

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

(AVIS DE DROIT COMPLÉMENTAIRE A CELUI DU 28 FEVRIER 2011)

Avis
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. Les deux questions à trancher et leurs enjeux en termes juridiques	1	2
II. Compétence fédérale de régler la consommation d'alcool?	4	4
A. La compétence en matière de denrées alimentaires de l'article 118 al. 1 let. a de la Constitution	4	4
B. La compétence en matière de maladies particulièrement dangereuses l'article 118 al. 1 let. b de la Constitution	10	7
C. Conclusion	12	8
III. Compétence fédérale de prélever une taxe incitative sur les alcools en général?	13	8
A. Remarques liminaires: généralités en matière de compétence d'imposition et exposé de la problématique	13	8
B. La compétence implicite de percevoir des taxes incitatives en général et dans le cadre de l'article 118 al. 2 let. a	15	10
C. L'économie du système constitutionnel d'imposition en matière d'alcool	20	13
D. Conclusion	24	16
IV. Synthèse et résumé des conclusions	25	17

Préambule: objet et plan de l'avis de droit

Le présent avis de droit a pour objet et pour but de répondre à deux questions complémentaires posées par la Régie fédérale des alcools suite à un précédent avis, délivré en date du 28 février 2011 et portant sur diverses questions liées à la constitutionnalité de l'avant-projet de révision totale de la loi fédérale sur l'alcool que le Conseil fédéral avait mis en consultation en date du 30 juin 2010.

Les deux questions complémentaires sur lesquelles ce second avis est appelé à se prononcer concernent deux mesures qui n'étaient et ne sont pour l'heure pas prévues par l'avant-projet de révision, soit sur la question d'une éventuelle compétence de la Confédération de réglementer la *consommation* des boissons alcooliques et la question de sa compétence éventuelle d'introduire une taxe incitative sur l'ensemble des boissons alcoolisées, c'est-à-dire aussi sur les boissons alcooliques exclusivement

issues de la fermentation (et autres que la bière, pour laquelle existent déjà un impôt et une compétence fiscale explicite). Ces deux questions ne faisaient pas l'objet du précédent avis de droit.

Tout comme celui-ci, le présent avis se fonde sur les sources habituelles et généralement disponibles de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine juridique. Comme prévu dans le mandat, il restera relativement sommaire et se basera sur une appréciation globale des éléments existants, sans procéder à un examen absolument détaillé et exhaustif de toutes les sources de jurisprudence et de doctrine.

Méthodologiquement, après un bref résumé des questions à trancher et de leurs enjeux, en termes juridiques (ch. I), l'avis se concentrera ensuite sur l'appréciation de chacune des deux questions posées en l'espèce, soit la compétence de la Confédération de réglementer la consommation des boissons alcoolisées (ch. II) puis celle d'en taxer le commerce (ch. III), avant de faire la synthèse et de résumer les conclusions (ch. IV). Pour ce qui est des faits et du contexte dans lequel se posent les deux questions évoquées et dans lesquels se meut le présent avis, on peut renvoyer à l'avis délivré le 28 février 2011.

I. Les deux questions à trancher et leurs enjeux en termes juridiques

1. Comme on l'a vu dans l'avis de droit du 28 février 2011, selon l'avant-projet de nouvelle loi fédérale sur l'alcool (Lalc) mis en consultation par le Conseil fédéral en date du 30 juin dernier, 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 Lalc ou AP-Lalc)¹. Cette 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.

L'avant-projet de nouvelle loi sur l'alcool tel qu'il a été mis en consultation ne prévoit pour l'heure aucune mesure visant directement à réglementer – par exemple pour la limiter – la consommation d'alcool en général, notamment dans certains lieux ou sous certaines formes, cela au motif notamment que, comme le retient expressément le rapport explicatif relatif à cet avant-projet, la Confédération n'aurait pas la compétence de réglementer la *consommation*³.

Or, sur la base d'une remarque faite à ce propos dans l'avis de droit du 28 février 2011, la Régie fédérale des alcools a souhaité que cette question d'une éventuelle compétence de la Confédération, fondée sur l'article 118 de la Constitution, de réglementer la consommation soit examinée de manière plus approfondie, dans la mesure où les opinions émises par certaines collectivités publiques laissaient apparaître un souhait de pouvoir bénéficier d'une base légale claire qui réglerait de manière uniforme certains types de consommation d'alcool jugés problématiques, notamment sur la voie publique. Certains milieux se plaignaient notamment de l'insécurité juridique résultant des pratiques différentes adoptées entre les cantons, voire entre les communes et les villes.

¹ Avis de droit du 28 février 2011, n^{os} 1 et 2, avec des références.

² Le préambule de l'AP-Lalc mentionne ces trois dispositions constitutionnelles.

³ Voir le rapport explicatif concernant le projet de loi sur l'alcool (Lalc), p. 25.

2. Quant à la nouvelle loi fédérale sur l'imposition des boissons spiritueuses et de l'éthanol, elle prétend, elle, fonder sa compétence en la matière sur les articles 105 et 131 al. 1 let. b de la Constitution, soit sur la disposition concernant l'alcool distillé, d'une part, et la disposition permettant à la Confédération de prélever un impôt spécial à la consommation sur les boissons distillées, d'autre part⁴. L'avant-projet relatif à cette nouvelle loi ne prévoit cependant, pour l'heure, aucune taxe incitative généralisée à l'ensemble des boissons alcoolisées. En effet, le Conseil fédéral a renoncé à une telle taxe pour différents motifs, notamment des motifs d'ordre financier et des motifs d'opportunité⁵. Il est vraisemblable en effet que le prélèvement d'une taxe incitative qui grèverait l'ensemble des boissons alcoolisées, c'est-à-dire qui viserait également le commerce de vin – pour l'heure exempt de toute taxe spéciale fédérale – soulèverait une fronde dans les milieux intéressés: ces derniers ont déjà émis diverses réserves s'agissant du principe même de la révision en question⁶ et, par le passé, ils se sont opposés avec succès à plusieurs tentatives d'imposer le vin⁷.

En complément à l'avis de droit du 28 février 2011, la Régie fédérale des alcools a néanmoins souhaité que le présent avis se penche sur la question de la compétence éventuelle de la Confédération d'introduire une telle taxe incitative, dans la mesure où celle-ci pourrait représenter un moyen d'action efficace pour lutter contre les très bas prix des boissons alcoolisées et, ainsi, offrir une alternative à l'interdiction de la vente à perte de celles-ci dont la constitutionnalité est discutable⁸.

3. Il s'agit dès lors pour le présent avis d'examiner si l'art. 118 de la Constitution fédérale constitue un fondement suffisant pour permettre à la Confédération, d'une part, de régler au niveau fédéral certains types de *consommation* d'alcool en général ainsi que, d'autre part, d'introduire une taxe incitative sur la vente d'alcool en général, vin et cidre compris. En d'autres termes, il s'agit d'examiner en premier lieu si le pouvoir attribué à la Confédération de légiférer, à des fins de santé publique, sur l'*utilisation* des denrées alimentaires – auxquelles sont assimilées les boissons alcooliques en général – inclut aussi le pouvoir de légiférer sur la *consommation* de ces boissons. En second lieu, s'il est possible pour la Confédération, sur la même base constitutionnelle, d'introduire une taxe destinée à augmenter le prix de vente de ces boissons alcooliques en général.

