

INTEGRATION DE LA REGLEMENTATION SUR LE COMMERCE DES BOISSONS FERMENTEES DANS LA LOI SUR L'ALCOOL: QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITE

Avis de droit
établi à la demande de
la Régie fédérale des alcools
(MM. Werner Altwegg et Alain Becker,
Division *Droit, marché et compliance*)

Sommaire:	n°	page
Préambule: objet et plan de l'avis		1
I. Bref rappel des faits et des prises de position	1	2
II. Questions à trancher et enjeux	4	3
III. Appréciation: la question des «bases constitutionnelles» de la nouvelle loi sur l'alcool	6	3
A. L'article 105: la compétence fédérale en matière d'alcool distillé	6	3
B. L'article 118: la compétence fédérale en matière d'alcool fermenté	11	6
C. Synthèse intermédiaire	15	7
IV. Examen de l'avant-projet de révision de la loi sur l'alcool au regard des principes exposés	16	9
A. La reprise des mesures existantes	16	9
B. L'interdiction de la vente à perte et des offres d'appel	20	10
V. Synthèse et conclusions	27	16

Préambule: objet et plan de l'avis de droit

Le présent avis de droit a pour objet et pour but de répondre à diverses questions liées à la constitutionnalité de l'avant-projet de révision totale de la loi fédérale sur l'alcool que le Conseil fédéral a mis en consultation en date du 30 juin 2010, questions soulevées notamment par certains milieux qui se sont exprimés lors de cette consultation. L'avis se base à cet égard sur une notice établie par la Régie fédérale des alcools, et remise aux auteurs du présent avis, qui expose succinctement ces prises de position et la problématique à analyser.

L'avis se fonde par ailleurs sur les sources habituelles et généralement disponibles de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine juridique, mais, comme prévu dans le mandat, il restera relativement sommaire et se basera essentiellement sur une appréciation des principaux éléments qui ressortent du dossier, sans procéder à un examen absolument détaillé et exhaustif de toutes les sources de jurisprudence et de doctrine.

Après un bref rappel des faits et des diverses positions exprimées lors de la consultation (ch. I), on résumera les questions à trancher ainsi que leurs enjeux, en

termes juridiques (ch. II). L'avis se concentrera ensuite sur l'appréciation de la question posée en l'espèce, à travers l'examen des dispositions constitutionnelles qui sont pertinentes en matière de commerce et de consommation d'alcool et qui entrent en considération dans le cas concret, afin d'en tirer les éléments qui permettront de répondre à cette question (ch. III). Il s'attachera en outre à vérifier brièvement la conformité de l'avant-projet de loi, en général et pour certaines mesures en particulier, au regard des principes qui auront ainsi été dégagés (ch. IV), avant de faire la synthèse et de conclure (ch. V).

I. Bref rappel des faits et des prises de position

1. En date du 30 juin dernier, le Conseil fédéral a procédé à la mise en consultation de l'avant-projet de révision totale de la loi fédérale sur l'alcool (Lalc). Selon cet avant-projet, l'actuelle loi sur l'alcool devrait être scindée en deux lois distinctes, une loi fédérale sur l'imposition des boissons spiritueuses et de l'éthanol (loi sur l'imposition des spiritueux; Limpspi) et une nouvelle loi fédérale sur l'alcool (ci-après: avant-projet ou AP-Lalc)¹.

S'agissant de cette dernière, l'AP-Lalc prévoit par ailleurs de regrouper toutes les restrictions au commerce et à la publicité relatives aux spiritueux, à la bière et au vin. Ces règles sont en effet, à l'heure actuelle, éclatées et dispersées dans diverses lois et ordonnances, dont l'exécution et la mise en œuvre appartiennent à une pluralité d'organes différents. La révision totale de la loi sur l'alcool constitue de ce fait plus qu'une simple mise à jour, elle représente un remaniement assez important, puisque l'avant-projet de révision tend à instaurer de nouvelles restrictions, notamment en matière de commerce des boissons fermentées.

2. Formellement, la nouvelle loi sur l'alcool se fonderait – et la Confédération prétend fonder sa compétence en la matière – sur les articles 95 al. 1, 105 et 118 al. 2 let. a de la Constitution fédérale (Cst.), soit sur les dispositions concernant, dans l'ordre, la police du commerce, l'alcool distillé et la protection de la santé en matière d'utilisation de denrées alimentaires².
3. Or, dans le cadre de la consultation, certaines opinions exprimées, notamment de la part de divers acteurs du monde économique, ont mis en doute, voire contesté la constitutionnalité de l'avant-projet. *Economiesuisse* a par exemple laissé entendre que l'art. 118 al. 1 let. a Cst. ne saurait être interprété de manière extensive pour servir de base constitutionnelle à cette extension de la loi sur l'alcool aux boissons fermentées, mais que cette disposition constitutionnelle doit au contraire s'interpréter de manière restrictive, compte tenu de la disposition spéciale que représente l'art. 105 Cst., qui ne vaut que pour les boissons distillées; *economiesuisse* exigeait ainsi un examen plus approfondi de la base constitutionnelle d'une extension des considérations de politique de la santé au vin et à la bière notamment. L'*Association Nationale des Coopératives Viti-vinicoles suisses* s'oppose quant à elle catégoriquement à l'intégration de la réglementation du commerce de vin dans une loi fédérale sur l'alcool, qu'elle juge inconstitutionnelle, parce que contrevenant selon elle clairement à l'art. 105 de la Constitution; à ses yeux, sur la base de cette disposition, «la Confédération n'a aucune compétence pour légiférer en matière de vente et de consommation de vin. L'intégration du vin dans la Lalc est dès lors anticonstitutionnelle. Le vin est une denrée

¹ Sur l'ouverture de la consultation et les divers textes ainsi proposés, voir le site de la Régie fédérale des alcools, <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02010/index.html?lang=fr>.

² Voir le préambule de l'AP-Lalc, qui mentionne ces trois dispositions constitutionnelles.

alimentaire soumise aux règles spécifiques de la législation alimentaire». La vente de vin doit donc continuer à être régie par la législation sur les denrées alimentaires, et non intégrée à des dispositions qui relèvent aussi de la réglementation des spiritueux³.

II. Questions à trancher et enjeux

4. La procédure de consultation à laquelle il a été soumis a donc déjà soulevé une controverse sur la constitutionnalité de l'avant-projet de révision de la loi sur l'alcool ou, plus précisément, sur la compétence de la Confédération d'adopter cet avant-projet dans la version dans laquelle il a été proposé.

Il s'agit dès lors d'examiner ici quelles sont les bases constitutionnelles de l'avant-projet de révision de la loi sur l'alcool et, essentiellement, si ces bases constituent des fondements suffisants pour justifier les mesures qui sont prévues par ledit avant-projet, notamment le regroupement dans une seule et même loi, la future nouvelle loi sur l'alcool, de toutes les dispositions aujourd'hui dispersées dans diverses lois, qui réglementent le commerce et la distribution des boissons alcooliques.

Pour ce faire, il convient de rappeler les diverses compétences fédérales en cause, ainsi que d'en déterminer les contours et l'étendue.

5. Pour des motifs historiques, mais aussi en raison des multiples enjeux qui gravitent autour du commerce et de la consommation d'alcool, les dispositions constitutionnelles qui donnent à la Confédération des compétences de légiférer en la matière sont nombreuses et variées. En font partie notamment les articles 104 (Politique agricole), 105 (Alcool), 118 (Protection de la santé) et 131 (Impôts spéciaux à la consommation).

Néanmoins, puisque l'avant-projet de révision de la loi sur l'alcool vise uniquement – ce que personne ne semble contester⁴ – la protection et la promotion de la santé publique par la réglementation de la remise de boissons alcoolisées aux consommateurs, ainsi que la publicité pour de telles boissons, le présent avis s'en tiendra à la seule analyse des articles directement pertinents, à savoir les articles 105 et 118 de la Constitution fédérale, relatifs l'un à l'alcool distillé, l'autre à l'utilisation des denrées alimentaires dangereuses pour la santé.

