. Ces dispositions tendent donc aussi à supprimer les obstacles qui pourraient entraver le libre jeu de l'offre et de la demande. Leur sévère application démontre que l'option pour le principe de l'abus et l'absence d'un système d'enregistrement généralisé n'excluent nullement une lutte active et efficace contre les conséquences nuisibles des pratiques commerciales restrictives.

7. *La Belgique* [2]

La loi belge tire son intérêt tout à la fois de son modernisme et du fait qu'elle constitue la première œuvre de codification complète, édictée pour elle-même, en matière de contrôle des ententes dans un pays de droit latin. En effet, la réglementation française n'est apparue que comme un addendum à la législation sur les prix et les principes généraux d'application commencent seulement à se dégager sur la base de la jurisprudence des tribunaux et des avis de la Commission technique des ententes.

Le droit belge nous propose donc une définition des notions de puissance économique et des abus dans la *loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique,* qui énonce:

> Art. 1. — La puissance économique est le pouvoir que possède une personne physique ou morale agissant isolément ou un groupe de ces personnes agissant de concert d'exercer (...) une influence prépondérante sur l'approvisionnement du marché de marchandises ou de capitaux, sur le prix, ou la qualité d'une marchandise ou d'un service déterminé.
>
> Art. 2. — Il y a abus, au sens de la présente loi, lorsqu'une ou plusieurs personnes détentrices de puissance économique, portent atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou qui restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs, soit le développement de la production ou des échanges.

La constatation des abus de puissance économique est confiée au Conseil du contentieux économique qui rend des avis. C'est sur la base de ces derniers que le Ministère des affaires économiques prend les mesures qui s'imposent, sous la forme de communication aux intéressés des recommandations qu'il juge opportun de leur présenter en vue de mettre fin aux abus. Si ceux-ci se perpétuent, des mesures pénales pourront être prises afin d'assurer le respect de la loi par la contrainte. Par ailleurs, le législateur belge a écarté le système de l'enregistrement des ententes.

---

[1] *Cf.* à ce sujet arrêt de la Cour de Cassation du 11 juillet 1962 dans l'affaire Brandt.

[2] *La protection contre les abus de puissance économique en droit belge,* par CHARLEY DEL MARMOL, Liège, 1960.

8. *L'Italie* [1]

Le droit italien ne possède pas de loi spéciale relative au contrôle des ententes, si ce n'est celle de 1932 qui crée plutôt des cas de cartels obligatoires dont l'orientation est évidemment assez différente des tendances actuelles. En revanche, le Code civil italien de 1942 comporte des dispositions assez étendues en matière de concurrence et prévoit même, en son article 2619 al. 1, que l'activité des consortiums peut être soumise au contrôle de l'autorité gouvernementale. L'article 2596 trace pour sa part quelques limites aux restrictions contractuelles de concurrence en limitant, notamment, leur durée à cinq ans. Cette disposition précise encore que de telles conventions doivent toujours revêtir la forme écrite. En l'état actuel du droit, la réglementation des cartels est donc soumise aux seules dispositions du Code civil. Un projet de loi sur la protection de la liberté de concurrence, du 24 février 1960, envisage le dépôt obligatoire des ententes auprès du Ministère du commerce et de l'industrie. Ce dernier pourrait alors soumettre telle ou telle des conventions enregistrées à une commission spéciale, chargée de dire si l'entente considérée doit être interdite. C'est donc également à la théorie de l'abus que se range le projet italien, assorti toutefois de l'enregistrement des accords de cartels.

9. *Le projet suisse* [2]

Le droit suisse ne comporte pas encore de loi spéciale pour réprimer les entraves à la concurrence. L'article 31 de la Constitution fédérale, qui pose le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, vise en premier lieu les rapports entre les particuliers et l'Etat. Or les dispositions relatives aux ententes ont pour objet de régler les rapports des particuliers entre eux, et d'assurer le jeu de la libre concurrence contre les limitations de ces derniers et non contre celles résultant de l'action de l'Etat.

En droit positif suisse, seules peuvent être invoquées les dispositions générales du CCS et du CO sur la protection de la personnalité économique et sur la nullité des clauses contractuelles contraires aux bonnes mœurs (art. 27 et 28 CCS, art. 19 al. 2 CO). En ce qui concerne la pratique judiciaire, elle s'est surtout occupée du boycott. Jusqu'à son arrêt du 20 décembre 1960, le Tribunal fédéral avait admis la licéité du boycott aussi longtemps que les moyens utilisés pour atteindre ce but n'étaient pas contraires aux lois ou aux bonnes mœurs d'une part, et qu'il n'y avait pas abus manifeste entre l'avantage recherché et le dommage causé, d'autre part. Par son arrêt de 1960, le Tribunal fédéral, renversant sa jurisprudence antérieure, a déclaré le boycott illicite en principe. Restent réservés les intérêts dignes de protection, susceptibles de justifier le boycott; mais c'est désormais à la partie qui invoque l'intérêt digne de protection d'en apporter la preuve.

