



P.P. CH-3003 Berne

OFJ; bj-pre

POST CH AG

Envoi par email à :
Fabian.Dalbert@parl.admin.ch

A l'attention de la
Commission de la sécurité sociale et de la
santé publique

Numéro du dossier : 683-492/43

Votre référence :

Notre référence : bj-pre

Berne, le 9 octobre 2024

Prise de position écrite de l'OFJ concernant l'expertise établie par le Prof. Saxer du 21 mai 2024

Mesdames les conseillères nationales, Messieurs les conseillers nationaux,

Dans le cadre de l'analyse par la CSSS-N du projet de révision partielle de la loi sur les produits du tabac (LPTab; RS 818.32) à la suite de l'acceptation de l'initiative populaire "Oui à la protection des enfants et des jeunes contre la publicité pour le tabac (enfants et jeunes sans publicité pour le tabac)", nous vous soumettons, conformément à votre demande du 19 septembre 2024, notre prise de position sur l'expertise établie par le Prof. Urs Saxer en date du 21 mai 2024, sur la question de la constitutionnalité de certains articles du projet (art. 18 al. 1 et 2, 18 al. 1 let. a et e, 19 al. 1 let. c et 20 al. 1 let. b).¹

Pour évaluer la compatibilité des différentes dispositions légales avec le nouvel art. 118 al. 2 let. b Cst., nous avons procédé, comme l'expert, à une interprétation de la norme constitutionnelle à la lumière du pluralisme méthodologique développé par le Tribunal fédéral (interprétation littérale, systématique, téléologique et historique), selon lequel il convient d'évaluer, au cas par cas, quelle est la méthode (ou la combinaison de méthodes) la plus appropriée pour cerner le sens de la disposition constitutionnelle. Au terme de cette analyse, nous arrivons à la conclusion qu'un sens univoque ressort de l'art. 118 al. 2 let. b Cst.

¹ https://ks-cs.ch/wp-content/uploads/2024/10/Kurzgutachten_Prof.-Dr.-Urs-Saxer_21.05.2024.pdf



I. Interprétation de l'art. 118 al. 2 let. b Cst.

Selon l'art. 118 al. 2 let. b Cst., la Confédération lutte contre les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses pour l'homme. A la suite de l'acceptation de l'initiative, le texte suivant a été ajouté concernant la protection de la santé :

"elle [la Confédération] interdit notamment, pour les produits du tabac, toute forme de publicité qui atteint les enfants et les jeunes".

L'expert considère que la lettre de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. n'est pas claire et pourrait être comprise de plusieurs manières différentes concernant, d'une part, la notion de "publicité" et, d'autre part, le fait qu'elle "*atteint les enfants et les jeunes*" (n. 11).

Contrairement à l'interprétation littérale de l'expert, nous constatons que la formulation de cette interdiction est très large. D'une part, en mentionnant "*toute forme de publicité*", et non pas seulement "la publicité" au sens strict du terme, la lettre de cette disposition nous oriente vers une interprétation large de cette notion. Cette formulation met l'accent, sans équivoque, sur les différentes formes de publicité pouvant exister, y compris le sponsoring et le parrainage. En définitive, ce terme comprend toutes les mesures qui ont un effet publicitaire, c'est-à-dire ayant pour but de faire connaître une marque ou d'inciter le public à acheter un produit ou à utiliser un service. La disposition vise, d'autre part, la publicité "*qui atteint*" les mineurs, et non pas seulement la publicité qui s'adresse spécialement à eux. Il suffit dès lors que les mineurs puissent percevoir la publicité. Par conséquent, la formulation de cette disposition est claire et une interprétation restrictive du texte, exemptant certaines mesures ayant un effet publicitaire, ne serait pas compatible avec sa lettre.

L'interprétation systématique permet de constater que la nouvelle norme constitutionnelle est intégrée à l'art. 118 Cst. consacré à la protection de la santé et, plus particulièrement, à la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (al. 2 let. b). En application de cette disposition, la Confédération doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé des mineurs et ainsi empêcher la consommation des produits du tabac mettant en danger leur santé. Cette interprétation tend dès lors vers une interdiction large de toute publicité qui atteint les mineurs.

Dans le cadre de son analyse de l'interprétation systématique (n. 12), l'expert constate une contradiction entre la nouvelle disposition constitutionnelle et la liberté économique (art. 27 Cst.). Etant donné qu'il s'agit d'un droit fondamental, nous sommes d'avis que cette question ne doit pas être examinée dans le cadre de l'interprétation systématique, mais de manière séparée (cf. ch. II ci-dessous "Limitation de la liberté économique").