Afin de déterminer si l'avant-projet de loi sur l'alcool tel qu'il est proposé repose sur un fondement constitutionnel suffisant, il s'agit donc d'examiner, dans un premier temps, quelles sont les compétences législatives que confèrent à la Confédération les deux dispositions constitutionnelles évoquées et quelle est l'étendue de ces compétences.

III. Appréciation: la question des «bases constitutionnelles» de la nouvelle loi sur l'alcool

A. L'article 105: la compétence fédérale en matière d'alcool distillé

6. L'art. 105 al. 1 de la Constitution donne à la Confédération la compétence de légiférer en matière de *«fabrication, d'importation, de rectification et de vente de l'alcool obtenu par distillation»*.

³ Extraits de la notice établie par la Régie fédérale des alcools et fournie à l'appui de la demande d'avis de droit.

⁴ Cf. n° 3 ci-dessus, dans le texte, ainsi que l'art. 1^{er} AP-Lalc.

La seconde phrase du même alinéa précise que la Confédération doit «[tenir] compte en particulier des effets nocifs de la consommation d'alcool».

7. Eu égard à la formulation de cet article constitutionnel, qui ne soulève pratiquement pas de difficulté d'interprétation et n'est pas contestée, il est généralement admis que la Confédération jouit d'une compétence:
 - *qui est limitée aux alcools distillés* ainsi que, selon une interprétation téléologique extensive parfois jugée «peu conforme» à la lettre de l'article 105, mais «traditionnelle», aux alcools fermentés d'une teneur en alcool supérieure à 15% (ou, pour les vins naturels obtenus de raisins frais, 18%)⁵, ainsi qu'à d'autres boissons alcoolisées, à l'exception toutefois de celles issues exclusivement de la fermentation (vin, bière et cidre)⁶;
 - *compétence qui est globale*, en ce qu'elle porte sur l'ensemble des questions relatives à la fabrication et la commercialisation des alcools distillés⁷;
 - *compétence qui permet à la Confédération de déroger, au besoin, au principe de la liberté économique*⁸;
 - *compétence qui a pour but, entre autres, de préserver de cette manière la population des effets potentiellement néfastes de la consommation de ces produits.*
8. Comme indiqué, cette interprétation de l'article 105 n'est pas contestée en doctrine. Il faut du reste préciser que, lors de la révision totale de la Constitution, les Chambres ont expressément choisi une formulation qui devait, selon elles, respecter le cadre d'une stricte mise à jour et, de ce fait, ne permettre aucune interprétation extensive ou aucun autre élargissement de la compétence fédérale⁹. Il avait pourtant déjà été demandé, notamment pour des motifs de santé publique, lors de la consultation sur

⁵ Sur cette interprétation extensive de l'article 105, voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT – PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, n° 2, note 2, ad art. 105, p. 807, qui la juge «*peu conforme [...] à la lettre de la Constitution*», mais relève qu'elle est «*traditionnelle*». Voir aussi l'arrêt de l'ancienne Commission de recours de l'alcool, du 8 juin 2000 (JAAC 64.115, c. 7), cité par AUBERT. Cf. en outre MARC D. VEIT – JENS B. LEHNE, in: BERNHARD EHRENZELLER – PHILIPPE MASTRONARDI – RAINER J. SCHWEIZER – KLAUS A. VALLENDER, *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Auflage, Zurich/St. Gall et Zurich/Bâle/Genève 2008, n° 2 ad art. 105, p. 1686, qui estiment qu'une interprétation extensive se justifie en vertu du but de protection de la santé publique.

⁶ Art. 2 al. 2 Lalc. Sur la notion d'«alcool distillé», voir aussi le message du Conseil fédéral du 26 février 2003 concernant l'introduction d'un impôt spécial sur les alcopops, FF 2003 1980-1988, 1985: «*Aux termes de l'art. 2 de la loi sur l'alcool, l'alcool éthylique, sous toutes ses formes et quel qu'en soit le mode de fabrication, est réputé boisson distillée. Seuls les produits alcooliques obtenus uniquement par fermentation et définis comme un vin, un cidre ou une bière ne sont pas soumis à la législation sur l'alcool. Il en est de même des boissons à base de vin, de vin de fruits et de cidre, sans ajout de spiritueux, telles qu'elles sont définies dans l'ordonnance sur les denrées alimentaires, ainsi que des boissons à base de bière. De cette manière, les producteurs qui fabriquent actuellement leurs alcopops avec des spiritueux ne pourront échapper à l'impôt spécial en employant de l'alcool fermenté. Dès la fin du 19e s. déjà, et partant de considérations analogues, le législateur a soumis les vins naturels à haut degré à la loi sur l'alcool, parce qu'il voulait éviter que ces vins non imposés se substituent aux boissons distillées soumises à l'impôt. Sur le plan juridique, la question de savoir si une boisson donnée est ou non soumise à la loi sur l'alcool continuera de devoir être tranchée par l'autorité compétente*». Voir en outre GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, n° 5 ad art. 105, p. 523-524, qui souligne que le message en question – et le nouvel impôt sur les alcopops – marque une nouvelle extension de la notion d'alcool distillé de l'art. 105.

⁷ Cf. entre autres VEIT – LEHNE, précités (note 5), n° 3 ad art. 105, p. 1886-1687.

⁸ Voir AUBERT, précité (note 5), n° 4, p. 807-808, ainsi que BIAGGINI, précité (note 6), n° 2 ad art. 105, p. 523.

⁹ BO CN, pp 326-328 de la version «tiré à part» des délibérations.

l'avant-projet de révision de la Constitution, que l'on étende la compétence de la Confédération à toutes les boissons alcooliques, ce que le Conseil fédéral avait toutefois refusé, au titre de la mise à jour¹⁰:

«Lors de la consultation, le fait que le texte de la constitution ait été fortement abrégé n'a pas fait l'objet de contestations, sauf en ce qui concerne, nous l'avons dit, le mandat de santé publique. En outre, il a été demandé que l'on étende la compétence de la Confédération à toutes les boissons alcooliques ou qu'on en fasse une disposition relative aux substances toxiques, qui devrait être intégrée dans l'art. 109, projet 96 (protection de la santé). Ces propositions constituent des innovations dont il n'est pas possible de tenir compte dans le cadre de la mise à jour».

9. Il en résulte ainsi que l'opinion exprimée dans l'avis de droit réalisé l'an passé par Mmes Astrid Epiney et Beate Metz à la demande de la Régie fédérale des alcools¹¹, opinion selon laquelle l'art. 105 de la Constitution contiendrait une compétence implicite de déroger au principe de la liberté économique pour juguler la consommation excessive d'alcool en général¹², ne saurait être suivie. Cette opinion occulte en effet complètement – sans que l'avis ne s'attarde sur la question, ni ne s'en explique – le fait que la compétence tirée de l'article 105 ne s'étend qu'aux alcools distillés, et non aux alcools issus exclusivement de la fermentation (sous réserve de l'extension «traditionnelle» évoquée plus haut)¹³.

L'article 105 de la Constitution ne constitue donc pas une base constitutionnelle qui permette à la Confédération de légiférer sur les alcools issus exclusivement de la fermentation, comme le vin, le cidre et la bière (il faut réserver, pour la bière, la compétence fiscale, soit celle de prélever un impôt à la consommation spécial sur ce type d'alcool fermenté, explicitement et spécifiquement prévue à l'article 131 al. 1 let. c de la Constitution¹⁴).

10. Quoi qu'il en soit, forte de sa compétence fondée sur l'article 105 – laquelle reposait à l'époque sur l'article 32^{bis} de l'ancienne Constitution –, la Confédération a édicté l'actuelle loi fédérale sur l'alcool, du 21 juin 1932 (RS 680; Lalc), loi qui régit, à ses articles 39 à 43, le commerce des boissons *distillées* destinées à la consommation. Ainsi, l'art. 41 Lalc interdit certaines formes de commerce, en particulier la remise de boissons distillées à des mineurs (al. 1 let. i). Il faut encore noter que, selon l'art. 41a al. 1 Lalc, l'exercice du commerce de détail dans les limites du canton est subordonné à une patente délivrée par l'autorité cantonale compétente. Enfin, toute «vente à des prix ne couvrant pas les frais» est interdite (cf. art. 41 let. g Lalc).

