

CH_VB 86.055 vom 29. September 1986

Bundesverwaltung, 1986-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_86.055

FR: CH_VB 86.055 du 29 septembre 1986

IT: CH_VB 86.055 del 29 settembre 1986

Erwägungen

E. 29

septembre 1986 Au nom du Conseil fédéral suisse: Le président de la Confédération, Egli
Le chancelier de la Confédération, Buser 1986-754 39 Feuille fédérale. 138e année. Vol. III
525

Vue d'ensemble Le 2 juillet 1984, la maison Denner SA a déposé l'initiative populaire "pour la protection des consommateurs". Celle-ci propose d'introduire dans la constitution fédérale un nouvel article aiociies prévoyant une interdiction de cartels dans le domaine du commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation, ainsi que l'interdiction de toutes dis- positions relatives aux prix minimaux prises par les autorités dans ce secteur commercial. Comment obtenir la certitude que l'interdiction des cartels est respectée? Des dispositions de droit civil et, le cas échéant, de droit pénal devraient four- nir l'assurance que l'interdiction des cartels est respectée; quant à l'interdiction faite aux autorités de fixer des prix minimaux, elle serait confortée par une modification partielle de la compétence constitutionnelle du Tribunal fédéral. Les dispositions transitoires proposent, jusqu'à la publication des dispositions d'exécution, d'interdire les cartels en ap- pliquant par analogie les dispositions de droit civil de la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Par ailleurs, les accords non conformes à l'interdiction de cartels, passés avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle disposition constitutionnelle, n'auront plus aucun effet juridique après cette date. Denner SA attend de ce nouvel article constitutionnel une sti- mulation de la concurrence au profit du consommateur et une uniformisation de la politique suisse en matière de concurren- ce. Dans cette perspective, la loi sur les cartels, la loi concernant la surveillance des prix et la loi fédérale contre la concurrence déloyale perdraient de leur importance. L'ini- tiative vise, dans son domaine, à stimuler les forces du mar- ché et à faire jouer les lois économiques en lieu et place des réglementations privées ou étatiques. Le Conseil fédéral vous demande de rejeter cette initiative. L'interdiction de cartels, telle que formulée dans l'initiati- 526

ve, ne s'accorde pas suffisamment avec la législation sur les cartels, actuellement en vigueur et la délimitation de cette interdiction réserve de sérieuses difficultés que même une loi d'exécution ne parviendra pas à surmonter sans peine. L'ini- tiative touche un domaine (denrées alimentaires et autres bie- ns de consommation) dans lequel la concurrence se révèle déjà très vive. Elle est de nature, dans ce secteur, à favoriser la concentration et à renforcer la puissance d'achat des grands distributeurs au détriment de leurs concurrents et des four- nisseurs au niveau précédent. Il ne servira à rien de simpli- fier la législation en matière de concurrence, car l'interdic- tion de cartels ne couvrira qu'un secteur particulier. En de- hors de celui-ci, il faudra continuer d'appliquer la loi sur les cartels et les organisations analogues, la loi concernant la surveillance des prix, ainsi que la loi contre la concur- rence déloyale. Le Conseil fédéral estime également inopportun que l'on inter- dise

aux autorités de prendre des dispositions sur les prix minimaux, comme le prévoit l'initiative. La fixation de prix minimaux par les autorités peut se révéler être un moyen approprié pour atteindre certains objectifs, par exemple en matière de protection de la santé. De même, le Conseil fédéral, pour des questions de principe, pense qu'il est inapproprié d'envisager l'introduction d'une juridiction constitutionnelle pour le domaine d'application de l'initiative. 527

MESSAGE I Forme II Teneur Le 2 juillet 1984, l'initiative populaire "pour la protection des consommateurs" (ci-après "l'initiative") a été déposée. Elle a teneur suivante: "Art. 31octies (nouveau) ^Toutes mesures prises et tous accords passés par des entreprises, des organisations ou des particuliers qui visent, par une action concertée, à restreindre la concurrence dans le commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation au moyen de clauses sur les prix minimaux, d'interdictions de livrer ou d'autres conditions de livraison discriminatoires, ou à abuser les consommateurs, ainsi que toutes dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités dans ce secteur commercial, sont illicites. 2La législation fédérale déterminera les conséquences des infractions au premier alinéa commises par des entreprises, des organisations ou des particuliers. Elle peut prévoir une protection juridique non seulement civile, mais aussi pénale. ^a. Les dispositions officielles, y compris les lois, peuvent en tout temps être soumises au Tribunal fédéral pour qu'il examine si elles sont conformes au présent article. b. Quiconque pourrait être lésé dans ses intérêts dignes de protection a qualité pour agir en justice. L'action dûment motivée doit être déposée par écrit auprès du Tribunal fédéral. La procédure est régie au demeurant par les dispositions sur la juridiction du Tribunal fédéral en matière de droit public, applicables par analogie. c. Le Tribunal fédéral abrogera les dispositions contestées qui ne sont pas conformes au présent article. L'arrêt sera publié. 528

Dispositions transitoires 1 Les mesures prises et les accords passés ayant la date d'entrée en vigueur de l'article 31octies qui ne sont pas conformes à son premier alinéa n'ont plus aucun effet juridique après cette date. 2 Les sanctions prévues par le droit civil fédéral en matière de concurrence déloyale sont applicables par analogie jusqu'à la publication d'une loi portant exécution du deuxième alinéa de l'article 31octies. L'initiative est nantie d'une clause de retrait (FF 1984 I 31) 12 Aboutissement Par décision du 21 août 1984, la Chancellerie fédérale a déclaré que l'initiative appuyée par 155'610 signatures valables a abouti (FF 1984 II 1307). 13 Délai pour présenter le message Le Conseil fédéral a jusqu'au 2 juillet 1987 pour présenter à l'Assemblée fédérale un message sur l'initiative populaire (art. 29, 1er al., LRC; RS 171.11) . 14 Validité 141 Unité de la forme Une initiative peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 121, 4e al., cst.); les formes mixtes sont irrecevables (art. 75, 3e al., de la loi sur les droits politiques, LDP; RS 161.1). La présente initiative revêt la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. L'unité de la forme est ainsi respectée. 529

142 Unité de la matière Une initiative ne doit contenir qu'un seul objet (art. 121, 3e al., est.); l'unité de la matière est respectée lorsqu'il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative (art. 75, 2e al., LDP). La présente initiative a pour objet une interdiction de cartels dans le commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation, ainsi que celle de dispositions prises par les autorités sur les prix minimaux dans ce domaine. En outre, elle prévoit des sanctions frappant les violations de l'interdiction et se prononce sur la protection juridique. En particulier, le Tribunal fédéral sera compétent

pour examiner la constitutionnalité de lois fédérales. L'initiative vise ainsi à créer une compétence juridictionnelle partielle. Dès lors, on peut se demander si l'unité de la matière est respectée. Le Conseil fédéral est d'avis qu'il faut répondre affirmativement à cette question: Selon la pratique des autorités fédérales et la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'unité de la matière n'est pas sauvegardée "lorsque l'assemblage ou la jonction de divers objets ou revendications ne se justifie pas objectivement" (cf. Message concernant l'initiative populaire "contre la vie chère et l'inflation", FF 1977 II 477; Message concernant l'initiative populaire "visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le déperissement des petits commerces", FF 1982 III 233; ATF 99 I 638, 645 s.). Dans la doctrine, le principe de l'unité de la matière est apprécié de différentes manières sans qu'il y ait, sur le fond, des divergences fondamentales entre ces théories (cf. aperçu dans le message concernant l'initiative populaire "contre la vie chère et l'inflation", FF 1977 II 482 ss; cf. en outre Yvo Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I : Organisation, Zurich 1980, p. 222; HSFelin/Haller, Schweiz. Bundesstaatsrecht, Zurich 1984, no 599 s. et 951 ss). A ce propos, il est particulièrement intéressant de citer l'apprê-

ciation que donne J.-F Aubert (cf. Traité de droit constitutionnel suisse, vol. I, Neuchâtel/Paris 1970, n° 292): "L'initiative populaire viole la règle de l'unité de la matière, quant elle contient au moins deux points et qu'un citoyen peut vouloir l'un sans vouloir l'autre, et vouloir l'autre sans vouloir le premier." L'interdiction de cartels dans le commerce des denrées alimentaires et autres biens de consommation, ainsi que l'interdiction faite aux autorités de fixer des prix minimaux dans ce domaine d'une part, et la création dans ce but d'une juridiction constitutionnelle, d'autre part, participent matériellement du même objet. La création d'une juridiction constitutionnelle n'est pas le but de l'initiative, elle est destinée à garantir le respect effectif de l'interdiction. Certes, l'interdiction serait tout à fait concevable sans la création d'une telle juridiction. Inversement, cette juridiction ne se conçoit pas sans l'interdiction. L'initiative ne saurait donc se diviser en deux parties susceptibles d'être mises en oeuvre séparément. Dans ces conditions, il faut admettre qu'il existe un rapport intrinsèque entre les deux parties de l'initiative (au sens de la pratique actuelle des autorités fédérales). L'unité de la matière est donc réalisée. 2 La notion de protection des consommateurs La législation fédérale protège le consommateur à différents égards. Les dispositions de droit public le protègent dans sa santé, d'atteintes difficiles voire impossibles à déceler. En ce qui concerne la protection de ses intérêts économiques, des prescriptions de droit public d'une part, et de droit privé d'autre part, ont été adoptées en vue de le protéger contre abus et tromperie. A titre d'exemples, on citera: la loi sur les denrées alimentaires de 1905, la loi sur les toxiques de 1969, la LF de 1976 sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques, la LF de 1977 sur les poids et mesures, la loi sur la surveillan-

ce des assurances de 1978, les dispositions du CO concernant le versement initial et le contrat de vente à tempérament, la loi sur les cartels de 1962 et la loi contre la concurrence déloyale (LCD de 1943), ainsi que l'ordonnance de 1948 sur l'indication des prix adoptée sur la base des deux lois précédentes. Il convient encore de mentionner l'article 3isexties est., adopté par le peuple et les cantons en 1981, donnant compétence à la Confédération de prendre des mesures pour protéger les consommateurs, tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale et en respectant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cet article de la constitution a également introduit un droit d'action pour les

organisations de consommateurs dans les procès relevant de la LCD. En vertu de l'article 31sexies(ier alinéa, est., nous vous avons déjà soumis un message (FF 1986 II 360) à l'appui d'une loi visant à améliorer l'information des consommateurs et d'une loi fédérale sur la modification du code des obligations. Enfin, la loi concernant la surveillance des prix, qui a été adoptée par l'Assemblée fédérale le 20 décembre 1985, est entrée en vigueur le 1er juillet 1986 (RO 1986 895). L'initiative visant la protection des consommateurs touche principalement le droit de la concurrence, à savoir la loi sur les cartels, la LCD et la loi concernant la surveillance des prix. La loi sur les cartels et la LCD, dans la forme qu'elles ont eue jusqu'ici, assuraient déjà indirectement la protection des consommateurs; la révision totale de la loi sur les cartels (RO 1986 874) et de la LCD (FF 1983 II 1037) tendent encore davantage dans cette direction. Bien que la présente initiative ne vise qu'un secteur restreint de la protection des consommateurs - à savoir, leur protection contre les prix abusifs -, elle s'intitule "initiative pour la protection des consommateurs". A y regarder de plus près, le titre de l'initiative promet davantage qu'il ne peut tenir. 532

3 .Aperçu de 'la politique suisse en matière de concurrence La loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues est entrée en vigueur le 15 février 1964. A la suite d'une motion du Conseiller national L. Schürmann de la fin de 1971, des travaux de révision ont été entrepris et ont abouti à la loi fédérale du même nom, du 20 décembre 1985 (FF 1986 I 48). En 1982, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire "contre la formation de prix abusifs". La législation en la matière fut également adoptée par le Parlement le 20 décembre 1985 (FF 1986 I 70). Il convient enfin de mentionner la loi contre la concurrence déloyale qui fait également l'objet d'une révision. Les dispositions prises par les autorités concernant les prix minimaux sont aussi visés par l'initiative et relèvent de la politique en matière de concurrence. Il semble opportun d'expliquer tout d'abord brièvement l'orientation fondamentale et les buts de ces prescriptions et de présenter les grandes lignes de la politique suisse en matière de concurrence.

E. 31

La loi sur les cartels et sa révision Le droit suisse des cartels est pour ainsi dire une législation conçue pour prévenir les abus (par opposition à une législation d'interdiction, comme c'est le cas en République fédérale d'Allemagne). Cela signifie que les cartels et organisations analogues sont soumis à la loi, mais ne sont pas interdits. La loi vise à combattre les comportements abusifs des cartels et organisations analogues "pour remédier aux conséquences nuisibles d'ordre économique ou social", selon les termes de la constitution (art. 31bis, 3e al., let. d). L'existence d'un tel comportement est déterminé par la prise en considération des intérêts en présence, cela tant sur le plan du droit civil que de celui du droit administratif. Sur le plan du droit civil, il y a lieu d'apprécier les intérêts du tiers - entravé dans la concurrence - à déployer librement son activité économique et ceux du cartel, qui tient à ce que 533

cette limitation de la concurrence existe. Qu'ils ne puissent en aucun cas porter atteinte à l'intérêt général, tel fut de tout temps l'une des caractéristiques essentielles du rôle que les cartels sont en mesure de jouer. En droit cartellaire suisse, l'entrave notable à la concurrence de tiers ne se justifie qu'en présence de motifs qualifiés. En ce qui concerne la partie de droit administratif de la loi, la Commission des cartels a mis au point ce que l'on appelle la méthode du bilan pour déterminer si un cartel ou une organisation analogue a des effets nuisibles d'ordre économique ou social. Il s'agit - là également, de se livrer à un examen attentif des intérêts en présence, où l'on ne considère plus un cas particulier - comme dans la

partie de la loi régissant le droit civil -, niais de procéder à une appréciation du comportement général de toute une branche économique. Il faut donc veiller à ce que la concurrence dans une branche déterminée ne soit pas entravée d'une manière telle qu'elle ne puisse plus déployer ses effets positifs ou qu'elle soit exclue. Lors de l'appréciation des intérêts en cause, dans le cadre de notre conception fondamentale d'économie de marché à caractère social, il convient de confronter les intérêts d'une concurrence efficace avec ceux des cartels à limiter ladite concurrence. La limitation de la concurrence ne parvient à se justifier que lorsque des arguments de poids plaident en sa faveur. Le système exposé offre l'avantage de traiter les cartels et organisations analogues sur un pied d'égalité, tout en réservant la possibilité de porter un jugement différencié cas par cas. Sous l'empire de la loi sur les cartels de 1962, on a souvent reproché aux autorités compétentes (tribunaux civils et Commission des cartels) d'appliquer la loi au profit des cartels, en accordant trop peu d'importance à l'effet d'une concurrence efficace; on aurait ainsi privilégié les limitations de la concurrence. Autrement dit, les autorités compétentes n'auraient pas suffisamment pris en compte les effets de la concurrence lors de la pondération des intérêts en présence. Ce reproche fut un des motifs pour lesquels la révision de la loi fut entreprise. 534

Dans la révision de la loi sur les cartels de 1985, le principe de la lutte contre les abus a été maintenu, car il s'est révélé être un instrument valable permettant une appréciation différenciée. Par rapport à la loi de 1962, divers points ont été nettement accentués. En droit civil, une entrave notable à la concurrence n'est justifiée, comme il est expressément mentionné, que si elle ne porte pas atteinte à l'intérêt général. En procédure de droit administratif, les effets des cartels et organisations analogues sur la concurrence priment, ce qui signifie que ces effets devront être privilégiés lors de leur pondération dans le cadre de la méthode du bilan. Par ailleurs, la nouvelle loi distingue deux niveaux de limitation de la concurrence: d'une part, les restrictions ou les distorsions notables de la concurrence et, d'autre part, l'empêchement de la concurrence. Un empêchement de la concurrence ne doit pouvoir se justifier que si des motifs prépondérants d'intérêt général le rendent indispensable, ce qui revient à mettre davantage l'accent sur des conditions de concurrence efficace. Enfin, la nouvelle loi définit expressément la méthode du bilan, de manière à renforcer la sécurité du droit et à faciliter la mise en application de la loi. La loi de 1985 apporte encore d'autres améliorations à la loi de 1962. Le champ d'application ne concerne plus exclusivement les conventions, mais s'étend aussi aux recommandations. La liste des critères permettant de savoir si l'on est en présence d'une organisation analogue au cartel s'est allongée et l'on en tiendra compte lorsqu'il s'agira d'apprécier les comportements en matière de concurrence. La puissance d'achat est expressément mentionnée dans la loi. Des mesures particulières ont été prévues en cas d'usage abusif de cette puissance. Puis, contrairement à celle de 1962, la loi mentionne explicitement la compétence de la Commission des cartels, habilitée à enquêter lors de fusions d'entreprises et, le cas échéant, à édicter des règles de comportement. La loi offre en outre un ensemble de moyens d'action plus performants parce qu'elle prévoit un type d'enquête unique (correspondant aux anciennes enquêtes spéciales), que complète la compétence, accordée au Département fédéral de l'économie publique, d'ordonner les mesures nécessaires lorsqu'il n'est pas donné suite aux recom-

mandations de la Commission des cartels. La nouvelle loi - contrairement à celle de 1962 - prévoit des dispositions pénales et s'applique à l'exécution d'accords internationaux. En résumé, elle apporte toute une série d'améliorations susceptibles de donner de nouvelles

impulsions à la politique suisse en matière de concurrence. Les objectifs et les dispositions de la nouvelle loi influent sur la protection des consommateurs, car s'il y a une limitation importante de la concurrence par des cartels ou organisations analogues, il existe un risque que leur liberté de choisir en matière de prix et de qualité de l'assortiment s'en trouve restreinte.

