



Vous êtes ici > [Accueil](#) > [Français](#) > [Les décisions](#) > [Accès par date](#) > [Décisions depuis 1959](#) > [1991](#) > [90-283 DC](#)

Saisine par 60 députés

Décision n° 90-283 DC du 08 janvier 1991

Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme

Saisine par 60 députés

SAISINE DEPUTES RECOURS DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LE TEXTE DE LA LOI RELATIVE À LA LUTTE CONTRE LE TABAGISME ET L'ALCOOLISME

Les députés soussignés prient le Conseil constitutionnel, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de bien vouloir déclarer non conformes à la Constitution plusieurs dispositions de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

Diverses dispositions contenues dans les articles 1er, 2 et 7 (cette numérotation correspond au texte adopté par le Sénat en lecture définitive de la loi) portent atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre : A : Ces principes sont méconnus en premier lieu en ce qui concerne les marques :

Le droit de propriété est garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Les articles 1er et 2 de la loi portant interdiction de la publicité directe et indirecte pour le tabac ainsi que l'article 7 limitant la publicité pour les boissons portent atteinte à ce droit constitutionnellement protégé.

L'étendue des dispositions en cause est telle en effet qu'elles aboutiront à limiter l'usage du droit de marque, qui constitue une propriété incorporelle d'après la loi du 31 décembre 1964 sur les marques et brevets.

La marque constituant également un élément de fonds de commerce fait partie de la propriété de l'entreprise qui l'exploite par fabrication ou par commercialisation.

Les dispositions contestées portent également atteinte à la liberté d'entreprendre qui est un principe général du droit.

B : La loi porte également atteinte à l'utilisation d'un nom patronymique pour les produits tirés du tabac et, dans une moindre mesure, pour les boissons alcoolisées :

L'interdiction absolue de publicité énoncée par l'article 1er de la loi pour le tabac et l'autorisation prévue à l'article 7 de ne mentionner que le nom du fabricant pour l'alcool portent atteinte au libre usage d'un nom patronymique, lorsque celui-ci a été attribué à une marque commerciale.

Empêcher totalement le recours à un nom patronymique dans le cas du tabac, le limiter de façon sévère dans le cas de l'alcool, revient à porter atteinte à la propriété des personnes qui ont donné leur nom à des produits visés par la loi. Cela est également dommageable à l'utilisation d'un nom de famille attribué à une marque de tabac ou d'alcool dans d'autres domaines commerciaux, ou à la dénomination d'uvres charitables ou de fondations.

Les limitations contestées portent atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

D'autres dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen permettent de penser également qu'il s'agit là d'une atteinte à un droit constitutionnellement protégé : l'article 1er établit que " les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune " et l'article 16 déclare que " toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée n'a point de Constitution ".

Le libre usage de son nom figure ainsi parmi les principes constitutionnellement protégés.

Pour les raisons susindiquées, les parlementaires soussignés prient votre Haute Assemblée de bien vouloir déclarer non conformes à la Constitution les dispositions des articles 1er, 2 et 7 de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

Argumentaire complétant la saisine du 13 décembre 1990 déposée par les députés dont la liste suit et tendant à faire annuler par le Conseil constitutionnel les articles 1er, 2 et 7 de la loi relative à la lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme telle qu'adoptée par le Parlement.

Les articles 1er, 2 et 7 de cette loi comportent une atteinte au droit de propriété des marques et à la liberté

d'entreprendre.

Les articles 2 et 3 de la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976, tels que modifiés par les articles 1er et 2 de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, interdisent toute propagande ou publicité non seulement aux marques supports d'un produit du tabac mais encore à toute marque support d'un produit ou service quelconque, dès lors qu'elle rappelle une marque de produit du tabac et que ce produit ou service est ou a été mis sur le marché par une entreprise ayant, par ailleurs, une activité dans le tabac (1).

D'autre part, les articles L 17 et L 17-1 nouveaux du code des débits de boisson tels que modifiés par les articles 7, IV et V de cette loi limitent de façon très restrictive les possibilités de propagande et de publicité des marques de produits et services autres que les boissons alcooliques qui rappellent une boisson alcoolique et qui ont été mises sur le marché par une entreprise ayant, par ailleurs, une activité dans le domaine des boissons alcooliques.

I : La marque constitue une propriété incorporelle qui relève de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme.

Les articles 1er, 2 et 7 mettent en cause le droit de propriété en ce qu'ils privent le propriétaire d'une marque du droit de l'utiliser.