L'actuelle loi sur l'alcool institue par ailleurs un monopole en faveur de la Confédération en matière de fabrication et de rectification des boissons distillées, que l'avant-projet

¹⁰ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996 (FF 1997 I 1, 319-320).

¹¹ ASTRID EPINEY – BEATE METZ, Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EG und der Wirtschaftsfreiheit, Rechtsgutachten im Auftrag der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, Fribourg, octobre 2009 (consultable sur www.eav.admin.ch).

¹² *Ibidem*, p. 25: «Das geplante totalrevidierte Alkoholgesetz stellt zweifellos eine genügende gesetzliche Grundlage dar, die auch den Anforderungen des Art. 94 Abs. 4 BV entspricht. Denn die in Art. 105 BV enthaltene Bundeskompetenz impliziert eine Abweichungsermächtigung zur Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen des Alkoholkonsums.»

¹³ Il faut noter que cette opinion est reprise, sans plus d'explication, dans un article qui vient de paraître et qui synthétise deux avis de droit rédigés par les mêmes auteurs sur mandat de la Régie fédérale des alcools; voir ASTRID EPINEY – BEATE METZ – BENEDIKT PIRKER, Die Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika und ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit, in: *Jusletter* 24 janvier 2011 (voir spécialement, sur le point en question, p. 27, où figurent exactement les deux mêmes phrases).

¹⁴ Sur cette compétence fiscale, voir AUBERT, précité (note 5), n^{os} 10 à 12 ad art. 131, p. 1039.

propose d'abolir, ainsi qu'elle règle l'impôt spécial sur les boissons distillées, qui serait transféré dans la nouvelle Limpspi selon l'avant-projet.

B. L'article 118: la compétence fédérale en matière d'alcool fermenté

11. L'article 118 de la Constitution règle quant à lui, de manière générale, les compétences de la Confédération en matière de protection de la santé (cf. aussi les art. 97 al. 1 et 104 al. 3 let. c Cst.). Il prévoit plus précisément, à son al. 2 let. a, que la Confédération doit légiférer, afin de protéger la santé, sur «*l'utilisation des denrées alimentaires (...) qui peuvent présenter un danger pour la santé*».
12. Ainsi, puisqu'il est admis que l'absorption excessive d'alcool présente un danger pour la santé, on admet aussi généralement que la Confédération dispose, sur la base de l'article 118 al. 2 let. a, d'une compétence globale de légiférer – compétence dotée d'un effet dérogatoire subséquent – sur les boissons alcoolisées en général, c'est-à-dire aussi celles qui ne sont pas couvertes par l'article 105¹⁵. Il est par ailleurs reconnu que cette compétence, assez large, couvre aussi bien la fabrication, le traitement et le commerce (importation, entreposage, distribution, achat) que l'utilisation au sens strict des biens en question, la notion d'utilisation devant justement être entendue largement¹⁶.

Il n'est toutefois pas certain que cette compétence s'étende jusqu'au pouvoir de réglementer la *consommation* d'alcool, cette question pouvant néanmoins rester ouverte dans le présent avis puisque l'avant-projet renonce à toute mesure à cet égard¹⁷.
13. Cependant, même si la compétence fédérale fondée sur l'article 118 al. 2 let. a est globale, certaines mesures restent proscrites à la Confédération, et ce même si elles devaient poursuivre un objectif de santé publique:
 - ainsi, sans révision expresse de la Constitution, la constitutionnalité d'une éventuelle imposition générale des alcools fermentés serait plus que douteuse; une telle proposition d'imposition a d'ailleurs déjà été abandonnée une fois après avoir rencontré une forte résistance dans les cantons vinicoles; il convient donc de retenir un silence qualifié du constituant¹⁸ (il faut réserver, encore une fois, la compétence de prélever un impôt à la consommation spéciale sur la bière, de l'art. 131 al. 1 let. c, voir ci-dessus, n° 9 *in fine*);
 - en outre, et surtout, la politique en matière de denrées alimentaires, telle que fondée sur l'article 118 al. 2 let. a – contrairement à la compétence en matière d'alcool distillé fondée sur l'article 105 –, ne peut justifier aucune dérogation au principe de la liberté économique au sens de l'article 94 al. 4 de la Constitution, c'est-à-dire qu'elle ne permet pas d'adopter des mesures entravant le jeu de la

¹⁵ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996 (FF 1997 I 1, 338), ainsi que, notamment, THOMAS GÄCHTER – IRENE VOLLENWEIDER, *Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis*, 2. Auflage, Basel 2010, n° 110, p. 25.

¹⁶ Message précité (note précédente), FF 1997 I 339, ainsi que AUBERT, précité (note 5), n° 12 ad art. 118, p. 930, et BIAGGINI, précité (note 6), n° 8 ad art. 118, p. 556.

¹⁷ Le rapport explicatif de l'avant-projet retient en effet que la Confédération détient la compétence de réglementer le marché de l'alcool, mais pas la consommation, alors même que l'Office fédéral de la justice retenait l'inverse en 2003, toujours sur la base de l'art. 118 al. 2 let. a de la Constitution, mais s'agissant du tabac (avis de droit du 8 mai 2003, JAAC 68.81).

¹⁸ Cf. art. 131 al. 1 let. b et c Cst., ainsi que AUBERT, précité (note 5), n° 3 ad art. 105, p. 807.

libre concurrence au sein du marché des boissons alcoolisées issues exclusivement de la fermentation¹⁹.

La Constitution fait donc une différence essentielle entre les boissons alcoolisées issues de la distillation, auxquelles s'applique l'article 105, et celles issues (exclusivement) de la fermentation, auquel l'article 105 ne s'applique pas, seul entrant en ligne de compte l'article 118. Or, comme seul l'article 105, et non l'article 118 al. 2, autorise de telles mesures, les mesures qui dérogent au principe de la liberté économique ne sont possibles, en l'état actuel du droit constitutionnel, que pour les boissons distillées, et non pas pour les boissons alcoolisées issues (exclusivement) de la fermentation.

14. Quoi qu'il en soit, le législateur fédéral a fait usage des compétences dont il dispose en vertu de l'article 118 al. 2 let. a pour édicter, entre autres réglementations très variées et nombreuses, la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0; LDAI), dont l'art. 2 al. 1 let. a précise que la loi s'applique notamment à la *distribution* des denrées alimentaires et l'article 3 al. 3 ajoute que «*les boissons alcooliques et le tabac sont assimilés aux denrées alimentaires*».

Fondée sur cette loi, l'ordonnance du 23 novembre 2005 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.02; ODAIOUs) contient de nombreuses dispositions sur la fabrication, la composition et la présentation des denrées alimentaires. S'agissant des boissons alcoolisées, l'article 11 de cette ordonnance prescrit certaines exigences pour la distribution de boissons contenant de l'alcool, qui ne doivent pas être remises aux enfants et aux jeunes de moins de 16 ans, les dispositions de la loi fédérale sur l'alcool étant réservées (al. 2). Enfin, l'article 4 de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur sur les boissons alcooliques (RS 817.022.110) interdit quant à lui déjà certains types et lieux de publicité pour toutes les boissons alcooliques.