Le projet suisse d'une loi fédérale sur les cartels a été soumis aux Chambres par le message du Conseil fédéral du 18 septembre 1961. Les principes retenus sont ceux de l'*abus* et de l'*absence d'un registre des cartels*. Le Conseil fédéral ne pense pas qu'un tel registre constitue l'instrument approprié pour les combattre. La définition des cartels figure à l'article 2. Elle est extrêmement large. La forme juridique des conventions n'est pas déterminante

---

[1] *Code civil italien*, Art. 2595 à 2620. *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, p. 82 et ss. *Guide to Restrictive Practices*, Vol. 1.

[2] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 18 septembre 1961, à l'appui d'un projet de loi sur les cartels et les organisations analogues, *Feuille fédérale*, 1961, II, p. 549 et ss.

et les accords juridiquement non obligatoires (Gentlemen's Agreements) sont également assujettis car ils sont souvent tout aussi bien observés que les accords conclus selon les formes. C'est pourquoi la loi fédérale s'intitule non seulement loi sur les cartels, mais comporte également la formule « et organisations analogues ». L'objectif recherché est la protection efficace des droits de chacun au libre exercice d'une activité économique. Deux dispositions illustrent d'ailleurs particulièrement bien le caractère du projet suisse. La première (art. 4 du projet) concerne les entraves apportées à la concurrence des tiers au moyen de mesures discriminatoires ou de boycottage. Ces mesures sont déclarées illicites. Les dispositions contractuelles limitatives de la concurrence sont par contre parfaitement admises tant que le cartel se fonde sur la libre collaboration de ses membres. La seconde se rapporte au droit de sortie des cartels (art. 11 du projet). Il faut éviter que des entraves excessives ne soient apportées au droit de résiliation des engagements issus de cartels, notamment lorsque ceux-ci menacent d'entraîner une véritable paralysie économique de l'un de ses membres. L'absence de condamnation de principe des cartels apparaît ainsi clairement. L'on se borne à empêcher le cartel d'exercer son influence en dehors du cercle de ses membres (pour forcer l'adhésion par exemple ou obtenir un comportement déterminé des outsiders) et à limiter la dépendance des membres des cartels en leur assurant une possibilité de sortie lorsque les circonstances le justifient. Ce n'est finalement rien d'autre que l'application large du principe général posé par l'article 2 al. 2 du Code civil suisse qui énonce: « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

En ce qui concerne la procédure, elle peut résulter d'une action intentée soit par une personne lésée, soit par le Département fédéral de l'économie publique. S'il s'agit d'une action engagée par un lésé, elle sera portée devant les tribunaux ordinaires, les cantons étant invités à désigner une instance cantonale unique pour accélérer la procédure. Signalons à ce propos que l'instance cantonale unique existe déjà pour l'application de plusieurs lois fédérales, notamment dans le domaine des assurances sociales (Lois fédérales sur l'assurance maladie et accidents, l'assurance militaire) et de la protection de la propriété industrielle. Les jugements cantonaux pour violation du droit fédéral pourront faire l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral, si la valeur litigieuse est d'au moins 8000 francs. Dans le cas d'une action administrative, c'est la Commission des cartels, nommée par le Conseil fédéral, qui sera chargée de l'enquête. Une fois la procédure terminée, la Commission remet au Département fédéral de l'économie publique un rapport et des propositions. Les conclusions de la Commission auront sans doute, dans la plupart des cas, la forme de recommandations afin d'orienter l'organisation cartellaire examinée dans une direction qui en fasse disparaître les abus. En revanche, si la Commission prend des mesures ou décisions exécutoires, celles-ci pourront être attaquées, dans le délai de dix jours, devant le président du Tribunal fédéral pour violation manifeste du droit. L'action administrative est destinée à garantir l'application complète de la loi. Elle conserve toutefois un certain caractère subsidiaire par rapport à l'action civile. Elle ne devra en tout cas pas servir à épargner aux intéressés l'engagement d'une action devant les tribunaux ordinaires.

Parmi les exceptions au champ d'application de la loi, il convient de faire une mention spéciale de l'article 22, al. 2 du projet, qui réserve expressément les dispositions des lois sur la propriété industrielle et le droit d'auteur. A ce sujet, le Conseil fédéral remarque, dans son message, que si le législateur veut protéger la propriété industrielle, il ne faut pas que cette protection soit contrecarrée par une autre loi. Il appartient alors à la législation sur la protection de la propriété industrielle elle-même de prévoir les dispositions nécessaires pour combattre les abus en la matière.

IV. DROIT INTERNATIONAL

A la suite des législations nationales en matière de contrôle des ententes, ce domaine du droit a rapidement fait l'objet de réglementations internationales. Première convention internationale à se saisir de la question, la *Charte de La Havane* — même si elle est restée à l'état de projet non ratifié — n'en constitue pas moins un document du plus vif intérêt. La négociation de cet acte international fournit, en particulier, l'occasion d'une confrontation directe des notions anglo-saxonnes et latines. Après cette tentative infructueuse, c'est dans le cadre des organismes à vocation supranationale que devait se développer la réglementation internationale en matière de contrôle des ententes. Celle-ci constitue une partie importantes des Traités de Paris et de Rome instituant respectivement la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et la Communauté économique européenne (CEE). Elle occupe également une place, il est vrai plus modeste, dans le Traité de Stockholm établissant l'Association européenne de libre-échange (AELE).