E. 32

La loi concernant la surveillance des prix La loi concernant la surveillance des prix découle de l'initiative populaire "tendant à empêcher les abus dans la formation des prix", acceptée par le peuple et les cantons le 28 novembre 1982. La loi a uniquement un caractère de politique en matière de concurrence et, en un certain sens, elle représente un complément à la loi sur les cartels. Dans la mesure où les cartels et les organisations analogues sont soumis à la loi sur les cartels, le Surveillant des prix doit avoir la compétence de contrôler si la formation des prix de ces organisations présente un caractère abusif. La loi concernant la surveillance des prix sert donc directement les intérêts des consommateurs. Elle reprend les définitions de cartels et organisations analogues de la loi sur les cartels; son champ d'application à raison des personnes est identique. La loi prévoit une étroite collaboration entre le Surveillant des prix et la Commission des cartels, à laquelle revient un important droit d'intervention dans les questions relatives au champ d'application à raison des personnes et lorsqu'il s'agit d'élucider si, dans une branche donnée, règne une concurrence efficace en dépit de cartels et d'organisations analogues. En ce qui concerne le problème des prix abusifs, la loi donne au Surveillant des prix une série (non exhaustive) d'éléments d'appréciation. Il apparaît pour l'essentiel que le principe 536 fondamental en matière de politique de concurrence, réside dans le fait qu'il y a prix abusif au sens de la loi lorsque, sur le marché en question, le niveau des prix ne résulte pas d'une concurrence efficace. Cela illustre le principe de l'économie de marché, selon lequel les prix issus de la libre concurrence (où jouent l'offre et la demande) doivent être considérés comme conformes et, dans ces conditions, il ne peut être question de prix abusifs. Cela s'inscrit dans la perspective de politique en matière de concurrence, à laquelle se limite l'article 31 septies est. La loi concernant la surveillance des prix et la nouvelle loi sur les cartels vont simultanément stimuler la politique suisse en matière de concurrence. Le Surveillant des prix et la Commission des cartels peuvent se donner réciproquement des impulsions substantielles. Lorsque la Commission des cartels, sur la base de la loi, n'est pas en mesure de créer la concurrence nécessaire à l'intérêt général (p.ex. en cas de situation monopolistique ou si des motifs d'intérêt général justifient une exclusion de la concurrence), il y a toujours possibilité de contrôler la formation des prix. D'autre part, dans l'exercice de ses fonctions, le Surveillant des prix peut estimer qu'une enquête approfondie s'impose dans un secteur déterminé du marché, et être amené à soumettre le cas à la Commission des cartels. Nous sommes d'avis que la loi sur les cartels et la loi concernant la surveillance des prix se complètent judicieusement; elles permettent, en matière de concurrence, une politique adaptée à la situation suisse.

E. 33

La LCD et sa révision La loi sur la concurrence déloyale (LCD; RS 241) date de 1943. Elle vise à lutter contre les abus et dégénérescences en matière de concurrence économique. La clé de voûte de la loi est la clause générale (art. 1, 1er al., LCD), selon laquelle est réputée concurrence déloyale tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou

d'un autre procédé 537

contraire aux règles de la bonne foi. A la clause générale s'ajoute un catalogue de dix faits constitutifs particuliers qui illustrent ce que l'on peut entendre par concurrence déloyale. Les personnes concernées doivent sauvegarder elles-mêmes l'intérêt qu'elles ont à ce que la loyauté de la concurrence soit maintenue. L'Etat ne doit pas intervenir spontanément. Les méthodes déloyales sont, il est vrai, dirigées en premier lieu contre le concurrent direct; cependant, la nature de la concurrence veut que non seulement ces méthodes atteignent leur cible, mais se répercutent également sur les consommateurs. La protection de la loyauté de la concurrence sert indirectement le consommateur. Au cours des années soixante et septante, la concurrence effrénée, particulièrement dans le commerce de détail, suscita différentes interventions parlementaires qui déclenchèrent la révision de la LCD. Il fut préconisé, entre autres, de renforcer les mesures contre la politique des prix d'appel et les pratiques analogues. Le 18 mai 1983, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres un projet de révision de la LCD (FF 1983 II 1037) examiné actuellement par le Parlement. La discussion porte en particulier sur les innovations concernant la clause générale, le règlement de la procédure et le catalogue des faits constitutifs particuliers. Ainsi, des pratiques telles que l'offre de prix d'appel, la publicité comparative, le fait de se prévaloir des résultats du travail d'autrui, le recours à des conditions d'affaires abusives etc., seront régies par la loi. Dans le cadre de la présente initiative, endiguer les prix d'appel présente un intérêt évident. Une interdiction en la matière peut avoir des répercussions sur la formation des prix. Le Conseil fédéral a attiré l'attention sur ce point dans son message concernant l'initiative populaire "visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces" (FF 1982 III 233 ss); dans le cadre fixé par la constitution, il tiendra compte du problème des prix d'appel lors de la révision du droit de la concurrence. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit. La proposition d'interdire les 538

prix d'appel est actuellement au centre des débats parlementaires. Les avis divergent sur le point de savoir si la politique des prix d'appel n'est déloyale qu'à partir du moment où il y a tromperie du consommateur ou s'il suffit d'offrir des marchandises de façon réitérée à un prix inférieur au prix coûtant. Ce problème n'est pas dénué d'importance dans le contexte de la présente initiative (voir ch. 542 ci-après).

E. 34

Les dispositions prises par les autorités sur les prix minimaux Les dispositions prises par les autorités sur les prix minimaux sont des mesures limitatives portant atteinte à la libre concurrence; elles représentent un corps étranger dans un régime politique d'économie libérale. Elles sont apparues en Suisse à titre exceptionnel et n'ont été prévues que pour les cas ou situations où ce type d'intervention pouvait ou s'était révélé nécessaire. Les dispositions des autorités sur les prix minimaux peuvent être introduites au stade de la production comme au stade de la commercialisation. Elles permettent d'atteindre certains objectifs politiques dans le domaine de l'économie ou de la santé publique. Les dispositions des autorités sur les prix minimaux dans le domaine de la politique de l'alcool relèvent de la stratégie en matière de santé publique. Celles-ci ne furent adoptées, lors de la création du monopole de l'alcool en 1885, que pour éviter la crise provoquée par une surabondance d'alcool de pommes de terre et empêcher les abus dans les domaines de la vente et de la consommation d'alcool dans les débits de boissons. Au début du siècle, une nouvelle crise, provoquée par la surabondance d'eau-de-vie de fruits, fut à l'origine de la mise en vigueur

d'une législation sur les eaux-de-vie, destinée à protéger la santé publique (loi fédérale du 21 juin 1932 sur les eaux-de-vie, loi sur l'alcool; RS 680). Après la deuxième guerre mondiale, de nouveaux systèmes de marché introduisirent des changements fondamentaux dans le commerce des spiritueux. En 1968, suite à cette évolution. 539

une convention sur la protection des prix fut signée entre les producteurs et les commerçants. Cet accord de type cartellaire fut considéré comme illicite au regard de la loi sur les cartels (v. L'état de la concurrence sur le marché des spiritueux. Publications de la Commission suisse des cartels, Pubi. CG 1970 75 ss, ainsi que les jugements cités dans Pubi. CC 1973 375 ss et p. 387 ss). Lorsqu'il ne fut plus possible de passer des accords sur les prix, une partie des spiritueux fut offerte au-dessous du prix coûtant et utilisée comme appât pour attirer la clientèle dans les magasins. Ces pratiques commerciales annulaient les efforts entrepris pour freiner la consommation d'alcool. C'est pourquoi l'on adopta lors de la révision de la loi sur l'alcool, entre autres mesures régissant le commerce des eaux-de-vie, l'interdiction de prix ne couvrant pas les coûts. L'interdiction entra en vigueur le 1er janvier 1983. Elle s'est révélée être un instrument important en matière de politique de l'alcool. 4

Situation de la cartellisation en Suisse 11 nous paraît nécessaire d'insister sur le fait que le degré de cartellisation, en Suisse, n'est pas le même dans tous les domaines. Il y a des branches où la concurrence est encore très efficace, alors que d'autres branches sont caractérisées par une très forte cartellisation. Il convient également d'établir une distinction entre les deux formes de pouvoir représentées par les cartels et les organisations analogues aux cartels. Dans les cartels, des entreprises se groupent et demeurent indépendantes juridiquement et économiquement. En revanche, les organisations analogues sont souvent le fruit de concentrations intervenues sur un marché et proviennent de fusions ou de fermetures d'entreprises. Une interdiction de cartels ne touche pas cette seconde forme de limitation de la concurrence. Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer le problème de la cartellisation en Suisse dans le message concernant l'initiative populaire "tendant à empêcher les abus dans la formation des prix" (FF 1981 III 336). Nous y avons exposé que certaines 540

branches économiques se distinguent par une vive concurrence. Nous pensons, en premier lieu, au commerce de détail des denrées alimentaires: "Ne déclare-t-on pas souvent de nos jours que la pression de la concurrence y est trop forte et provoque des phénomènes de concentration indésirables, par suite de la suppression des prix imposés et l'apparition d'entreprises de distribution fortes?" On y mentionne en outre que l'on constate la même pression de la concurrence pour de nombreux articles non-alimentaires également, dans la mesure où le marché est aux mains des mêmes organismes de distribution. Il existe aussi une forte pression de la concurrence dans le secteur de différents services. Ces constatations sont encore valables aujourd'hui. L'absence de cartel continue de dominer dans le secteur des denrées alimentaires et celui d'autres biens de consommation; il faut l'imputer à la puissance de la concurrence (particulièrement en ce qui concerne le pouvoir de certains acheteurs). Dans le secteur des denrées alimentaires, de nombreux cartels ont perdu de leur pouvoir au cours des années, sous la pression de la concurrence. Prenons l'exemple de la Convention Chocolatière Suisse, où sept des quinze fabricants appartiennent au cartel. Sa part du marché est d'environ 50 pour cent. Les concurrents sont les non-membres, ainsi que les grossistes distributeurs de leur propre marque (Migros détient 22,5 % de la part du marché). Les prix imposés ont été supprimés depuis longtemps. Aujourd'hui, le cartel se limite à la fixation (horizontale) des conditions et des prix de livraison. La formation des

prix au stade subséquent du commerce est libre et se traduit par des écarts de prix chez les différents distributeurs. Les marchés de la bière et du tabac font exception dans la mesure où ils sont soumis à des liens cartellaires de type vertical (prix imposés). Les liens cartellaires en question ont été déclarés admissibles par le Tribunal fédéral et la Commission des cartels, en raison de leur compatibilité avec la législation sur les cartels. Dans le secteur des biens de consommation, le problème ne se situe pas tellement au niveau des liens cartellaires existants, mais davantage au niveau de la position de force des acheteurs, à même d'accélérer les processus de concentration au stade commercial. 40 Feuille fédérale. 138e année. Vol. III 54 1

Il convient de relever les liens cartellaires nombreux et puissants sur le marché des biens d'investissement et de certains services. La liste des enquêtes de la Commission des cartels montre que les marchés qui ne sont pas liés à la consommation directe connaissent la cartellisation la plus forte. C'est le cas par exemple des matériaux de construction comme le ciment, le sable et le gravier, ainsi que de l'ensemble des industries de la construction comme les fabriques de béton, de tuiles et de briques, de câbles et autres matériaux d'installations électriques, d'appareils sanitaires, d'armatures et. du marché des papiers peints. La Commission des cartels a également constaté des cartellisations sur le marché de l'optique. De puissantes cartellisations sont également apparues dans certains services, comme les banques et les assurances. Il convient aussi de mentionner certains services de transports, ainsi que des tarifs de réparations. On peut aussi inclure dans les cartels les tarifs d'associations de professions libérales (par ex. les dentistes et les vétérinaires). Un aperçu sommaire montre donc que le marché des denrées alimentaires, tout comme celui des biens de consommation dans leur ensemble, se distinguent par une cartellisation relativement faible, alors que la tendance inverse se dessine dans le secteur des biens d'investissement et des services. Lorsqu'on constate qu'il existe relativement peu de cartels dans le secteur des biens de consommation, on pense au côté que constitue l'offre. Du côté de la demande, il existe en revanche un certain nombre d'entreprises qui, sur le marché en question, sont en position de force et disposent d'une puissance d'achat vis-à-vis des fabricants. A l'occasion d'une enquête, la Commission des cartels a admis, sous certaines conditions, la formation d'un cartel de producteurs pour qu'il leur soit possible de se défendre contre la puissance des grands distributeurs (Les conditions de concurrence sur le marché des boissons "petit déjeuner". Publi. CC 1983 321). Cette décision plutôt surprenante provient du fait que la Commission des cartels a jugé préoccupante l'importance de la concentration des distributeurs sur ce marché et qu'elle a admis la cartellisation du côté des producteurs, pour le rééquilibrer. 542

5 Contenu de l'initiative pour la protection des consommateurs Dans les paragraphes suivants, nous analyserons la portée de l'initiative pour la protection des consommateurs. Nous examinerons, tout d'abord, les termes de l'article constitutionnel proposé. Nous utiliserons certaines communications données par Denner SA, à l'occasion de la conférence de presse du 30 août 1984. Nous nous référons aussi à l'expertise du professeur S. Borner de Baie que Denner SA a consulté (ci-après "expertise"). 51 Eléments de l'initiative L'article 31 octies cst. proposé contient les éléments suivants: 1er alinéa; - Interdiction de cartels déterminés dans le domaine du commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation (interdiction partielle de cartels). - Interdiction de dispositions prises par les autorisés en matière de prix minimaux dans ce secteur (interdiction partielle de prix minimaux fixés par les autorités). 2e alinéa; Compétence donnée au législateur fédéral pour

qu'il mette en oeuvre des dispositions civiles et pénales afin de réaliser l'interdiction partielle de cartels, prévue au 1er alinéa. 3e alinéa; Introduction d'une juridiction constitutionnelle partielle dans le champ d'application de l'initiative. 543

Dispositions transitoires; Les deux dispositions transitoires prévoient que les cartels concernés par le 1er alinéa, et passés avant la date d'entrée en vigueur de l'article constitutionnel, n'auront plus aucun effet juridique après cette date. En outre, jusqu'à la publication d'une loi portant exécution, selon le 2e alinéa, les sanctions prévues par le droit civil fédéral en matière de concurrence déloyale devront être appliquées par analogie. 52 Points de comparaison avec la réglementation juridique actuelle Une comparaison avec le droit existant représente la meilleure approche pour évaluer la portée de l'initiative. Pour ce faire, on ne peut se contenter de comparer le texte constitutionnel proposé à l'article sur les cartels inscrit dans la constitution (art. 31bis, 3e al., let. d, est.). Cet article donne à la Confédération le droit d'édicter les prescriptions visant à remédier aux conséquences nuisibles des cartels et organisations analogues d'ordre économique ou social, lorsque l'intérêt général le justifie, en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'initiative pour la protection des consommateurs est par contre plus concrète, car l'article constitutionnel proposé contient une définition spécifique du cartel. Dès lors, nous devons reconsidérer la définition contenue dans la loi actuelle sur les cartels pour connaître la portée de l'initiative. Ce n'est qu'après comparaison entre le texte de l'initiative, de l'article constitutionnel et de la loi sur les cartels qu'il sera possible de détecter les différences et de déterminer dans quelle mesure la coexistence de deux ordres juridiques parallèles crée des problèmes. 544

53 Le domaine du droit privé dans l'initiative Au premier alinéa, l'article constitutionnel proposé prévoit entre autres "Toutes mesures prises et tous accords passés par des entreprises, des organisations ou des particuliers qui visent, par une action concertée, à restreindre la concurrence dans le commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation au moyen de clauses sur les prix minimaux, d'interdictions de livrer, ou d'autres conditions discriminatoires, ou à abuser les consommateurs,... sont illicites." Cela vise les accords cartellaires de droit privé qu'il convient de dissocier des "dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités", qui elles ressortissent au droit public (ch. 54). 531 Champ d'application à raison des personnes Le droit des cartels concerne des organismes économiques qui exercent ou peuvent exercer une certaine influence sur le marché. Le droit suisse opère une distinction entre les cartels et les organisations analogues. Les cartels reposent sur des accords contractuels, passés entre des entreprises qui demeurent indépendantes. En revanche, les organisations analogues à des cartels sont de nature factuelle, dans le sens où l'élément de convention contractuelle fait défaut. Cela signifie que les organisations analogues aux cartels ne peuvent faire l'objet d'une interdiction, à moins que l'on veuille empêcher leur création en contrôlant les fusions ou (en cas de croissance interne), en créant une compétence générale visant la déconcentration. La loi allemande sur les limitations de la concurrence interdit en principe les cartels, alors que les organisations analogues aux cartels (influentes sur le marché) sont soumises à la surveillance contre les abus. L'initiative pour la protection des consommateurs ne vise donc que les cartels, à l'exclusion des organisations analogues. Toutefois, le texte mentionne "les actions de particuliers", ce qui, pris isolément, pourrait être interprété comme s'adressant aux organisations analogues. Cependant, cette idée est neutralisée 545

par la notion "d'action concertée", d'où ressort que seuls les cartels devraient être visés.