C. Synthèse intermédiaire

15. Il est possible, sur la base de cet examen sommaire des dispositions constitutionnelles en cause, de tirer deux premières conclusions quant à la question posée, de la constitutionnalité de la réunion de toutes les dispositions concernant l'alcool dans une seule et même loi, la future nouvelle loi sur l'alcool.
 - Premièrement, la Confédération possède, en matière d'alcool, une double compétence, fondée sur l'article 105, pour les boissons distillées, et sur l'article 118 al. 2 let. a, pour les autres boissons alcoolisées (non distillées mais issues [exclusivement] de la fermentation), lesquelles sont assimilées aux denrées alimentaires. De plus, les compétences fédérales fondées sur l'article 105 ou sur l'article 118 présentent une large congruence, puisque toutes deux visent un objectif de protection de la santé publique et sont, quant à l'objet de la compétence législative attribuée, globales et étendues: en matière de commerce et de vente d'alcool – peu importe que celui-ci résulte de la distillation ou de la fermentation –, la Confédération dispose donc d'une compétence de réglementation globale et étendue, liée aux objectifs de santé publique. Le législateur fédéral a du reste déjà largement utilisé, aujourd'hui, ces compétences en réglementant le commerce de l'alcool et sa distribution, aussi bien pour les alcools distillés, dans l'actuelle loi sur l'alcool, que pour les boissons alcooliques issues (exclusivement) de la fermentation, dans la loi sur les denrées alimentaires. Il n'est donc pas contesté, ni

¹⁹ Voir l'art. 94 al. 4, ainsi que ATF 107 IV 200, 202 (c. 2c), *X. contre Ministère public du canton du Valais*, du 6 novembre 1981, et DANIEL GAY, *Le statut du vin, Etude de la législation viti-vinicole*, thèse, Lausanne 1985, p. 117.

contestable, que le législateur fédéral possède ces compétences et qu'il les a déjà utilisées.

Autrement dit, sans égard aux compétences cantonales concurrentes dans ce domaine, la Confédération peut ou pourrait imposer – dans la loi sur les denrées alimentaires – des standards minimaux en matière de distribution d'alcool non distillé également, pour l'ensemble du territoire suisse, notamment en reprenant ceux que connaissent déjà certains cantons.

Dès lors, on ne voit pas ce qui empêcherait, en l'état actuel du droit constitutionnel, la Confédération de faire – dans le futur – dans une loi unique ce qu'elle peut faire – et fait déjà – aujourd'hui dans deux lois distinctes. Autrement dit, il est à notre avis parfaitement loisible à la Confédération de soumettre à la réglementation d'une seule loi, la future loi sur l'alcool, la commercialisation de toutes les boissons alcoolisées sans distinction, pourvu que les mesures prescrites poursuivent un objectif de santé publique. Cette loi unique se fonderait alors, dans son préambule – comme le prévoit du reste l'avant-projet –, à la fois sur l'article 105 et sur l'article 118 al. 2 let. a de la Constitution²⁰.

- En second lieu, et *toutefois*, il ne faut pas oublier que les moyens à disposition pour atteindre l'objectif de santé publique précité ne sont pas les mêmes selon le type d'alcool concerné: tandis que la Confédération peut mettre en œuvre des mesures qui dérogent au principe de la liberté économique – et interviennent dans le jeu de la libre concurrence – s'agissant de la fabrication et de la commercialisation de l'alcool *distillé*, et qu'elle peut taxer spécialement ce type d'alcool, tel n'est pas le cas s'agissant des autres boissons alcoolisées (alcool fermenté), pour lesquelles elle n'a pas le pouvoir de déroger au principe de la liberté économique, mais doit au contraire respecter ce principe, pas plus qu'elle ne peut instituer un impôt spécial sur ce type d'alcool (sous réserve de la compétence de prélever un impôt à la consommation spécial sur la bière, spécifiquement prévue par l'art. 131 de la Constitution, voir n° 9 *in fine* et 13 *supra*).

Par conséquent, même si elle peut réunir formellement la législation de ces deux types d'alcool dans un siège de réglementation unique, dans la même loi, la Confédération n'a pas, en l'état actuel du droit constitutionnel, le pouvoir d'abolir toute distinction dans la réglementation matérielle entre ces deux types d'alcool, entre la vente d'alcool distillé et la vente d'alcool issu (exclusivement) de la fermentation: les mesures de politique économique qui interviennent dans le jeu de la libre concurrence et qui dérogent de ce fait au principe de la liberté économique, ou les mesures de politique fiscale, ne peuvent être prévues qu'en matière de commerce et de distribution de l'alcool distillé, et non pour les autres boissons alcoolisées²¹.

Dès lors, s'il est formellement possible et parfaitement admissible, le regroupement de toutes les dispositions sur l'alcool dans une seule et même loi, indépendamment du type d'alcool considéré, ne saurait conduire à une uniformisation de la réglementation matérielle – de fond – qui gommerait toute différence entre ces deux types d'alcool. Même s'il peut être jugé souhaitable sous l'angle de la santé publique, un tel gommage

²⁰ Il n'est pas rare – c'est même très fréquent – qu'une loi fédérale se fonde sur plusieurs bases constitutionnelles. Voir par exemple les diverses lois fédérales citées par AUBERT dans le commentaire de l'article 118 al. 2 let. a, précisément: AUBERT, précité (note 5), n°s 8 à 10 ad art. 118, p. 928-929.

²¹ C'est précisément ce que semble avoir oublié l'avis de droit évoqué plus haut lorsqu'il affirme que «[...] die in Art. 105 BV enthaltene Bundeskompetenz impliziert eine Abweichungsermächtigung zur Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen des Alkoholkonsums» (voir note 12), affirmation qui est juste mais uniquement pour les boissons distillées, et non les alcools issus (exclusivement) de la fermentation.

est inadmissible sous l'angle du droit constitutionnel actuel: il suppose une révision de la Constitution.

Or, il faut reconnaître que la réunion formelle des deux réglementations légales aujourd'hui séparées crée un risque de confusion – ou d'oubli de la différence fondamentale qui existe sur le plan constitutionnel – entre les deux types d'alcools. Ce risque n'est à notre avis pas suffisant pour affirmer, comme le font certains milieux lors de la consultation, que l'avant-projet de nouvelle loi sur l'alcool est dépourvu de fondement constitutionnel. Comme on l'a dit, il est possible de regrouper toutes les règles sur l'alcool, quel qu'il soit, dans une seule et même loi, mais cette loi doit, là où cela est nécessaire au regard de l'instrument mis en œuvre, (savoir) faire la distinction entre les deux types d'alcool pour lesquels la Constitution fait une distinction et permet des moyens différents.

Il convient dès lors d'apprécier brièvement le contenu de l'avant-projet de révision de la loi sur l'alcool à la lumière des deux principes exposés.

IV. Examen de l'avant-projet de révision de la loi sur l'alcool au regard des principes exposés

A. La reprise de mesures existantes

16. La compétence de la Confédération étant pratiquement illimitée s'agissant des alcools distillés²², un véritable contrôle de constitutionnalité n'a de sens que pour les mesures qui concernent les alcools fermentés.

Or, les mesures prévues à cet égard par l'avant-projet peuvent être, pour l'essentiel, classées en trois groupes: celles reprises de l'actuelle ordonnance sur les denrées alimentaires (ODAIous), celles reprises des législations cantonales et, enfin, celles reprises de l'actuelle loi sur l'alcool.

17. Tout d'abord, les règles relatives à la publicité²³ et à l'âge limite minimal pour la vente d'alcool ont été dans une très large mesure simplement calquées sur l'actuelle réglementation figurant dans l'ordonnance sur les denrées alimentaires (ODAIous)²⁴. Il est indéniable ainsi que ces règles poursuivent un objectif de santé publique et qu'elles s'inscrivent dans la compétence de la Confédération et sont donc – jusqu'à preuve du contraire – conformes à la Constitution, l'avant-projet ne réduisant pour le surplus en rien les compétences cantonales telles qu'elles existent aujourd'hui²⁵.

Il en va de même s'agissant de l'interdiction générale de vendre de l'alcool au moyen de distributeurs automatiques, de l'interdiction de procéder à des dégustations sans surveillance, de l'interdiction de cession de boissons alcooliques et, enfin, de

²² Cf. n° 7 ci-dessus, dans le texte.

²³ Sur les divers types de restrictions à la publicité pour l'alcool et le tabac, voir MARKUS R. FRICK, *Werbung für Lebensmittel*, in: TOMAS POLEDNA – OLIVER ARTER – MONICA GATTIKER (éd.), *Lebensmittelrecht*, Berne 2006, p. 245-271, spéc. 251-253.

²⁴ Voir les articles 4 et 8 al. 1 AP-Lalc en lien avec l'art. 11 ODAIous et l'art. 4 de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur sur les boissons alcooliques, du 23 novembre 2005, RS 817.022.110.