1. *Le projet de la Charte de La Havane* [1]

En automne 1947 se réunissait à La Havane une conférence des Nations Unies, chargée d'élaborer, sur la base des projets du Conseil économique et social des Nations Unies, le texte d'une charte du commerce et de l'industrie, dite Charte de La Havane. N'ayant pas été ratifiée par la majorité des signataires, cette Convention est restée à l'état de projet, sauf en ce qui concerne l'accord général sur les tarifs douaniers, qui devait donner naissance à l'organisation connue sous le sigle de GATT.

La Charte comprenait un chapitre V sur lequel il est intéressant de s'arrêter, puisqu'il est justement intitulé « Pratiques commerciales restrictives ». Le but était d'éviter que les agissements d'entreprises commerciales privées ou publiques n'entravent la réalisation des objectifs de la Charte, à savoir: le développement de la production, de la consommation et des échanges, tout en facilitant l'accès dans des conditions d'égalité aux marchés et sources d'approvisionnement. Diverses méthodes furent proposées pour parvenir à ces fins. Il y avait tout d'abord la thèse américaine; les Etats-Unis, dans l'euphorie de la fin victorieuse de la Seconde Guerre, entendaient faire bénéficier le monde entier des avantages de la législation qu'ils s'étaient donnée. Ils suggéraient donc de condamner en principe toutes les ententes en bloc. En revanche, la délégation américaine songeait à exonérer de poursuites l'entreprise unique, quelle que fût sa puissance économique et les conséquences abusives de sa position dominante. C'était là le reflet de la pratique américaine, qu'il s'agissait de transposer dans ses grandes lignes à l'échelon international. La délégation britannique, quant à elle, n'était pas opposée à la thèse américaine mais désirait obtenir l'exonération des entreprises publiques et l'exclusion des services (banques, assurances, transports, etc.) de l'application du chapitre V.

Au projet américain qui faisait nettement un procès de tendance aux cartels, et pour lequel le seul fait de fixer des prix et de délimiter contractuellement les marchés était en soi condamnable, s'opposaient de nombreuses délégations. La Belgique fut leur porte-parole en proposant, et faisant adopter, le principe de l'abus, solution qui écartait toute condamnation de principe des ententes. C'est ainsi qu'on aboutit à un texte qui ne condamne pas les ententes, mais uniquement leurs effets nuisibles.

---

[1] *Cf.* F. PETITPIERRE, *op. cit.*, p. 40 et CH. DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 41-44.

Le refus par les Etats-Unis de ratifier la Charte de La Havane tient sans doute en partie au fait que les vues américaines dans le domaine des ententes avaient été écartées. Même si elle n'a jamais connu d'application effective, la Charte de La Havane est, par son chapitre V, un document d'un vif intérêt, ayant dégagé, à l'occasion d'une grande assemblée internationale, une majorité de pays en faveur du contrôle des abus de la puissance économique plutôt qu'en une interdiction générale de toutes les limitations contractuelles de concurrence, indépendamment de leurs effets nuisibles ou bénéfiques.

2. *La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)*

Le Traité de Paris du 18 avril 1951 constitue à la fois le premier acte international en vigueur comportant des dispositions relatives aux ententes et la préfiguration de celui de Rome qui devait étendre la Communauté, limitée jusque-là à l'acier et au charbon, à toutes les autres branches de production. Préface aux règles de concurrence que devaient se donner les six pays du Marché commun, la législation cartellaire de la CECA a également donné lieu à la formation d'une jurisprudence applicable dans le cadre du Traité de Rome, puisque le contrôle judiciaire des décisions de la Haute Autorité de la CECA et de celles de la Commission du Marché commun revient à la même Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg. Les décisions rendues sur la base du premier Traité feront donc automatiquement jurisprudence pour l'application du second.

L'article 65 du Traité de la CECA pose le principe de l'interdiction des ententes et concentrations qui tendraient à fausser le jeu normal de la concurrence et en particulier à fixer les prix, à restreindre ou contrôler la production ou à répartir les marchés. Ce principe énoncé, vient la liste des exceptions, c'est-à-dire des cas dans lesquels la Haute Autorité autorise de tels accords. Elle le fera en particulier lorsqu'ils contribueront à une amélioration de la production ou de la distribution des produits. Nous nous trouvons donc en face d'un système d'interdiction de principe sans enregistrement généralisé des ententes et avec faculté pour la Haute Autorité d'accorder les dérogations justifiées par les objectifs poursuivis par les entreprises liées.