Concernant le contexte historique et téléologique, nous arrivons à la même conclusion que l'expert (n. 11), à savoir qu'une interprétation large de la disposition constitutionnelle s'en dégage. Nous relevons que l'initiative s'inscrit dans le cadre d'un processus législatif déjà en cours et avait pour objectif d'aller clairement au-delà de ce que le Conseil fédéral avait présenté dans son message de 2018 et de ce que prévoyait le contre-projet indirect (LPTab 2021). Cette interprétation confirme l'interprétation littérale.

A l'issue de l'interprétation de la norme constitutionnelle selon le pluralisme méthodologique, nous constatons que le sens de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. se dégage sans équivoque et qu'il se réfère à toutes les formes de publicité possibles qui sont susceptibles d'être perçues par les enfants et les jeunes.

II. Limitation de la liberté économique

Dans le cadre de son analyse (n. 12), l'expert constate une contradiction entre la nouvelle disposition constitutionnelle et la liberté économique (art. 27 Cst.). Nous ne partageons pas l'avis selon lequel l'art. 118, al. 2, let. b Cst., devrait être limité afin d'éviter un conflit avec la liberté économique. Il est vrai que la liberté économique garantit le libre exercice d'une activité économique, qui comprend notamment le droit de faire de la publicité commerciale. La liberté économique n'est toutefois pas absolue et des restrictions sont possibles, aussi bien au niveau de la Constitution que des lois, si elles sont équilibrées en fonction du but d'intérêt public visé et de la protection des droits fondamentaux touchés et proportionnées au but visé (Martenet, Commentaire romand, ad art. 27 Cst., n. 48 ss).

Dans l'ATF 128 I 295 consid. 5, le Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction de publicité (interdiction de la publicité en faveur du tabac et de l'alcool sur le domaine public et sur le domaine privé visible du domaine public; ainsi que dans les bâtiments ou lieux publics, propriété de l'Etat ou des communes) prévue par le canton de Genève ne portait pas atteinte à l'essence de la liberté économique des entreprises actives dans l'industrie du tabac, car elle ne limitait que très partiellement la possibilité de faire connaître au public leurs produits et n'empêche pas leur commercialisation.

Dans l'ATF 139 I 16, consid. 4.2.2, partiellement cité par l'expert (n. 9), le Tribunal fédéral indique en outre qu'il est possible qu'une disposition constitutionnelle ait une portée absolue et qu'elle inclue la pesée des intérêts nécessaire au regard des droits fondamentaux.

L'entier du passage a la teneur suivante :

Il n'est certes pas exclu qu'une disposition constitutionnelle doive recevoir une portée absolue et que son application au cas concret ne puisse comporter aucune appréciation par rapport à d'autres intérêts (ATF 138 II 281 c. 6.2, avec réf.); il peut même advenir que le nouveau texte constitutionnel inclue la pesée d'intérêts nécessaire au regard de droits fondamentaux opposés, et que ce texte exprime qu'un droit fondamental en primera un autre de manière impérative en cas de conflit (ATF 128 I 63 c. 5). Une pareille primauté ne doit cependant pas être admise à la légère, d'autant moins lorsqu'une disposition constitutionnelle contredit des droits fondamentaux garantis par des conventions sur les droits de l'homme souscrites par la Suisse (cf. c. 5). [JdT 2013 I 167, consid. 4.2.2]

En l'espèce, l'intérêt public à de telles restrictions découle de la protection de la santé des mineurs et du mandat constitutionnel de l'art. 118 al. 2 let. b Cst., ayant pour objectif de régler l'utilisation des objets pouvant présenter un danger pour la santé et de combattre les maladies très répandues ou particulièrement dangereuses. La liberté économique des fournisseurs de produits du tabac est touchée par les restrictions de publicité qui leur sont imposées, les modèles économiques mis en place jusqu'à présent par les professionnels ne sont toutefois pas protégés en tant que tels. La restriction de la liberté économique ne touche par conséquent pas le noyau essentiel de cette liberté.

Comme cela ressort des différentes méthodes d'interprétation, le constituant a prévu une limitation de la liberté économique en adoptant une nouvelle disposition claire en matière de protection de la santé des mineurs. Etant donné que la pesée d'intérêts a déjà été effectuée par

le constituant, le projet du Conseil fédéral, qui entre dans le cadre de la nouvelle disposition constitutionnelle, est conforme à la Constitution.