Les marques de fabrique, de commerce ou de service sont régies par la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964.

L'article 1er les identifie sous différentes formes allant des noms jusqu'aux dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises " et, en général, tous signes matériels servant à distinguer les produits, objets ou services d'une entreprise quelconque ".

G Ripert et R Roblot (Traité de droit commercial, tome 1, 12e édition, 1986, n° 512) soulignent (n° 517) que " la loi reconnaît la propriété des marques régulièrement déposées. Ce droit est considéré comme absolu ".

A Chavanne (répertoire Dalloz de droit commercial, V° Marques de fabrique, de commerce ou de service), précise (n° 2) que " la marque se situe ainsi dans les droits de propriété industrielle ". Il ajoute (n° 24) : " Parmi les biens qui composent le patrimoine, la marque est un meuble, puisque, en droit français, tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Il s'agit toutefois d'un meuble un peu particulier. C'est un meuble incorporel qui constitue pour son titulaire une richesse consistant à être le seul à pouvoir utiliser un signe de nature à rallier une clientèle autour d'un produit ou d'un service. "

(Dans le même sens, notamment Ph. Malaurie, Droit civil. Les Biens 1990, n° 213)

Comme objets du droit de propriété, les marques de fabrique, de commerce et de service relèvent de la protection constitutionnelle du droit de propriété, résultant de l'article 17 de la déclaration de 1789 :

" La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'impose évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. "

Certes, lorsque la Constituante a formulé ce principe en 1789, elle pensait essentiellement à la propriété immobilière. Mais l'article 17 ne se limite pas à celle-ci.

Dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations (Rec. 178 ; AJDA 1982209 note J Rivero ; D 1983, note L Hamon ; JCP 1982II 19788, note Nguyen Quo Vinh et C Frank ; RA 1982153, note M de Villiers ; RDP 1982377, note L Favoreu), le Conseil constitutionnel ne s'est pas limité à reconnaître au droit de propriété une valeur constitutionnelle ; en faisant référence à la " notable extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ", il a souligné que le droit de propriété, ainsi constitutionnellement protégé, couvre non seulement la propriété immobilière, mais d'autres aspects de la propriété : la propriété mobilière autant que la propriété immobilière, la propriété incorporelle autant que la propriété corporelle.

Dès lors le droit de propriété incorporelle sur les marques relève de l'article 17 de la déclaration de 1789.

Dans les faits les choses sont claires d'ailleurs : la marque est un élément constitutif du fonds de commerce (VA Mathely, Le Droit français des signes distinctifs, Lib. journ. not, 1984 ; C Colombet, Le Nom et les propriétés incorporelles, D, 1989, Chro.

p 31).

Elle a une valeur patrimoniale qui fait l'objet d'une évaluation lors des transactions portant sur la cession du fonds de commerce ou, plus simplement, sur la concession de l'usage de la marque.

Dans certains pays (USA notamment) sa valeur figure au bilan.

La marque a pour fonction de distinguer " les produits ou les services d'une entreprise et d'attirer la clientèle " (G Ripert et R Roblot, Traité de droit commercial, tome 1, 12e éd, 1986, n° 512).

On rappellera, de plus, que l'une des finalités de la marque est d'informer le consommateur et que la publicité est évidemment l'un de ces moyens d'information.

C'est la conception retenue, par exemple, par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 3 juillet 1974, Van Zuilen frères c/Hag AG, aff. 192/73, Rec. vol. XX, p 731 ; 31 octobre 1974, Soc. Centrafarm, aff. 15/74, Rec. vol. XX, p 1147 ; surtout, 22 juin 1976, Soc. Terrapin [Overseas] Ltd c/Soc. Terranova Industrie CA Kapeerer and Co, aff. 119/75, Rec. vol. XXII, p 1039, et enfin, tout récemment, l'arrêt du 7 mars 1980, aff. 32688).

Ainsi l'information du consommateur, par la publicité particulièrement, est contenue dans l'usage de la marque.

II. : La loi porte atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre.

L'interdiction absolue de toute propagande et publicité instituée par la loi dans ses articles 1er et 2 ainsi que la limitation de publicité introduite par l'article 7 posent un problème de constitutionnalité au regard du droit de propriété et de liberté d'entreprendre, constitutionnellement protégés.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a souligné à la fois le caractère fondamental du droit de propriété et a précisé les conditions d'exercice de ce droit.