Conformément aux articles 31 et suivants du Traité, les décisions de la Haute Autorité, sont susceptibles de recours devant la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg. Cette Cour, de la sorte, a eu l'occasion de rendre déjà plusieurs arrêts en matière de contrôle des ententes et concentrations. Ces arrêts sont intéressants à plus d'un point de vue. Ils fixent tout d'abord les bases jurisprudentielles nécessaires à l'application des règles contenues dans les traités, mais confirment également la compétence supranationale des organes de la CECA et de la CEE. Ils sont enfin une manifestation de l'importance grandissante que prend la Cour en tant que juridiction interne des Communautés. Ouverte au recours non seulement des Etats et de la Haute Autorité de la CECA, comme de la Commission de la CEE, mais encore au recours des sujets de droit privé, la Cour étend son contrôle direct tant sur les décisions des Communautés autorisant ou interdisant des ententes que sur la procédure adoptée lors des enquêtes. La Cour, qui siège à Luxembourg, diffère donc fondamentalement d'une instance du genre de celle de la Cour internationale de justice de La Haye, ouverte au seul recours des Etats. De la fonction de Cour internationale qu'elle avait en partie à l'origine, la Cour de justice de Luxembourg devient, au fur et à mesure de la mise en place des institutions du Marché commun, la juridiction interne des Communautés. Ainsi, le rôle de la Cour s'en trouve renforcé, davantage peut-être qu'on ne le prévoyait à l'origine, mais il n'y a là aucune raison de ne pas se réjouir de

cette évolution puisqu'à l'extension progressive des compétences supranationales des administrations des Communautés, elle apporte un renforcement correspondant du contrôle judiciaire.

De la jurisprudence déjà développée en application du Traité de la CECA, nous voudrions rapporter deux décisions. La première concerne le droit d'enquête et de communication dont disposent les organes administratifs des Communautés européennes. A ce sujet, la Cour a admis [1] que le droit d'investigation des institutions supranationales était le même que celui des autorités fiscales nationales. Il s'agissait, en l'occurrence, de savoir si la Haute Autorité pouvait examiner l'ensemble de la comptabilité d'une entreprise dont une partie seulement était consacrée à la production de l'acier. Contrairement aux conclusions de l'avocat-général, la Cour a admis que le contrôle pouvait porter sur l'ensemble de la comptabilité, car un contrôle restreint était matériellement plus difficile, étendant par-là au maximum le droit d'investigation de la Haute Autorité. Il résulte donc de cet arrêt que les organes exécutifs des Communautés européennes disposent d'un *pouvoir direct et effectif d'investigation* auprès des sujets de droit privé des différents Etats membres des Communautés.

La seconde décision, prise par arrêt du 18 mai 1962 [2], a donné à la Cour l'occasion de se prononcer sur une affaire de concentration. Il s'agissait d'un recours introduit par les trois comptoirs charbonniers de la Ruhr et les trente-huit sociétés minières de ce bassin contre la décison de la Haute Autorité interdisant la création d'un comptoir unique de vente des houilles rhénanes. L'arrêt de la Cour de justice (rapporteur M. Jacques Rueff, l'économiste français bien connu), est sans doute l'un des plus importants rédigé par cette juridiction depuis sa création. Tout en admettant que le marché charbonnier ne saurait être considéré comme un exemple de concurrence parfaite, du fait que la plupart des concurrents sont eux-mêmes de véritables monopoles, la Cour rejette néanmoins la requête présentée par les groupes de la Ruhr. Même dans une branche déjà très cartellisée, il convient de répondre autant que possible aux exigences fondamentales de l'article 65 du Traité, qui tend à maintenir une dose minimum de concurrence indispensable. La Cour estime en conséquence que la constitution du Comptoir unique de la Ruhr, qui aurait contrôlé entre 26 % et 43 % des charbons écoulés dans le Marché commun, ne répond pas à cette exigence. Cette part est environ quatre fois plus importante que celle de tout autre producteur du Marché commun et s'élève à plus du double de la production globale des charbonnages de France, seule organisation comparable par son importance. Il existe donc une disproportion manifeste entre la production du bassin de la Ruhr et les autres régions de production de la Communauté. Placée devant une tentative caractérisée de concentration aboutissant à une position dominante, la Cour de justice l'a frappée d'interdiction.

3. *La Communauté économique européenne (CEE)*

En exposant le contenu des dispositions relatives aux règles de concurrence figurant dans le Traité de Rome instituant le Marché commun, nous mentionnerons, à titre de comparaison, et pour autant que l'institution correspondante existe, les clauses du Traité de Stockholm. Un chapitre spécial consacré à la réglementation de l'AELE apparaît superflu en raison de l'absence quasi totale de cas d'application et de l'existence vraisemblablement transitoire de la Convention de Stockholm.

---

[1] Arrêt Acciaieria e Tubificio di Brescia c/Haute Autorité de la CECA, *Recueil de la juriprudence de la Cour*, Vol. VI, 1re partie, 1960, p. 151 à 214.