Comme l'a démontré l'avis de droit du 28 février 2011, l'article 118 de la Constitution représente en effet la seule base constitutionnelle qui a trait à l'ensemble des boissons alcoolisées, c'est-à-dire qui s'étend à tous les alcools, y compris les boissons alcoolisées issues exclusivement de la fermentation, comme le vin, la bière et le cidre, le champ d'application de l'article 105 de la Constitution étant quant à lui limité aux seuls alcools distillés⁹.

⁴ Le préambule de l'AP-Limpspi mentionne ces deux dispositions constitutionnelles, ainsi que les articles 112 al. 5 et 131 al. 3 Cst. qui concernent cependant uniquement les règles d'affectation et de répartition de l'impôt.

⁵ Voir le rapport explicatif concernant le projet de loi sur l'alcool (Lalc), p. 22, cette mesure ayant été examinée comme alternative à l'institution des prix minimaux.

⁶ Avis de droit du 28 février 2011, n° 3.

⁷ Voir n° 22 ci-dessous.

⁸ Avis de droit du 28 février 2011, n°s 20ss.

⁹ *Ibidem*, n° 15.

II. Compétence fédérale de régler la consommation d'alcool?

A. La compétence en matière d'utilisation des denrées alimentaires de l'article 118 al. 2 let. a de la Constitution

4. La compétence de la Confédération de légiférer sur les boissons alcoolisées en général se fonde en premier lieu – si l'on fait abstraction de l'article 105, qui donne à la Confédération des pouvoirs larges et importants, mais limités aux seuls alcools distillés – sur l'article 118 al. 2, lettre a, de la Constitution.

L'alinéa 1^{er} de l'article 118 prévoit que, «[d]ans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé». La lettre a de l'alinéa 2 de la disposition ajoute que la Confédération «légifère sur: a. l'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé».

Il n'est pas contesté que les boissons alcooliques, en général, sont considérées comme des denrées alimentaires et sont susceptibles de présenter un danger pour la santé, de sorte que, sur la base de cette disposition, la Confédération possède une compétence globale de légiférer sur les boissons alcooliques, quelles qu'elles soient¹⁰. La seule question à examiner ici est donc celle de savoir si, sur la base de cette compétence, la Confédération peut réglementer non seulement la fabrication et le commerce (débit, vente, publicité, etc.) des boissons alcooliques, mais également leur *consommation*. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si la compétence de la Confédération se limite à réglementer le comportement des personnes qui offrent de telles boissons ou, au contraire, s'étend au pouvoir de régler aussi le comportement des consommateurs. Il s'agit ainsi d'interpréter la disposition, selon les méthodes habituelles¹¹.

5. Le texte même de l'article 118 al. 2 let. a ne donne pas d'emblée une réponse totalement claire à la question. La disposition parle en effet, en français, d'«*utilisation*» des denrées alimentaires, ce qui paraît certes un terme assez large – «*utilisation*» est définie comme signifiant «*emploi*» ou «*usage*»¹² –, susceptible, dans le langage

¹⁰ 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.

¹¹ Sur l'interprétation des normes légales, et la méthode adoptée par le Tribunal fédéral, voir notamment, parmi beaucoup d'autres, ATF 130 II 65, 71-72, *Service des contributions du canton du Jura*, du 19 décembre 2003, 130 V 479, 484-488, ASSURA, *Assurance maladie et accident, contre Etat de Vaud*, du 2 septembre 2004, 131 I 394, 396-399, *Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents et Me X. contre Conseillère d'Etat chargée du Département des finances du canton de Genève*, du 8 août 2005, 131 II 562, 566-569, X. SA contre Commission fédérale des maisons de jeu ainsi que Commission fédérale de recours en matière de contributions, du 6 juillet 2005, 133 IV 228, 229-234, X. contre Y. ainsi que Procureur général du canton de Genève, du 5 juillet 2007, 134 I 184, 193, A. contro B., du 13 mai 2008, 134 II 249, *Procap gegen Y. AG, Gemeinderat Grub und Departement Bau und Umwelt des Kantons Appenzell A.Rh.*, du 9 juillet 2008, 135 II 78, 81-84, *WWF Suisse contre Association Les Amis de la Passerelle, Conseil communal de Leytron, Conseil communal de Saillon et Conseil d'Etat du canton du Valais*, du 21 janvier 2009, et 136 I 297, 299-300, *D. gegen Familienausgleichskasse Zug*, du 31 août 2010. L'interprétation de la Constitution suit les mêmes principes que celle des lois, cf. PIERRE TSCHANNEN, *Die Auslegung der neuen Bundesverfassung*, in ZIMMERLI ULRICH (éd.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berne, 2000, p. 223-248.

¹² Le Petit Larousse illustré, Paris, édition 2007. Voir aussi l'avis de droit de l'Office fédéral de la justice (OFJ), du 8 mai 2003, concernant la compétence de la Confédération en matière de protection contre la fumée passive, in: JAAC 68.81, II.2.a, qui relève que «*Umgang*» signifie «*Verwendung*», ce qui implique aussi la consommation.

courant, d'englober aussi la consommation, ou du moins qui ne l'exclut pas a priori. D'un autre côté, cependant, l'inclusion de la consommation ne résulte pas de manière absolument certaine du texte. On pourrait en effet aussi soutenir que le constituant aurait facilement pu, s'il avait voulu inclure la consommation, le dire de manière plus claire, en parlant par exemple de «l'utilisation et la consommation» des denrées alimentaires.

Les expressions «*den Umgang mit Lebensmitteln*» et «*l'impiego di alimenti*» figurant dans les versions allemande et italienne de la disposition ne donnent pas une impression foncièrement différente, même si le terme «*Umgang*», qui est difficile à rendre en français, peut être considéré comme ayant un sens plus large encore que celui d'«*utilisation*», signifiant en quelque sorte la «*manière d'user de*»¹³.

Ainsi, l'interprétation purement littérale de l'article 118 al. 2 let. a ne fournit pas une réponse définitive et péremptoire à la question. Si elle permet certes de soutenir que l'article 118 a probablement, par l'emploi du terme «*utilisation*», une portée apparemment large, elle ne donne pas la certitude que le constituant entendait bien viser aussi la consommation.

6. L'interprétation historique – qui est d'autant plus pertinente que le texte est récent – offre par contre un élément de réponse relativement clair. En effet, la norme constitutionnelle que l'article 118 al. 2 let. a est appelé à remplacer, à savoir l'article 69^{bis} de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, n'attribuait à la Confédération que le droit de légiférer «*sur le commerce [«Verkehr»] des denrées alimentaires*». Et c'est apparemment sciemment que le constituant de 1999 a choisi le terme, plus large, d'«*utilisation*». Dans son message, le Conseil fédéral expliquait en tout cas que «*[l]a disposition vise aussi bien la fabrication, le traitement et le commerce (importation, entreposage, distribution, achat) que l'utilisation des biens en question. Toutefois, la production pour un usage propre et purement privé ne tombe pas dans le champ d'application de la norme*»¹⁴. Il semble donc bien que la consommation – le comportement des consommateurs – était aussi visé, sous réserve du cas particulier du consommateur produisant lui-même pour son usage personnel et purement privé.

C'est d'ailleurs en raison de cette différence rédactionnelle entre l'ancien article 69^{bis} et le nouvel article 118 al. 2 let. a que Jean-François Aubert déclare sans équivoque que le constituant de 1999 a choisi, à travers le terme d'«*utilisation*» («*Umgang*»), «*de bien montrer que la législation vise le comportement du consommateur aussi bien que les opérations d'amont, fabrication, traitement, importation, distribution*»¹⁵.

