



15.075 Loi sur les produits du tabac
Séance de la CSSS-N du 5 novembre 2020

Rapport 12:

Constitutionnalité de la version du projet de loi du Conseil des Etats en matière de restrictions de la publicité et du marketing

Ce rapport a été rédigé par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en collaboration avec l'Office fédéral de la justice (OFJ).

1. Contexte

En 2015, le Conseil fédéral a transmis au Parlement un premier projet de loi sur les produits du tabac comportant de nombreuses restrictions en matière de publicité pour les produits du tabac et les cigarettes électroniques. Y figuraient également certaines restrictions de la promotion et du parrainage. Cette version remplissait les exigences permettant une ratification de la Convention-cadre de l'OMS en matière de lutte antitabac (CCLAT).

Estimant que les restrictions à la publicité étaient trop importantes, le Parlement a renvoyé le projet au Conseil fédéral, avec le mandat de ne pas prévoir de restrictions supplémentaires en matière de publicité que celles du droit actuel. Suite à ce renvoi, le second projet de loi sur les produits du tabac, comprenant uniquement une interdiction de la publicité s'adressant spécialement aux mineurs, a été transmis au Parlement en novembre 2018.

En septembre 2019, le Conseil des Etats a modifié ce projet afin qu'une ratification de la CCLAT soit possible. Il a ainsi décidé de renforcer les restrictions à la publicité, à la promotion et au parrainage en ajoutant les mesures suivantes, exigences minimales de l'art. 13, al. 4 CCLAT:

- une interdiction de la publicité:
 - a) lorsqu'elle est faite au moyen de comparaisons de prix ou de promesses de cadeaux ou d'autres avantages,
 - b) dans les journaux, revues ou autres publications ainsi que sur Internet;
- une interdiction de la promotion si elle prend la forme:
 - a) d'une distribution gratuite de produits,
 - b) de la distribution de cadeaux ou de prix;
- une interdiction de parrainage:
 - a) des événements qui se déroulent en Suisse mais qui présentent un caractère international,
 - b) des événements et activités organisés par la Confédération, par les cantons et par les communes;
- une mise en garde dans le cadre du parrainage.

Il est important de préciser que la version de loi du Conseil des Etats va moins loin que le premier projet de loi de 2015 et ne prévoit en aucun cas une interdiction totale de la publicité, de la promotion et du parrainage. Les restrictions en matière de publicité sont assez larges

mais laisse encore beaucoup de possibilités aux fabricants et aux commerçants pour promouvoir leurs produits, par exemple sur les lieux de vente. Ceux-ci peuvent également en partie avoir recours à la promotion, par exemple par la présence de stands dans des festivals. Le parrainage d'événements se déroulant en Suisse et ne présentant aucun caractère international reste également permis. Ainsi, la plupart des événements se déroulant en Suisse ne se trouvent pas touchés par cette restriction (par ex. Paléo Festival, Gurten Festival ou différents événements sportifs nationaux).

2. Remarques préliminaires

Lors de la rédaction du projet 2015, la constitutionnalité de chaque mesure avait été soigneusement examinée par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en collaboration avec l'Office fédéral de la justice (OFJ). Lors de la phase préliminaire, ce projet n'avait fait l'objet d'aucune contestation au sujet de la constitutionnalité des restrictions publicitaires. Alors même qu'il allait plus loin que les exigences minimales de la CCLAT (art. 13, ch. 4, CCLAT). Allaient par exemple au-delà des exigences minimales l'interdiction de l'affichage extérieur ainsi que l'interdiction des annonces publicitaires au cinéma.

Par ailleurs, suite à la publication de l'avis de droit du Prof. Urs Saxer et de l'avocate Claudia Holck du 7 août 2019 sur la constitutionnalité des exigences minimales de la CCLAT, l'OFSP avait transmis sa prise de position par rapport à cet avis de droit au Président de la CSSS-E, M. Joachim Eder. Ce dernier avait lu les principaux éléments relevés par l'OFSP lors de la première séance en plenum du Conseil des Etats, en date du 17 septembre 2019 (cf. BO 2019 E 739). Cet avis de droit arrivait à la conclusion que les restrictions prévues en matière de publicité, promotion et parrainage étaient contraires à la Constitution en se basant sur le fait erroné qu'il s'agissait d'une interdiction totale de publicité. L'OFSP avait alors déjà examiné la constitutionnalité des mesures minimales de la CCLAT et était arrivé à la conclusion que ces dernières étaient admissibles du point de vue de la Constitution.