Tout d'abord, le conseil a rappelé dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation (Rec. décisions du Conseil constitutionnel, 1982, p 18 ; L Favoreu et L Philip, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, 5e éd, Sirey, 1985, p 462 et s, dénommé ci-après GDCC), le caractère fondamental du droit de propriété tout en liant ce droit à la notion de liberté d'entreprendre.

Certes, le conseil a rappelé à plusieurs reprises que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre peuvent subir des limitations.

Mais celles-ci sont étroitement enserrées par des conditions strictement posées par le Conseil constitutionnel.

D'une part, les restrictions à l'exercice du droit de propriété ne doivent pas être " arbitraires ou abusives " (C const. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, 16e Cons. précitée supra).

D'autre part, toute limitation qui s'accompagnerait d'une " privation du droit de propriété ou d'une interdiction de ses autres modes d'exercice " est inconstitutionnelle (C const. n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Entreprises de presse, 54e Cons, R 86 ; n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, Loi relative à l'aménagement foncier, 13e Cons, R 52, a contrario), tout comme celles qui aboutiraient à une " dépossession " (C const. n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, " Amendement tour Eiffel ", 15e Cons, R 81).

Plus précisément, ces limitations ne doivent pas avoir un caractère de gravité tel que l'atteinte portée du droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre dénature le sens et la portée de ce droit ou de cette liberté.

Ainsi s'est prononcé le Conseil constitutionnel à propos de la liberté d'entreprendre (v décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Modalités d'application des privatisations, Considérant précité supra).

En ce qui concerne le droit de propriété, le conseil a utilisé à plusieurs reprises ces notions de gravité et de dénaturation du sens et de la portée du droit de propriété. Ainsi, à propos de dispositions législatives instituant un régime d'autorisation préalable ayant une incidence sur l'exercice du droit de propriété ou sur ses attributs. (- C const. n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, R 58, Structures agricoles et statut du fermage, limitations à l'exercice du droit de propriété du fait d'un régime d'autorisation préalable applicable aux opérations d'installation, d'agrandissement ou de réunion, d'exploitations agricoles, 3e Cons, R 59. - C const. n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, R 49, Principes d'aménagement foncier).

Lorsque la limitation instituée par le législateur a un caractère de gravité tel que l'atteinte portée au droit de propriété en dénature le sens et la portée, c'est-à-dire l'exercice, cette limitation est contraire à la Constitution. Elle constitue alors une véritable expropriation qui doit nécessairement obéir aux conditions prévues par l'article 17 de la déclaration de 1789.

C'est bien le cas des interdictions absolues édictées par les articles 1er et 2 ainsi que des interdictions partielles prévues à l'article 7.

III. : Des atteintes qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection de la santé.

Il est vrai qu'en prenant des dispositions relatives à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme le législateur entend protéger la santé publique. Or le Conseil constitutionnel a expressément reconnu que " la protection de la santé a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle " (CC n° 80117 DC, 22 juillet 1980, Rec. 42 ; Droit social 1980441, note Turpin, RDP 19801652, note Favoreu). Le principe est d'ailleurs inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946 (11e alinéa).

Il s'agit donc ici de rechercher quelle conciliation peut être opérée entre la protection de la santé, qui peut correspondre à l'un des objectifs de la loi, avec d'autres droits et libertés de caractère fondamental et constitutionnel que sont le droit de propriété et la liberté d'entreprendre (voir en ce sens, G Vedel, la place de la déclaration de 1789

dans le " bloc de constitutionnalité " in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, p 61). Le Conseil constitutionnel a lui-même été rappelé à opérer cette " conciliation " entre des principes constitutionnels dans sa décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Protection et contrôle des matières nucléaires.

Or, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de s'interroger sur la conciliation qui devait être faite entre les principes constitutionnels tirés du préambule de la Constitution de 1946 et ceux énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Dans sa décision du 16 janvier 1982, relative aux nationalisations, il a fait explicitement référence à ces textes pour les mettre en balance et a bien marqué que le préambule de la Constitution de 1946 avait un caractère complémentaire par rapport aux principes de 1789, rappelant précisément le caractère fondamental (au sens de principe fondateur) du droit de propriété et en faisant référence au principe de liberté posé dans sa généralité dans l'article 4 de la déclaration de 1789.

Cette conception est confirmée par l'analyse de cette décision faite par la doctrine la plus éminente (v L Favoreu et L Philip, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, précité, p 487).

Cela étant rappelé, il convient d'examiner si, en l'espèce, les atteintes portées au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre vont ou ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection de la santé poursuivis par la loi.