531.1 Interprétation du texte de l'initiative La loi sur les cartels parle de "conventions, décisions et accords sans force obligatoire". L'initiative pour la protection des consommateurs est formulée comme il suit: "mesures et accords passés par des entreprises, des organisations ou des particuliers". On peut partir du principe que l'expression "accord" recouvre la notion de "convention, décisions et accords sans force obligatoire" de la loi sur les cartels et que les entreprises, membres d'organisations et les particuliers doivent obligatoirement être assimilés à des entreprises. Jusque là, on peut considérer que ces formulations recouvrent des notions identiques. Le terme "mesures" contenu dans le texte de l'initiative, n'a pas sa place ici, dès lors que ces "mesures" ne présupposent aucune convention. Cependant, "l'action concertée" constitue un élément permettant de concevoir que, juridiquement, on a affaire à des accords sans force obligatoire. La définition de cartels de la loi actuelle utilise l'expression "par une limitation collective de la concurrence". L'initiative pour la protection des consommateurs prévoit ce qui suit: "par une action concertée, à restreindre la concurrence". On peut admettre que les deux formulations concordent. La loi sur les cartels prévoit que les limitations de la concurrence "influencent ou sont propres à influencer le marché". La notion d'efficacité apparaît comme un élément essentiel. Aucune convention ne devrait être exclue du champ d'application, même si les parties prenantes n'exercent aucune influence sur le marché. L'initiative pour la protection des consommateurs parle par contre d'accords et de mesures "qui visent à" restreindre la concurrence économique. Cette formulation place le but et non l'efficacité au premier plan. Il s'ensuit que les limitations de la concurrence qui ne sont pas un but en soi, ne sont pas non plus visées par l'initiative. Inversé- 546

ment, il faut admettre que les limitations de la concurrence qui ne déploient aucun effet seront concernées par le texte. Ces formulations montrent une divergence fondamentale entre la définition de cartel découlant de la loi et celle de l'initiative pour la protection des consommateurs. La différence la plus significative entre la loi sur les cartels et l'initiative réside dans le fait qu'est réputé cartel, au sens de la loi, toute limitation collective propre à influencer le marché, alors que l'initiative pour la protection des consommateurs ne vise qu'un certain type de cartels. La raison de cette différence provient du fait que la définition de la loi vise uniquement à réglementer l'assujettissement à la loi et, dans les dispositions-suivantes, à lutter contre les abus. L'initiative pour la protection des consommateurs, quant à elle, prévoit en soi une interdiction de cartels déterminés, considérés comme nuisibles. Cette interdiction s'appliquerait aux limitations de la concurrence à caractère discriminatoire ou abusant les consommateurs. Cette partie du texte de l'initiative réserve d'importantes difficultés d'interprétation: - Selon la doctrine en matière de cartels, la notion de "discrimination" signifie traitement inégal d'états de faits identiques. Les prescriptions de prix minimaux appliquées de manière généralisée, ne représentent pas une discrimination au sens strict du terme. Elles peuvent être considérées comme discriminatoires dans une acception générale, lorsqu'elles sont assorties d'une connotation négative. - En droit des cartels, il convient de distinguer entre les limitations de concurrence résultant d'un accord et leur mise en application. Les clauses sur les prix minimaux, si elles ne sont pas respectées, peuvent être imposées au moyen d'une interdiction de livrer. Celui qui est touché par une interdiction de livrer est victime d'une discrimination au sens étroit. Le texte de l'initiative combine les deux éléments, la limitation de la concurrence d'une part et sa mise en application de l'autre, ce qui crée des difficultés d'interprétation considérables. Si l'on y regarde de plus près - à partir du

moment où les clauses sur les prix minimaux 547

sont interdites - il apparaît superflu de mentionner l'interdiction de livrer comme moyen d'intervention. Outre les clauses sur les prix minimaux et l'interdiction de livrer, l'initiative mentionne aussi "d'autres conditions de livraison discriminatoires". Ici se pose la question suivante: le mot "discriminatoires" doit-il être pris au sens strict ou au sens large? Comme les clauses sur les prix minimaux sont énumérées au préalable et qu'elles ne constituent pas en soi une discrimination au sens strict, et vu qu'il est question ensuite "d'autres" conditions de livraison discriminatoires, on peut en conclure qu'il faut prendre le terme discriminatoire au sens large et le remplacer par le terme "préjudiciable". Cette expression manque ainsi de précision (pour les justiciables aussi). D'après le texte de l'initiative, les limitations de la concurrence, ainsi que les mesures prises pour les imposer, sont illicites lorsqu'elles visent "à abuser les consommateurs". A la situation fondamentale de limitation de la concurrence et, à la qualification additionnelle de "discrimination", vient s'ajouter une autre notion alternative, celle de l'abus dont est victime le consommateur. Cette notion est particulièrement vague. En droit cartellaire, la terminologie distingue entre "entrave abusive" et "exploitation abusive". Or, comme les consommateurs ne sont pas partie prenante dans la concurrence, l'expression "abus" ne peut être interprétée que dans le sens d'exploitation abusive (p.ex. en pratiquant des prix surfaits). Mais il est nécessaire de bien préciser quand on est en présence d'un tel abus. La loi concernant la surveillance des prix tend vers ce but en donnant au Surveillant des prix des critères bien déterminés pour apprécier si les prix sont abusifs. Le texte de l'initiative, lui, semble partir de l'idée que chaque accord sur les prix conduit à abuser le consommateur. D'autres entraves à la concurrence - sans être pour autant "discriminatoires" - répondent-elles à cette condition et doivent-elles être soumises à l'interdiction de cartels? C'est là une question qui reste ouverte. 548

531.2 Interprétations à l'aide des explications des initiateurs En principe, les initiatives doivent être interprétées pour elles-mêmes et non en fonction de la volonté subjective des initiants. Si le texte soumis au souverain manque de clarté ou nécessite une interprétation, on peut alors recourir à un éventuel exposé des motifs fait par les initiants, ainsi qu'aux déclarations qu'ils auraient pu faire au parlement ou dans la presse (ATF 105 la 154). Le texte de l'initiative en tant que tel n'est ni précis, ni probant. Malheureusement, la "documentation" offre peu d'éléments de nature à écarter les incertitudes. On peut retenir de l'allocution de bienvenue de M. K. Schweri, lors de la conférence de presse du 30 août 1984, que le "point fort" de l'initiative réside dans les "clauses sur les prix minimaux", auquel s'ajoute "l'interdiction d'autres mesures qui ont pour conséquence d'avoir des conditions de livraisons discriminatoires ou un désavantage pour le consommateur" (conférence Schweri, p. 4). "L'expertise de science économique du professeur Borner, relative à l'initiative pour la protection des consommateurs de Denner SA" est de loin plus détaillée (notamment p. 36). L'interdiction de cartel devrait avoir pour objet: a. les clauses sur les prix minimaux, b. les interdictions de livraisons et c. les conditions de livraisons de denrées alimentaires et autres biens de consommation qui restreignent la liberté du commerce, pour autant que ces mesures soient le fruit d'une action concertée. Le catalogue Borner permet d'établir la liste des cartels interdits et des cartels en principe autorisés (traduction): - Cartels interdits; "Les cartels de prix, les cartels (de contingentement) de quantités, les cartels de conditions et ceux de répartition géographique du marché de nature discri- 549

minatoire, ainsi que les cartels (ou ententes) pour la calculation des prix." - Cartels en principe autorisés; "Les cartels de crise (constitués en vue de maintenir une certaine structure)« les cartels d'exportation, les cartels de normes ou de types (cartels constitués en vue de l'unification de normes ou de types), ainsi que les cartels de conditions ou de répartition géographique du marché qui n'ont pas de caractère discriminatoire". Selon Borner, ces formes de cartels demeurent concevables et ne seraient donc pas frappées d'interdiction, mais soumises au contrôle des abus, prévu par la loi sur les cartels. Ce catalogue n'est d'aucune utilité pour l'interprétation de l'initiative, car il en contredit ouvertement la teneur. Les cartels de quantité, qui devraient être touchés par l'interdiction, afin d'empêcher à l'évidence le contingentement de la production ou des ventes, ne revêtent pas de caractère discriminatoire au sens strict. Les cartels de crise constitués en vue de maintenir une certaine structure, autorisés en principe, peuvent être la source de discriminations importantes et abuser les consommateurs. Les cartels de normes et de types, également autorisés en principe par l'expertise, ne sont pas a priori exempts d'effets nuisibles et discriminatoires. L'adoption de normes peut avoir pour conséquence d'interdire aux produits étrangers la pénétration du marché et de restreindre, en pareil cas, la concurrence au détriment des consommateurs. Lorsque des entreprises spécialisées s'entendent pour se répartir la production de certains types de produits (cartels de spécialisation), ces entreprises bénéficient d'un monopole pour leurs modèles et ne sont de ce fait pas dépendantes du marché pour la formation des prix, sans avoir recouru à la conclusion d'autres accords. Le catalogue des cartels dommageables et des cartels non-dommageables, établi par le professeur Borner, ne permet pas d'interpréter le texte de l'initiative, mais prouve seulement qu'il n'existe guère de cartels que l'on peut qualifier à proprement parler de dommageables ou de non-dommageables. 550

En résumé, les expressions de l'initiative "discriminatoires" et "abuser les consommateurs" ne permettent guère d'établir une nette séparation entre l'interdiction de cartels et la surveillance des abus, prévue par la loi sur les cartels. L'application immédiate du texte en question présenterait les plus grandes difficultés au juge, pour dire le droit. 532 Champ d'application à raison de la matière Le champ d'application de la loi sur les cartels s'étend aux "marchandises et services.". D'après la doctrine et la jurisprudence, cela signifie qu'il s'étend à l'ensemble du marché des biens (marchandises, capital, prestations de services). En outre, la loi s'applique à tous les stades de l'économie, à savoir la production, l'importation, le commerce de gros et de détail. Son champ d'application est donc général. L'interdiction de cartels que prévoit l'initiative pour la protection des consommateurs n'englobe qu'une partie du marché (denrées alimentaires et autres biens de consommation). Le reste du marché des marchandises, ainsi que les marchés de capitaux et de services resteraient soumis à la surveillance des abus instituée par la loi sur les cartels. De plus, l'interdiction se limiterait au "secteur commercial", les secteurs de la production et de l'importation n'étant pas concernés. 532.1 La limitation au secteur des biens de consommation Le texte de l'initiative mentionne les domaines du "commerce des denrées alimentaires et autres biens de consommation". A cet égard, les initiateurs tombent d'accord pour admettre qu'il est superflu de mentionner les denrées alimentaires, puisqu'elles font partie des biens de consommation. Il reste cependant à examiner jusqu'où va la notion de "bien de consommation" . 551

Ladite notion est issue de la terminologie économique. Si l'initiative était acceptée, cette notion deviendrait un terme juridique et il faut se demander si on pourrait l'appliquer en

droit sans la définir de manière plus précise. Il ressort de l'expertise que l'initiative entend donner le sens le plus large à la notion de bien de consommation. L'expertise exclut notamment les biens publics (mis à disposition des consommateurs contre paiement de taxes) et les biens d'investissements (p. 18). Dans le domaine intermédiaire entre biens d'investissements et biens de consommation d'utilisation immédiate se trouvent les biens de consommation durable (durable goods) que l'expertise englobe dans le domaine des biens de consommation (p. 14 ss). A titre d'exemple, sont énumérés: les voitures, les installations stéréo, les réfrigérateurs, les postes de télévision et de radio, les livres et le mobilier, énumération qui ne doit pas être considérée comme exhaustive. D'après l'expertise Borner, on s'assure que l'on a vraiment affaire à un bien de consommation grâce à un "test en six points". Le test mentionne les points suivants (expertise, p. 13): "1) Les biens de consommation sont des biens à l'utilité marginale positive. 2) Les biens de consommation sont des biens privés que l'on peut acheter sur le marché à un prix donné. 3) Les biens de consommation sont des biens tangibles ou substantiels, des biens matériels. 4) Les biens de consommation sont des biens consommables. 5) Les biens de consommation sont des objets susceptibles de vente mobilière au sens des articles 184 ss CO. 6) Les biens de consommation sont des fongibles au sens des articles 205 s CO." D'après l'expertise, ces six points ne sont pas cumulatifs, mais doivent être réalisés pour la plupart: "Même lorsqu'un seul des critères ne paraît pas nettement décisif, les autres points doivent permettre de clarifier l'appréciation globale." (p. 14) 552

L'expertise admet qu'en dépit du test, les cas douteux ne sont pas exclus. A la page 15, elle prend pour exemple de bien de consommation "Les Mémoires de Churchill en six volumes dans l'édition plein cuir" et mentionne que, dans ce cas, il y a consommation par possession/utilisation sur une longue période. Avec les éditions rares, nous pénétrons dans le domaine de biens très spéciaux (ex: "Aquarelle de Degas", p. 12 de l'expertise). Dans les cas limites, on se trouve, selon les circonstances, à la frontière du bien de consommation/bien d'investissement (expertise p. 10/11). Une perceuse peut être un bien de consommation ou un bien d'investissement, selon qu'elle est employée par un ouvrier dans l'exercice de sa profession ou par un bricoleur, comme article de "Do-it-yourself". Dans l'expertise, les moyens de production nécessaires à l'entretien du ménage sont de toute évidence des biens de consommation. Le "test en six points" montre que la notion de bien de consommation doit être concrétisée. Ce test assure que l'ensemble de l'assortiment actuel de Denner n'est composé que de biens de consommation (expertise p. 13, "in fine"). Cela ne signifie pas pour autant que le test lierait le juge en aucune manière, si l'initiative venait à être acceptée. Ce qui est certain, c'est que la notion de "bien de consommation" doit être concrétisée par la loi ou la jurisprudence, ce qui incite à accorder la préférence à une réglementation légale, dans l'intérêt de la sécurité du droit. En particulier, on peut se demander si les "biens de consommation durables" doivent sans ambiguës être inclus, parce qu'à plusieurs points de vue, ils s'apparentent aux biens d'investissements et que le consommateur ne les assimile pas automatiquement à des biens de consommation destinés à l'usage immédiat. La notion possession/utilisation sur une longue période est particulièrement problématique (expertise p. 15). L'affirmation, selon laquelle il n'y a pas lieu de déclarer les biens de consommation durables comme fortune aux autorités fiscales, n'est pas pertinente (mobilier, voiture, bibliothèque). 553

532.2 La limitation au secteur commercial Le texte de l'initiative prévoit que l'interdiction de cartels devrait se limiter au seul secteur commercial. La notion de "commerce" recouvre