3. Examen de la constitutionnalité des restrictions à la publicité, à la promotion et au parrainage

En général

La Constitution fédérale contient notamment les principes directeurs de notre ordre juridique et énonce les droits fondamentaux protégés par l'Etat. Selon l'art. 35 de la Constitution, les droits fondamentaux, fixés aux art. 7 à 34 de la Constitution doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique et l'Etat est tenu de les respecter et de contribuer à leur réalisation.

Parmi les droits fondamentaux garantis par la Constitution suisse, certains pourraient entrer en conflit avec les obligations découlant de restrictions à la publicité, à la promotion et au parrainage. Il s'agit en particulier de la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst.), la liberté des médias (art. 17 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst.).

Toutefois, les droits fondamentaux ne sont pas absolus et peuvent être restreints à certaines conditions fixées à l'art. 36 de la Constitution. Les restrictions doivent dans tous les cas être fondées sur une base légale. Pour les restrictions importantes, il doit s'agir d'une loi au sens formel (al. 1). Les restrictions doivent être justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2). Par ailleurs, toute restriction aux droits fondamentaux doit être proportionnée au but visé (al. 3) et ne pas violer leur essence (al. 4).

Restrictions à la liberté économique

Le principe de la liberté économique est consacré à l'art. 27 de la Constitution. La liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Des restrictions à la publicité, à la promotion et au parrainage applicables aux domaines des produits du tabac et des cigarettes électroniques entravent le libre exercice de l'activité économique lucrative privée pour ces deux branches.

De plus, en vertu de l'art. 94, al. 3, de la Constitution, il appartient à l'Etat de veiller à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée.

Des restrictions à ce principe sont possibles aux conditions de l'art. 36 de la Constitution. Etant donné que les restrictions à la publicité, à la promotion et au parrainage prévues dans la version de loi du Conseil des Etat de septembre 2019 se trouvent au niveau d'une loi au sens formel, la première condition de l'exigence d'une *base légale* est remplie (al. 1).

Peuvent en particulier constituer un intérêt public propre à restreindre la liberté économique, des restrictions "de police" visant à protéger le public contre certaines atteintes (par exemple à la vie, la sécurité, la santé, la tranquillité)¹. La protection de la santé est clairement un *intérêt public* qui a un poids important et justifie des restrictions à la liberté économique (al. 2). La jurisprudence l'a confirmé à plusieurs reprises, par exemple concernant les mesures prises pour protéger la population contre le tabagisme passif². S'agissant de la publicité, la jurisprudence a confirmé que sa limitation est d'intérêt public³.

Toute restriction à la liberté économique doit également respecter le principe de proportionnalité (al. 3). Celui-ci exige qu'une mesure prise dans un intérêt public ou privé soit (I) adéquate et (II) nécessaire et (III) qu'elle s'avère tolérable pour les personnes concernées en prenant en compte l'ampleur des restrictions aux droits fondamentaux. Le rapport but-moyen doit être raisonnable. Dès lors qu'il est possible de parvenir au but poursuivi par une atteinte moindre aux droits fondamentaux, une mesure est disproportionnée.

(I) En ce qui concerne l'adéquation d'une mesure, le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre. Il existe suffisamment de preuves scientifiques qui démontrent que la publicité pour les produits du tabac encourage le tabagisme chez les jeunes et augmente la consommation de tabac. Par ailleurs, la publicité pour les produits du tabac compromet les efforts déployés dans le domaine de la prévention, dans la mesure où des personnes désireuses d'arrêter de fumer risquent de reprendre leur consommation. Eu égard à l'art. 13, al. 1, CCLAT⁴, il est reconnu par la communauté internationale qu'une interdiction de la publicité, de la promotion et du parrainage réduit la consommation des produits du tabac. Pas moins de 182 États ont ratifié la Convention-cadre de l'OMS et, par conséquent, ont adhéré à ce point de vue.

(II) Par ailleurs, les moyens employés doivent être nécessaires, c'est-à-dire qu'il ne doit pas y avoir d'autres moyens aussi appropriés mais moins contraignants à disposition. Il ne s'agit pas d'une interdiction totale de publicité, mais seulement de réduire certaines possibilités de campagne publicitaire à forte visibilité pour le tabac (journaux, revues, Internet, télévision).