On distinguera plusieurs cas : Article 1er

Interdiction absolue de propagande ou publicité concernant le tabac.

L'interdiction absolue de toute publicité, la gravité et l'importance des sanctions pénales en cas de violation de cette interdiction, a un caractère de gravité qui dénature le sens et la portée du droit de propriété dans la mesure où cette interdiction ne permet plus d'exploiter normalement une marque élément du droit de propriété et support d'un produit licite et librement accessible au consommateur.

Il s'agit en fait d'une véritable expropriation impliquant, à tout le moins, un droit à l'indemnisation. L'expropriation consiste à porter atteinte à l'un des éléments constitutifs (c'est-à-dire qui doit toucher un élément substantiel de ce droit et non simplement en limiter l'exercice) du droit de propriété et transférer cet élément à l'Etat.

C'est bien le cas, en l'espèce, puisque la loi prévoit que l'Etat, en interdisant de façon absolue la publicité, récupère cet élément du droit de propriété en le confisquant, en l'annihilant, en le neutralisant immédiatement par une disposition législative qui en interdit l'exercice.

On est donc en présence d'une interdiction d'un des modes d'exercice des droits de propriété, ce qui est inconstitutionnel, selon la décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Entreprises de presse (55e Cons. R 78, précité supra).

La portée de la liberté d'entreprendre se trouve dénaturée puisque toute possibilité d'imposer ou de défendre la marque face aux marques concurrentes se trouve atteinte gravement par une interdiction absolue. La liberté d'entreprendre consiste ici dans le fait de pouvoir soumettre les produits du tabac aux lois du marché et de la concurrence qui supposent, en substance, une information du consommateur et une possibilité de diffusion des produits. La liberté d'entreprendre subit donc ici une restriction arbitraire et abusive, pour reprendre les termes mêmes de la décision précitée du Conseil constitutionnel relative aux nationalisations.

Article 2

Interdiction absolue de propagande et de publicité aux produits ou services autres que le tabac portant une marque qui rappelle un produit du tabac dès lors qu'elle est mise sur le marché par une entreprise qui " fabrique, importe ou commercialise du tabac ou un produit du tabac ".

Les buts de santé publique étant, ici, plus lointains, l'importance du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre s'élève alors que l'objectif de santé publique diminue.

Certes, le législateur a voulu éviter les détournements de publicité et empêcher que la publicité en faveur d'un produit ou service autre que le tabac rappelle même l'existence de ce produit (sa publicité étant interdite il ne saurait rappeler cette dernière).

Il n'en reste pas moins que certaines entreprises, bénéficiaires d'une marque ou tout autre signe distinctif connus à propos du tabac, ont pu et peuvent légitimement exercer d'autres activités dans d'autres domaines : maroquinerie, produits de luxe, bijoux, thés, cafés.

D'autre part, interdire le recours à la publicité pour tout produit nouveau susceptible d'être mis sur le marché dès lors qu'il utilise la marque d'un produit du tabac, c'est priver ce produit des moyens de s'imposer face aux concurrents, et

l'entreprise du développement normal des marques qui forment son fonds de commerce.

En leur interdisant d'utiliser leurs marques, non seulement pour la publicité en faveur du tabac, mais pour toute activité ou tout produit autre que le tabac, le législateur prive ces entreprises de ce qui est l'attribut essentiel de la marque : se faire connaître de la clientèle.

L'importance de cette limitation fait apparaître que ce n'est plus seulement l'exercice du droit de propriété qui est réglementé mais son existence qui est remise en cause : au-delà de ce qui est nécessaire pour satisfaire l'objectif de protection de la santé que poursuit le législateur.

Article 7

Limitation de la propagande et de la publicité en faveur des boissons alcoolisées.

Des possibilités de publicité subsisteront, même limitées. Toute liberté d'entreprendre n'est donc pas supprimée. De même, l'atteinte à l'exercice du droit de propriété, indéniable, ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis par la loi.

Article 7

Limitation de la propagande et de la publicité en faveur de tout produit ou service autre que les boissons alcooliques qui rappelle une boisson alcoolique dès lors qu'elles sont mises sur le marché par une entreprise qui " fabrique, importe ou commercialise une boisson alcoolique ".

Les limitations apportées au droit de la propriété et à la liberté d'entreprendre sont importantes et apparaissent ici très excessives au regard des objectifs de protection de la santé poursuivis par la loi, s'agissant d'objets ou d'activités autres que les boissons alcooliques.