7. L'Office fédéral de la justice et la doctrine soutiennent du reste unanimement cette interprétation fondée sur les travaux préparatoires, de l'art. 118 al. 2 let. a, en reconnaissant que le terme «*utilisation*» («*Umgang*») doit être entendu dans un sens large, qui inclut également la consommation au sens strict («*Verwendung, Konsum*»)¹⁶.

¹³ Voir à ce propos 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° 9 ad art. 119, p. 938-939.

¹⁴ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 339.

¹⁵ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, précité (note 13), n° 12 ad art. 118, p. 930.

¹⁶ Avis de droit précité (note 12) de l'OFJ, du 8 mai 2003, II.2.a; THOMAS POLEDNA, 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° 11 ad art. 118, p. 1825; TOBIAS JAAG – MARKUS RÜSLI, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte, in: *AJP/PJA* 1/2006, p. 21-29, spéc. 25.

La pratique législative n'a quant à elle pas tardé à se rallier à cette conception large de l'art. 118 al. 2 let. a, notamment en matière de législation sur les stupéfiants. A l'origine essentiellement fondée sur la compétence pénale et la compétence en matière de maladies graves et importantes du point de vue de la santé publique (ancien art. 69 et actuel art. 118 al. 2 let. b), la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup), laquelle réglemente exhaustivement la consommation de ceux-ci, prétend aujourd'hui déjà trouver sa légitimité aussi à l'art. 118 al. 2 let. a de la Constitution¹⁷.

Il faut donc admettre que, du point de vue d'une interprétation historique, l'art. 118 al. 2 let. a de la Constitution permet à la Confédération de régler aussi la consommation, ou le comportement du consommateur, dans sa «manière d'user» des boissons alcooliques.

8. De surcroît, une éventuelle interprétation téléologique de l'art. 118 al. 2 let. a Cst. mènerait sans doute à la même conclusion. Comme on l'a vu, la Confédération doit, en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 118, dans le cadre de ses compétences certes, prendre *«des mesures afin de protéger la santé»*. Or, il apparaît aujourd'hui, en matière d'alcool, au vu de l'évolution de la consommation et des modes de consommation, notamment auprès de la jeunesse, que la politique de santé publique ne saurait plus se limiter à la seule réglementation du commerce des boissons alcooliques, mais aussi à leur consommation, dans le sens de la «manière d'en user».

De nouveaux modes de consommation des boissons alcoolisées sont en effet apparus et se sont assez largement répandus ces dernières années, notamment chez les jeunes, qui sont apparemment propres à mettre gravement en danger la santé de ces consommateurs et, par voie de conséquence, d'une partie importante de la population. Souvent, l'alcool est consommé en quantités très importantes lors de fêtes et autres réunions rassemblant un grand nombre de personnes (phénomène dit du «binge drinking», consistant à boire une grande quantité d'alcool dans un court laps de temps, «botellones», consistant à se regrouper dans des lieux publics, parcs, plages, rues, etc., afin de consommer de l'alcool, le plus souvent sous la forme de mélanges d'alcools forts)¹⁸. Ce ne sont donc plus uniquement certaines modalités du commerce et du débit des boissons alcoolisées qui poussent à une consommation excessive d'alcool, néfaste à la santé, mais également certaines pratiques de consommation, qui, par émulation et effet de mode, conduisent les jeunes à absorber des quantités excessives d'alcool.

L'interprétation téléologique confirme donc la conception large de l'article 118 al. 2 let. a de la Constitution, incluant la consommation, qui résulte de l'interprétation du texte de la disposition telle qu'elle ressort de l'examen des travaux préparatoires.

¹⁷ Voir le préambule de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup), qui mentionne l'art. 118 (sans précision) et l'art. 123, cf. à ce propos THOMAS GÄCHTER – IRENE VOLLENWEIDER, précités (note 10), n° 192, p. 43; message concernant la révision de la loi sur les stupéfiants du 9 mars 2001, FF 2001 3537, 3622, ainsi que Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire «Révision partielle de la loi sur les stupéfiants», du 4 mai 2006, FF 2006 8141, 8191, lesquels retiennent expressément que désormais la loi se fonde sur la lettre a de l'art. 118 al. 2 Cst.: *«En précisant notamment que la Confédération «légifère sur: l'utilisation (...) des stupéfiants (...), l'art. 118 al. 2 let. a Cst. confère expressément à celle-ci une compétence dans ce domaine, La Confédération est donc habilitée à réglementer la fabrication, la préparation, le commerce y compris l'importation, l'exportation, le stockage, la remise et l'acquisition) ainsi que l'utilisation des stupéfiants»*.

¹⁸ Voir à ce propos le message concernant l'introduction d'un impôt spécial sur les alcopops, du 26 février 2003, FF 2003 1980, 1983, dont les constatations sont reprises par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, consid. 6.6., publié in: RDAF 2010 II 401.

9. Cependant, il faut préciser que, si l'objectif de santé publique de l'art. 118 permet assurément de justifier une compétence fédérale en matière de «consommation privée» de l'alcool, il définit simultanément les limites d'une telle compétence, en ce sens que l'éventuelle réglementation de la consommation ne pourra poursuivre d'autres objectifs que celui de la protection de la santé précisément¹⁹.

La Confédération ne peut ainsi, par exemple, pas se substituer aux cantons ou aux communes en réglementant de manière générale la consommation d'alcool sur le domaine public, laquelle ne représente pas forcément un problème de santé publique en soi, mais parfois simplement un problème d'ordre public (tranquillité publique ou, éventuellement, moralité publique) ou de gestion du domaine public (utilisation accrue du domaine public et gestion des déchets, etc.).

B. La compétence en matière de maladies particulièrement dangereuses de l'article 118 al. 2 let. b de la Constitution

10. Pour être complet, il faut encore examiner si la Confédération ne pourrait pas tirer une éventuelle compétence de légiférer sur la *consommation* d'alcool de la lettre b de l'article 118 al. 2 de la Constitution, disposition qui prévoit que la Confédération doit légiférer sur «*la lutte contre (...) les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain*».

Ainsi qu'on l'a vu, c'est en effet sur cette disposition ou, plus précisément, sur l'ancien article 69 de la Constitution de 1874 que la Confédération avait initialement – dans les années 1950 – fondé sa compétence lors de l'adoption de la première loi fédérale sur les stupéfiants, la toxicomanie devant être considérée comme une maladie dangereuse²⁰.

C'est aussi sur cette lettre b de l'art. 118 al. 2 que les Chambres fédérales ont, beaucoup plus récemment, fondé leur compétence d'adopter la loi fédérale sur la protection contre la fumée passive: il a en effet été argumenté que tant la fumée passive que la fumée active peuvent avoir des effets préjudiciables pour la santé et provoquer des maladies graves chez l'être humain, et que la lutte contre ces maladies inclut la prévention de leurs causes²¹.

11. Ainsi, au vu de la pratique adoptée par l'Assemblée fédérale, en accord avec la doctrine, il paraît possible de considérer que le pouvoir de légiférer sur la *consommation* de l'alcool pourrait lui aussi – comme la fumée passive – trouver un fondement à la lettre b de l'art. 118 al. 2 de la Constitution, compte tenu des risques sanitaires induits par une consommation excessive d'alcool (coma éthylique, accident dû à l'ivresse, etc.) ou par le développement, à plus long terme, d'une dépendance à l'alcool (maladies du foie, invalidité et maladies psychiques liées à l'alcoolisme, etc.).

¹⁹ Avis de droit du 28 février 2011, n° 15.

²⁰ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la révision de la loi fédérale sur les stupéfiants, FF 1951 I 841, 865.