¹ ATF 113 Ia 38; 118 Ia 175

² ATF 136 I 17; 136 I 29

³ ATF 123 I 201; 128 I 295

⁴ <https://www.who.int/fctc/fr/>

L'industrie du tabac dispose encore d'un certain nombre d'autres possibilités pour vendre ses produits dans un cadre limité (par ex. sur les lieux de vente, envoi de courriels à des adultes). L'interdiction de la publicité pour les produits du tabac dans la presse écrite, à la radio, à la télévision et sur Internet sont des mesures clés pour atteindre le but visé de « protection de la santé de la population et en particulier des jeunes ». En outre, il est prouvé que les quelques interdictions actuellement en vigueur ont peu d'impact sur la consommation de tabac.

(III) Les interdictions de la publicité prévues sont également appropriées : il convient de mettre en balance les droits fondamentaux touchés et l'intérêt public visé. La protection de la santé de la population, en particulier des enfants et des jeunes, doit prévaloir sur les intérêts commerciaux liés à la promotion d'un produit. Il faut tenir compte du fait que les produits du tabac et les cigarettes électroniques sont des produits particulièrement nocifs.

Ainsi, l'atteinte à la liberté économique due aux restrictions à la publicité, à la promotion et au parrainage en faveur des produits du tabac et des cigarettes électroniques, telles que proposées par le Conseil des Etats, respectent le principe de proportionnalité.

L'essence des droits fondamentaux constitue leur noyau intangible qui ne peut être touché par aucune restriction (al. 4). S'agissant de la liberté économique, ce noyau pourrait être violé dans le cas où une mesure étatique porterait atteinte à des aspects élémentaires du libre choix de la profession. L'interdiction totale d'une activité, par exemple du commerce des produits du tabac, serait inacceptable car elle violerait l'essence de la liberté économique.

Aux conditions de l'art. 36 de la Constitution, s'ajoute une condition spécifique à la liberté économique: le respect du principe de neutralité concurrentielle de l'activité étatique. Il s'agit d'une obligation pour l'Etat de respecter l'égalité entre les concurrents directs. Cette exigence est également garantie par l'art. 8 de la Constitution mais va encore plus loin et requiert des motifs sérieux et particulièrement importants pour justifier un traitement différent entre des concurrents directs⁵. Sont des concurrents directs les acteurs économiques appartenant à une même branche et s'adressant au même public avec les mêmes offres pour satisfaire les mêmes besoins. Les fabricants de produits du tabac sont donc des concurrents directs et les commerçants de produits du tabac également. Toutefois, un fabricant et un commerçant de produits du tabac ne sont pas concurrents directs. Les restrictions de publicité, de promotion et de parrainage proposées étant applicables à tous les acteurs des branches des produits du tabac et des cigarettes électroniques, le principe de neutralité concurrentielle est respecté.

Les restrictions à la publicité et au marketing proposées par le Conseil des Etats remplissent les conditions de l'art. 36 de la Constitution; elles ne sont pas inconstitutionnelles.

Restrictions à la liberté d'opinion et d'information

La liberté d'opinion et d'information est garantie à l'art. 16 de la Constitution qui prévoit que "Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion" Avec la liberté des médias, examinée ci-après, et d'autres libertés telles que la liberté de réunion et la liberté d'association, elles forment un ensemble de libertés nommées "libertés de la communication".

⁵ ATF 121 I 129

Des restrictions de la publicité et du marketing pour les produits du tabac et les cigarettes électroniques touchent en particulier à la liberté d'information: les acteurs économiques concernés ne peuvent exprimer et diffuser les informations qu'ils souhaitent faire connaître au public et aux consommateurs comme ils le souhaitent (au niveau du contenu) et où ils le souhaitent (au niveau du lieu ou du support).

Pour ces libertés, sont également possibles des restrictions aux conditions de l'art. 36 de la Constitution. Concernant les conditions de la *base légale* (al. 1), de *l'intérêt public* (al. 2) et de la *proportionnalité* (al. 3), il est renvoyé à ce qui a été dit plus haut concernant la liberté économique qui est également valable pour la liberté d'opinion et d'information.