²⁵ Cf. entre autres, pour la jurisprudence sur les compétences qui restent aux cantons, ATF 128 I 295, 302, *Association suisse des annonceurs et consorts contre Grand Conseil du canton de Genève*, du 28 mars 2002.

l'institution des achats-tests²⁶. En effet, toutes ces interdictions représentent les mesures accessoires rendues directement nécessaires par la fixation d'un âge limite en dessous duquel la vente est interdite.

L'ensemble de ces mesures relève par conséquent sans conteste de la compétence en matière de protection de la santé ancrée à l'art. 118 al. 2 let. a de la Constitution, compétence que la Confédération a du reste déjà largement utilisée et concrétisée aujourd'hui dans sa réglementation sur les denrées alimentaires.

18. En second lieu, il est également loisible à la Confédération de reprendre dans la nouvelle loi sur l'alcool certaines mesures qui figurent aujourd'hui déjà dans les droits cantonaux, telles que l'obligation de disposer d'une autorisation pour la vente de bière et de vin ou celle, pour les tenanciers d'établissements publics, de proposer trois boissons non alcoolisées à un prix inférieur à celui de la boisson alcoolisée la moins chère²⁷.

Certes, cette reprise est susceptible de réduire les compétences cantonales par rapport à la situation actuelle, mais, comme on l'a vu, la Confédération jouit en la matière – dans la réglementation des denrées alimentaires – d'une compétence globale, avec effet dérogatoire subséquent²⁸, qui lui permet de «s'emparer» de cette matière et de légiférer sur ces questions qui sont aujourd'hui l'objet de la législation cantonale. L'application du principe de subsidiarité²⁹ – qui seule pourrait limiter la compétence fédérale – relève à cet égard plus du domaine du choix politique que du domaine strictement juridique, objet du présent avis³⁰.

19. Bref, seules les restrictions qui sont aujourd'hui en vigueur – en vertu de l'actuelle Lalc – pour les alcools distillés et que l'avant-projet se propose d'étendre à l'ensemble des boissons alcoolisées appellent une analyse plus nuancée. En effet, comme exposé³¹, il n'est pas possible par principe d'étendre simplement toutes les mesures prévues par l'actuelle Lalc à l'ensemble des boissons alcoolisées, et ce même si celles-ci poursuivent incontestablement un objectif de santé publique, soit la réduction de toute consommation excessive d'alcool. Seules peuvent être étendues les mesures qui ne dérogent pas au principe de la liberté économique ou qui ne sont pas contraires à la Constitution pour d'autres motifs.

Aussi convient-il d'examiner plus précisément si l'extension à la bière et au vin de l'interdiction des offres d'appel le vendredi et le samedi, de 21 heures à 9 heures, ainsi que, plus particulièrement, l'interdiction de la vente à perte de ces mêmes boissons, mesures prévues par l'avant-projet, ne portent pas atteinte au principe de la liberté économique, c'est-à-dire ne portent pas atteinte à la libre concurrence.

B. L'interdiction de la vente à perte et des offres d'appel

20. Comme le précise le rapport explicatif, *«afin de pouvoir au moins contrer les offres d'alcool à des prix manifestement réduits et incitant à l'achat ou à la consommation»* et

²⁶ Articles 6, 8 al. 2 et 9 AP-Lalc.

²⁷ Articles 5 et 11 AP-Lalc.

²⁸ Voir le n° 12 ci-dessus, dans le texte.

²⁹ Voir l'art. 5a de la Constitution.

³⁰ Sur ce principe de subsidiarité, et sa portée, qui ne peut guère s'adresser au partage des compétences, mais à son exercice, voir AUBERT, précité (note 5), n°s 19 et 20 ad art. 3, p. 31-32, ainsi que n° 21 ad art. 42, p. 393.

³¹ Voir le n° 15 ci-dessus, dans le texte.

«[d'écarter] les offres gratuites ou à des prix fantaisistes», l'avant-projet prévoit d'interdire:

- le commerce de détail de boissons alcooliques à des prix *ne couvrant pas les frais* (art. 10)
- et
- le débit des boissons alcooliques issues (exclusivement) de la fermentation impliquant des cadeaux ou d'autres avantages le vendredi et le samedi, de 21 heures à 9 heures (art. 7)³².

L'autorité cantonale compétente pourrait certes accorder des dérogations au principe des prix couvrant les frais pour la vente en cas de cessation de l'activité commerciale ou d'autres motifs importants³³. L'adoption de l'article 10 de l'avant-projet interdirait tout de même de manière générale – sauf dérogation qui devrait accordée restrictivement au risque de vider la disposition de sa substance³⁴ – la vente à perte des boissons alcoolisées, ce qui correspond à l'extension à la vente de détail de bière et de vin notamment d'une règle existant déjà pour le commerce des alcools distillés (voir l'art. 41 let g Lalc, n° 10 ci-dessus).

21. Revenant à interdire aux détaillants de vendre en dessous du prix de revient tout alcool – et ce même de manière spéciale et exceptionnelle –, l'adoption de la disposition légale en cause, telle que prévue dans l'avant-projet, aurait pour effet d'assurer une protection des marges pour les vendeurs, ce qui équivaut sur le marché à la fixation de prix minimaux³⁵.

Or, on doit se demander si une mesure telle que l'instauration de prix minimaux n'a pas pour effet d'entraver, voire de supprimer, par essence – puisque le prix reste l'élément régulateur central du marché –, la libre concurrence³⁶. Ainsi, les prescriptions interdisant de manière générale le gâchage des prix ont souvent été considérées comme des mesures de politique économique dérogeant au principe de la liberté économique, c'est-à-dire prosrites, à moins d'un fondement constitutionnel spécifique – fondement qui existe, comme on l'a vu, pour les alcools distillés mais pas pour les

³² Pour les boissons distillées, l'alinéa 1^{er} de l'art. 7 AP-Lalc prévoit que le «commerce de détail de boissons spiritueuses impliquant des cadeaux ou d'autres avantages tendant à séduire le consommateur est interdit», de manière générale, interdiction qui existe déjà dans l'actuelle loi sur l'alcool.

³³ Cf. art. 10 al. 4 AP-Lalc.

³⁴ Cf. art. 10 al. 4 AP-Lalc, ainsi que la prise de position de la Commission fédérale pour les problèmes liés à l'alcool, du 27 septembre 2010 (consultable sur www.bag.admin.ch).

³⁵ Voir à ce propos ce que disait à l'époque le Conseil fédéral dans son message concernant la modification de la loi fédérale sur l'alcool, du 11 décembre 1978, qui reproduisait l'avis suivant de la Commission fédérale de la concurrence: «Ni la loi sur les cartels, ni la loi sur la concurrence déloyale ne traitent les ventes au-dessous des prix, en tant que telles, comme des entraves à la libre concurrence ou comme des pratiques commerciales déloyales. La pression de la concurrence ou le jeu de l'offre et de la demande pourraient contraindre un chef d'entreprise à vendre durant un certain temps sa marchandise sans réaliser de gain ou même à perte. Au surplus, il ne devrait pas être interdit au commerçant de faire profiter sa clientèle des avantages pouvant découler d'une rationalisation de ses achats ou d'une autre compression des coûts. Le projet de revision ne se limite pas à combattre le «prix d'appel» proprement dit. L'interdiction des prix spéciaux, telle qu'elle est prévue, constituerait bien plus, de manière tout à fait générale, une protection des marges équivalant, dans ses effets, à une fixation de prix minimaux.» (FF 1979 I 57, 74-75).

³⁶ Voir à ce sujet l'avis de droit de Mmes EPINEY et METZ, précité (note 11), p. 25, ainsi que le message du Conseil fédéral, également précité (note précédente): «L'introduction de prix minimaux serait indiscutablement conforme à la finalité du régime de l'alcool et de nature à diminuer la consommation de boissons distillées, mais elle aboutirait à la suppression de la liberté de la concurrence» (FF 1979 I 57, 73). Selon EPINEY – METZ, les prix minimaux sont aussi disproportionnés.

autres types d'alcool –³⁷, puisque la branche concernée serait pour ainsi dire «*dirigée selon un plan déterminé*»³⁸, soit celui de maintenir un prix de vente élevé sans égard aux règles de la concurrence³⁹.