à la fois le commerce de gros et le commerce de détail, même si l'expertise, (p. 36), dans un contexte précis, ne réfute pas cette constatation en ne parlant que du stade du commerce de détail. D'après le texte de l'initiative, il semble évident que le secteur "production/importation" est nettement séparé de celui du "commerce". L'expertise ne fait aucune déclaration à ce sujet. La loi actuelle sur les cartels mentionne expressément le stade de la production des marchandises et elle s'applique à tous les échelons économiques. Il faut examiner comment interpréter la limitation "dans le commerce", prévue par le texte de l'initiative. Il n'est pas simple de considérer isolément chaque étape du processus économique, car chaque fabricant de marchandises ou de biens de consommation est amené également à les commercialiser. Il vend ses produits au stade suivant (selon la branche: au grossiste ou détaillant ou directement au consommateur). A ce stade, il peut - le cas échéant au moyen d'accords concertés - fixer les prix ou dicter ses conditions, et imposer des conditions de livraison (éventuellement "discriminatoires"). Mais il n'y a pas que les accords de prix au stade de la production qui peuvent avoir des effets "dans le commerce". Tout accord cartellaire entre producteurs est suivi, d'une manière ou d'une autre, d'effets au stade suivant. Le cartel de spécialisation (cartel de standardisation) qui, en principe, devrait être admis par l'expertise Borner, peut avoir pour conséquence que certains produits ne peuvent être obtenus qu'après d'un seul fabricant, ce qui a, bien entendu, des répercussions au niveau commercial. Une délimitation pourrait être introduite, le cas échéant, entre le stade de la production et celui de la commercialisation, délimitation qui ne tiendrait pas compte des accords de type horizontal au stade de la production, c'est-à-dire des 554

accords passés entre fabricants, accords auxquels ils sont les seuls à être liés. Une telle délimitation n'est satisfaisante que sur le plan formel, car en droit économique, la forme a moins d'importance que les effets, à l'instar du droit actuel sur les cartels qui se fonde essentiellement sur les effets pour la mise en oeuvre de la loi. Sur certains marchés, les producteurs se contentent de conventions horizontales. Ils peuvent se répartir la production (contingenter), se partager un secteur du marché, créer un cartel de spécialisation et s'entendre pour fixer les prix au stade de la commercialisation. Tous ces accords s'appliquent au stade de la production et non de la commercialisation (p.ex. marché de la briquetterie). Mais il ne faut pas s'y tromper, de telles conventions ont une influence considérable sur les stades ultérieurs de la commercialisation et sont suivies d'effets qui touchent directement l'utilisateur. La limitation, de l'interdiction de cartels "dans le commerce", imposée par le texte de l'initiative, n'est pas claire, car on ignore si les initiateurs ont voulu laisser, de côté les accords cartellaires au stade de la production. Si ces derniers devaient être pris en compte, on ne voit pas très bien quelle pourrait être la signification d'une limitation "dans le commerce", car il n'y a guère de conventions entre fabricants qui n'aient d'effets sur le commerce. La délimitation susmentionnée ne serait praticable qu'en vertu de critères formels: les conventions horizontales entre fabricants ne seraient donc pas concernées par l'interdiction de cartels; en revanche, les accords de type vertical, c'est-à-dire: "prix imposés et contrats d'exclusivité entre cartels, au stade de la production et de la commercialisation" le seraient. La limitation au secteur commercial, selon le texte de l'initiative, montre bien le besoin de concrétisation, que ce soit par le biais de la jurisprudence ou dans le cadre de la législation d'exécution. Cette limitation devrait surtout être possible et utilisable dans le secteur des produits de première nécessité (agriculture). 555

533 Mise en application de l'interdiction de cartels En vertu du 2^e alinéa du texte de l'initiative, la législation fédérale détermine les conséquences des infractions à l'interdiction de cartels qui sont mentionnées au 1^{er} alinéa, "Elle peut prévoir une protection juridique non seulement civile, mais aussi pénale". L'initiative ne propose pas de législation d'application, mais se borne à imposer l'interdiction de cartels, car, pour les initiateurs, l'interdiction de cartels prévue par la norme constitutionnelle ne nécessite pas de prescriptions d'exécution; elle devrait être directement applicable. Cela ressort aussi du 2^e alinéa des dispositions transitoires d'après lequel, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi portant exécution du 1^{er} alinéa, "les sanctions prévues par le droit civil fédéral en matière de concurrence déloyale sont applicables par analogie". Comme nous venons de l'exposer, l'interdiction partielle de cartels, prévue par l'initiative, n'est pas formulée de manière suffisamment claire pour que le juge puisse l'appliquer directement, sans trop de difficultés. Il ne fait aucun doute que, pour l'interpréter en vue de son application, il faudra créer de nombreuses règles juridiques. A cet effet, nous devons prêter attention à deux aspects différents: - L'interdiction partielle de cartels est, il est vrai, contenue dans une disposition constitutionnelle. Cependant, elle est présentée de manière si peu précise qu'elle requiert l'élaboration d'une loi d'exécution. De fait, trois points de l'interdiction sont trop vagues: la notion de cartel, la notion de bien de consommation, la notion de "secteur commercial" . - L'interdiction partielle de cartels étant appelée à être appliquée par le juge civil et pénal, il est à prévoir que l'on va au-devant d'une grande insécurité du droit. Cette disposition problématique, non seulement réclame une interprétation mais, ce qui est plus grave, permet des interprétations différentes. Dans ces conditions, on peut s'attendre à ce que ces dispositions soient appliquées par les tribu-

556
naux de diverses manières. On devrait absolument éviter une pareille insécurité du droit, parce que l'interdiction de cartels proposée ne peut être considérée pour elle-même, mais doit l'être dans le cadre de la loi actuelle sur les cartels, qui continuerait à s'appliquer lorsque l'interdiction de cartels ne serait pas valable. Il va de soi que la délimitation des deux champs d'application devrait être coordonnée, car l'on aboutirait, sinon, à une situation d'insécurité, quant à savoir s'il s'agit d'appliquer aussi la loi sur les cartels et la loi concernant la surveillance des prix. Cette situation se maintiendra jusqu'à l'entrée en vigueur d'une législation d'exécution et jusqu'à l'adaptation du droit existant. 54 Aspects de droit public dans l'initiative 541 L'interdiction de dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités dans le commerce des biens de consommation Selon l'initiative, toutes dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités dans le secteur des denrées alimentaires et autres biens de consommation sont illicites. Cette interdiction frappe aussi les prix imposés. Ces deux manières de fixer les prix entravent la concurrence et empêchent la baisse des prix. Par contre, les prix à la production ne sont pas concernés par l'initiative; elle précise clairement que l'interdiction de dispositions, prises par les autorités sur les prix minimaux, se limite au secteur commercial, tout comme l'interdiction de cartels (v. ch. 532.2). En ce qui concerne la notion de biens de consommation, on renvoie au chiffre 532.1. Dans le commerce des denrées alimentaires, il existe surtout des prescriptions concernant les prix maximaux autorisés, prix qui ne sont pas concernés par l'initiative. Ces dispositions visent, dans les secteurs où l'Etat baisse les prix de produits alimentaires (p.ex. produits laitiers), à éviter que les deniers publics ne servent de marge aux entreprises de trans-

41 Feuille fédérale. 138^e année. Vol. III 557

formation et aux commerçants, de manière à ce que les consommateurs puissent pleinement profiter des mesures prises. Il ressort d'une enquête effectuée en 1985 auprès des départements que les dispositions sur les prix minimaux ou les prescriptions qui, le cas échéant, pourraient leur être assimilées, n'existent que dans les secteurs suivants: 541.1 Lait pasteurisé En vertu de l'article 21bis, 3e alinéa, de l'arrêté de l'Assemblée fédérale concernant le lait, les produits laitiers et les graisses comestibles (Arrêté sur le statut du lait; SR 916.350). "Dans les régions où le portage à domicile est menacé par le fait que le lait pasteurisé se vend à des prix anormalement bas, le Département fédéral de l'économie publique est autorisé à fixer des prix minimums". Toutefois, cette disposition sur les prix minimaux n'a jamais été utilisée encore. 541.2 Eaux-de-vie (boissons distillées destinées à la consommation) En vertu de l'article 41, 1er alinéa, lettre g, de la loi sur l'alcool (RS 680), il est interdit de vendre, dans le commerce de détail, des eaux-de-vie à des prix qui ne couvrent pas les frais (au sens de l'art. 39, 3e et 4e al., de la loi sur l'alcool, on entend par commerce de détail la vente au consommateur, y compris le débit pour la consommation sur place; est considérée comme commerce de gros toute livraison à des revendeurs ou à des entreprises qui emploient des boissons distillées dans l'élaboration de leurs produits). Font exception, les "réalisations" ordonnées par l'autorité, telles que, par exemple, les enchères publiques en cas de faillite et de liquidation de succession. L'article 97, 3e alinéa, de l'ordonnance du 6 avril 1922 sur les alcools et les distilleries domestiques (RS 680.11) spécifie la manière dont s'établit le prix couvrant les frais: on part du prix de revient d'achat, auquel on ajoute une part des frais généraux de l'entreprise, 558

estimée en principe à 7 pour cent. L'interdiction faite aux autorités de fixer des prix minimaux que prévoit l'initiative va clairement à l'encontre de l'obligation de la loi sur l'alcool, de vendre au prix coûtant. 541.3 La réglementation du marché du fromage Dans le droit agraire, il existe une loi spéciale, du 27 juin 1969, sur la commercialisation du fromage (Réglementation du marché du fromage; RS 916.356.0) dont l'article 4 dispose que le Conseil fédéral fixe le prix de prise en charge de l'Union Suisse du fromage (Emmental, Gruyère, Sbrinz). Cependant, il ne s'agit pas d'un prix comprenant la marge commerciale, mais d'un prix à la production (fixé sur la base du prix du lait, auquel s'ajoute la marge réservée à la fabrication du fromage), dont l'initiative ne tient pas compte. Par contre, on peut voir dans l'article 6 de la réglementation du marché du fromage une disposition, prise par les autorités, sur les prix minimaux, au sens de l'initiative: "Le président et le comité de direction de l'organisme commun (Union Suisse du fromage SA et Convention Suisse du fromage) établissent, après avoir entendu les intéressés, les principes de la commercialisation conformément aux buts de la réglementation du marché du fromage; ils fixent les prix de cession aux maisons associées, avec les représentants de la Confédération." 542 Effets sur la révision de la LCD La révision de la LCD sera-t-elle touchée par l'initiative sur la protection des consommateurs? Le premier alinéa de celle-ci déclare illicites les dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités dans le commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation. Selon l'expertise Borner (p. 39, 54), cette interdiction vise également les dispositions de la LCD, relatives au prix d'appel, ce qui ne se produit pas dans tous les cas, puisque cela dépend essentiellement de la manière dont sont établis les prix en question. 559

Il est important de déterminer si le caractère déloyal d'un prix d'appel réside uniquement dans le bas prix ou si d'autres critères doivent s'y ajouter. La décision concernant l'introduction définitive de l'interdiction de prix d'appel fait encore l'objet de débats

parlementaires. C'est pourquoi nous examinerons ces deux variantes pour voir si elles sont compatibles avec l'interdiction de dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités. La version adoptée par le Conseil des Etats, qui grosso modo correspond au projet du Conseil fédéral, a la teneur suivante: "Agit de façon déloyale celui qui offre, de façon réitérée, au-dessous de leur prix coûtant, un choix de marchandises, d'oeuvres et de prestations et met cette offre particulièrement en valeur dans sa publicité, trompant ainsi la clientèle sur ses propres capacités ou celles de ses concurrents; la tromperie est présumée lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant pour des achats comparables d'articles de même nature; si le défendeur apporte la preuve du prix coûtant effectif, celui-ci est déterminant pour le jugement." (BÖ E 1986 415) Le caractère déloyal repose donc sur trois éléments: - L'offre et la vente réitérées à un prix inférieur au prix coûtant; - La mise en valeur dans la publicité de l'offre inférieure au prix coûtant; - La tromperie de la clientèle sur les capacités de celui qui offre ou sur celles de ses concurrents. La vente en-dessous du prix coûtant n'est pas l'unique critère déterminant l'action déloyale. D'autres éléments constitutifs doivent s'y ajouter. Pour cette raison, il ne s'agit en aucun cas, dans cette version, d'une prescription concernant les prix minimaux. L'initiative pour la protection des consommateurs n'équivaudrait pas à une interdiction des prix d'appel sous cette dénomination (prix minimaux). 560

La disposition relative au prix d'appel, adoptée par le Conseil national, a la teneur suivante: "Agit de façon déloyale, celui qui offre ou vend, de façon réitérée, des marchandises, des oeuvres ou des prestations au-dessous du prix de revient coûtant et vante celui-ci tout particulièrement dans sa publicité. La vente au-dessous du prix coûtant est présumée lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant de livraisons comparables du même article; si le défendeur apporte la preuve du prix coûtant effectif, celui-ci est déterminant pour l'appréciation." (BÖ N 1985 826) La différence caractéristique par rapport à la variante précédente réside dans le fait que l'on renonce à la tromperie comme élément nécessaire pour qualifier une action de déloyale. La version du Conseil national fonde l'action déloyale sur l'offre réitérée en-dessous du prix coûtant, liée à la mise en valeur par la publicité. Dans cette version également, la vente en-dessous du prix coûtant n'est pas le seul critère caractérisant l'action de déloyale. On accorde la même importance à l'offre à bas prix par la publicité. Cela montre que le vendeur est libre d'établir des prix, pour autant qu'il ne fasse pas de publicité pour une offre inférieure au prix coûtant. C'est pourquoi la décision du Conseil national relative au prix d'appel ne peut pas être assimilée à une prescription sur les prix minimaux. L'affirmation de l'expertise (p. 39, 54), selon laquelle l'acceptation de l'initiative sur la protection des consommateurs rendrait caduque l'interdiction de prix d'appel contenue dans la LCD, ne concerne pas ces deux variantes. L'expertise (p. 38), à la différence de ces deux variantes, part du principe que la définition du prix d'appel repose uniquement sur l'élément de prix. Une telle conception de l'interdiction des prix d'appel qui n'est défendue ni par le Conseil fédéral, ni par les Chambres fédérales, ressemblerait sans aucun doute à une disposition sur les prix minimaux. 561

543 Juridiction constitutionnelle partielle L'initiative prévoit, au 3e alinéa, lettre b, que les dispositions officielles, y compris les lois, peuvent en tout temps être soumises au Tribunal fédéral pour qu'il examine si elles sont conformes aux dispositions d'interdiction. Le processus d'exécution prévu ici s'écarte du droit actuel à deux points de vue: Selon les articles 113, 3e alinéa, et 114bis, 3e alinéa, de la constitution, les organismes judiciaires - y

compris le Tribunal fédéral, ne sont pas fondés à refuser l'application de lois fédérales qui ne seraient pas conformes à la constitution. Pour le champ d'application de l'interdiction de cartel, le 3e alinéa, lettre a, de l'initiative, voudrait introduire une exception à cette obligation de respecter les lois fédérales, qui est imposée au Tribunal fédéral. En outre, le droit actuel ne prévoit pas la possibilité de soumettre abstraitement les lois et ordonnances de la Confédération à un examen portant sur leur conformité au droit. On ne peut attaquer une prescription qui ne serait pas conforme à la constitution (sous réserve des art. 113, 3e al., et 114bis, 3e al., est.) que dans un cas concret d'application. En introduisant des dispositions de droit public, le 3e alinéa de l'initiative vise à créer ainsi une protection juridique qui serait plus complète que celle qui est actuellement en vigueur. 55

Dispositions transitoires 551 Application immédiate On peut conclure du premier alinéa de l'initiative, combiné avec le deuxième, que l'interdiction n'est pas immédiatement applicable, mais qu'elle ne déploierait ses effets qu'après l'entrée en vigueur d'une loi fédérale. Cette loi doit avant tout prévoir des sanctions civiles contre les infractions à 562

l'interdiction. En outre, la Confédération peut, sans toutefois y être tenue, prévoir des sanctions pénales. Mais en vertu du 2e alinéa des dispositions transitoires, l'interdiction serait immédiatement applicable, dès l'acceptation de l'initiative par le peuple et les cantons. Jusqu'à la publication d'une loi fédérale d'exécution, on appliquerait par analogie les sanctions prévues par la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Ainsi, les personnes lésées par des limitations de la concurrence et des mesures prises par les autorités contrevenant à l'interdiction, pourraient intenter les actions suivantes: - Constatation de l'illégalité, - Négligence, - Suppression d'une situation contraire au droit, -

Dommmages-intérêts en cas de culpabilité et - Réparations morales au sens de l'article 49 CO. On ne voit pas bien qui a qualité pour agir en justice. Les clients ainsi que les associations

professionnelles et économiques (art. 2, 2e et 3e al., LCD) peuvent-ils aussi intenter action? Cela irait dans le sens du 3e alinéa, lettre b de l'initiative, en vertu duquel

"Quiconque pourrait être lésé dans ses intérêts dignes de protection, a qualité pour "agir".