III. Limites de l'interprétation "harmonisante"

Dans le cadre de son analyse, l'expert fait ensuite appel à l'interprétation "harmonisante" et à une pondération des intérêts (n. 13), étant donné qu'il considère que les méthodes d'interprétation dites "classiques" ne permettent pas d'aboutir à un résultat clair. Nous contestons, d'une part, que les différentes interprétations sont divergentes (cf. ch. I ci-dessus) et, d'autre part, qu'il faille recourir à une interprétation "harmonisante".

Il convient de relever qu'une interprétation absolue a déjà été retenue par le Tribunal fédéral pour l'art. 78 al. 5 Cst. qui prévoit que "[l]es marais et les sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national sont protégés [et qu']il est interdit d'y aménager des installations ou d'en modifier le terrain[, à l'exception] [d]es installations qui servent à la protection de ces espaces ou à la poursuite de leur exploitation à des fins agricoles" (ATF 138 II 281, consid. 6.2). De même, il est généralement admis qu'une interprétation "harmonisante" de l'art. 72 al. 3 Cst. d'après lequel "[l]a construction de minarets est interdite" est impossible.

Dans le cas d'espèce, l'ensemble des interprétations littérale, systématique, historique et téléologique convergent vers un seul et même sens. L'art. 118, al. 2, let. b, Cst. a dès lors une portée absolue et ne laisse pas de place à une pondération des intérêts avec d'autres normes constitutionnelles. L'interprétation "harmonisante" n'a dès lors pas sa place dans l'interprétation de cette disposition.

IV. Questions posées à l'expert

A. Notion de "publicité", de "promotion" et de "parrainage"

Concernant la première question (A), nous vous renvoyons aux explications données sous le chiffre I ("Interprétation de l'art. 118 al. 2 let. b Cst."). Contrairement à l'avis de l'expert, nous arrivons à la conclusion que l'interprétation de la norme constitutionnelle ne laisse pas de place au doute et que, par conséquent, la promotion, par exemple sous la forme de rabais ou de distribution gratuite à des mineurs, et le parrainage d'événements publics ou privés accessibles à des mineurs, constituent une forme de publicité interdite par l'art. 118 al. 2 let. b Cst.

Le fait que le terme de "publicité" soit défini d'une autre manière dans un autre acte législatif, en l'espèce la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40) n'exclut en aucun cas une interprétation différente de cette notion, d'autant plus quand il s'agit, comme dans le cas d'espèce, d'une disposition constitutionnelle d'un rang supérieur.

B. Conformité des dispositions proposées par le Conseil fédéral, le Conseil des Etats, respectivement le Conseil national

1. Art. 18 al. 1 et 2 dans la version du Conseil fédéral (ajout "ainsi que les indications d'une promotion ou d'un parrainage")

L'expert soutient que le Conseil fédéral partait lui-même du principe que les indications de promotion et de parrainage ne sont pas compris dans la notion de "publicité" en raison de l'ajout

ultérieur de ces deux termes. Il s'agit toutefois uniquement d'une précision apportée par le Conseil fédéral en raison des discussions relatives à l'interprétation de la notion de "publicité" dans le cadre des débats parlementaires. Il ne peut pas en être déduit que les notions de promotion et parrainage sont exclues de la publicité. En effet, les annonces de promotion et de parrainage contribuent à rendre visible les produits du tabac auprès du public et notamment des mineurs. Même si cet ajout n'avait pas été fait, les indications de promotion et de parrainage auraient dû être comprises dans la notion de publicité.

Comme déjà indiqué, il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation "harmonisante" et de relativiser la portée de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. De plus, bien que cette disposition constitutionnelle prévoie une restriction de la liberté économique, celle-ci ne touche toutefois pas son noyau intangible et est justifiée et proportionnée par rapport à l'intérêt public à la protection de la santé des mineurs.

Par conséquent, exclure la publicité sous la forme d'indications de promotion et de parrainage n'est pas être compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst.

2. Art. 18 al. 1 let. a dans la version de la CSSS-N (exception à l'interdiction de la publicité dans la presse écrite)

L'expert applique ici aussi une interprétation "harmonisante" et arrive à la conclusion que l'interdiction de la presse écrite ne se justifie pas au regard de la liberté économique et de la liberté personnelle.

Cette exception revient à une interdiction de la publicité uniquement dans les journaux spécifiquement dédiés aux jeunes et aux enfants et n'est pas compatible avec l'interprétation de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. L'initiative a justement mis en évidence la différence entre la publicité qui s'adresse directement aux mineurs (dont l'interdiction était prévue dans les projets de 2015 et 2021) et celle qui atteint les mineurs, sans leur être spécifiquement adressée. Cette exception est en contradiction avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst., qui précise clairement que la publicité ne doit pas atteindre les mineurs. Le fait de prévoir un certain lectorat (95% d'adultes) ou l'exclusion des pages de couverture ne permet pas d'empêcher, de manière efficace, l'accès des mineurs à ces publicités.