L'institution de prix minimaux peut en effet avoir pour effet de protéger les entreprises faiblement rentables contre des concurrents mieux équipés⁴⁰.

Ainsi la Commission de la concurrence rappelle régulièrement – elle l'a fait encore récemment – que l'imposition de prix de revente minimaux est présumée supprimer la concurrence efficace entre les différents acteurs du marché⁴¹. Le Tribunal fédéral, quant à lui, a déjà reconnu à maintes reprises – mais de manière lapidaire – que le contrôle des prix par l'Etat était par principe une mesure à caractère économique menaçant la concurrence⁴².

22. Dans ce sens, c'est-à-dire si l'on considère que la fixation de prix minimaux représente une «*dérogation*» au principe de la liberté économique, force est d'admettre, puisque l'article 118 de la Constitution ne permet pas – contrairement à l'article 105 – de déroger au principe de la liberté économique, que la Confédération n'a pas la compétence d'imposer des prix de vente couvrant les frais en matière de commerce des boissons alcoolisées issues (exclusivement) de la fermentation⁴³. Pour le moins, la base constitutionnelle de l'AP-Lalc apparaît-elle douteuse sur ce point, et ce même si l'instauration de prix minimaux s'agissant de produits commerciaux potentiellement nocifs est manifestement apte à promouvoir la santé publique.

On peut d'ailleurs ajouter qu'il serait peu cohérent que la Confédération se considère compétente pour interdire toute vente à perte s'agissant du commerce de vin et de bière, alors même qu'elle considère qu'elle ne jouit pas de la compétence d'interdire les simples ventes promotionnelles de tabac. En effet, il a été répondu – récemment et par deux fois à deux parlementaires⁴⁴ – que certes des ventes temporaires de tabac au rabais ne pouvaient être effectivement empêchées que par des dispositions relatives à la garantie des prix, mais que les bases constitutionnelles (à l'art. 118 al. 2 let. a)

³⁷ Voir à ce propos le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi sur l'imposition du tabac, du 10 janvier 1967, FF 1967 I 113-167, spéc.149-156.

³⁸ Pour cette formule, voir notamment ATF 116 la 355, 356-357, *Stéphane de Montmollin contre Neuchâtel, Conseil d'Etat*, du 21 décembre 1990: «*Sous réserve d'habilitation constitutionnelle spéciale (ATF 111 la 23), sont en revanche prohibées les mesures qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé*».

³⁹ Sur la notion de «*dérogation au principe de la liberté économique*», voir notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT – PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, n^{os} 14 à 17 ad art. 94, p. 736-738.

⁴⁰ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel*, Neuchâtel 1967, n^o 1908, p. 680.

⁴¹ Communication concernant l'appréciation des accords verticaux, du 28 juin 2010, consultable sur www.weko.ch, et publiée dans la Feuille fédérale, FF 2010 4625ss, ainsi que ATF 129 II 18, *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e. V. und Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband gegen Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*, du 14 août 2002, concernant les accords verticaux sur le prix du livre en Suisse.

⁴² Arrêt non publié du Tribunal fédéral 2P.145/2004, X. *SA contro Gran Consiglio della Repubblica e Cantone Ticino*, du 25 novembre 2004, consid. 3.2.

⁴³ Il est précisé ici qu'elle ne l'aurait pas non plus sur la base de l'article 96 de la Constitution. En effet, cette disposition lui donne le pouvoir d'interdire des pratiques déloyales ou anticoncurrentielles, ce que la vente à perte ne serait précisément pas si l'on considérait son interdiction comme une «*dérogation*» au principe de la liberté économique.

⁴⁴ Voir les réponses du Conseil fédéral du 3 août 2008 à la motion Walter Donzé «*Prix des cigarettes: interdire les mesures promotionnelles*» (08.3408) et du 4 novembre 2009 à l'interpellation Verena Diener Lenz «*Cigarettes bon marché*» (09.3963), ainsi que le message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'imposition du tabac, du 21 décembre 2007, FF 2008 447-476, spéc. 457-458 sur les prix de vente minimaux des cigarettes.

faisaient cependant défaut pour introduire des dispositions relatives à la garantie des prix ou pour interdire les rabais pour certains groupes de marchandises et que de telles mesures représenteraient en conséquence une atteinte inadmissible à la liberté économique et à l'économie de marché.

23. D'un autre côté, cependant, si la surveillance des prix et l'instauration de prix minimaux se révèlent ainsi un instrument *a priori* suspect – par définition – de servir une politique économique interventionniste, qui déroge au principe de la liberté économique, toujours est-il qu'elles n'en représentent parfois qu'un simple indice: il arrive en effet que de telles mesures soient mises au service d'une législation policière conforme au principe de cette liberté et, donc, admissible⁴⁵.

Ainsi, la jurisprudence a déjà expressément admis que toutes les interventions sur les prix ne constituent pas forcément des dérogations au principe de la liberté économique: le Tribunal fédéral a par exemple déjà reconnu – du moins implicitement – que la fixation de salaires minimaux⁴⁶ ou de loyers maximaux temporaires⁴⁷ ne constituaient pas à l'évidence des *dérogations* au *principe* de la liberté économique, dans la mesure en tous les cas où il a traité de telles mesures comme de simples restrictions, de police ou de politique sociale, à la liberté économique.

Bien plus, s'agissant précisément de la vente à perte, le législateur fédéral lui-même a déjà fixé certaines limites en l'interdisant lorsqu'elle vise à tromper la clientèle sur la capacité économique du vendeur ou de ses concurrents⁴⁸.

Le simple fait qu'une mesure déterminée ait des effets économiques, ou sur la vie économique, ne suffit donc pas à la qualifier de «dérogation» au principe de la liberté économique. En effet, toutes les mesures de police ou de politique sociale ont nécessairement un impact et des incidences sur la vie économique; cela n'en fait pas pour autant des mesures de politique économique qui dérogent au principe de la liberté économique et qui, de ce fait, sont inadmissibles à moins d'un fondement constitutionnel spécifique; au risque sinon de bloquer nombre d'interventions étatiques et de compromettre ainsi la réalisation d'intérêts publics prépondérant par rapport à celui du maintien d'une libre concurrence parfaite⁴⁹.

24. La réponse à la question de savoir si la fixation de prix minimaux ou l'interdiction de la vente à perte constitue une mesure de simple police, destinée à poursuivre un intérêt public relevant de l'ordre public – en soi admissible sans fondement constitutionnel spécifique (parce que couverte par le système des *restrictions* aux droits fondamentaux de l'art. 36 Cst.) –, ou si elle représente au contraire une *dérogation* au

⁴⁵ PASCAL MAHON, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT – PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, n° 21 ad art. 27, p. 248.

⁴⁶ Arrêts non publiés du Tribunal fédéral 2P.183/2004, *Association cantonale des cabarets de la République et canton de Neuchâtel contre Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel*, du 2 février 2005, consid. 3.2, ainsi que 1C_357/2009, *SolidaritéS et consorts contre Grand Conseil de la République et canton de Genève*, du 8 avril 2010, consid. 3.3.

⁴⁷ ATF 116 Ia 401, 414-415 (consid. 9) *Chambre genevoise immobilière contre Grand Conseil du canton de Genève*, du 20 décembre 1990, où le Tribunal fédéral relève: «La législation genevoise sur les démolitions, les transformations et les rénovations de maisons d'habitation a pour but de combattre la pénurie de logements. Elle cherche à conserver sur le marché certains types de logements qui répondent à un besoin en raison de leur prix et de leur conception. Elle est l'expression d'une politique de logement qui est en principe compatible tant avec l'art. 22ter (...) qu'avec l'art. 31 Cst., même si elle peut avoir certains effets de politique économique (...)».

⁴⁸ Art. 3 let. f de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD), du 19 décembre 1986, RS 241.