²¹ Voir le préambule de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif, du 3 octobre 2008, RS 818.31, qui mentionne l'art. 118 al. 2 let. b (et non la let. a) de la Constitution (en plus de l'art. 110 al. 1 let. a); voir aussi le Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire «Protection de la population et de l'économie contre le tabagisme passif», du 1^{er} juin 2007, FF 2007 5853, spéc. 5870, qui se réfère à un rapport du Conseil fédéral du 10 mars 2006 sur la protection contre le tabagisme passif, FF 2006 3547; cf. en outre l'avis de droit précité (note 12) de l'OFJ, du 8 mai 2003, II.2.b, ainsi que TOBIAS JAAG – MARKUS RÜSSLI, précités (note 16), p. 25.

En somme, à l'instar des drogues et de la fumée du tabac, la réglementation de certains modes de consommation d'alcool, conduisant par expérience à des excès, pourrait relever de la compétence fédérale en matière de lutte contre les maladies dangereuses au sens de l'art. 118 al. 2 let. b de la Constitution.

C. Conclusion

12. En conclusion, il résulte de l'interprétation de l'article 118 de la Constitution selon les méthodes habituelles, ainsi que de l'examen de la doctrine et de la pratique des autorités fédérales, que la Confédération a, sur la base de l'article 118 al. 2 let. a, la compétence de réglementer la consommation et la «manière d'user» des boissons alcooliques, dans la mesure où une telle réglementation poursuit un but de protection de la santé publique et reste dans ce cadre.

La compétence de la Confédération pourrait même éventuellement se fonder aussi – comme c'est le cas aujourd'hui pour les stupéfiants et la fumée passive – sur la lettre b de l'article 118 al. 2 de la Constitution, soit sur la compétence de légiférer sur «*la lutte contre (...) les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain*», à condition de pouvoir montrer que la consommation excessive d'alcool est propre à – et, vu son ampleur, susceptible de – provoquer des maladies graves pour l'être humain et d'entraîner des conséquences sanitaires néfastes pour la société.

III. Compétence fédérale de prélever une taxe incitative sur les alcools en général?

A. Remarques liminaires: généralités en matière de compétence d'imposition et exposé de la problématique

13. La répartition entre la Confédération et les cantons des compétences en matière fiscale présente une particularité qui doit d'emblée être soulignée: à la différence de ce qui se passe pour la répartition des compétences législatives dans les autres domaines, la Confédération ne jouit d'une compétence en matière fiscale et elle ne peut prélever un impôt que si et dans la mesure où la Constitution le lui en octroie le pouvoir de façon *expresse*. Il n'y a en d'autres termes pas de place en principe pour des compétences implicites en matière fiscale²². Telle est du moins la conception dominante²³.

Compte tenu de cette exigence de fondement constitutionnel explicite, la Confédération ne peut aujourd'hui, en matière d'alcool – comme cela a déjà été expliqué dans l'avis de droit du 28 février²⁴ –, prélever un impôt, qualifié d'impôt spécial à la consommation, que sur les boissons distillées et sur la bière, marchandises pour

²² Voir notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT, précité (note 13), n° 2 ad Remarques liminaires au «Régime des finances», p. 998-999; cf. aussi, entre autres, PETER SALADIN, in: *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 3, n° 121, et KLAUS A. VALLENDER – RETO JAKOBS, *Ökologische Steuerreform, Rechtliche Grundlagen*, Berne 2000, p. 70.

²³ Voir, sur cette conception dominante, et sur les quelques auteurs qui ont une position légèrement divergente (c'est-à-dire qui acceptent un prélèvement sans base constitutionnelle explicite pour certains impôts), l'avis de droit de l'Office fédéral de la justice (OFJ), du 15 juillet 1999, in: JAAC 64.25, A.I et A.III.1.a.

²⁴ Avis de droit du 28 février 2011, n°s 13 et 15.

lesquelles il existe une base constitutionnelle explicite qui lui attribue une compétence fiscale (art. 131 al. 1 let. b, qui a remplacé le volet fiscal de l'ancien art. 32^{bis}, pour les boissons distillées, et art. 131 al. 1 let c, pour la bière). Tel n'est pas le cas pour les autres boissons alcooliques issues exclusivement de la fermentation, comme le vin et le cidre, pour lesquelles la Confédération ne bénéficie d'aucune attribution explicite de compétence d'imposition.

14. Toutefois, comme on le verra de manière plus détaillée ci-dessous (cf. n^{os} 15ss), la doctrine et la pratique législative admettent une exception au principe exprimé plus haut, notamment en distinguant des impôts proprement dits – pour lesquels le principe s'applique pleinement – les *taxes d'incitation* ou *d'orientation* (Lenkungsabgaben), «*qui n'ont pas de but fiscal et qui peuvent être mises au service des tâches spécifiques de la Confédération sans mention explicite dans la Constitution; il leur suffit d'avoir une base dans la loi*»²⁵. Autrement dit, on admet assez généralement qu'à certaines conditions, et même en l'absence d'une compétence d'imposition expresse, la simple compétence fédérale de légiférer dans un domaine donné peut représenter une base constitutionnelle implicite suffisante pour justifier le prélèvement d'une taxe incitative dans ce même domaine.

A vrai dire, les opinions divergent sur les types de contributions publiques pour lesquels un tel prélèvement sans base constitutionnelle explicite serait possible. Selon la doctrine dominante, cette exception au principe ne concernerait que les contributions publiques *causales*, pour lesquelles il existe un rapport d'«équivalence individuelle», pour les personnes soumises à contribution, entre une prestation fournie par l'Etat et la contribution publique qui en est la contrepartie. L'Office fédéral de la justice et certains auteurs admettent cependant d'autres exceptions, légèrement plus larges²⁶.

Il s'agira donc d'examiner ici si la compétence de légiférer sur les boissons alcooliques, afin de protéger la santé, que la Confédération tire de l'article 118 al. 2 let. a de la Constitution, implique – et, le cas échéant, à quelles conditions – le pouvoir d'instituer une taxe incitative. Comme on l'a vu, un tel pouvoir n'aurait, s'il devait être admis, d'effet pratiquement que pour les boissons alcoolisées issues exclusivement de la fermentation autres que la bière, c'est-à-dire pour le vin et le cidre: pour les autres boissons alcooliques, à savoir les boissons distillées, d'une part, et la bière, de l'autre, la Confédération dispose d'une attribution expresse de compétence fiscale qui lui permet de prélever un impôt, donc bien plus qu'une simple taxe incitative.

²⁵ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, précité (note 13), n^o 2 ad Remarques liminaires au «Régime des finances», note 2, p. 999; l'auteur mentionne les exemples tirés du domaine de la protection de l'environnement et précise que la «*distinction est encore plus nette pour les taxes dites causales (Kausalabgaben), où le contribuable bénéficie d'une contrepartie*».

²⁶ Sur la question, notamment sur la conception dominante et les autres exceptions admises, voir l'avis de droit précité (note 23) de l'OFJ, du 15 juillet 1999, A.I et A.III.1.b; ainsi, pour l'OFJ, il convient d'admettre une exception – c'est-à-dire d'admettre que la compétence de prélever une contribution peut être implicitement incluse dans la compétence matérielle de légiférer – pour les contributions publiques pour lesquelles il y a un lien de connexité suffisant entre le cercle des contribuables et le but d'affectation et d'utilisation du produit de la contribution, sans nécessairement que ce lien atteigne le niveau de l'équivalence individuelle. L'OFJ s'exprime précisément ainsi (A.III.1.b): «*dass eine explizite und spezifische Verfassungsgrundlage für die Erhebung solcher Abgaben erforderlich ist, bei denen kein oder bloss ein zu schwacher Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Verwendungszweck der Abgabe vorhanden ist. [...] Die Abgabbeerhebung kraft Sachzusammenhangs erscheint hingegen dann nicht von vorneherein als ausgeschlossen, wenn bei einer Abgabe ein stärkerer Zurechnungszusammenhang als bei den explizit in der Verfassung aufgeführten Steuern vorliegt, auch wenn dieser Zurechnungszusammenhang nicht den Grad von Individualäquivalenz erreicht*» (mise en évidence par l'OFJ).