Les entreprises qui peuvent légitimement exercer leurs activités dans d'autres domaines que les boissons alcooliques sont privées de la possibilité d'utiliser normalement le renom qu'elles ont acquis pour entreprendre d'autres activités sous les mêmes signes, marque et dénomination.

Elles sont privées des moyens du développement normal de leurs marques, ce qui ne manquera pas d'affecter la valeur de leur fonds de commerce.

Ces considérations touchant les marques et les personnes morales, sont, bien entendu, également valables concernant les noms patronymiques et les droits des personnes physiques.

(1) Une exception, très limitée, permet l'apposition d'affichettes à l'intérieur des débits de tabac si elles ne sont pas visibles de l'extérieur.

MÉMOIRE AMPLIATIF À LA SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL CONTRE LA LOI RELATIVE À LA LUTTE CONTRE LE TABAGISME ET L'ALCOOLISME ADOPTÉE LE 11 DÉCEMBRE 1990

En application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution du 4 octobre 1958, des parlementaires ont saisi le Conseil constitutionnel aux fins de faire déclarer non conformes à la Constitution plusieurs dispositions de la loi adoptée par l'Assemblée nationale le 11 décembre 1990, texte intitulé " Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme ". Il est apparu nécessaire de développer, par le présent mémoire, les moyens articulés dans le recours sommaire. Cette loi est contraire à la Constitution, car elle porte atteinte au principe d'égalité devant la loi (I), elle méconnaît l'exercice de sa propre compétence par le législateur (II) et elle viole le principe d'égalité devant les charges publiques (III).

I : La contrariété du projet de loi au principe d'égalité devant la loi.

11 Le principe d'égalité devant la loi a été maintes fois réaffirmé par le Conseil constitutionnel, qui a censuré des dispositions législatives, comme contraires au principe d'égalité, notamment à propos de la taxation d'office de certains contribuables (décision n° 73-51 du 27 décembre 1973, Rec. p 25), à propos de la désignation des membres des conseils de prud'hommes (décision n° 78-101 du 17 janvier 1979, Rec. p 23), à propos de la soustraction des banques du secteur coopératif ou mutualiste du champ d'application des nationalisations (décision du 16 janvier 1982) et, enfin, à propos de l'attribution aux agriculteurs d'une majorité au sein des conseils d'administration des caisses régionales de crédit agricole (décision n° 87-232 du 7 janvier 1988).

Ce principe est issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 selon lequel " la loi devrait être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ", et est rappelé par l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui dispose que " La République assure l'égalité devant la loi ".

Selon la formule retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 janvier 1988, " le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en

rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ".

12 La différence de traitement doit être justifiée par une différence de situation et être directement liée à cette différence.

La loi attaquée a pour effet de rompre l'égalité entre les supports (presse, radio, affichage, etc). En effet, certaines publications, certaines radios seulement, auront le droit de faire de la publicité pour l'alcool et l'affichage ne sera admis que dans certains cas. Or, la différence de traitement imposée par la loi aux médias n'est pas justifiée par une différence de situation, contrairement aux exigences du principe d'égalité.

Le principe d'égalité a été formulé d'une manière générale dans une décision n° 79-101 du 17 janvier 1979 du Conseil constitutionnel : " Si le principe d'égalité devant la loi ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant devant des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation. " Dans cette espèce, le Conseil constitutionnel avait considéré que : " S'agissant de la désignation de membres d'une juridiction, la circonstance que des électeurs emploient un nombre de salariés plus importants que d'autres ne justifie pas que leur soit attribué un droit de vote plural ; en effet, cette différenciation n'est pas compatible avec la finalité d'une opération qui a pour seul objet la désignation des membres d'une juridiction, et est dépourvue de tous les liens avec les considérations qui doivent présider à cette désignation.

" Dès lors, l'attribution de voix supplémentaires à des électeurs employeurs en fonction du nombre de salariés qu'ils occupent est contraire au principe d'égalité devant la loi, ainsi qu'à la règle de l'égalité du suffrage ; par suite, les décisions dont il s'agit ne sont pas conformes à la Constitution. " Dans sa décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations, le Conseil constitutionnel a réaffirmé le principe posé en 1979 et a déclaré inconstitutionnelle une exclusion du champ d'application des nationalisations, qui concernait les banques ou établissements financiers contrôlés par des sociétés à caractère mutualiste ou coopératif, en considérant que : " La dérogation portée au profit des banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des sociétés de caractère mutualiste ou coopératif méconnaît le principe d'égalité ; qu'en effet, elle ne se justifie ni par des caractères spécifiques de leurs statuts, ni par la nature de leur activité, ni par des difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier le but d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre. " Une différence de traitement doit donc être justifiée par une différence de situation.