Comme déjà indiqué, il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation "harmonisante" et de relativiser la portée de l'art. 118 al. 2 let. b Cst.

3. Art. 18 al. 1 let. e dans la version du Conseil des Etats (publicité dans les lieux accessibles aux mineurs)

L'expert considère que la publicité doit être autorisée dans les lieux accessibles aux mineurs si des mesures adéquates permettent de garantir que la publicité n'est ni visible, ni accessible pour les mineurs.

Nous sommes d'accord avec cette conclusion. S'il est garanti que les mineurs ne seront pas confrontés à la publicité dans les espaces publics, une telle disposition peut être compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst. Nous préconisons toutefois d'adopter la version de la CSSS-N, qui remplace les "mesures adéquates" par la "garantie" que la publicité n'est ni visible, ni accessible pour les mineurs. La notion de "garantie" permet de désigner le résultat recherché et d'éviter les incertitudes liées à l'adéquation ou non des mesures.

4. Art. 19 al. 1 let. c dans la version du Conseil des Etats (vente mobile dans les lieux accessibles aux mineurs)

L'expert considère que l'art. 19 al. 1 let. c introduit une interdiction d'une forme de vente, ce qui va au-delà de la disposition constitutionnelle.

Il ne s'agit toutefois pas de réglementer la vente des produits du tabac, mais d'interdire toute forme de publicité, dont fait partie la vente par des vendeurs mobiles. En effet, l'objectif premier de ce type d'action n'est pas de vendre des produits, mais davantage de poursuivre un but publicitaire, à savoir de rendre visible la marque dans l'espace public et d'attirer de nouveaux clients. La présence des vendeurs mobiles et le contact direct établi avec les personnes, autant majeures que mineures, constituent dès lors une forme de publicité susceptible d'atteindre les mineurs. L'objectif de la disposition constitutionnelle ne peut dès lors être atteint que par l'interdiction du personnel mobile dans les lieux publics accessibles aux mineurs. Partant, cette version n'est pas compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst.

5. Art. 20 al. 1 let. b dans la version du Conseil des Etats (restriction du parrainage dans les lieux accessibles au public)

L'expert est d'avis que cette disposition est conforme à la Constitution, dans la mesure où la publicité n'atteint pas les mineurs.

La question se pose toutefois si la seule présence d'un emplacement sponsorisé par les entreprises actives dans le domaine des produits du tabac, dans l'enceinte d'un festival par exemple, constitue ou non une forme de publicité indirecte susceptible d'atteindre les jeunes participants à l'événement. Un tel effet ne peut pas être exclu, dans la mesure où ce type d'emplacement suscite l'intérêt du public en général et donc des jeunes. Toutefois, si cet effet publicitaire est considéré comme faible, une telle exception pourrait être compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst., dans la mesure où il est garanti qu'aucune publicité n'est visible, lors de la promotion de l'événement et sur place, pour les mineurs (version adoptée par le CN).

Evaluation des dispositions légales (résumé) :

1. Art. 18 al. 1 et 2 dans la version du Conseil fédéral (ajout "ainsi que les indications d'une promotion ou d'un parrainage) : cette disposition est compatible avec l'art. 118 al. 1 let. b Cst.
2. Art. 18 al. 1 let. a dans la version de la CSSS-N (exception à l'interdiction de la publicité dans la presse écrite) : cette exception n'est pas compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst.
3. Art. 18 al. 1 let. e dans la version du Conseil des Etats (publicité dans les lieux accessibles aux mineurs) : cette disposition peut être compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst.
4. Art. 19 al. 1 let. c dans la version du Conseil des Etats (vente mobile dans les lieux accessible aux mineurs) : cette disposition n'est pas compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst.
5. Art. 20 al. 1 let. b dans la version du Conseil des Etats (restriction du parrainage dans les lieux accessibles au public) : si l'effet publicitaire est considéré comme faible, une telle exception pourrait être compatible avec l'art. 118 al. 2 let. b Cst., dans la mesure où il est garanti qu'aucune publicité n'est visible pour les mineurs lors de la promotion de l'événement et sur place.

Nous vous prions d'agréer, Mesdames les conseillères nationales, Messieurs les conseillers nationaux, nos salutations distinguées.

Office fédéral de la justice OFJ

Miriam Sahlfeld
Cheffe de l'unité

* Ce document a été signé ultérieurement après l'envoi à la Commission. Des modifications formelles ont été apportées en vue de sa publication.