B. La compétence implicite de percevoir des taxes incitatives en général et dans le cadre de l'article 118 al. 2 let. a

15. Comme indiqué, il est largement admis que le législateur fédéral peut, en se fondant sur sa compétence matérielle de légiférer dans un domaine déterminé, prévoir le prélèvement dans ce domaine de taxes d'incitation²⁷. Outre l'obligation d'utiliser les recettes de ces taxes pour financer des mesures en lien avec l'objectif de la taxe (ou éventuellement, de les distribuer aux cantons)²⁸, les conditions minimales à l'admission d'une telle compétence fédérale sont en substance les suivantes:
- la redevance en question doit avoir pour objectif prépondérant d'influencer le comportement des administrés et elle doit être proportionnée à ce but, notamment être apte à l'atteindre²⁹;
 - la Confédération doit en outre être habilitée à réglementer le comportement en question, voire à l'interdire, et dès lors à atteindre d'une autre manière l'objectif que vise la taxe³⁰.

C'est ainsi que cette exception au principe de la constitutionnalité des prélèvements fiscaux («Verfassungsvorbehaltssprinzip») trouve une certaine justification: une telle taxe, dite *taxe incitative pure* («reine Lenkungsabgabe»), se distingue de l'impôt traditionnel dès lors que, par définition, elle n'est censée servir qu'à orienter un comportement et que les recettes qu'elles procurent ne sont pas accaparées par la Confédération à des fins fiscales.

Aussi certains auteurs vont-ils même jusqu'à qualifier la *taxe incitative pure* de troisième catégorie de contributions publiques, aux côtés des impôts et des contributions causales³¹.

16. Dans un arrêt récent, concernant précisément la constitutionnalité d'une taxe cantonale spéciale sur le commerce de spiritueux (une taxe sur les débits de boissons alcooliques à l'emporter), le Tribunal fédéral n'a cependant pas suivi la doctrine, soulignant qu'on ne pouvait pas distinguer purement et simplement la taxe incitative pure de l'impôt traditionnel, et les opposer l'un à l'autre; il a jugé en effet que la première peut selon les cas consister simplement en une sorte de sous-catégorie du second. Le Tribunal fédéral s'est exprimé en ces termes³²:

«Une partie de la doctrine postule de reconnaître l'existence d'une troisième catégorie de contributions, à savoir les taxes d'orientation (...). La jurisprudence n'ignore pas ce type de contributions; elle n'y voit toutefois pas l'émergence d'une nouvelle catégorie contributive à

²⁷ Pour un aperçu de l'ensemble des opinions doctrinales à ce propos, voir VALÉRIE DONZEL, *Les redevances en matière écologique*, thèse, Lausanne 2002, p. 186ss, ainsi que l'avis de droit précité (note 23) de l'OFJ, du 15 juillet 1999, B.I.

²⁸ A notre sens, cette question relèverait, le cas échéant, plus de la question de l'*Ertragshoheit* que de celle de la *Gesetzgebungshoheit*, objet du présent avis. Dans ce sens, cf. KLAUS A. VALLENDER – PETER HETTICH – JENS LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung. Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^e éd., Berne 2006, n° 71, p. 313.

²⁹ Cf., entre autres, PETER SALADIN, in: *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 3, n° 130.

³⁰ Cf., entre autres, sur ce point spécifique, XAVIER OBERSON, *Les taxes d'orientation, Nature juridique et constitutionnalité*, Bâle 1991, p. 155-158; WALTER RYSER – BERNARD ROLLI, *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 4^e éd., Berne 2002, n° 9, p. 6.

³¹ XAVIER OBERSON, *Droit fiscal suisse*, Bâle 2007, 3^e éd., n°s 12-18, p. 6-8, et VALÉRIE DONZEL, précitée (note 27), p. 20.

³² Arrêt 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, publié in: RDAF 2010 II 401-419, spéc. consid. 4.2 à 4.4, p. 405-409.

proprement parler, mais considère les taxes d'orientation comme une simple subdivision des catégories traditionnelles que sont les impôts et les contributions causales (...). Le Tribunal fédéral estime toutefois qu'aussi bien un impôt qu'une taxe peuvent présenter une composante incitative. Il en déduit que la qualification juridique d'une contribution ne dépend pas de son but, mais de sa nature, et que les critères de distinction habituels entre les impôts et les taxes demeurent également pertinents pour désigner les contributions ayant une composante incitative (...). Compte tenu de leur caractère incitatif, les motifs d'intérêt public retenus par le Tribunal administratif pour justifier l'introduction de la taxe litigieuse (lutte contre la consommation abusive d'alcool et protection de la jeunesse) tendent à rapprocher cette contribution d'une taxe d'orientation. A supposer qu'elle soit exacte (...), une telle qualification ne dispense toutefois nullement, comme on l'a vu (...), de déterminer si l'on a affaire à un impôt ou à une contribution causale».

En d'autres termes, pour le Tribunal fédéral, le caractère incitatif d'une contribution publique n'est pas à lui seul déterminant et ne suffit pas à créer une nouvelle catégorie. Qualifier une contribution de taxe d'incitation ou d'orientation ne dispense donc pas de déterminer si cette contribution appartient à la catégorie de l'impôt ou, au contraire, à la catégorie des contributions causales. Dans le premier cas, elle devra suivre le régime des impôts, dans le second, celui des contributions causales.

On rappellera brièvement à cet égard que l'impôt proprement dit se définit comme *«une contribution publique perçue sans condition et destinée à couvrir les besoins financiers généraux de la collectivité publique»*, qui *«n'est pas le corrélat d'une prestation ou d'un avantage particuliers de la part de l'Etat»*, alors que les contributions ou taxes causales *«sont des contributions publiques perçues en échange d'un avantage ou d'une prestation déterminée de l'Etat ou à l'occasion de la mise en œuvre d'un service de l'Etat»*³³.

Il conviendrait donc, s'agissant de l'introduction d'une nouvelle taxe incitative sur l'alcool en général, de déterminer d'une part si les conditions générales d'introduction d'une telle taxe d'orientation sont remplies (n° 17 ci-dessous), mais aussi, d'autre part, de préciser la nature juridique d'une telle taxe, c'est-à-dire de déterminer si celle-ci entre plutôt dans la catégorie de l'impôt (qui nécessite un fondement constitutionnel explicite) ou, au contraire, dans la catégorie de la contribution causale (qui n'a pas besoin d'un tel fondement explicite) (n°s 18 et 19).

17. Pour ce qui est du premier point, il est assez généralement admis que l'introduction d'une taxe est en principe une mesure efficace pour réduire la consommation d'une denrée alimentaire. Plus spécifiquement, il est même parfois admis que l'imposition des boissons alcooliques représenterait l'instrument le plus efficace pour lutter contre les abus d'alcool, notamment chez les jeunes. Telle est du moins l'opinion exprimée tant par le Tribunal fédéral que par le Conseil fédéral³⁴.