⁴⁹ Voir aussi, dans ce sens, ATF 135 I 233, 243-244 (consid. 2.7), *A. et consorts contre Commune de Chermignon et consorts ainsi que Tribunal cantonal du canton du Valais*, du 26 mai 2009, sur l'institution de quotas de résidences secondaires dans plusieurs communes valaisannes.

principe de la liberté économique – en soi inadmissible, à moins d'un fondement constitutionnel spécifique (qui existe à l'art. 105 Cst. mais pour les boissons distillées seulement), n'est donc pas évidente. En somme, il s'agit de déterminer en quelque sorte, pour reprendre la formule de JEAN-FRANÇOIS AUBERT, si l'interdiction de la vente à perte d'alcool vise un objectif de «*prospérité commune*», en limitant selon un certain plan des dépenses «*paraissant inutiles*» par le maintien d'un prix minimal, ou si elle poursuit véritablement un objectif de police ou d'«*ordre public*», en limitant une méthode de promotion des ventes d'alcool conduisant à une consommation «*extrême*» et excessive de celui-ci, qui mettrait en danger la santé publique⁵⁰.

En d'autres termes, on doit se demander si l'interdiction de la vente à perte des boissons alcooliques conduit principalement à fausser gravement le libre jeu de la concurrence en maintenant artificiellement un prix minimal, avec pour effet indirect de protéger les acteurs du marché moins compétitifs par rapport à d'autres, ou si elle consiste de manière prépondérante en la simple prohibition, applicable de manière égale à tous les acteurs du marché, d'une méthode de vente publicitaire ou promotionnelle agressive, prohibition destinée à protéger les consommateurs vulnérables et la santé publique.

La réponse à cette question dépend sans doute, entre autres, de la conception et de la définition même du libre marché que l'on défend⁵¹:

- d'un côté, en effet, la vente à perte peut être considérée comme un instrument efficace et important afin de lancer sur le marché des produits innovants, pour favoriser la fidélisation des clients, pour réagir rapidement aux baisses des chiffres de vente ou encore comme instrument d'une gestion efficace des stocks, instrument à disposition des acteurs compétitifs et dont le consommateur profite⁵².
- d'un autre côté, on peut aussi considérer qu'une entreprise ne vend systématiquement au-dessous du prix coûtant que pour des raisons de publicité, et non pas pour des motifs relevant de sa politique en matière des prix, de sorte qu'elle ne vise par là qu'à capter artificiellement une clientèle et, une fois ce but atteint, à vendre au prix normal ou même plus cher. L'interdiction de la vente à perte servirait dans ce sens l'intérêt des consommateurs⁵³ et ne fausserait en rien la concurrence, puisqu'elle s'impose à tous les acteurs du marché de manière égale⁵⁴.

25. Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas aisé de répondre à la question de savoir comment qualifier une mesure telle que l'institution de prix minimaux ou l'interdiction de la vente à perte: s'agit-il d'une simple *restriction* à la liberté économique, poursuivant

⁵⁰ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel*, Neuchâtel 1967, n^{os} 1912-1914, p. 681-682.

⁵¹ REINER SCHULZE – SCHULTE NÖLKE, *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales*, traduit de l'anglais par Cédric Montfort, Lyon 2003, consultable sur ec.europa.eu/consumers, p. 68-70.

⁵² Voir à ce propos les observations de la Commission européenne et des prévenus dans l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE; aujourd'hui Cour de Justice de l'Union européenne), du 24 novembre 1993, *Keck*, C-267/91, n^{os} 15 et 26-28, ainsi que le message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037, 1075 et 1100.

⁵³ Dans ce sens, voir les observations de la France dans l'arrêt *Keck*, précité (note précédente), de la CJCE, du 24 novembre 1993, *Keck*, C-267/91, n^{os} 15-17.

⁵⁴ Voir l'avis de la Cour de justice dans l'arrêt *Keck*, précité (note 52), C-267/91, concernant la question de savoir si l'interdiction de la vente à perte (en l'occurrence pour une boisson alcoolique), prévue par le droit français, constituait une entrave à la libre circulation des marchandises contraire au Traité CEE, ce que la Cour a nié, considérant qu'une telle interdiction affectait tous les acteurs économiques de la même manière (notamment les non-nationaux comme les nationaux).

un but de politique sociale (la protection de la santé publique), donc couverte par l'article 36 de la Constitution? ou s'agit-il au contraire d'une mesure de politique économique qui intervient dans – et entrave – la libre concurrence, dérogeant ainsi au principe de la liberté économique et nécessitant de ce fait, pour être admissible sous l'angle du droit constitutionnel, d'un fondement constitutionnel spécifique (que l'article 105 ne fournit que pour les boissons distillées, mais non pour les boissons alcooliques issues exclusivement de la fermentation)? Les tergiversations que connaît l'Union européenne elle-même au sujet de l'interdiction de la vente à perte et de son admissibilité sous l'angle de la libre circulation des marchandises témoignent du reste de cette difficulté⁵⁵.

Cette difficulté de qualifier juridiquement une telle mesure laisse à notre avis une marge d'appréciation pour le législateur, en ce sens que, s'il n'est pas juridiquement insoutenable de considérer ces mesures comme contraires au principe de la liberté économique, il n'est pas insoutenable non plus de les considérer comme compatibles avec ce principe. Il s'agit ici, au vu de cette ambiguïté ou incertitude juridique, d'une question d'appréciation, qui est finalement de l'ordre du politique, plus ou autant que du juridique.

26. On peut se demander si le raisonnement ne doit pas être le même s'agissant de l'interdiction générale des appels d'offres et autres avantages promotionnels prévue par l'article 7 al. 2 AP-Lalc, dans la mesure où certaines de ces promotions (*lady's night*, deux pour le prix d'un, etc.) peuvent représenter des formes de vente à perte, comme le reconnaît du reste le texte légal lui-même, qui lie les deux choses (art. 7 al. 2 *in fine* AP-Lalc). A cet égard, le fait que l'interdiction de ces pratiques soit limitée à certaines plages horaires seulement – ce qui la fait certes passer pour une mesure moins restrictive qu'une interdiction générale – importe peu en soi, puisque la qualification de «dérogation» au principe de la liberté économique est une question de principe et non d'intensité de la mesure.

Il apparaît cependant que ces offres d'avantages divers présentent un caractère publicitaire prépondérant et que leur interdiction n'empêcherait le plus souvent en rien la libre *formation* des prix, même en dessous du prix de revient le cas échéant (*krankenhaus party, all inclusive*, etc.); de telles offres tendent plutôt simplement à donner une *présentation* avantageuse du prix (soirée tout à une thune⁵⁶). Sous réserve de quelques exceptions (lancement d'une nouvelle boisson, inauguration d'un établissement public, rabais occasionnel à des fins de fidélisation de la clientèle), de telles ventes promotionnelles, dans les établissements publics notamment, n'ont essentiellement lieu que pour des raisons de publicité, dans le but d'attirer le consommateur par leur caractère insolite et occasionnel; elles ne visent par là qu'à capter artificiellement une clientèle et, une fois ce but atteint, à vendre au prix normal ou même plus cher à cette même clientèle (p. ex. *happy hour*) ou à d'autres consommateurs (p. ex. *lady's night*)⁵⁷.

⁵⁵ Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, du 5 juillet 2010, Exercice de surveillance du marché du commerce et de la distribution, «Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce de la distribution à l'horizon 2020», SEC(2010)807, p. 7.

⁵⁶ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_468/2010, X. AG contre Régie fédérale des alcools, du 6 octobre 2010, consid. 2.3: «Die Anpreisung, dass am "Schnägge-Fritig" jeweils fast alle Getränke (...) für Fr. 5.- abgegeben werden, impliziert zwangsläufig, dass der Preis an allen anderen Tagen höher ist. Wie das Bundesverwaltungsgericht und die EAV richtig erkannt haben, entsteht jedenfalls beim durchschnittlichen Werbeadressaten der Eindruck einer Vergünstigung. Von einer blossen Preisangabe kann deshalb nicht die Rede sein».

⁵⁷ Cf. ci-dessus n° 24.