[2] Affaire 13/60, Arrêt non encore publié,

La CEE comme l'AELE placent parmi leurs objectifs fondamentaux l'établissement de règles de concurrence équitables. Le Traité de Rome énonce, en son article 3 litt. f): « L'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun »; celui de Stockholm déclare en son article 2 litt. b): « Les objectifs de l'association sont d'assurer aux Etats membres des conditions de concurrence équitables ».

En ce qui concerne le Marché commun, les règles de concurrence proprement dites figurent au chapitre réservé à la politique de la Communauté (art. 85 et ss.). Conformément à une première disposition, sont déclarés « incompatibles avec le Marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le champ de la concurrence ». Il suffit d'une distorsion *possible* pour entraîner l'interdiction. Il s'agit donc là d'une *présomption générale d'interdiction des ententes visées avec nullité de plein droit.* En revanche, les pratiques concertées doivent affecter les relations entre Etats. Aussi longtemps que leurs effets ne dépassent pas le cadre national, chaque législation nationale les réglemente à sa guise.

Le principe ainsi posé est assorti d'un certain nombre d'exemples dans une liste indicative comprenant la fixation, de façon directe ou indirecte, de prix, la limitation des débouchés, la répartition des marchés et sources d'approvisionnement et une politique discriminatoire à l'égard de certains partenaires commerciaux. Comme il n'est pas de principe sans exception, il y a donc aussi de « bonnes ententes » qui sont alors autorisées. Ce sont celles qui contribuent à améliorer la production et à promouvoir le progrès technique sans imposer aux intéressés des restrictions non indispensables pour atteindre ces objectifs, ni éliminer la concurrence. Dans ces cas, les dispositions d'interdiction des ententes sont déclarées inapplicables, dans les conditions prévues au Règlement.

La clause suivante (art. 86) se réfère aux entreprises exploitant d'une façon abusive une position dominante dans le Marché commun. Contrairement à l'article précédant, la position dominante n'est pas visée comme telle, mais seulement dans la mesure où elle est utilisée abusivement pour imposer des transactions non équitables, limiter la production, etc. Il n'y a donc pas de nullité de plein droit comme dans le système de l'article 85, mais un simple contrôle.

Du côté de l'AELE, c'est l'article 15 du Traité de Stockholm qui vise à ce que l'élimination des obstacles aux échanges d'origine étatique ne soit pas contrecarrée par des accords, cartels ou autres pratiques limitant la concurrence. Ceux-ci sont incompatibles avec la Convention « dans la mesure » où ils compromettent les avantages résultant de l'abaissement ou de la suppression des droits de douane et des restrictions dans les échanges entre Etats. C'est ici, contrairement à la CEE, l'application de la philosophie de l'abus. Enfin, l'action ne peut être engagée par le lésé lui-même, car seuls les Etats ont qualité pour informer le Conseil, qui décide des mesures à prendre. S'il est vrai que, conformément au droit international public, l'Etat est le défenseur normal des droits de ses ressortissants, il n'en reste pas moins que les cas dans lesquels une action pourra pratiquement être engagée se trouvent singulièrement limités dès lors qu'il faut au préalable y décider l'Etat dont on est ressortissant. On le voit, si les dipositions que se sont données les groupes des Six et des Sept procèdent d'intentions similaires, elles divergent complètement dans leur mode d'application.

Le *Règlement d'application* des articles 85 et 86 du Traité de Rome a été, conformément à l'article 87 du dit Traité, promulgué par le Conseil de la CEE, agissant sur proposition

de la Commission et après consultation du Comité économique et social d'une part, et de l'Assemblée parlementaire, d'autre part. Rappelons à cette occasion que la Commission du Marché commun, telle qu'elle est définie aux articles 155 à 163 du Traité, est un organe exécutif, composé de membres indépendants qui présentent notamment des recommandations au Conseil, formé, lui, des représentants de chacun des Etats.

Il est remarquable que le Comité économique et social n'ait pu émettre d'avis pour le motif que, saisi du projet au cours d'une session où cent votes furent émis — le Comité compte cent un membres — ceux-ci se sont partagés en deux moitiés exactement égales, cinquante pour un avis favorable, cinquante contre. Ce simple fait démontre combien les principes retenus dans le Règlement (notamment le système de l'enregistrement) sont loin d'avoir réuni l'unanimité des opinions. L'avis de l'Assemblée ayant été également recueilli, le Règlement fut publié au *Journal officiel des Communautés européennes* du 21 février 1962, pour entrer en vigueur, conformément à l'article 191 du Traité, vingt jours après sa parution. Il comporte les principales dispositions suivantes:

a) Confirmation de l'interdiction de principe des ententes « sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet » (article premier du Règlement).

b) Conséquence inévitable de l'application de la théorie de l'interdiction, le Règlement institue un système d'attestations négatives, qui permet aux entreprises de faire constater par la Commission que leurs accords ne tombent pas sous le coup des interdictions prononcées par les articles 85 ch. 1 et 86 du Traité (art. 2 du Règlement).

c) La Commission peut, soit d'office, soit à la demande d'un Etat, soit encore d'une personne privée justifiant d'un intérêt, constater une infraction et prononcer les mesures propres à y mettre fin. Une recommandation préalable peut être adressée aux intéressés, pour les inviter à mettre fin volontairement à l'infraction (art. 3 du Règlement). Manifestation du caractère supranational des décisions de la Commission, elles sont directement applicables pour les destinataires (art. 189, al. 1 du Traité) et susceptibles de recours devant la Cour de justice des Communautés européennes (art. 183 du Traité).

d) Introduction du système d'enregistrement généralisé des accords et pratiques limitatifs de concurrence. Les accords existant au moment de l'entrée en vigueur du Règlement doivent être annoncés avant le 1er novembre 1962 — délai reporté qui avait été primitivement fixé à l'échéance incroyablement courte du 1er août déjà.