L'application par analogie des sanctions civiles prévue par la loi fédérale contre la concurrence déloyale ne devrait, en somme, pas présenter de difficultés de procédure insurmontables. En revanche, les tribunaux appelés à statuer sur des questions de ce genre seraient surchargés (ch. 533 et 618). 552 Effet rétroactif Le 1er alinéa des dispositions transitoires signifie donc que les limitations de la concurrence autorisées sous le régime de l'ancien droit n'auraient plus aucun effet juridique après l'entrée en vigueur de l'interdiction de cartel. Il saute aux yeux que la maison Denner SA espère ainsi annuler l'interdic- 563

tion de rembourser les bons de tabac,-interdiction découlant des prescriptions cartellaires aujourd'hui en vigueur. L'interdiction des cartels à laquelle aspire l'initiative aurait donc un effet rétroactif. La doctrine et la jurisprudence n'interdisent pas d'emblée la rétroactivité, mais la soumettent à des exigences strictes. On distingue tout d'abord la rétroactivité "proprement dite" - le nouveau droit s'applique à des faits qui se sont entièrement produits avant l'entrée en vigueur de ce droit et la rétroactivité "improprement dite" - le nouveau droit s'applique à des faits qui se sont produits avant, mais pour la période postérieure à l'entrée en vigueur seulement ("ex nunc et prò futuro") -. La rétroactivité prévue au 1er alinéa des dispositions transitoires est une rétroactivité "proprement dite". Les initiateurs veulent par là soumettre au nouveau droit des faits qui se sont produits sous l'empire de l'ancien. Cela n'est admis que dans des limites très strictes; il faut placer les intérêts économiques en cause sur les deux plateaux de la balance. En l'occurrence, il faut comparer

l'intérêt de la maison Denner SA à obtenir le remboursement des bons de tabac à l'intérêt de l'ensemble des cartels, entrant dans le champ d'application de l'initiative, à éviter une décision qui rendrait illicites des négociations antérieures. Il est clair que le résultat de la pondération des intérêts aboutira à nier la rétroactivité. Si on devait malgré tout l'admettre, il y aurait violation de principes constitutionnels, notamment celui de la confiance et de la sécurité du droit. A cela s'ajoute le fait que la disposition ne fixe pas de délai à la rétroactivité. Le juge qui serait appelé à statuer sur une demande de cette nature devrait donc fixer la limite de la rétroactivité ce qui n'entre pas dans sa compétence. Selon la doctrine dominante, il appartiendrait donc au législateur de résoudre ce problème, mais sa liberté d'application serait entravée par des décisions judiciaires antérieures. Il faut enfin écarter la rétroactivité parce qu'elle conduirait à "corriger" après coup une décision judiciaire, ce qui constituerait une atteinte à l'indépendance du juge. 564

Mais la maison Denner SA paraît vouloir nier une telle rétroactivité ce qui, d'autre part, n'empêcherait pas le remboursement des bons de tabac. Cette attitude est contradictoire. Si l'interdiction n'est pas rétroactive, il n'y aura plus de justification pour le remboursement des bons. Par ailleurs, la volonté subjective des initiateurs n'est pas seule déterminante pour interpréter cette disposition; c'est sur le texte objectif de l'initiative qu'il faut se baser. On appliquera les critères habituels d'interprétation. Au vu du libellé et des objectifs de l'initiative, il ne fait pas de doute qu'elle vise la rétroactivité. Or, comme on l'a vu, il faut écarter toute rétroactivité, car cela constituerait une atteinte aux principes fondamentaux du droit constitutionnel suisse. 6 La politique suisse en matière de concurrence, en rapport avec l'initiative pour la protection des consommateurs La politique suisse en matière de concurrence a été brièvement décrite ci-dessus (en. 3). Maintenant, il s'agit de confronter cette politique aux intentions de l'initiative pour la protection des consommateurs et d'examiner attentivement les avantages et les inconvénients. 61 Domaine du droit privé 611 Rétrospective de la politique en matière de concurrence 611.1 L'article constitutionnel sur les cartels L'article dit "des cartels" (art. 31bis, 3e al., .let. d) fut introduit dans la constitution en 1947. Dès lors, les bases étaient jetées pour édicter des dispositions visant à remédier aux conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des cartels et organisations analogues, lorsque l'intérêt général le justifie, en dérogeant même, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le contenu de cette 565

disposition indique clairement qu'elle s'orientait vers une législation visant à prévenir les abus. L'article en question étant uniquement conçu pour lutter contre les conséquences nuisibles des cartels et organisations analogues, il n'offre donc aucune base légale qui permettrait d'introduire une interdiction générale d'organisations de ce genre. 611.2 L'initiative populaire contre l'abus de la puissance économique Une initiative populaire intitulée "initiative populaire contre l'abus de la puissance économique" a été déposée en 1955. Cette initiative contenait une interdiction de cartels (2e al.) dont la teneur était la suivante: "Sont illicites toutes les mesures et accords d'entreprises, d'organisations ou de personnes individuelles destinés à limiter la concurrence, à créer des monopoles ou des situations analogues, ou à obtenir des avantages excessifs au détriment du consommateur." Cette initiative visant une interdiction générale de cartels a été soumise au peuple et aux cantons par le Conseil fédéral qui en recommandait le rejet (FF 1957 I 356). Le projet fut nettement rejeté par le peuple et les cantons le 26 janvier 1958. 611.3 La loi sur les cartels de 1962 L'initiative populaire dont on vient de parler posait le problème de la législation cartellaire en relançant la discussion sur le plan constitutionnel. En 1950, le Conseil fédéral

avait déjà chargé la Commission d'étude des prix d'établir un rapport complet sur le problème des cartels, considéré sous l'angle de l'économie publique, afin de jeter les bases d'une future législation cartellaire (fondé sur l'art. 31bis, 3e al., let. d, cst.). Depuis 1936, la dite commission, en procédant à des enquêtes dans des branches particulières, s'était déjà procuré le matériel lui permettant de donner une image com-

plète de la situation de la politique suisse en matière de concurrence. Le rapport complet fut publié en 1957 sous le titre "Les cartels et la concurrence en Suisse" (31e Publication de la Commission d'étude des prix du Département fédéral de l'économie publique, Berne 1957). Par la suite, le Conseil fédéral nomma une commission d'experts chargée d'élaborer un projet de loi sur les cartels. Le 20 décembre 1962, les Chambres ont adopté la loi sur les cartels et organisations analogues, dont l'entrée en vigueur fut fixée au 15 février 1964, par le Conseil fédéral. 611.4 La révision de la loi sur les cartels Le 13 décembre 1971, le Conseiller national Leo Schürmann a déposé une motion concernant le droit des cartels, demandant la révision de la loi sur les cartels de 1962. Dans sa réponse du 10 mai 1972, le Conseil fédéral a préconisé une révision; toutefois, il a insisté sur le fait qu'il ne fallait pas toucher au principe fondamental de la prévention des abus qui a régi jusqu'à présent la législation sur les cartels (v. documentation dans "Wirtschaft und Recht", 1972 302). Le Conseil national et le Conseil des Etats ont accepté la motion. Le Conseil fédéral chargea alors la Commission des cartels d'élaborer un projet de révision de la loi sur les cartels. Ce projet, ainsi que le rapport explicatif, datent du 25 septembre 1978 ("Wirtschaft und Recht", 1979 83). Le 13 mai 1981, le Conseil fédéral soumettait aux Chambres le message à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (FF 1981 II 1244). La procédure législative fut achevée en 1985 (entrée en vigueur le 1er juillet 1986, RO 1986 874). 611.5 Autres travaux législatifs importants Outre la révision de la loi sur les cartels, d'autres travaux législatifs ayant trait au droit de la concurrence ont été entrepris, ces dernières années. Signalons la révision de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, de 1943 (v. message 567

du Conseil fédéral, du 18 mai 1983, à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale, LCD; FF 1983 II 1037), puis, à la suite de l'acceptation de l'initiative populaire "tendant à empêcher les abus dans la formation des prix" (FF 1981 III 314), les travaux en cours de la loi concernant la surveillance des prix (message du Conseil fédéral, du 30 mai 1984, sur la loi concernant la surveillance des prix, LSP; FF 1984 II 781). Les Chambres ont adopté la loi concernant la surveillance des prix le 20 décembre 1985 (entrée en vigueur le 1er juillet 1986, RO 1986 895). 611.6 L'initiative populaire visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces Dans le contexte qui nous intéresse, il convient également de signaler l'initiative populaire "visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces", qui a été déposée le 3 octobre 1980. Elle a la teneur suivante: "Aux fins de garantir l'approvisionnement de toutes les couches sociales de notre population en biens de première nécessité, à des conditions semblables, il y a lieu de compléter la constitution par des dispositions visant à assurer la protection des petits commerces, qui permettent notamment: a. De soumettre la création et l'agrandissement de centres d'achat de grande surface à une autorisation dont l'octroi sera subordonné à la preuve du besoin; b. D'éliminer les distorsions de la concurrence dans le commerce de détail; c. D'instaurer un régime fiscal prévoyant une imposition équitable des grandes sociétés de distribution et de

déconcentrer celles-ci." (FF 1980 III 1297) Le Conseil fédéral et les Chambres recommandèrent le rejet de cette initiative populaire (FF 1982 III 233). Le Conseil fédéral motive son rejet par un renvoi à l'article 31bis, 2e et 568

3e alinéas, lettre a, est., qui selon lui offre des bases suffisantes pour répondre au vœu de l'initiative populaire, du moins en ce qui concerne la protection des petits commerces. A vrai dire, le Conseil fédéral, en vertu du 3e alinéa, lettre a, ne s'est pas montré disposé à prendre des mesures protectionnistes. Le Conseil fédéral a déclaré textuellement: "Des dispositions de protection spéciales en faveur du petit commerce n'entrent pas non plus en ligne de compte parce que les problèmes soulevés par les auteurs de l'initiative peuvent être pris en considération dans le cadre de la législation existante ou en complément de celle-ci (loi fédérale sur l'aménagement du territoire, loi fédérale contre la concurrence déloyale, loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, législation fiscale)." (FF 1982 III 234) En conséquence, les Chambres recommandèrent le rejet de l'initiative populaire; toutefois, elles transmirent au Conseil fédéral une motion de la commission du Conseil national recommandant de tenir compte de certaines préoccupations des initiateurs dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels et de la LCD (BO 1983 N 748 ss, E 299 ss). Sur ces entre-faites, les initiateurs ont retiré l'initiative populaire. 612 Défaut de compatibilité entre l'interdiction de cartels et la législation actuelle de prévention des abus II saute aux yeux que la maison Denner SA, en l'occurrence son comité d'initiative, s'est inspiré largement du texte de "l'initiative populaire contre les abus de la puissance économique" de 1955 pour donner forme à sa demande d'interdiction partielle de cartels. Cependant, il ne faut pas oublier qu'à l'époque, il n'y avait pas encore de définition légale du cartel, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. La question de la compatibilité avec un article constitutionnel en vigueur, ainsi qu'avec sa loi d'exécution, ne se posait pas à ce moment-là. 569

Naturellement, le législateur de la constitution n'est pas lié par la loi en vigueur. Il a toute liberté pour matérialiser ses idées comme il l'entend. Toutefois, il semble opportun de tenir compte de la loi en vigueur, surtout si l'on est d'avis que la loi continuera d'être applicable, même si son champ d'application est réduit, comme le prévoit l'initiative pour la protection des consommateurs. Au cas où l'initiative serait acceptée, la loi sur les cartels et la loi concernant la surveillance des prix, qui concordent sur la notion de cartel, resteraient applicables. Le fait que l'interdiction partielle de cartels, au sens où l'entend l'initiative pour la protection des consommateurs, d'une part, et la loi sur les cartels et loi concernant la surveillance des prix d'autre part, partent de définitions du cartel différentes, alors qu'elles seront parallèlement applicables, risque d'être préjudiciable à la sécurité du droit et de créer la confusion dans le droit suisse en matière de cartels et de concurrence. L'expertise (p. 54 ss) déclare que la situation actuelle de la politique en matière de concurrence est confuse et se caractérise par des conceptions inconsistantes et des conflits de compétence entre les institutions. Nous ne partageons pas cette opinion. De toute façon, il convient de mettre l'accent sur le fait que "l'inconsistance" ne ferait que croître encore si une interdiction partielle de cartels, dont les limites seraient difficiles à établir par rapport à la conception uniforme actuelle de cartel, entrerait en vigueur; on multiplierait le nombre des textes législatifs applicables au lieu de les réduire. 613 Problématique des interventions ponctuelles Dans l'état actuel de la doctrine suisse en matière de concurrence se dégage une législation qui part d'une conception de cartel uniformisée et qui, concrètement, concorde largement (exception faite du secteur du crédit qui n'entre pas dans le champ

d'application matériel de la loi concernant la surveillance des prix). Le vaste domaine de validité de la loi sur les cartels et de la loi concernant la surveillance des prix 570

sur le marché des biens et des services est révélateur de cette concordance que ne remet pas en cause la loi contre la concurrence déloyale. Il convient également de mettre l'accent sur le fait que toutes ces lois embrassent la totalité des étapes de l'activité économique et n'ont pas pour but de régler d'une manière spéciale une quelconque partie de ce secteur. L'initiative populaire de 1955, contre l'abus de la puissance économique, a suscité la discussion sur l'interdiction générale de cartels. Lorsque d'autres Etats ont promulgué des interdictions de cartels, ils n'ont en principe pas limité l'application. La revendication d'une interdiction générale de cartels - à laquelle nous ne saurions souscrire - serait plus plausible que la proposition d'une interdiction partielle de cartels, qui semble conçue pour répondre à certains besoins. Il est difficile de concevoir la raison pour laquelle des cartels du secteur des biens de consommation et dans le domaine du commerce devraient être particulièrement nuisibles et passibles d'interdiction, alors que ceux des biens d'investissement, de prestations de services et certains secteurs du marché des biens de consommation, dans la mesure où ils ne touchent pas au commerce, ne seraient pas concernés. Nous considérons qu'une interdiction de cartels est particulièrement problématique lorsqu'elle se concentre sur des secteurs partiels et minimise une part essentielle de l'activité économique, touchée par la cartellisation, en l'écartant du débat.

614 Inégalité de traitement d'états de faits identiques Dans le paragraphe précédent, nous avons mentionné l'aspect problématique d'une interdiction partielle de cartels. Il convient aussi d'apprécier cet élément du point de vue de l'inégalité de traitement appliqué à des faits identiques. Des cartels peuvent déployer des effets nuisibles d'ordre économique social, abstraction faite du marché ou du stade de l'activité économique auquel surviennent ces effets. Il apparaît donc arbitraire de vouloir interdire des cartels uniquement dans le 571

secteur du commerce et des biens de consommation, alors que dans d'autres secteurs, ils seront autorisés et assujettis à la surveillance applicable aux abus. Il faut signaler sous ce rapport que la limitation intentionnelle n'a de sens que dans l'esprit des initiateurs et de l'entreprise qui se trouve derrière eux. L'initiative s'en prend à certains cartels. Il est notoire que les problèmes principaux de la politique actuelle en matière de concurrence ne se rencontrent pas au niveau des cartels, mais au niveau des organisations analogues. C'est ainsi que la Schweizerische Handels-Zeitung (3 janv. 1986, n° 1, p. 33/34) signale que 150 fusions (ou phénomènes analogues) se sont produits en 1985; sur ce nombre, 5 pour cent concernaient le secteur alimentaire, 5 pour cent le commerce de détail et 4,5 pour cent le commerce de gros. Une enquête entreprise par PRO-MARCA a montré que ses membres ont réalisé en 1984 52,5 pour cent de leur chiffre d'affaires avec seulement cinq de leurs plus gros clients (Rapport annuel pour 1985, p. 18). Les grandes entreprises sont en général connues, par exemple dans les domaines des produits pharmaceutiques, de la banque, des assurances, de l'énergie, des grands distributeurs, des produits alimentaires et, depuis peu, de l'horlogerie et de la presse. L'initiative ne s'en occupe pas, alors qu'il existe de telles organisations dans le secteur des biens de consommation et du commerce. Dans le message du 31 mai 1981 concernant la révision de la loi sur les cartels, le Conseil fédéral a déclaré ce qui suit: "Une seconde préoccupation majeure de la révision de la loi consiste à orienter davantage la politique de la concurrence vers les problèmes de la concentration économique, de la puissance d'achat et d'autres phénomènes du même genre, sans pour

autant laisser libre cours à la constitution des cartels. Une telle réorientation est nécessaire et réaliste. Il ne s'agit nullement de qualifier d'emblée les processus de concentration de nuisibles. Mais il faut savoir les soumettre de bonne heure à une appréciation en matière de politique de la concurrence, et à cet effet inclure dans la loi certains critères d'appréciation." (FF 1981 II 1269) 572

Une interdiction de cartels - particulièrement lorsqu'elle a un caractère partiel - néglige l'évolution des courants économiques dominants et conduit de deux manières à une inégalité de traitement devant la loi. D'une part, certains cartels seront plus fortement touchés que d'autres et d'autre part, on ignore totalement le nombre croissant de problèmes engendrés par la concentration économique et donc, les organisations analogues à des cartels. Au vu de cette réalité, l'initiative part d'un point de vue erroné. Le prof. P. Böckli résume quant à lui l'orientation de l'initiative de la manière suivante (NZZ du 17/18 mai 1986, n° 112, p. 39 - traduction): "Pour cette raison, une acceptation de l'initiative Denner irait à fin contraire du but recherché. Elle est taillée en fonction des intérêts d'une maison commerciale précise et elle couvre un marché bien déterminé; elle vise uniquement les biens de consommation et ne s'en prend qu'à la pression exercée sur le marché par des ententes cartellaires (forme de pression qui a aujourd'hui perdu de son importance), négligeant par là la puissance exercée sur le marché, à leur seul profit, par des colosses (forme de pression qui est aujourd'hui plus dangereuse). La Lex Schwenk aboutit même à empêcher la formation de cartels de défense (par exemple pour exercer un contre-poids à la puissance d'achat). Du point de vue de la concurrence, elle vise à côté de la cible." 615

Encouragement de l'apparition de concentrations 615.1 Généralités II est incontestable qu'une interdiction de cartels peut représenter l'une des différentes causes favorisant la concentration. Les cartels, selon la définition en usage, sont des groupements d'entreprises demeurant indépendantes, mais liées par des conventions. Si de tels groupements sont interdits, il peut s'ensuivre que des entreprises fusionnent (c. à d. renoncent à leur indépendance) ou cessent leur activité (ce qui 42 Feuille fédérale. 138e année. Vol. III 573 renforce la position de leurs concurrents et aboutit également à la concentration).