Par ailleurs, il est indiscutable que la Confédération dispose, selon l'art. 118 al. 2 let. a de la Constitution, de la compétence de réglementer le commerce de certains produits de consommation, dont font partie les boissons alcooliques, et qu'elle dispose même

³³ Cf., entre autres, WALTER RYSER – BERNARD ROLLI, précités (note 30), n°s 7-8, p. 3-5. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral précité, 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, consid. 4.2.1 et 4.2.2.

³⁴ Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral précité, 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, consid. 6.6., ainsi que le message du 26 février 2003 concernant l'introduction d'un impôt spécial sur les alcopops, FF 2003 1980, 1983. A vrai dire, le secteur de production du vin et du cidre ne constitue pas, semble-t-il, la véritable source des problèmes liés à la consommation excessive d'alcool, notamment chez les jeunes (Régie fédérale des alcools, Etude de consommation d'alcool chez les jeunes de 16 à 34 ans, Rapport final synthétisé, Berne 2009, p. 6), de sorte qu'on peut se demander si c'est bien là que l'introduction d'une taxe incitative apparaît comme la plus nécessaire. C'est cependant une question de nature plutôt politique.

de la compétence de les interdire, le cas échéant, sous réserve du principe de proportionnalité cela va sans dire³⁵. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait pour certains produits, en interdisant d'une manière presque générale la distribution des stupéfiants³⁶.

En ce sens et dans cette mesure, on peut sans nul doute soutenir que l'art. 118 al. 2 let. a de la Constitution se révélerait, interprété isolément, comme constituant une base constitutionnelle suffisante et propre à justifier l'introduction d'une éventuelle taxe d'incitation sur la vente des boissons alcoolisées, vin et cidre inclus.

On notera d'ailleurs que c'est précisément sur cette disposition constitutionnelle que, probablement, les Chambres fédérales auraient dû se fonder si elles s'étaient accordées sur la dépénalisation du cannabis et, partant, sur sa taxation, afin de, comme certains le prévoyaient, maintenir les prix à un niveau assez élevé et éviter ainsi que les producteurs ne trouvent un trop gros intérêt à cultiver du chanvre³⁷.

18. Reste cependant le second point, c'est-à-dire celui-ci de la nature juridique d'une telle taxe d'incitation éventuelle. Celle-ci constituerait-elle plutôt un impôt, auquel cas elle devrait se fonder sur une base constitutionnelle explicite, ou une contribution causale, auquel cas elle pourrait alors être perçue sur la (seule) base de la compétence législative matérielle que la Confédération tire de l'article 118 de la Constitution³⁸.

Il n'est pas toujours aisé de délimiter de manière simple et péremptoire les impôts proprement dits des contributions causales. La doctrine admet d'ailleurs toutes sortes de «sous-distinctions» (impôts d'affectation, impôts d'attribution des coûts [«Kostenanlastungssteuer»], etc.) et de formes mixtes (mêlant l'impôt proprement dit et la taxe causale, comme l'impôt sur les véhicules, la taxe sur les chiens ou encore la taxe sur les bateaux)³⁹.

La question est encore plus délicate s'agissant d'une taxe qui n'existe en l'état que sous forme d'idée éventuelle et dont on ne connaît en conséquence pas (encore) les contours précis. Si le but d'une telle taxe paraît évidemment être celui de freiner la consommation d'alcool, ses modalités – notamment l'affectation des recettes qu'elle procurerait – devraient être déterminées de manière plus précise avant de pouvoir la qualifier plutôt d'impôt ou, plutôt, de contribution causale. Ainsi, par exemple, si son produit entrait, par hypothèse, dans le budget général de l'Etat, elle constituerait clairement un impôt⁴⁰. Mais même si son produit devait être affecté à des dépenses

³⁵ Cf. THOMAS GÄCHTER – IRENE VOLLENWEIDER, précités (note 10), n° 184, p. 41, même si le Tribunal fédéral a déjà rappelé que l'interdiction d'une denrée alimentaire devait être une mesure décidée avec retenue (arrêt 2A.565/2000, du 8 mai 2001, consid. 5b, cc): «*Eine gewisse Eigenverantwortung kann dem Konsumenten nicht abgenommen werden. Nur entfernte Möglichkeiten und Spekulationen der Bewilligungsbehörden, dass die "Konsumentenschaft" das Produkt – wegen an ein spezifisches Zielpublikum gerichteter Artikel und Werke – "höchstwahrscheinlich" generell als Volks- und Naturheilmittel verwenden werde, genügen nicht, um seine Zulassung als Lebensmittel überhaupt auszuschliessen*».

³⁶ Cf. art. 19ss LStup.

³⁷ Voir à ce propos la note de synthèse des délibérations sur la révision de la loi sur les stupéfiants (objet parlementaire 01.024, consultable sur www.parlament.ch > Curia Vista).

³⁸ Dans ce sens, de manière générale, WALTER RYSER – BERNARD ROLLI, précités (note 30), n° 10, p. 8.

³⁹ Voir sur ces diverses distinctions, WALTER RYSER – BERNARD ROLLI, précités (note 30), n° 7, p. 4, ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral précité, 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, consid. 4.2.1 et 4.2.2.

⁴⁰ Dans ce sens, WALTER RYSER – BERNARD ROLLI, précités (note 30), n° 9, p. 6.

particulières, elle pourrait demeurer plutôt un impôt, un impôt d'affectation (si ces dépenses devaient profiter à l'ensemble de la population) ou un impôt d'attribution des coûts (si ces dépenses devaient profiter à certaines catégories de personnes seulement, mais des catégories impossibles à identifier). C'est donc seulement si la taxe en question et les recettes qu'elles procureraient étaient liées à un service spécifique dont les contribuables de cette taxe pourraient requérir le bénéfice pour eux-mêmes que la qualification de contribution causale pourrait sans doute être retenue. La contribution causale repose en effet «sur une contre-prestation étatique qui en constitue la cause»⁴¹.

On relèvera du reste que, dans l'arrêt évoqué concernant la taxe cantonale spéciale sur le commerce de boissons à l'emporter, le Tribunal fédéral, considérant qu'il n'y avait pas de rapport de contre-prestation entre la taxe perçue et une quelconque prestation de l'Etat en faveur des personnes soumises à la taxe, a clairement tranché que «la taxe litigieuse ne constitue pas une contribution causale, mais revêt de manière prépondérante – sinon exclusive – le caractère d'un impôt»⁴².

19. Il en résulte à notre avis que, même si cela dépendrait en définitive de ses modalités concrètes de conception et de mise en œuvre, une éventuelle taxe incitative sur l'alcool en général pourrait bien devoir être qualifiée d'impôt, et non de contribution causale, ce qui aurait pour effet d'exiger, pour son introduction, un fondement constitutionnel explicite.

On ne voit en effet guère comment une telle taxe pourrait être conçue de manière à présenter un véritable caractère de contre-prestation à une prestation de l'Etat en faveur des personnes soumises à la taxe, au sens de l'idée d'une «équivalence individuelle», pour celles-ci, entre la contribution et la contre-prestation de l'Etat. Du reste, même en admettant le critère légèrement plus large de l'Office fédéral de la justice, il n'est pas certain qu'une taxe incitative sur la consommation d'alcool présente encore un lien de connexité suffisant entre le cercle des contribuables et le but d'affectation et d'utilisation du produit de la contribution.

Quoi qu'il en soit, un autre motif, lié à l'économie du système constitutionnel d'imposition de l'alcool – ou, en d'autres termes, à une interprétation systématique et historique des dispositions constitutionnelles pertinentes – nous paraît également faire pencher la balance dans le sens de l'exigence d'un fondement explicite.