Le défaut de cette notification a pour conséquence d'empêcher l'accord ou l'entente de bénéficier de l'exception de l'article 85 ch. 3, c'est-à-dire de voir sa validité reconnue. Les décisions d'application de l'article 85 ch. 3 sont prises par la Commission qui indique la date à partir de laquelle l'autorisation prend effet. Celle-ci ne pourra être antérieure à la notification sauf pour les ententes existant déjà au moment de l'entrée en vigueur du Règlement et annoncées avant la date du 1er novembre.

e) Sont dispensés de notification un certain nombre d'accords. Ce sont principalement les contrats relatifs à la fixation des prix de revente auxquels deux entreprises seulement participent ainsi que ceux portant sur l'utilisation de droits résultant de la propriété industrielle. Dans ces cas, la notification reste facultative. Toutefois, l'exception de notification n'entraîne pas l'absence de contrôle, qui reste possible sur la base d'une enquête engagée d'office ou à la demande d'un tiers. Il a même été expressément déclaré dans l'exposé des motifs à l'appui du projet de Règlement que la dispense de notification de ces conventions n'implique pas qu'elles échappent à l'interdiction de l'article 85 ch. 1 du Traité.

V. CONCLUSIONS

L'abondance des problèmes posés par l'apparition, somme toute récente en Europe, de la réglementation des cartels exclut de les traiter et de les discuter tous dans le cadre d'une étude de ce genre. Au moment de conclure, il est préférable de faire un choix, tant du point de vue des questions à soulever que de celui des législations sous l'angle desquelles on peut les examiner. C'est donc à quelques aspects de la réglementation de la CEE en la matière que nous consacrerons la fin de cet exposé.

Il y a tout d'abord les domaines exclus de la réglementation cartellaire. Par sa nature économique, ce droit ne saurait s'arrêter aux seules divisions juridiques formelles. Pour saisir la réalité des faits, il doit notamment faire appel à la notion de groupe (« Konzern » selon le terme allemand plus explicite en l'occurrence) sans se préoccuper des relations internes entre maison-mère et sociétés filiales, ou affiliées, qui le composent. C'est en effet à l'échelon du groupe que les accords de cartels sont généralement passés et que les positions dominantes sont acquises. L'entité à saisir est donc bien davantage le complexe industriel ou commercial pris dans son ensemble que telle ou telle société isolée qui en fait partie. Cette situation a une contrepartie, à savoir que l'investigation de l'autorité de contrôle ne devra point pénétrer à l'intérieur même de cette entité pour en examiner les structures. Il n'y a pas de concurrence entre maison-mère et filiale. Il n'y a donc pas de libre concurrence à protéger. Un contrôle de ces rapports sur la base des règles cartellaires serait donc contraire à l'esprit comme au but d'une législation sur les ententes. La question se posera souvent à l'Administration européenne de Bruxelles, chargée du contrôle des ententes, de savoir si elle se trouve en face d'un groupe intégré formant un tout ou en présence de sociétés véritablement concurrentes. En effet, les groupes sont sans doute plus fréquents dans une communauté internationale que nationale, du fait de leur structure souple et adaptée aux différentes situations locales qui les destinent tout particulièrement aux activités s'étendant sur plusieurs pays. Souhaitons donc que la Commission de la CEE s'inspire toujours, dans ces cas, du principe expressément formulé par la loi anglaise [1] lorsqu'elle déclare que plusieurs personnes associées dans un même groupe seront considérées, au sens de la législation des cartels, comme une seule entité.

Un autre domaine d'exclusion à l'application des règles anticartellaires est représenté par le droit de la propriété industrielle. La plupart des pays ont inscrit une réserve expresse en faveur de ce dernier. Le Règlement aux articles 85 et 86 du Traité de Rome s'est borné à dispenser les accords de cette nature de la notification obligatoire, l'exposé des motifs précisant toutefois que les dispositions d'interdiction générale restaient applicables à cette matière. Cette prise de position est particulièrement regrettable. En effet, une convention de licence portant sur l'utilisation d'un brevet, d'un procédé de fabrication ou d'une marque en échange d'une redevance, implique par sa nature même certaines limitations et exclusions vis-à-vis de l'extérieur. Les méconnaître serait ignorer tout le droit de la protection de la propriété industrielle qui ne fait, en somme, rien d'autre que de créer des monopoles, protégés par l'Etat lui-même, en faveur de l'auteur d'une découverte en lui délivrant un brevet, ou en faveur du détenteur d'une marque en l'enregistrant à son nom exclusivement. Il n'en va pas autrement en matière de droit d'auteur. Il reste à espérer que le principe qui n'a pas été reconnu dans les textes le soit par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg lorsque l'occasion sera donnée à cette instance de réaffirmer la primauté des droits attachés à la propriété industrielle.