L'expertise Borner relève, à plusieurs reprises, que la cartellisation n'a pas su stopper les processus de concentration dans certaines branches (p. 31/32, renvoi aux cartels de la bière et du chocolat). Il s'agit de montrer, en l'occurrence, que le processus de concentration, avec ou sans interdiction de cartels, ne peut pas être stoppé. En réalité, les branches cartellisées n'ont pas été épargnées par la concentration. Il est indiscutable que la tendance économique actuelle évolue dans le sens de la concentration et le phénomène se produit aussi dans les branches cartellisées. Cela ne signifie en aucun cas que la politique suisse de la concurrence doive rester indifférente à cette double évolution. Des degrés de concentration trop élevés signifient une absence de concurrence efficace et sont jugés néfastes par principe, tant au stade de la production que de la commercialisation. Lorsque l'on commence à observer des phénomènes de concentration au sein d'un cartel, on peut admettre que cette concentration se serait manifestée sous une forme plus aiguë en l'absence de cartel. Sachant que l'interdiction de cartels est l'une des causes parmi d'autres favorisant la concentration, il n'est pas permis de penser qu'une interdiction de cartels n'influerait en aucune manière sur l'évolution de la concentration. Dans ce contexte, il faut souligner que ce problème retient également de plus en plus l'attention en République fédérale d'Allemagne, où l'on pratique l'interdiction de cartels. Le fait qu'une interdiction de cartels, dans certaines conditions, puisse favoriser la concentration économique, y a été signalé

par des contributions scientifiques (W. Harms dans "Gemeinschaftskommentar zum Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen", 4e éd., 3e fascicule 1981, p. 15). Le prof. Harms part du principe qu'une interdiction de cartels doit obligatoirement être accompagnée, d'un contrôle des fusions adéquat, si l'on entend neutraliser cette interdiction considérée comme une cause de la concentration, ce qui d'après lui, n'est pas le cas en RFA. Cela devrait valoir pour la Suisse d'autant plus, la nouvelle loi sur les cartels n'autorisant qu'un con-

trôle des fusions rudimentaire (art. 30 et 32, 1er al. de la loi sur les cartels de 1985). En RFA, la controverse s'accroît quant à savoir s'il convient de lutter contre une concentration dans le commerce de détail des denrées alimentaires, jugée indésirable dans l'intérêt général, au moyen d'un contrôle renforcé des fusions ou par un relâchement de l'interdiction de cartels (Helmut Gutzler, "Kartellerlaubnis statt Fusionsverbot?" /Autorisation des cartels en lieu et place d'une interdiction des fusions/, dans NZZ du 28/29 décembre 1985, p. 15) . 615.2 Référence à la pratique La constatation mentionnée est digne d'intérêt, particulièrement en prévision du débat sur la concentration dans le commerce suisse des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation. Le rapport de la Commission des cartels sur "la concentration dans le commerce de détail" (Publ. CC 1979 389) et le message du Conseil fédéral, du 27 septembre 1982, concernant l'initiative populaire "Visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces" (FF 1982 III 238 ss) renseignent sur la situation actuelle de la concentration en Suisse, dans le commerce des denrées alimentaires. Dans la pratique, les autorités compétentes ont protégé la formation des prix imposés, car elles étaient d'avis que la suppression de l'obligation de respecter les prix pourrait être suivie de conséquences préjudiciables pour le consommateur également. Nous donnerons, ci-après, un bref aperçu des décisions et de leurs motifs. 575

615.21 Tribunal fédéral Le Tribunal fédéral a été saisi de différents recours concernant le marché de la bière et du tabac: - Dans une première décision dans l'affaire Denner SA contre l'Association des Brasseurs Suisses (Publ. CC 1970 253 ss), le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours de droit public, a exposé ce qui suit (traduction): "On ne peut d'emblée faire fi de l'intérêt que la clientèle peut avoir à la garantie d'un service au moyen du maintien d'un réseau étendu de points de ventes (de détail), sous prétexte qu'elle n'a pas force de loi. Ainsi, par exemple, la Commission des cartels a admis que le maintien d'un nombre suffisant de pharmacies localement dispersées était dans l'intérêt des patients et constituait un facteur pour la légitimation des prix imposés." (Publ. CC 1966 286) Le Tribunal fédéral a admis la thèse de l'atteinte portée à l'existence du réseau de distribution par la maison Denner SA qui, au moyen de prix de ventes nettement inférieurs, concurrence considérablement le commerce de détail traditionnel et lui enlève une part de son chiffre d'affaires. (Publ. CC 1970 259/260) - Le Tribunal fédéral s'est tenu à cette argumentation, à l'occasion du procès civil de la maison Denner SA contre l'Association Suisse des Brasseurs (Publ. CC 1973 171). Il déclara entre autres (traduction): "Rien n'indique que le développement du marché de la bière évoluerait autrement, comme l'a montré l'expérience depuis la suppression des prix imposés pour d'autres articles de marque. Les petits détaillants, surtout en raison d'une structure de coûts défavorable, devraient vendre la bière à un prix sensiblement plus élevé que les grandes surfaces... On ne peut donc pas contester sérieusement que l'abandon des prix imposés provoquerait une chute des prix qui pourrait amener la clientèle à délaisser de manière significative les magasins de commerce de détail au profit des grandes surfaces... La suppression des prix imposés n'avantagerait que

les gens qui se rendent en voiture 576

dans les centres d'achat éloignés/ alors que ceux qui s'approvisionnent auprès des magasins de commerce de détail traditionnels devraient payer le prix fort. Il va donc de l'intérêt général que l'ensemble de la population, grâce à un réseau dense de points de vente, puisse par principe se procurer de la bière aux mêmes conditions." (Pubi. CC. 1973 183/184) En 1982, le Tribunal fédéral a eu de nouveau à se prononcer sur le marché suisse de la bière, à la suite d'une plainte déposée par Denner SA (Boycott; promulgation de mesures provisionnelles) . On voit que, dans le cadre de ce procès, le Tribunal fédéral s'est préoccupé des intérêts contradictoires des parties et qu'il a estimé que l'intérêt du cartel des brasseurs aux prix imposés - qu'il avait admis en 1972 - était prépondérant (Pubi. CC 1983 75). La procédure ordinaire est encore pendante; en 1986, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à l'instance précédente pour éclaircir certains points. En 1983, le Tribunal fédéral fut saisi d'une action civile de la maison Denner SA contre les prix imposés sur le marché du tabac, et plus particulièrement contre ceux des cigarettes (Pubi. CC 1984 53). Le Tribunal fédéral justifiait le principe des prix imposés en question au moyen de deux arguments. D'une part, il a été démontré que la suppression des prix imposés provoquerait une différence de prix considérable à la charge du petit détaillant. D'autre part, la situation des kiosques est aussi à prendre en considération, car ils auraient à souffrir des répercussions de la suppression des prix imposés du tabac; or ils jouent un rôle important dans la diffusion de la presse d'opinion. Le Tribunal fédéral déclarait à ce sujet: "Par ailleurs, l'évolution passée avait montré que la suppression des prix imposés entraînait une chute des prix de détail, donc une diminution du bénéfice brut et une réduction, voire une suppression du bénéfice net chez les petits détaillants; on pouvait en déduire qu'à l'avenir aussi une suppression des prix imposés entraînerait, sur les articles en question, une diminution ou une suppression des bénéfices, ainsi qu'une désaffection de la clientèle attirée par les prix des 577

grands commerces, et que la capacité de concurrence de ces petits commerces serait réduite en conséquence. Il est d'ailleurs notoire que ces commerces sont particulièrement exposés à disparaître sous l'effet de la concurrence des prix." (op.cit. 63) En ce qui concerne les kiosques, le Tribunal fédéral a déclaré: "Les kiosques n'en contribuent pas moins, de façon sensible, à la diffusion et au maintien d'une presse diversifiée, en tenant à la disposition du public un large éventail de publications et grâce à un réseau de distribution étendu. Pour les mêmes motifs que s'agissant des détaillants du commerce des denrées alimentaires, les prix imposés sont propre à aider les kiosques. Il en est de même des détaillants spécialisés vendant des journaux, à l'égal des kiosques." (op.cit. 63/64) 615.22 La Commission des cartels Tout comme le Tribunal fédéral, la Commission des cartels a eu à s'occuper de la situation de concurrence sur les marchés de la bière et du tabac. - La Commission des cartels a procédé en 1974 à l'étude des pratiques concurrentielles sur le marché suisse de la bière (Pubi. CC 1974 421) et les a généralement admises. En particulier, elle n'a pas contesté les prix imposés. La Commission a estimé que, dans le cadre cartellaire, les petites et moyennes brasseries conservaient comme avant une chance de maintenir leur indépendance. Elle ne s'est toutefois pas prononcée sur la question de savoir s'il en irait de même, en cas de suppression de la convention. Mais elle a montré que la marge de manoeuvre de ces brasseries, en matière de concurrence de prix, était quasiment nulle, "parce que, contrairement aux grandes brasseries, leur capacité de production peu importante ne leur permet pas de tirer parti de la loi de dégression des coûts par unité de production. Elles ne sont par conséquent pas en mesure de renoncer momentanément à la

couverture de l'ensemble de leurs coûts pour pou- 578

voir offrir de bas prix afin de gagner de nouveaux clients" (op.cit. p. 429). Pour ce qui est de la vente, on a considéré- ré comme élément positif le fait que, grâce à la convention, la bière suisse puisse être offerte au consommateur dans un réseau de points de vente largement diversifiés. - La Commission des cartels a eu l'occasion de se prononcer sur les rapports de concurrence au sein du marché du tabac dans une enquête générale (Pubi. CC 1976 373), ainsi que dans une consultation destinée au Tribunal cantonal de Fri- bourg (Pubi. CC 1977 93). Le résultat de ces travaux peut se résumer ainsi: la Commission des cartels n'a pas contesté les prix imposés sur le marché du tabac, par crainte de dé- clencher une guerre des prix qui aurait amené les consomma- teurs à s'approvisionner chez les grands distributeurs. Ce déplacement de clientèle aurait des répercussions considéra- bles, non seulement sur les ventes des cigarettes, mais éga- lement sur le reste de l'assortiment: "Les consommateurs achèteraient de nouveau, dans une mesure accrue, leurs cigarettes en cartouche, et si- multanément d'autres articles, dans les magasins éloi- gnés de quelques "leaders". De ce fait, la majorité des magasins de denrées alimentaires subiraient une baisse de leur chiffre d'affaires sur l'ensemble de leurs articles, ce qui aurait pour effet que la cou- verture des frais globale et optimale nécessaire se réduirait encore davantage. Il pourrait en résulter une atteinte à leurs conditions de rendement, ce qui remettrait, à long terme, l'existence même de ces com- merces en question." (Pubi. CC 1976 434) Dans la consultation sur le tabac, on relève l'affirmation essentielle suivante: "La Confédération a tout intérêt à ce qu'un nombre suffisant de détaillants en alimentation puissent dé- ferir leur existence, autant que possible par le moyen de mesures d'entraide, parmi lesquelles peuvent aussi figurer des prix imposés raisonnables. En effet, c'est dans la mesure où l'entraide est possible et est appliquée qu'il pourra être fait abstraction de solu- tions interventionnistes." (Pubi. CC 1977 113) 579

La consultation sur le tabac a aussi mis l'accent sur le fait que la suppression des prix imposés toucherait non seu- lement les magasins du commerce de détail au sens strict, mais essentiellement les kiosques, qui remplissent un rôle de toute première importance dans la distribution de la presse, en particulier de la presse d'opinion (Pubi. CC 1977 114) . Mis à part les secteurs de la bière et du tabac, il faut aussi mentionner deux enquêtes de la Commission des cartels concer- nant des marchandises que l'initiative pour la protection des consommateurs qualifie également de biens de consommation: - Dans son enquête sur le marché des médicaments, la Commis- sion des cartels a admis que les prix imposés par la loi se justifiaient. Elle a estimé que les prix imposés prévenaient la commercialisation de ce marché, assuraient la recherche et garantissaient enfin une répartition des pharmacies, ce qui semble répondre aux vœux des patients et à l'intérêt général (Pubi. CC 1966 303). - La Commission des cartels s'est occupée à deux reprises du marché du livre; elle est arrivée à la conclusion que les prix imposés étaient souhaitables sur ce marché (Pubi. CC 1973 265 et Pubi. CC 1982 177). Les prix imposés ont été ap- prouvés, parce que si la concurrence des prix s'intensifiait dans le commerce du livre, on assisterait inévitablement à la disparition progressive d'un service. Les stocks ne se- raient plus constitués que d'ouvrages se vendant vite et fa- cilement. Une part considérable du chiffre d'affaires des livres intéressants sur le plan commercial passerait aux mains des grands distributeurs. De nombreuses librairies marginales seraient condamnées à disparaître, alors que les grossistes en librairie et la vente de livres par correspon- dance profiteraient de cette évolution. "La dispersion tra- ditionnelle des librairies, souhaitable du point de vue de la politique culturelle, disparaîtrait"

(Publ. CC 1973 271). Il y aurait aussi inéluctablement des répercussions dans le secteur de l'édition (publications se limitant à des titres qui marchent et concentration dans le secteur de l'édition). 580

D'une manière générale, la suppression des prix imposés aboutirait à un appauvrissement du "paysage culturel"; en ce qui concerne les librairies cet appauvrissement n'est pas une hypothèse, mais bel et bien une réalité, confirmée par des exemples étrangers (Publ. CC 1982 187). 615.23 Appréciation de la pratique On peut dire en résumé que la suppression des cartels de prix et celle des prix imposés apporte de toute évidence, et à brève échéance, la possibilité, pour le consommateur, de se procurer des biens à meilleur compte. Cela représente le plus souvent un avantage. Cependant, à long terme, la suppression des prix imposés présente exceptionnellement des inconvénients pour le consommateur, ce qui mérite réflexion. On constate une forte tendance à la concentration, spécialement dans le domaine des denrées alimentaires et des biens de consommation, et cette tendance s'est encore considérablement renforcée depuis la suppression des prix imposés. Le .