Les appels d'offres et l'octroi des autres avantages représentent de ce fait de pures techniques de marketing dont la réglementation, voire l'interdiction – pour autant qu'elles ne conduisent pas à une interdiction générale de tous rabais et de toute réduction des prix – ne relèvent pas d'une politique économique interventionniste, mais bien plus de la simple «police» des denrées alimentaires. On rappellera d'ailleurs que les cantons eux-mêmes ont déjà interdit, à des fins de santé publique, certaines modalités de vente d'alcool, voire interdit la vente elle-même dans certains lieux et à certains horaires⁵⁸; on ne voit donc pas que la Confédération ne bénéficie pas, elle aussi, de la compétence d'adopter des règles sur les offres promotionnelles qui ne conduiraient pas à l'instauration, même indirecte, de prix minimaux en matière de vente d'alcool.

De telles mesures, qui visent à protéger la santé publique en réglementant la remise de boissons alcooliques de manière à restreindre les incitations à la consommation ou à une consommation excessive, sans imposer indirectement un prix minimal de vente, sont donc admissibles sous l'angle de la compétence que la Confédération tire de l'article 118 de la Constitution.

V. Synthèse et conclusions

27. Les résultats et conclusions du présent avis peuvent être synthétisés comme suit.
28. La Confédération possède, en matière d'alcool, une double compétence, fondée sur l'article 105 de la Constitution, pour les boissons distillées, et sur l'article 118 al. 2 let. a, pour les autres boissons alcoolisées (non distillées mais issues [exclusivement] de la fermentation), lesquelles sont assimilées aux denrées alimentaires. Les compétences fédérales fondées sur ces deux dispositions sont largement congruentes: toutes deux visent un objectif de protection de la santé publique et sont, quant à l'objet de la compétence législative attribuée, globales et étendues; en matière de commerce et de vente d'alcool – peu importe que celui-ci résulte de la distillation ou de la fermentation –, la Confédération dispose donc d'une compétence de réglementation globale et étendue, liée aux objectifs de santé publique.

Il n'est donc pas contestable que le législateur fédéral peut ou pourrait, en l'état actuel du droit constitutionnel, faire dans une loi unique ce qu'il peut faire aujourd'hui dans deux lois distinctes, et qu'il peut ou pourrait ainsi soumettre à la réglementation d'une seule loi – la future loi sur l'alcool – la commercialisation et la distribution de toutes les boissons alcoolisées sans distinction, pourvu que les mesures prescrites poursuivent un objectif de santé publique. Cette loi unique se fonderait alors, dans son préambule – comme le prévoit du reste l'avant-projet –, à la fois sur l'article 105 et sur l'article 118 al. 2 let. a de la Constitution.
29. Toutefois, cette faculté ne doit pas faire oublier que les moyens à disposition pour atteindre l'objectif de santé publique précité ne sont pas les mêmes selon le type d'alcool concerné: tandis que la Confédération peut, sur la base de l'article 105 de la

⁵⁸ Par exemple: selon l'art. 50 al. 2 let. b de la loi cantonale vaudoise sur les auberges et les débits de boissons, il est interdit d'augmenter la vente de boissons alcooliques par des jeux ou des concours. Quant à l'art. 11 al. 1 de la loi cantonale genevoise sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques, il interdit la vente de boissons alcooliques à l'emporter de 21 h. à 7 h., indépendamment des dispositions de la loi sur les heures d'ouverture des magasins; l'art. 4 al. 1 de cette même loi l'interdit purement et simplement dans les stations-services et les vidéothèques. Enfin, selon l'art. 71 de la loi cantonale neuchâteloise sur les établissements publics, la vente de boissons est interdite de l'ouverture à 9 heures.

Constitution, mettre en œuvre des mesures qui dérogent au principe de la liberté économique – et interviennent dans le jeu de la libre concurrence – s’agissant de la fabrication et de la commercialisation de l’alcool *distillé*, et qu’elle peut taxer spécialement ce type d’alcool, tel n’est pas le cas s’agissant des autres boissons alcoolisées (alcool issu exclusivement de la fermentation), pour lesquelles elle n’a pas, sur la base de l’article 118 al. 2 let. a, le pouvoir de déroger au principe de la liberté économique, mais doit au contraire respecter ce principe.

Par conséquent, même si elle peut réunir formellement la réglementation de ces deux types d’alcool dans un siège de réglementation unique, la Confédération n’a pas, en l’état actuel du droit constitutionnel, le pouvoir d’abolir toute distinction dans la réglementation matérielle entre ces deux types d’alcool, entre la vente d’alcool distillé et la vente d’alcool fermenté: les mesures de politique économique qui interviennent dans le jeu de la libre concurrence et qui dérogent de ce fait au principe de la liberté économique, ou les mesures de politique fiscale, ne peuvent être prévues qu’en matière de commerce et de distribution de l’alcool distillé, et non pour les autres boissons alcoolisées (issues exclusivement de la fermentation).

Dès lors, s’il est formellement possible et parfaitement admissible, le regroupement de toutes les dispositions sur l’alcool dans une seule et même loi, indépendamment du type d’alcool considéré, ne saurait conduire à une uniformisation de la réglementation matérielle – de fond – qui gommerait toute différence entre ces deux types d’alcool. Même s’il peut être jugé souhaitable sous l’angle de la santé publique, un tel gommage est inadmissible sous l’angle du droit constitutionnel actuel: il suppose une révision de la Constitution.

Or, il faut reconnaître que la réunion formelle des deux réglementations aujourd’hui séparées crée un risque de confusion – ou d’oubli de la différence fondamentale qui existe sur le plan constitutionnel – entre les deux types d’alcools. Ce risque n’est à notre avis pas suffisant pour affirmer, comme le font certains milieux qui se sont exprimés lors de la consultation, que l’avant-projet de nouvelle loi sur l’alcool est dépourvu de fondement constitutionnel. Comme on l’a dit, il est possible de regrouper toutes les règles sur l’alcool, quel qu’il soit, dans une seule et même loi, mais cette loi doit, là où cela est nécessaire au regard de l’instrument mis en œuvre, (savoir) faire la distinction entre les deux types d’alcool pour lesquels la Constitution fait une distinction et permet des moyens différents.

30. A cet égard, si la grande majorité des mesures prévues par l’avant-projet de révision ne pose pas de problème sous l’angle des principes ainsi dégagés, une de ces mesures soulève en revanche à notre avis une difficulté. Il s’agit de l’interdiction de la vente à perte, prévue par l’article 10 de l’avant-projet, et que celui-ci entend étendre à toutes les boissons alcooliques, et non plus seulement aux boissons distillées (comme le prévoit l’actuel art. 41 de la loi sur l’alcool). Selon que l’on qualifie une telle mesure de mesure de politique économique intervenant dans – et entravant – le jeu de la libre concurrence, c’est-à-dire de «dérogation» au principe de la liberté économique, ou, au contraire, de simple «restriction» de police (sanitaire) à la liberté économique, son admissibilité sous l’angle du droit constitutionnel change. En effet, comme l’article 118 de la Constitution ne permet pas – contrairement à l’article 105 – de déroger au principe de la liberté économique, la compétence de la Confédération d’interdire la vente à perte de *toutes* les boissons alcoolisées, spécialement de celles qui sont issues (exclusivement) de la fermentation, est contestable. Néanmoins, un examen attentif de la question de la qualification des mesures telles que la fixation de prix minimaux et de l’interdiction de la vente à perte montre que la réponse à cette question n’est pas évidente. On trouve dans la littérature juridique, dans la jurisprudence et dans la pratique des autorités des éléments qui permettent de soutenir les deux thèses: à savoir qu’il n’est pas juridiquement insoutenable de considérer ce type de mesures

comme étant contraires au principe de la liberté économique, mais aussi, d'autre part, qu'il n'est pas insoutenable non plus de les considérer comme compatibles avec ce principe.

Cette difficulté de qualifier juridiquement une telle mesure – ou cette ambiguïté ou incertitude juridique – laisse à notre avis une certaine marge d'appréciation pour le législateur.

31. L'analyse est légèrement différente pour l'interdiction (partielle, c'est-à-dire limitée dans le temps) des appels d'offres et autres avantages promotionnels prévue par l'article 7 al. 2 de l'avant-projet, qui relève pour sa part des mesures de police (sanitaire) à notre avis admissibles sous l'angle de la compétence que la Confédération tire de l'article 118 de la Constitution.

Neuchâtel, le 28 février 2011

Pascal Mahon