---

[1] *Cf.* ci-dessus, chap. III, Grande-Bretagne.

Un autre problème aux conséquences immédiates pour l'ensemble des industriels et commerçants travaillant dans le Marché commun est constitué par l'institution du Registre auquel toutes les ententes doivent désormais être notifiées. Le principe de l'interdiction ayant été établi par le Traité de Rome, il appartenait aux auteurs du Règlement d'application d'opter pour le système de l'enregistrement ou de l'écarter. La solution du contrôle généralisé a été finalement retenue. Elle a l'inconvénient d'obliger à juger les ententes d'après leur libellé et non pas d'après le comportement effectif des partenaires. En outre, l'administration s'occupe de délivrer des autorisations et les attestations négatives prévues par l'article 2 du Règlement plutôt que de se concentrer exclusivement sur la poursuite des ententes nuisibles. Le contrôle préalable a en revanche l'avantage de donner, après décision favorable des autorités, une certitude juridique entière à ceux qui ont fait enregistrer leurs contrats. Une telle sécurité est particulièrement précieuse en ce qui concerne les conventions de licence ou d'exclusivité. Cet avantage ne semble toutefois pas contrebalancer pleinement les inconvénients du système, indépendamment du fait que la charge écrasante que représentera pour l'administration l'enregistrement de toutes les conventions susceptibles d'entraver la libre concurrence dans les six pays du Marché commun — sans parler de la surcharge qui résulterait de l'entrée dans la Communauté des pays qui ont présenté une demande d'adhésion — risque de ralentir beaucoup la délivrance des autorisations. En effet, pour que l'avantage de sécurité résultant du contrôle préalable soit effectif, il faut que les autorisations soient données rapidement. Voilà qui risque de ne pas être chose aisée pour les instances compétentes de Bruxelles!

La sévérité des dispositions anticartellaires dans le Marché commun a conduit certains juristes à rechercher, par une interprétation habile des textes, quelques adoucissements à la rigueur de cette législation. Il s'agit notamment de l'exception de l'article 85, ch. 3 [1] qui déclare inapplicable, dans certains cas, l'interdiction de principe prononcée sous ch. 1 de la même clause. Certaines opinions voudraient faire de cette disposition une exception légale — c'est-à-dire automatique et sans autorisation spéciale de dispense — au même titre par exemple que celle de l'article 59 *ter* de la loi française [2]. D'après les partisans de cette thèse, le fait que les ententes interdites le sont en l'absence d'une décision spéciale devrait également jouer en faveur de celles qui peuvent bénéficier de l'exception, en les libérant à la fois d'une décision préalable de l'autorité et de l'obligation de notification. Ce raisonnement séduisant ne résiste cependant pas à l'examen des textes. L'exemple du droit français, tout d'abord, n'est pas applicable à la réglementation du Marché commun. Si l'exception qui fait échapper l'entente à l'interdiction peut avoir le caractère d'exception légale dans une législation inspirée de la philosophie de l'abus, il n'en est pas de même lors de l'application d'une loi inspirée du principe de l'interdiction. Au surplus, les termes mêmes de l'article 85 ch. 3 du Traité de Rome excluent une telle interprétation, dès lors qu'il est dit que les dispositions du paragraphe 1 « peuvent être déclarées inapplicables ». L'usage du verbe « déclarer » implique bien l'idée d'une décision particulière prise dans chaque cas, et partant, l'impossibilité d'une exception légale et automatique. C'est ce qui a permis au Règlement d'application de faire de la notification d'une entente le préalable nécessaire à une décision d'exemption. L'espoir de voir la controverse portée une fois devant la Cour de Luxembourg pour être tranchée en faveur de l'exception légale apparaît donc extrêmement faible, sinon nul.

---

[1] *Cf.* à ce sujet A. DERINGER: « Les règles concernant la concurrence dans le cadre du Marché commun entrent en vigueur », *Revue du Marché commun*, 1962, p. 70.

[2] *Cf.* ci-dessus chap. III, France.