"dépérissement du petit commerce", dont on se plaint souvent, également dans les milieux de consommateurs, pourrait s'intensifier et les possibilités d'approvisionnement se limiteraient aux seuls centres commerciaux. Ces développements ne sont nullement avancés dans le but de justifier les prix imposés, d'une manière générale. Toutefois, on ne peut estimer purement et simplement que l'interdiction de cartels, souhaitée par les initiateurs, n'aura que des effets positifs du point de vue des consommateurs; il faut tenir compte aussi des répercussions à long terme, auxquelles on peut reconnaître la qualité de motifs justificatifs au sens de l'article 7 de la loi sur les cartels. Il faut prendre également en considération la politique structurelle et la politique démographique. Dans l'intérêt général, il est souhaitable de maintenir et même de favoriser une classe moyenne de commerçants indépendants, cela parallèlement aux grands distributeurs. Dans son message du 27 septembre 1982, concernant l'initiative populaire "visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter 581

contre le dépérissement des petits commerces", le Conseil fédéral a estimé que les problèmes soulevés par les auteurs de l'initiative peuvent être pris en considération dans le cadre de la législation existante ou en la complétant (FF 1982 III 234 ss). A cet égard, il renvoie à la loi contre la concurrence déloyale et à la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues. En renvoyant à ces lois ou en souhaitant qu'elles soient complétées, le Conseil fédéral n'avait nullement l'intention de rendre encore plus précaire la situation du commerce de moyenne importance. Pourtant, ce serait le cas si l'interdiction de cartels, voulue par l'initiative pour la protection des consommateurs pour les denrées alimentaires et les biens de consommation, était instituée. L'initiative favoriserait le processus de concentration au profit des grands distributeurs. W. Harms (dans "Gemeinschaftskommentar" zum Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen, 4e éd., 3e fase. 1981) constate qu'en RFA l'interdiction des prix imposés, de 1973, a contribué à la fermeture de nombreux petits magasins qui n'étaient plus rentables (p. 16). 616

Renforcement de la puissance d'achat Pour le Conseil fédéral, la puissance d'achat, comme la concentration, représente un phénomène économique qui a récemment pris de l'ampleur et auquel on devrait porter une attention toute particulière lors de la révision de la loi sur les cartels (Message du 13 mai 1981, à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et les organisations analogues; FF 1981 II 1269). 616.1 Principes D'après la définition de la Commission des cartels, il y a puissance d'achat, "lorsqu'un acheteur est à même, de par sa

position sur le marché, d'obtenir d'un fournisseur des conditions telles qu'il ne pourrait les imposer sans cette puissance" (La puissance d'achat et son abus. Publ. CC 1976 97). La Commission ajoute que cette puissance a sa source dans une relation de puissance particulière et reposant sur des causes 582

spéciales entre un acheteur et un fournisseur, qui se traduit par un solde de puissance positif en faveur de l'acheteur. L'usage de la puissance d'achat peut se manifester de diverses manières (Publ. CC 1976 100/101): influence de l'aménagement de produits et de la production, détermination de prix de fourniture, transfert des risques du marché aux fournisseurs, influence exercée sur les conditions de fourniture et de paiement, ainsi que l'obtention de rabais spéciaux et d'autres avantages semblables. Jusqu'à ce jour, il n'y a pas eu de décisions de tribunaux suisses relatives à l'abus de la puissance d'achat. Cela ne signifie pas que de tels abus ne sont pas commis. Les fournisseurs victimes d'abus de la puissance d'achat s'inclinent devant la distorsion du rapport de force et se plient aux exigences de l'acheteur. S'ils résistent, ou même entament une procédure, ils prennent le risque de perdre un client à tout jamais, ce qui peut compromettre leur existence économique. Si une procédure est exceptionnellement engagée - comme ce fut le cas en 1976 - on peut s'attendre à ce que le fournisseur retire son action ou à ce qu'un "règlement à l'amiable" soit proposé (Publ. CC 1976 59). Deux autres enquêtes de la Commission des cartels ont abordé le problème de la puissance d'achat. Dans l'enquête sur "les conditions de concurrence sur le marché des boissons 'petit déjeuner'" (Publ. CC 1983 321), la Commission des cartels a accepté (à certaines conditions) la création d'un cartel de fournisseurs face à quelques entreprises disposant de la puissance d'achat sur le marché. La Commission des cartels a admis que l'usage de cette puissance avait produit des effets économiquement ou socialement nuisibles sur le marché en question (op.cit. 378). Le problème de l'abus de la puissance d'achat a également été soulevé dans l'enquête sur "le refus des importateurs d'automobiles d'insérer dans le Tages-Anzeiger" (Publ. CC 1981 83). L'enquête a amené la Commission des cartels à formuler des directives pour les rédacteurs et les annonceurs disposant de la puissance d'achat, (op.cit. 122 ss) 583

616.2 Point de vue des initiateurs L'expertise (p. 30 ss et p. 51) minimise l'importance de la puissance d'achat incarnée par les grands distributeurs dans le commerce des denrées alimentaires et des biens de consommation. Elle la considère comme une émanation de la souveraineté des consommateurs, qui représente un instrument grâce auquel l'acheteur peut signaler au fournisseur les besoins du marché. Un seul point y est considéré comme problématique, à savoir la situation de nombreux fournisseurs faibles en face d'acheteurs forts, mais peu nombreux. Relativement au commerce de détail, la puissance d'achat du grand distributeur est qualifiée "d'avantageuse à tous points de vue pour les consommateurs" (p. 51). Trois raisons sont avancées. Premièrement, il existe dans ce secteur une forte concentration ou cartellisation du côté des fournisseurs. Deuxièmement, il y a une vive concurrence du côté de l'offre, permettant à l'acheteur de faire profiter le consommateur des gains qu'il réalise sur ses achats. Troisièmement, la réduction de la concurrence sur l'élément du prix n'est possible que pour des biens homogènes, ce qui signifie que, pour des biens hétérogènes, le fournisseur est en mesure de lutter efficacement contre la puissance d'achat au moyen d'innovations, de services conseils ou de services après vente. 616.3 La problématique de la puissance d'achat Nous ne pensons pas que cette manière de voir fasse le tour de la question et permette d'apprécier le problème de la puissance d'achat. Nous sommes à vrai dire d'accord sur le fait que la concurrence

régnant dans le commerce de détail des biens de consommation, et plus particulièrement dans le secteur des denrées alimentaires, permet au consommateur de bénéficier des avantages consentis à l'acheteur. Soumise à un examen superficiel, l'usage de la puissance d'achat semble n'apporter que des avantages à l'utilisateur. A notre avis, les problèmes résultant de l'utilisation de la puissance d'achat sont beaucoup plus complexes. 584

616.31 Effets positifs et négatifs La Commission des cartels s'est exprimée sur les effets de la puissance d'achat dans son rapport détaillé sur la puissance d'achat (Publ. CC 1976 101 ss). Elle a établi une distinction entre les effets positifs et négatifs de cette puissance-là. L'usage de celle-ci exerce une pression concurrentielle sur le fournisseur: "Le fournisseur peut être contraint de diriger son entreprise avec plus d'efficacité, de produire des articles de meilleure qualité, de produire à des coûts inférieurs, de modifier sa publicité, de restreindre son assortiment, etc." (op.cit. 101) Des conséquences néfastes de l'usage de la puissance d'achat peuvent apparaître lorsque le fournisseur est contraint de réduire ses marges bénéficiaires pour être en mesure de répondre aux exigences imposées. "Tel peut être le cas lorsqu'une exigence est posée qui n'est pas justifiée du point de vue de l'économie d'entreprise et que la baisse de rendement qui en résulte ne peut être compensée ni par la rationalisation, ni par un développement des ventes, ni par d'autres mesures d'économie. Cela peut aller si loin que les investissements nécessaires ne peuvent plus être faits sinon grâce aux crédits accordés par l'acheteur, qui peut ainsi accroître encore sa position de force face au fournisseur." (op.cit. 101) Puis, la Commission des cartels montre que le fournisseur pourrait être tenté de répercuter les baisses de rendement sur les clients plus faibles. Ainsi, les concurrents des acheteurs disposant de la puissance d'achat seraient atteints dans leur capacité concurrentielle. La puissance d'achat peut donc avoir, par ricochet, un effet nuisible sur les concurrents directs. La Commission des cartels ne disconvient pas que l'usage de la puissance d'achat et la redistribution des avantages acquis peut favoriser en premier lieu le consommateur: 585

"D'autre part, des effets négatifs sont envisageables, notamment une baisse de la qualité des produits, une dépendance accrue du consommateur et une réduction de sa liberté de choix à partir du moment où, pour certains produits, on ne peut plus s'approvisionner qu'auprès d'un seul fournisseur." (op.cit. 83, traduction) La Commission des cartels ajoute encore: "Dans ces conditions, la puissance d'achat implique le risque d'une concentration économique accrue. Pour peu que des petits fabricants d'articles de marque soient établis dans des régions géographiquement marginales, leur élimination entraîne un nouvel affaiblissement de ces régions, déjà défavorisées pour diverses raisons, de même qu'une diminution du nombre des entreprises indépendantes. Parallèlement, l'usage de la puissance d'achat renforce la position des acheteurs puissants sur le marché, au détriment de leurs concurrents plus petits et plus faibles, en raison des conditions d'achat plus avantageuses obtenues, de sorte que ces concurrents risquent de n'être plus à même de lutter et de devoir fermer boutique." (op.cit. 102) 616.32 Prépondérance des effets négatifs à long terme La puissance d'achat a un caractère ambivalent, dans la mesure où, en cas d'abus, les risques sont prépondérants. Il serait faux de ne présenter la puissance d'achat aux consommateurs que sous ses aspects positifs, sous prétexte qu'elle peut engendrer des baisses de prix, car à long terme, elle peut compromettre l'existence de fournisseurs et réduire ainsi l'offre sur le marché. De plus, elle peut aussi avoir pour effet de discriminer les concurrents des puissants acheteurs du marché et de les éliminer finalement de la concurrence, alors que ces concurrents sont également des fournisseurs, pour les consommateurs. Ainsi, dans le pire

des cas, l'usage de la puissance d'achat renforce la tendance à la concentration au stade des fabricants comme au stade de la commercialisation. Dans les deux cas, ce phénomène est le fait d'organisations (analogues aux cartels) dont la puissance sur le marché s'exerce au ni-

veau de la commercialisation (en particulier par le biais des grands distributeurs).

L'interdiction de cartels, réclamée par les initiateurs, n'est pas la formule susceptible de remédier à une évolution de ce type. Dès lors que les organisations analogues aux cartels ne sont absolument pas prises en compte par l'initiative, on peut tout simplement en conclure que l'initiative ne fera qu'aggraver la situation décrite. Les consommateurs devront réfléchir au fait que, s'ils accordent la prédominance aux effets primaires (tendance à la baisse des prix), ils risquent de susciter l'apparition d'effets secondaires négatifs (réduction de l'assortiment, fermetures d'entreprises au stade du fabricant comme au stade commercial, concentration dans le commerce de détail). L'expertise Borner mentionne également qu'au niveau des fabricants, bon nombre d'entreprises sont puissantes sur le marché et que, par conséquent, les acheteurs doivent également disposer d'une certaine puissance pour maintenir l'équilibre (p. 51). On peut répliquer à cette affirmation par un renvoi au rapport de la Commission des cartels sur "Les conditions de concurrence sur le marché des boissons 'petit déjeuner'" (Pubi. CC 983 321). Dans le cartel des fabricants de boissons "petit déjeuner", les entreprises Lindt & Sprüngli, Société des produits Nestlé SA et Suchard Totaler SA sont groupées en un cartel de fournisseurs. Ces trois entreprises jouissent effectivement d'une importance considérable sur le marché. Malgré tout, la Commission des cartels a estimé en substance que des cartels de prix et de conditions, au stade des fournisseurs, étaient admissibles, car individuellement, ces entreprises ne seraient pas en mesure de résister aux exigences des acheteurs (grands distributeurs), forts de leur puissance d'achat. On a remarqué qu'en dépit de la position de force des fournisseurs, l'inégalité de puissance se manifestait en faveur des acheteurs et qu'elle aurait pu favoriser l'apparition de pratiques abusives. Les travaux de la Commission des cartels montrent qu'aujourd'hui la plupart des problèmes de droit de concurrence proviennent de la puissance d'achat. L'initiative pour la protection des consommateurs est de nature à pro-

voquer un effondrement de la position du fournisseur et à renforcer la puissance d'achat.

617 Orientation unilatérale de l'initiative pour la protection des consommateurs Sur le marché des biens de consommation, on constate depuis plusieurs années une érosion du système des prix imposés, courant autrefois. Dans ce contexte, il est significatif que PROMARCA (Union Suisse de l'article de marque) ait renoncé, le 2 février 1967, à prendre des mesures collectives obligatoires (interdiction de livraison) pour imposer des prix de ventes. La Commission des cartels a rendu compte de cette situation dans son enquête sur "Die Preisbindung auf einigen wichtigen Verbrauchsgütermärkten" (Les prix imposés sur quelques marchés importants de biens de consommation, non traduit), Pubi. CC 1969 164). Depuis lors, on observe une libéralisation croissante des rapports de concurrence dans le domaine des biens de consommation, déjà mentionnée au chiffre 3. La cartellisation la plus forte ne se situe plus dans le secteur des biens de consommation ou dans le secteur commercial. On la trouve, en première place, au stade des fabricants, à la rigueur, mais surtout, du point de vue du champ d'application matériel, dans le secteur des biens d'investissement et des services (voir les exemples au ch. 4 ci-devant). Il faut encore, par ailleurs, souligner à nouveau qu'aujourd'hui les organisations analogues à des cartels jouent un rôle plus important, en politique de concurrence, que bon nombre de formations

cartellaires. On peut aller, au vu de ces constatations, que l'initiative pour la protection des consommateurs s'engage dans la mauvaise direction, ou tout au moins adopte une orientation unilatérale. L'expertise elle-même déclare que les entreprises du commerce de détail sont soumises à une vive concurrence des prix (p. 51). Une constatation de ce genre n'aurait aucune pertinence, si aujourd'hui encore il était possible d'introduire des prix imposés sur une grande échelle, ce qui n'est guère

588
pensable, tout du moins dans le domaine des biens de consommation. Enfin, l'initiative pour la protection des consommateurs concentre tous ses efforts contre l'obligation de respecter les prix imposés, encore intacte, sur le marché de la bière et du tabac (disposition de droit privé), et elle s'attaque également aux prix minimaux (définis par la loi) pour les spiritueux. Ces mesures de droit privé et de droit public ont de bonnes raisons d'exister (en. 34, 615 et 62). A cela s'ajoute le fait que, dans les trois cas, il s'agit de stimulants ou de denrées créant la dépendance. On peut se demander si la baisse du prix de ces marchandises, à laquelle tend l'initiative, se situe dans l'intérêt général et dans l'intérêt des consommateurs. A la question de savoir si, en l'occurrence, l'initiative pour la protection des consommateurs fait fausse route, on peut répondre par l'affirmative en toute bonne foi. 618
Insécurité du droit 618.1 Notions nécessitant une concrétisation Nous avons déjà largement montré que le texte de l'initiative comporte des notions que le législateur devrait préciser. Si les tribunaux ont à concrétiser les limites du champ d'application à raison de la matière (denrées alimentaires et autres biens de consommation dans le commerce), selon les vœux de l'initiative, il en résulterait une insécurité du droit préoccupante (ch. 532). Cela vaut également pour le champ d'application à raison des personnes (notion de cartel). La définition de cartel du texte constitutionnel proposé ne tient aucun compte de la définition en vigueur dans la loi sur les cartels et de la loi concernant la surveillance des prix. Au lieu de cela, elle s'appuie sur la définition de l'initiative populaire contre les abus de la puissance économique, de 1955, qui fut lancée à l'époque où la législation cartellaire n'existait pas encore. L'expertise Borner ouvre la porte à d'autres confusions en donnant à la page 36, à titre d'exem-

43 Feuille fédérale. 138e année. Vol. III 589
pies - détachés du texte de l'initiative - une énumération des cartels interdits et des cartels qui resteraient autorisés, sans prêter attention au fait que cette énumération des cartels interdits et des cartels qui resteraient autorisés, sans prêter attention au fait que cette énumération contredit, dans les termes, le texte constitutionnel. Car, les exemples de cartels autorisés peuvent, selon les circonstances, avantager ou discriminer les consommateurs. C'est pourquoi nous sommes d'un avis contraire à celui des initiateurs, dans la mesure où nous estimons que le texte constitutionnel proposé ne se prête pas à une application immédiate, que ce soit avant ou après que des dispositions de droit civil et, le cas échéant, de droit pénal, aient été arrêtées pour sanctionner "les conséquences des infractions" (2e al. du texte constitutionnel proposé et 1er al. des dispositions transitoires). Cette opinion est déjà motivée (en. 531). 618.2 Rétroactivité Nous avons démontré au chiffre 552 que le 1er alinéa des dispositions transitoires prévoyait une rétroactivité proprement dite. Dès lors qu'aucun délai n'a été fixé à cette rétroactivité, des jugements et des décisions ayant force de chose jugée pourraient être de fait annulés ou modifiés. Cela aurait pour conséquence que les actions passées seraient frappées d'illégalité. De ce fait, il convient, du point de vue de la sécurité du droit et de la confiance, auxquelles il convient de porter attention, de refuser cette disposition transitoire. 62
Domaine du droit public 621 Entraves à la politique économique et à la politique de la santé publique de l'Etat L'interdiction des

dispositions sur les prix minimaux, prises par les autorités dans le commerce des biens de consommation, réduirait la marge de manoeuvre des dites autorités et aurait 590

des effets défavorables sur la politique de la santé publique. En ce qui concerne les eaux-de-vie, l'acceptation de l'initiative aurait pour conséquence d'abolir l'interdiction de prix inférieurs au prix couvrant les frais, introduite pour des raisons de santé publique et de rétablir ainsi la situation qui prévalait après 1968, lorsque la convention sur la protection des prix du cartel des spiritueux fut abandonnée (en.34). On reviendrait à nouveau à une lutte des prix, jugée indésirable dans cette branche, du point de vue de la politique de la santé publique. Les spiritueux seraient à nouveau offerts à bas prix et seraient utilisés comme appât pour attirer la clientèle dans les magasins. De telles pratiques de prix favoriseraient sensiblement la consommation de spiritueux et les objectifs de santé publique de la réglementation sur l'alcool seraient sérieusement menacés. Dans le domaine de la commercialisation des fromages dans le cadre de l'Union suisse du commerce du Fromage SA, il est possible que l'entrée en vigueur de l'initiative empêche de maintenir le principe du prix fixe de prise en charge par les maîtres faisant partie de l'Union. Ces prix sont en relation avec la politique des revenus agricoles, d'une part, et la charge de la Caisse fédérale d'autre part. Les fondements de la réglementation du marché du fromage pourraient être remis en question par l'initiative. L'interdiction des dispositions prises par les autorités sur les prix minimaux ne s'impose pas. La pratique actuelle a montré que l'Etat usait de cet instrument avec discrétion. Il n'y a aucune raison de présumer qu'il va changer d'attitude. Décréter de nouvelles dispositions sur les prix minimaux sera plus difficile, car, en vertu de l'article 26, 1er alinéa, de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues du 20 décembre 1985 (RS 251), la Commission des cartels devra donner un préavis sur les projets de lois et ordonnances fédérales qui restreignent la libre concurrence. 591