Concernant le principe de proportionnalité, il convient d'ajouter ce qui suit. Dans la mesure où la publicité, la promotion et le parrainage ne sont pas totalement interdits dans la version du Conseil des Etats et que, par ailleurs, d'autres canaux de communication sont aussi à disposition de la branche des produits du tabac et de la branche des cigarettes électroniques afin d'informer le public et les consommateurs, le principe de proportionnalité ne paraît pas s'opposer à des restrictions à la liberté d'opinion et d'information telles que proposées par le Conseil des Etats. En effet, une information du public et des consommateurs peut par exemple avoir lieu dans les magasins spécialisés, par le biais des sites Internet des entreprises concernées ou sur des notices d'informations accompagnant les produits. Par ailleurs, la publicité par affichage, sur les lieux de vente et au cinéma ainsi que directement adressée à des adultes (flyers, mailings) reste possible.

Le droit d'avoir une opinion ou de ne pas en avoir est absolu et constitue le noyau intangible de la liberté d'opinion et d'information. Ce droit ne peut concrètement pas être touché.

Là encore, les conditions de l'art. 36 de la Constitution sont respectées et les restrictions prévues sont admissibles au regard de la Constitution.

Restrictions à la liberté des médias

La liberté des médias est ancrée à l'art. 17 de la Constitution qui stipule que "la liberté de de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques est garantie".

Avec une interdiction de la publicité pour les produits du tabac et les cigarettes électroniques "dans les journaux, revues ou autres publications ainsi que sur Internet" (cf. Dépliant), le Conseil des Etats propose une version de loi qui porte de surcroît atteinte à la liberté des médias. Ce n'était pas le cas du projet initial du Conseil fédéral du 30 novembre 2018⁶. A noter que la liberté des médias est déjà restreinte par la loi du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision⁷ qui interdit la publicité pour le tabac à la radio et à la télévision, sans que cela pose de problème de constitutionnalité.

Ici également, il est renvoyé au texte figurant sous le titre des restrictions à la liberté économique pour ce qui est des conditions de la *base légale* et de *l'intérêt public* et de la *proportionnalité* de l'art. 36 de la Constitution.

S'agissant de la proportionnalité, les interdictions dans la presse et sur Internet proposées par le Conseil des Etats permettent d'atteindre le but visé, à savoir une meilleure protection de la santé de la population et en particulier des jeunes. Se pose la question de savoir si une

⁶ FF 2019 899

⁷ RS 784.40

interdiction de la publicité dans la presse en plus de l'interdiction existante à la radio et à la télévision est admissible. Etant donné que les jeunes sont très actifs sur Internet, il n'existe toutefois pas de restriction moins contraignante envisageable pour une même efficacité. De plus, la version du Conseil des Etats prévoit des exceptions concernant les publications de la presse écrite étrangère qui ne sont pas destinées principalement au marché suisse et concernant la publicité destinée exclusivement aux professionnels de la branche. L'interdiction n'est donc pas absolue. Pour ces raisons, la proportionnalité est respectée.

L'essence de la liberté des médias pourrait être violée par une censure générale, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. Aussi, les restrictions à la liberté des médias respectent les conditions de l'art. 36 de la Constitution et ne posent pas de problème de constitutionnalité.

4. Conclusion

La conclusion reste la même que pour le projet de 2015 et en réponse à l'avis de droit du Prof. Urs Saxer:

Les restrictions supplémentaires en matière de publicité, promotion et parrainage en faveur des produits du tabac et des cigarettes électroniques, intégrées au projet de loi par le Conseil des Etats portent atteinte à la liberté économique, à la liberté d'opinion et d'information ainsi qu'à la liberté des médias. Cependant, il s'agit de mesures efficaces visant à protéger la santé de la population et des jeunes et il n'existe pas de mesures moins contraignantes qui permettraient d'atteindre le même but. De plus, si les restrictions prévues sont relativement larges, il ne s'agit en aucun cas d'interdictions absolues. Dès lors, elles respectent le principe de proportionnalité et ne semblent poser aucun problème de constitutionnalité.

Sources:

AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Genève 2003

BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017,

KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018

WALDMANN/BELSER/EPINEY, Basler Kommentar der Bundesverfassung, Basel 2015

REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel, 2011

UHLMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 27 BV

VALLENDER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 27 BV