Il y a enfin lieu de signaler le problème particulier soulevé par les accords poursuivant une simple répartition des intérêts tels que contrats d'exclusivité, de licence, etc. La question a été posée de savoir si ces arrangements — qui constituent la très grande majorité des conventions dites verticales — n'échappent pas purement et simplement à l'application de l'article 85 ch. 1 du Traité de Rome. Bien que la doctrine dominante rejette cette opinion, la thèse de l'exclusion ne manque pas de bons arguments [1]. Les tenants de cette conception avancent principalement le fait que les exemples d'accords interdits donnés par le ch. 1 de l'article 85 sous litt. d) et e) étant repris, dans les mêmes termes, sous litt. c) et d) de l'article 86, l'article 85 ne saurait avoir un caractère général. Ils ne reconnaissent en conséquence à cette disposition qu'une portée limitée aux accords de groupe instituant un véritable cartel — c'est-à-dire les ententes dites horizontales. L'article 86 se référant pour sa part aux positions dominantes exclusivement, ils en déduisent que les ententes verticales en particulier ne tombent pas sous le coup des dispositions anticartellaires du Traité de Rome. Cette interprétation grammaticale implique la constatation d'une lacune intentionnelle de la loi. Si elle ne manque pas de logique, elle s'écarte toutefois de l'esprit dans lequel la Réglementation a été instituée et qui vise à lui donner un champ d'application aussi étendu que possible. La Cour des Communautés européennes n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet mais il est évident qu'un jugement excluant les accords verticaux du champ d'application de l'article 85 aurait de vastes conséquences sur la portée de la législation cartellaire au sein du Marché commun.

Passant de l'examen des textes à l'appréciation générale de l'économie de la loi anticartellaire européenne, il est permis de regretter que, par l'application du système de l'interdiction, on fasse peser la suspicion sur des ententes licites jusqu'au jour où elles seront approuvées. Il faut aussi craindre que la déclaration obligatoire n'aboutisse à soumettre à cette formalité les seules pratiques non condamnables, les autres demeurant cachées dans l'ombre. Des poursuites menées à bon escient par devant les tribunaux ont certainement un effet préventif tout aussi efficace vis-à-vis des tiers que l'institution d'une lourde machine administrative.

Cette législation de contrôle très strict est peut-être une conséquence du procès de tendance dont les cartels sont l'objet de nos jours. S'il est vrai qu'ils ont été à l'origine d'abus et qu'il est certes inadmissible qu'ils constituent parfois des Etats dans l'Etat, ce serait une erreur de faire peser sur toutes les ententes et toutes les conventions réglementant la concurrence — le plus souvent nécessaire au développement harmonieux de l'activité économique et commerciale — une prévention de méfiance et d'hostilité.

Il est toutefois encore trop tôt pour porter un jugement définitif sur la jeune réglementation cartellaire du Marché commun. Comme pour toute œuvre humaine, sa valeur dépendra de l'usage qu'en feront les autorités chargées de l'appliquer, et seule l'expérience dira dans quelle mesure elle devra faire l'objet d'assouplissements.

---

[1] *Cf.* dans *Wirtschaft und Wettbewerb, cf.* SÖLTER 1961, p. 665 et VON WERDT 1962, p. 583.

BIBLIOGRAPHIE

ALBERY M. et FLETCHER C.-F.: *Monopolies and Restrictive Trade Practices*, Londres, 1956.

An Antitrust Handbook, Section of Antitrust Law, American Bar Association, Chigaco, 1958.

Cour des Communautés européennes: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, Luxembourg.

DESBOIS H.: « La propriété industrielle et le Marché commun », dans *Les Problèmes juridiques et économiques du Marché commun*, Lille, 1959, p. 199 et ss.

V. GAMM: *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, Karl Heymann Verlag AG., 1961.

GOLAY J.: « Les cartels en Suisse et l'intégration économique », *Revue économique et sociale*, Lausanne, avril 1961.

Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, 3 volumes, publiés par l'Agence européenne de productivité, Organisation Européenne de Coopération Economique, Paris, 1961.

HOUSSIAUX J.: *Concurrence et Marché commun*, Paris, 1960.

HUG W.: « Das Wettbewerbspolitische Problem », in *Die Schweiz und der Gemeinsame Markt*, Zurich, 1962 (Sammlung von Aufsätzen aus der NZZ).

Journal officiel des Communautés européennes, 1962, p. 204 à 211: Règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome.

LAGRANGE M.: « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes » dans *Problèmes juridiques et économiques du Marché commun*, Lille, 1959, p. 41 et ss.

Revue du Marché Commun, Paris.

DEL MARMOL Ch.: *La protection contre les abus de puissance économique en droit belge*, Liège, 1960.

Message du Conseil fédéral: « Projet de loi sur les cartels et les organisations analogues », *Feuille fédérale*, 1961, II, p. 549 et ss.

MEYNAUD J.: « Le contrôle des ententes », *Revue économique et sociale*, Lausanne, 1958.

PETITPIERRE F.: *L'application du droit antitrust des Etats-Unis d'Amérique à leur commerce extérieur*, Neuchâtel, 1956.

Rapports de la Commission technique des ententes au ministre chargé des Affaires économiques pour les années 1954 à 1959, Paris, *Journaux officiels*, 1961.

« Wettbewerb in Recht und Praxis », *Zeitschrift*, Francfort.

« Wirtschaft und Wettbewerb », *Zeitschrift für Kartellrecht, Wettbewerbsrecht und Marktorganisation*, Düsseldorf.