C. L'économie du système constitutionnel d'imposition en matière d'alcool

20. En effet, et à la différence des domaines dans lesquels la conception même et la théorie des taxes incitatives – fondées sur la simple compétence législative matérielle de la Confédération – se sont développées⁴³, le domaine de l'alcool connaît déjà diverses dispositions constitutionnelles qui règlent la question de l'imposition. Tel est le cas des articles 105 et, surtout, 131 al. 1 let. b et c de la Constitution.

Ces dispositions, spécialement les deux dernières, prévoient de manière tout à fait claire et explicite que la «Confédération peut percevoir un impôt à la consommation

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral précité, 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, consid. 4.2.2.

⁴² Arrêt du Tribunal fédéral précité, 2C_466/2008, du 10 juillet 2009, consid. 4.4.

⁴³ A savoir principalement le domaine de la protection de l'environnement, mais aussi, on l'a vu, celui des stupéfiants.

spécial sur [...] les» «boissons distillées» et la «bière». Cela signifie que le constituant n'a pas, du moins pas explicitement, prévu ou voulu prévoir que la Confédération pouvait prélever un impôt sur les boissons non distillées autres que la bière – c'est-à-dire sur les autres boissons alcooliques issues (exclusivement) de la fermentation, comme le vin et le cidre.

Dans ce contexte, comme on l'a déjà indiqué dans l'avis de droit du 28 février 2011, on ne saurait donc admettre (trop) facilement une compétence implicite de la Confédération, d'introduire, sans révision expresse de la Constitution, de nouvelles contributions publiques sur les alcools fermentés (autres que la bière, pour laquelle un tel impôt, avec un fondement constitutionnel explicite, existe déjà)⁴⁴.

Cette conception stricte de la compétence fiscale de la Confédération en matière d'alcool se justifie à notre sens aussi, si besoin est, par les arguments supplémentaires qui suivent.

21. Tout d'abord, il faut rappeler que lors de la révision totale de la Constitution, les Chambres fédérales ont expressément choisi une formulation de l'article 105 – attribuant à la Confédération une compétence globale en matière de commerce d'alcool distillé – qui devait, à leurs yeux, respecter le cadre d'une stricte mise à jour; elles ont ainsi sciemment rejeté la proposition qui était faite d'inverser l'ordre des deux phrases de l'article 105, proposition qui entendait mettre en exergue le mandat donné à la Confédération de *«lutter les causes et les effets nocifs de la consommation abusive d'alcool»*⁴⁵. Elles se sont de ce fait ralliées à l'opinion du Conseil fédéral qui, soucieux de procéder à une stricte mise à jour, avait refusé d'étendre la compétence de la Confédération au pouvoir de régler, à des fins de santé publique, le marché de l'alcool *dans son ensemble*⁴⁶.

Il en résulte, comme cela a été démontré dans le précédent avis de droit, que la Constitution fédérale fait une différence essentielle entre les boissons alcooliques issues de la distillation, auxquelles s'applique l'article 105, et celles issues (exclusivement) de la fermentation, auxquelles seul l'article 118 s'applique (et non l'art. 105). Or, l'un des principaux moyens que l'ancien article 32^{bis}, le prédécesseur de l'art. 105, relayé aujourd'hui dans son volet fiscal par l'article 131 al. 1 let. b de la Constitution, mettait à disposition de la Confédération était et est la réduction de la demande par l'augmentation artificielle des prix à travers l'introduction d'un impôt spécial sur ces produits⁴⁷.

Ainsi, l'imposition spéciale des alcools distillés – dans une moindre mesure celle de la bière – est déjà actuellement conçue comme un instrument à caractère ou à but

⁴⁴ Avis de droit du 28 février 2011, n^{os} 13 et 15. Voir aussi JEAN-FRANÇOIS AUBERT, précité (note 13), n^o 3 ad art. 105, p. 807, ainsi que le Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative populaire relative à la lutte contre l'alcoolisme, du 26 octobre 1965, FF 1965 III 41, 55: *«Il n'existe pour le moment aucune base constitutionnelle permettant d'instituer un impôt spécial sur le vin et le cidre au sens de l'initiative. Cette base devrait être créée»*.

⁴⁵ BO CN 326-328 de la version «tiré à part» des délibérations.

⁴⁶ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 319-320.

⁴⁷ 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^o 5 ad art. 105, p. 1687; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 32^{bis}, n^{os} 60 et 91ss.

incitatif, ou au moins autant incitatif que fiscal, comme en témoigne du reste aussi l'introduction – récente – de l'impôt spécial sur les alcopops⁴⁸.

Dès lors, admettre une compétence implicite de prélever une taxe incitative sur la vente d'alcool en général – donc aussi sur les alcools (exclusivement) issus de la fermentation autres que la bière – équivaldrait à gommer les particularités d'un système pourtant sciemment conçu par le constituant.

22. A cela s'ajoute, comme le rappelle le rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision lui-même⁴⁹, que des propositions visant à donner à la Confédération la faculté d'introduire un impôt sur *toutes* les boissons alcooliques ont connu deux échecs en votation populaire dans les années 1950. Par ailleurs, dans les années 1960, le peuple et les cantons ont également rejeté à une large majorité une initiative populaire «relative à la lutte contre l'alcoolisme», initiative rédigée en termes généraux et qui réclamait que l'imposition soit étendue à toutes les boissons alcooliques, qu'elle soit échelonnée selon la teneur en alcool et «calculée de façon que la consommation diminue»⁵⁰. Cette initiative a même été littéralement balayée, rejetée par 76,6% des suffrages exprimés et par tous les cantons, le taux de refus dépassant 90% dans les cantons viticoles comme le Tessin, Vaud et le Valais (94,6%)⁵¹.

Force est donc de constater que le peuple (et les cantons) ont manifesté à plusieurs reprises leur volonté de ne pas laisser au législateur ordinaire le choix d'imposer l'ensemble des boissons alcoolisées, ou, en d'autres termes, leur volonté de ne pas autoriser une telle imposition sans modification constitutionnelle expresse, c'est-à-dire sans passer par le référendum populaire⁵². En conséquence, il faut admettre que la Constitution fédérale renferme en la matière une forme de «silence qualifié», qui ne peut pas être simplement comblé ou corrigé par l'interprétation.

23. Un dernier argument, de type fédéraliste, pourrait être ajouté. Dans certains cantons, le secteur viticole est un élément central non seulement de l'économie rurale, mais également du tissu économique en général. Le canton du Valais en est un exemple particulièrement illustratif: il assure 32% de la production suisse en vins blancs et 45% en vins rouges, alors que la population valaisanne représente moins de 4% de la population suisse. Le Valais occupe ainsi une place de leader de la production viticole suisse, avec plus de 45 millions de litres de vin écoulés sur le marché. Une étude publiée en 2000 évaluait le chiffre d'affaires annuel de la branche dans le canton à 300 millions de francs pour le vin rouge et 290 millions de francs pour le vin blanc, soit 29% et 17.3%, en valeur, du marché suisse⁵³.

⁴⁸ Cf. message du 26 février 2003 concernant l'introduction d'un impôt spécial sur les alcopops, FF 2003 1980, 1983.

⁴⁹ Rapport explicatif concernant le projet de loi sur l'imposition des boissons spiritueuses et de l'éthanol (Limpspi), p. 17.

⁵⁰ Arrêté fédéral du 7 juillet 1966, FF 1966 I 1171.