622 La juridiction constitutionnelle: problème fondamental L'initiative demande qu'une juridiction constitutionnelle soit instituée afin d'examiner les dispositions légales fédérales, arrêtées dans le domaine concerné. Ce faisant, elle abrogerait les articles 113, 3e alinéa, et 114bis, 3e alinéa, de la constitution selon lesquels les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale doivent être appliqués sans tenir compte de leur caractère constitutionnel. L'exclusion d'une juridiction constitutionnelle répond à une conception traditionnelle du peuple et des cantons sur les rapports entre les pouvoirs supérieurs de la Confédération; le fait que les autorités judiciaires et législatives soient liées par les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale tire notamment son origine de considérations d'ordre démocratique et fédéraliste (v. J.F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I Neuchâtel/Paris 1967, n° 420 ss; ft. Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Baie/Francfort a.M. 1983, p. 60 ss). Il serait extrêmement problématique de modifier ces rapports dans un domaine limité. Le problème de l'introduction d'une juridiction constitutionnelle ayant pour mission d'examiner les dispositions légales de la Confédération ne peut être soumis qu'à un examen global et fondamental. Cet examen a été fait dans le cadre des travaux préparatoires de la révision totale de la constitution fédérale (FF 1985 III 57 ss, 70 s., 78 et 88). Ce problème sera, de plus, examiné en dehors de la révision totale de la loi, sur la base d'interventions parlementaires (initiative parlementaire 86.222 sur la juridiction constitutionnelle, Weber Monika; Postulat Pini 86.337, Tribunal fédéral, juridiction constitutionnelle). On ne voit, dès lors, pas pourquoi on devrait admettre et justifier l'introduction d'une juridiction constitutionnelle pour le domaine de l'initiative, alors que pour tous les autres domaines, il

faudrait attendre les résultats des travaux préparatoires mentionnés. L'introduction d'une juridiction constitutionnelle partielle doit donc être écartée. 592

7 Résumé et conséquences 71 Résumé La politique suisse en matière de concurrence a été, dès le début, conçue de manière mesurée et s'est ajustée à la situation économique de notre pays. L'article sur les cartels (art. 31bis, 3e al., let. d, est.) a jeté les bases d'une législation de prévention des abus. En 1958, le peuple et les cantons ont rejeté une initiative populaire visant à introduire une interdiction de cartels. La loi sur les cartels de 1962, en toute logique, a établi le principe de l'abus. Il fut alors admis que les cartels et les organisations analogues ne pouvaient être considérés comme nuisibles en soi, mais que, selon le cas, il fallait plutôt, sur la base d'une pondération des intérêts, vérifier si des formations de ce genre exerçaient des effets nuisibles d'ordre économique ou social. Ce n'est qu'à cette condition que l'Etat s'est vu confier la tâche d'intervenir pour corriger certains effets. Ainsi, il y a moyen de prendre en compte non seulement les préoccupations légitimes de l'économie, mais aussi celles des consommateurs. Toutefois, de plusieurs côtés, la loi de 1962 fut estimée trop faible et par trop favorable aux cartels. On peut se demander si ces critiques s'adressaient à la loi elle-même ou s'il faut les imputer à sa mise en oeuvre par les autorités compétentes; la question reste ouverte. Au début des travaux de révision de la Loi sur les cartels, en 1972, on est tombé d'accord pour s'en tenir au principe de la prévention des abus qui avait donné satisfaction. Le message de 1981 déclare ce qui suit: "Cette formule était défendable (et l'est encore de nos jours) du fait que certaines réalités de l'économie suisse ne permettaient pas de s'aligner entièrement sur les modèles de l'étranger. L'économie suisse est en effet essentiellement caractérisée par le manque de matières premières, par une forte concurrence dans le domaine des importations et par une orientation marquée vers l'exportation, qui entraîne nécessairement une pression concurrentielle. Dans bien des branches prédomine en outre une structure marquée par 593

les moyennes et petites entreprises, qui rend indispensables certaines formes de collaboration lorsqu'il s'agit de renforcer la compétitivité sur les marchés internationaux." (FF 1981 II 1267) Nonobstant le maintien du principe de base de la prévention des abus, la nouvelle loi, comparativement à la loi de 1962, apporte des éléments supplémentaires qui devraient permettre d'accorder plus de poids au principe de la "concurrence efficace" dans notre pays. Les grandes lignes ont été présentées plus haut (ch. 31). Il apparaît essentiel que la nouvelle loi n'interdit pas non plus les cartels ni les organisations analogues, mais qu'elle a visiblement relevé le seuil à partir duquel les limitations ou les entraves à la concurrence peuvent se justifier. La loi sur les cartels a également la priorité de placer sur pied d'égalité les cartels et les organisations analogues, dans toutes les branches et à tous les stades de l'économie, et de traiter les abus de la même manière, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Le vaste champ d'application de la loi sur les cartels garantit que les affaires cartellaires connaîtront le même traitement dans tous les secteurs de l'économie. On évitera sciemment toute action isolée dans certains secteurs partiels, qui pourrait engendrer des développements particuliers. La loi sur les cartels aura également pour complément appréciable les nouvelles dispositions de la loi concernant la surveillance des prix et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (ch. 32 et 33). Nous sommes d'avis que ce nouvel ensemble de mesures permettra à l'avenir de poursuivre une politique de la concurrence différente, mais efficace. L'appréciation des cas concrets, examinés un à un, aura donc la priorité, car une déclaration générale sur les effets nuisibles ne donnerait qu'une estimation grossière, susceptible d'engendrer des erreurs. Cette

conception de la politique concurrentielle se trouve aujourd'hui confrontée à une initiative qui exige une interdiction partielle de cartels et veut déclarer illicites les dispositions des autorités sur les prix minimaux, dans le domaine

du commerce des biens de consommation, et qui propose une juridiction constitutionnelle partielle pour assurer le respect de cette interdiction, faite aux autorités, de prendre des dispositions sur les prix minimaux. Le Conseil fédéral estime que l'acceptation de l'initiative introduirait un corps étranger dans la politique suisse en matière de concurrence, et que les effets de celui-ci pourraient se révéler préjudiciables au développement de l'économie nationale. Comme il a été exposé, l'initiative est susceptible de renforcer la concentration dans le commerce des denrées alimentaires et d'accroître la puissance d'achat des grands distributeurs au stade commercial, au détriment de leurs concurrents directs et des fournisseurs. Cela est en contradiction avec les objectifs de notre politique en matière de concurrence, formulés dans le message relatif à la nouvelle loi sur les cartels (FF 1981 II 1268 ss). Il y est dit qu'il s'agit, entre autres choses, d'exercer un contrôle d'ordre politique sur les problèmes de la concentration économique et de la puissance d'achat (sans intervention structurelle, au sens strict). A cet effet, les petites et moyennes entreprises ont la possibilité de se constituer en cartel de défense, pour autant que cette entraide ne franchisse pas les bornes à partir desquelles il y a abus. L'initiative nous paraît également discutable dans la mesure où elle manifeste une orientation unilatérale. Elle se concentre sur les cartels du secteur des biens de consommation dans le domaine commercial, mais surtout sur le champ d'activité de la maison Denner SA. Une interdiction de cartels est particulièrement problématique, et donc à rejeter, lorsqu'elle se limite à des domaines restreints et néglige sciemment des secteurs essentiels de l'économie, dans lesquels le degré de cartellisation est particulièrement fort. L'initiative pour la protection des consommateurs présente par ailleurs un inconvénient (formel) dans la mesure où l'interdiction de cartels requiert un effort d'interprétation démesuré qui, à notre avis, surchargerait le juge; cet avis n'est pas partagé par les initiateurs. L'application de l'interdiction de cartels nécessiterait de véritables dispositions d'exécution, et pas seulement des prescriptions de droit civil et

de droit pénal. Cela provient également du fait que la formulation de l'interdiction de cartels, requise par l'initiative pour la protection des consommateurs, ne s'accorde en aucune façon à la notion de cartel en vigueur, mais reprend une définition formulée il y a plus de trente ans. Le manque de concordance, entre les conceptions de cartels, aurait pour conséquence de faire régner la confusion dans notre réglementation de la concurrence, au lieu de la simplifier. Il convient ensuite de mentionner que l'initiative pour la protection des consommateurs entend également écarter l'interdiction des prix d'appel, prévue par la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Là encore, les petites et moyennes entreprises du commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation seraient touchées, car "le prix d'appel" représente un instrument de marketing utilisé par les grands distributeurs et les "discount". La disposition sur les prix d'appel du projet de la nouvelle LCD ne serait sans doute affectée par l'initiative que si elle peut être assimilée à une réelle disposition sur les prix minimaux. Elle ne serait pas concernée si elle était clairement formulée, conformément à la loyauté en droit de concurrence (en. 542). L'initiative tente de rendre inopérantes les mesures que le Conseil fédéral a préconisées, relativement à la loi fédérale sur les cartels et à la loi fédérale contre la concurrence déloyale, dans son message du 22 septembre 1982 concernant l'initiative "visant à garantir l'approvisionnement de la

population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces" (FF 1982 III 233), en vue de réaliser et d'assurer la protection du petit commerce. Il ressort de ce message (en. 541) que le législateur ne fait que rarement usage des dispositions sur les prix minimaux ou des dispositions sur les prix imposés. L'exemple principal est donné par la législation sur l'alcool, fondée sur la sauvegarde de la santé publique. Finalement, on peut encore objecter contre l'initiative pour la protection des consommateurs qu'elle prévoit une juridic-

596
tion constitutionnelle partielle. Cette question réclame, le cas échéant, un examen approfondi (ch. 622). 72 Conséquences Au vu de ces considérations, nous sommes d'avis que l'initiative populaire pour la protection des consommateurs" doit être soumise au peuple et aux cantons avec recommandation de rejet. Un contre-projet direct (au niveau de la constitution) ne s'impose pas, puisque l'article 31bis, 3e alinéa, lettre d est., offre des bases suffisantes pour justifier une législation de prévention des abus, particulièrement adaptée aux conditions suisses. La nouvelle législation sur les cartels et organisations analogues et celle concernant la surveillance des prix (1985), la révision en cours de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, ainsi que la législation en préparation pour la protection des consommateurs, qui s'appuie sur l'article 31sexies cst., permettent d'exercer une politique de la concurrence et de protection des consommateurs qui tient équitablement compte, à la fois, des intérêts des consommateurs et de ceux de l'économie et s'adapte à l'intérêt général. Il semble donc indiqué de renoncer également à l'élaboration d'un contre-projet indirect (au niveau de la loi). 8 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel Dans la mesure où l'initiative pour la protection des consommateurs ne prévoit pas de procédure de droit administratif, la Commission des cartels ne subira pas nécessairement de conséquences, ni sur le plan financier, ni quant à l'état du personnel. Par contre, des effets de cet ordre se feront certainement sentir dans les cantons (juridiction civile et pénale), ainsi que pour le Tribunal fédéral (juridiction constitutionnelle, civile et pénale). Si les prescriptions de prix contenues dans la réglementation du marché du fromage devaient disparaître, du fait de l'inter-

597
diction des prix minimaux, il se poserait alors la question de la forme de la réglementation qui devrait être appliquée à l'avenir. Il est très difficile d'évaluer les conséquences qui en résulteraient pour la caisse fédérale. Pour ce qui est des eaux-de-vie, la suppression des prescriptions de prix pourrait conduire à une augmentation de la consommation d'alcools bon marché; il en résulterait, pour la Confédération, les cantons et les communes, un accroissement de dépenses dans les domaines de la santé publique, de l'assistance et des assurances sociales. Cet accroissement est très difficile à évaluer; lors de cette évaluation, il faudrait aussi tenir compte des recettes supplémentaires résultant de l'impôt sur l'alcool. Dans le domaine du tabac, des baisses de prix entraîneraient un recul de l'impôt sur le tabac du fait qu'il est calculé sur les prix du commerce de détail. En supposant, par exemple, que le prix unitaire de la plupart des cigarettes tombe à 12,5 centimes, ou moins encore, on doit s'attendre à un recul estimé à 17 millions de francs pour l'impôt sur le tabac et à 6 millions de francs pour l'impôt sur le chiffre d'affaires. La Direction générale des douanes évalue même la perte d'impôts à quelque 30-40 millions de francs, voire davantage, dans le cas d'un véritable effondrement des prix. Cette perte devrait être compensée par une augmentation de l'impôt sur le tabac. L'impôt sur la bière se calcule sur le prix de livraison des brasseries; ce prix est fixé actuellement de manière uniforme. La charge totale qui grève la bière est proportionnelle à son prix; elle demeure en l'état du 31 décembre 1970 (art.

41ter, al. 4, let. b, est.). Si le prix de livraison uniforme vient à disparaître, la base retenue pour la fixation de l'impôt devrait être redéfinie, par exemple en fixant un prix de livraison moyen. Des baisses de prix entraîneraient des pertes pour la Confédération, qu'on ne peut pas calculer pour l'instant, ou elles nécessiteraient une modification de la constitution. 598

Le montant des pertes que subirait la Confédération ne peut pas être estimé. Le cas échéant, des modifications constitutionnelles ou législatives devraient être nécessaires, pour ce qui est de la réglementation du marché du fromage, de la législation sur la bière, ainsi que de celle sur le tabac. Il s'en suivrait des solutions plus compliquées, avec pour corollaire des charges supplémentaires pour l'Etat et l'économie. Pour la Confédération, des conséquences sur le plan du personnel ne peuvent pas être exclues. De plus, la Confédération, les cantons et les communes devraient faire face à des coûts nouveaux, dont l'ampleur n'est pas quantifiable. 599

Arrêté fédéral Projet relatif à l'initiative populaire «pour la protection des consommateurs» du L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, vu l'initiative «pour la protection des consommateurs», déposée le 2 juillet 1984"; vu le message du Conseil fédéral du 29 septembre 1986', arrête: Article premier 1 L'initiative «pour la protection des consommateurs» du 2 juillet 1984 est déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons. 2 L'initiative demande de compléter la constitution par un nouvel article 31 octies qui a teneur suivante: Art. 31 octies (nouveau) 1 Toutes mesures prises et tous accords passés par des entreprises, des organisations et des particuliers qui visent, par une action concertée, à restreindre la concurrence dans le commerce des denrées alimentaires et d'autres biens de consommation au moyen de clauses sur les prix minimaux, d'interdictions de livrer ou d'autres conditions de livraisons discriminatoires, ou à abuser le consommateur, ainsi que toutes dispositions sur les prix minimaux prises par les autorités dans ce secteur commercial, sont illicites. 2 La législation fédérale déterminera les conséquences des infractions au premier alinéa commises par des entreprises, des organisations ou des particuliers. Elle peut prévoir une protection juridique non seulement civile, mais aussi pénale. 3 a. Les dispositions officielles, y compris les lois, peuvent en tout temps être soumises au Tribunal fédéral pour qu'il examine si elles sont conformes au présent article; b. Quiconque pourrait être lésé dans ses intérêts dignes de protection a qualité pour agir en justice. L'action dûment motivée doit être déposée par écrit auprès du Tribunal fédéral. La procédure est régie au demeurant par les dispositions sur la juridiction du Tribunal fédéral en matière de droit public, applicables par analogie; c. Le Tribunal fédéral abrogera les dispositions contestées qui ne sont pas conformes au présent article. L'arrêt sera publié. ') FF 1984 II 1307 2> FF 1986 III 525 600

Initiative populaire Dispositions transitoires 1 Les mesures prises et les accords passés avant la date d'entrée en vigueur de l'article 31 octies qui ne sont pas conformes à son premier alinéa n'ont plus aucun effet juridique après cette date. 2 Les sanctions prévues par le droit civil fédéral en matière de concurrence déloyale sont applicables par analogie jusqu'à la publication d'une loi portant exécution du deuxième alinéa de l'article 31 octies. Art. 2 L'Assemblée fédérale recommande au peuple et aux cantons de rejeter l'initiative. 31030 601

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali MESSAGE SUR L'INITIATIVE POPULAIRE "POUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS" du 29 septembre 1986 In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In

Foglio federale Jahr 1986 Année Anno Band 3 Volume Volume Heft 44 Cahier Numero
Geschäftsnummer 86.055 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 11.11.1986 Date
Data Seite 525-601 Page Pagina Ref. No 10 104 913 Das Dokument wurde durch das
Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert. Le document a été digitalisé par les. Archives
Fédérales Suisses. Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.