⁵¹ Cf. votation no 134, *Tableau récapitulatif, Initiative relative à la lutte contre l'alcoolisme*, consultable sur www.admin.ch et FF 1966 II 645.

⁵² Sur la fonction démocratique de l'exigence d'une base constitutionnelle expresse en matière de fiscalité, cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Notion et fonctions de la Constitution*, in: DANIEL THÜRER – JEAN-FRANÇOIS AUBERT – JÖRG PAUL MÜLLER (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 3ss, n° 35, repris par HELEN KELLER – MATTHIAS HAUSER, *Rechtsgutachten über den verfassungsrechtlichen Rahmen einer Klimalenkungsabgabe des Bundes*, p. 29-30 et 43.

⁵³ BERNARD LEHMANN – ERWIN W. STUCKI – NELLY CLAEYMAN – VALÉRIE MIÉVILLE-OTT – SOPHIE RÉVIRON – PIERRE ROGNON, *Vers une agriculture valaisanne durable*, Etude réalisée à l'antenne romande de l'Institut d'économie rurale de l'Ecole Polytechnique Fédérale de Zurich, 2000, p. 90ss.

L'économie de certains cantons viticoles, particulièrement du Valais, pourrait donc être fortement touchée par l'introduction d'une taxe ou d'un impôt incitatif étendu au commerce de vin. La baisse du chiffre d'affaires de la branche pourrait en outre avoir des répercussions importantes sur les rentrées budgétaires des cantons et des communes concernés, alors même que précisément, selon la doctrine, l'exigence de base constitutionnelle expresse en matière d'imposition («Verfassungsvorbehalt») est censée préserver le substrat fiscal des cantons⁵⁴.

D. Conclusion

24. La qualification définitive d'une éventuelle taxe incitative sur l'alcool en général dépendrait certes des modalités concrètes de conception et de mise en œuvre d'une telle taxe (notamment de l'affectation de son produit), modalités qui sont inconnues à ce stade. Il n'en demeure pas moins qu'il est probable, à notre avis, qu'une telle taxe incitative sur l'alcool en général doive, au vu de la jurisprudence, être qualifiée d'impôt, et non de contribution causale, ce qui aurait pour effet d'exiger, pour son introduction, un fondement constitutionnel explicite.

Cette conclusion est confirmée par un examen de l'économie générale du système constitutionnel d'imposition de l'alcool – ou, en d'autres termes, une interprétation systématique et historique des dispositions constitutionnelles pertinentes –, qui nous paraît également faire pencher la balance dans le sens de l'exigence d'un fondement explicite.

Une interprétation systématique, historique et logique des articles 105, 131 al. 1 let. b et c de la Constitution montre en effet que l'absence de base constitutionnelle explicite en matière d'imposition des boissons alcooliques issues (exclusivement) de la fermentation (autres que la bière) constitue une forme de silence qualifié du constituant, qui interdit à notre avis d'admettre un fondement implicite pour le prélèvement d'une nouvelle contribution publique, autre que celle qui existe déjà sur une base constitutionnelle explicite (pour la bière)⁵⁵.

Autrement dit, la Confédération devrait bénéficier d'une base constitutionnelle explicite – et non d'une base constitutionnelle déduite implicitement de l'art. 118 al. 2 Cst. – pour instaurer une taxe incitative sur la vente de boissons alcooliques, incluant celle des boissons fermentées.

⁵⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres, VALÉRIE DONZEL, précitée (note 27), p. 187ss, avec d'autres références.

⁵⁵ En ce sens, le présent avis repose sur le même constat que celui de l'Office fédéral de la justice, dans son avis de droit précité (note 23) de l'OFJ, du 15 juillet 1999, selon lequel une «*Abgabeerhebung kraft Sachzusammenhangs erscheint hingegen dann nicht von vorneherein als ausgeschlossen, wenn bei einer Abgabe ein stärkerer Zurechnungszusammenhang als bei den explizit in der Verfassung aufgeführten Steuern vorliegt, ...*»: on ne voit en effet pas ce qui différencierait, en l'occurrence, les impôts sur les boissons distillées et sur la bière, d'un côté, qui ont un fondement explicite, et une éventuelle taxe ou un impôt sur le vin. Dans le même sens, voir aussi la conclusion de l'avis de droit de HELEN KELLER et MATTHIAS HAUSER, *Rechtsgutachten über den verfassungsrechtlichen Rahmen einer Klimalenkungsabgabe des Bundes*, Zurich 2008: «*Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Bundesverfassung keinen ausdrücklichen Verfassungsvorbehalt für die Steuererhebung durch den Bund enthält. Dieser leitet sich vielmehr aus der Finanzordnung insgesamt und namentlich aus den in der Bundesverfassung enthaltenen Einzelermächtigungen zur Abgabenerhebung ab*».

IV. Synthèse et résumé des conclusions

25. En ce qui concerne la première des deux questions posées, à savoir celle de la compétence de régler la consommation d'alcool, il résulte de l'interprétation de l'article 118 de la Constitution selon les méthodes habituelles, ainsi que de l'examen de la doctrine et de la pratique des autorités fédérales, que la Confédération a, sur la base de l'article 118 al. 2 let. a, la compétence de réglementer la consommation et la «manière d'user» des boissons alcooliques, dans la mesure où une telle réglementation poursuit un but de protection de la santé publique et reste dans ce cadre.

La compétence de la Confédération pourrait même éventuellement se fonder aussi – comme c'est le cas aujourd'hui pour les stupéfiants et la fumée passive – sur la lettre b de l'article 118 al. 2 de la Constitution, soit sur la compétence de légiférer sur *«la lutte contre (...) les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain»*, à condition de pouvoir montrer que la consommation excessive d'alcool est propre à – et, vu son ampleur, susceptible de – provoquer des maladies graves pour l'être humain et d'entraîner des conséquences sanitaires néfastes pour la société.

26. S'agissant de la seconde question, la qualification définitive d'une éventuelle taxe incitative sur l'alcool en général dépendrait certes des modalités concrètes de conception et de mise en œuvre d'une telle taxe (notamment de l'affectation de son produit), modalités qui sont inconnues à ce stade. Il n'en demeure pas moins qu'il est probable, à notre avis, qu'une telle taxe incitative sur l'alcool en général doive, au vu de la jurisprudence, être qualifiée d'impôt, et non de contribution causale, ce qui aurait pour effet d'exiger, pour son introduction, un fondement constitutionnel explicite.

Cette conclusion est confirmée par un examen de l'économie générale du système constitutionnel d'imposition de l'alcool – ou, en d'autres termes, une interprétation systématique et historique des dispositions constitutionnelles pertinentes –, qui nous paraît également faire pencher la balance dans le sens de l'exigence d'un fondement explicite.

Une interprétation systématique, historique et logique des articles 105, 131 al. 1 let. b et c de la Constitution montre en effet que l'absence de base constitutionnelle explicite en matière d'imposition des boissons alcooliques issues (exclusivement) de la fermentation (autres que la bière) constitue une forme de silence qualifié du constituant, qui interdit à notre avis d'admettre un fondement implicite pour le prélèvement d'une nouvelle contribution publique, autre que celle qui existe déjà sur une base constitutionnelle explicite (pour la bière).

Autrement dit, la Confédération devrait bénéficier d'une base constitutionnelle explicite – et non d'une base constitutionnelle déduite implicitement de l'art. 118 al. 2 Cst. – pour instaurer une taxe incitative sur la vente de boissons alcooliques, incluant celle des boissons fermentées.

Neuchâtel, le 10 mars 2011

Pascal Mahon