Le Conseil constitutionnel contrôle la proportionnalité de la différence de traitement au regard de la différence de situation (décision du 7 janvier 1987 n° 87-232).

Le Conseil constitutionnel, dans cette espèce, a en effet considéré que : " La situation en présence ne saurait justifier que la représentation des sociétaires autres que les membres des groupements visés au 1 à 7 de l'article 617 du code rural soit en tout état de cause minoritaire, quelle que soit la proportion de ces sociétaires ; que par le caractère général et absolu de ces dispositions, l'article 15 de la loi, en l'état, apporte au principe d'égalité une atteinte qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour faire droit à la situation particulière de certaines catégories de sociétaires, au maintien d'avantages spécifiques au profit des activités agricoles et à la préservation de la vocation du Crédit agricole. " 13 La discrimination entre médias est inconstitutionnelle.

La fin de la loi n'est pas critiquable en soi. On admet bien évidemment qu'il faut éviter que les jeunes n'aient recours à l'alcool. Mais, pour arriver à ce but, il convient de ne pas brimer tel ou tel média, dès lors que les différences de traitement ne correspondent pas à des situations objectivement différentes.

Le Conseil constitutionnel a clairement posé les conditions exigées pour qu'une discrimination puisse être légitimement introduite par le législateur. Cette discrimination a été admise lorsque les médias ne sont pas dans la même situation (n° 81-129 des 30 et 31 octobre 1981). Ainsi, l'interdiction faite aux associations de faire de la publicité n'est pas la même que les chaînes du service public ou que les périphériques qui émettent depuis l'étranger. La discrimination est également admise lorsque l'autorisation délivrée à des médias n'est pas de la même nature que celle délivrée à d'autres médias (DC 27 juillet 1992) qui distinguent, d'une part, les associations et, d'autre part, les sociétés assurant des services de radio à modulation de fréquence.

Or, aujourd'hui, les deux conditions précitées se sont estompées, sinon effacées : dans l'audiovisuel, à part la concession de service public de Canal Plus qui demeure un vestige du passé, le régime pour tous les médias est celui de la convention assortie d'une autorisation ;

: entre l'audiovisuel et la presse écrite et les autres supports, les différences sont effacées : responsabilité éditoriale identique, contrôle à posteriori de la publicité, etc. ;

: les discriminations fondées sur le public visé tiennent aux bonnes mœurs et à l'ordre public (interdiction de films, interdiction de vente de la presse aux mineurs), mais pas au mode de financement. Le seul cas de discrimination financière est celui de la télévision cryptée par rapport à la télévision en clair.

Il ressort de cette évolution que toute discrimination entre les supports de la communication publicitaire serait inconstitutionnelle.

14 La différence de traitement au détriment de certains médias n'a aucun fondement objectif.

La loi attaquée, dans son article 7, pénalise spécifiquement l'affichage et certaines catégories de radios au motif qu'il ciblerait plus les jeunes que les autres médias.

141 Traiter différemment l'affichage sous prétexte qu'il toucherait plus les jeunes est contraire à la vérité statistique.

La note technique sur les audiences réalisée à partir des chiffres officiels du CESP (en annexe) indique clairement que la presse magazine dite pour les adultes de même que la radio ont une pénétration extrêmement importante chez les jeunes : 98 p 100 des jeunes de quinze à vingt-quatre ans lisent au moins un magazine, 76 p 100 des jeunes de quinze à vingt ans écoutent la radio dans la journée. La pénétration de l'affichage, qui se situe dans le même ordre de grandeur, ne justifie en aucune manière un traitement différent.

Pour respecter cette logique des audiences, les différents médias ont proposé de limiter l'interdiction de la publicité à certaines zones ou plages horaires les plus sensibles pour la jeunesse. Cet amendement dit de non discrimination entre les médias, adopté par le Sénat, n'a pas été retenu dans la version définitive.

Rappelons en outre que l'affichage est considéré comme un moyen de communication, protégé par la loi ; son utilisation ne pourrait être interdite à certaines catégories de produits dont la vente est libre que pour des raisons objectivement fondées.

142 Considérer qu'il y a, d'un côté, les médias d'information, (presse, radio, etc) qui bénéficieraient d'un traitement de faveur et, de l'autre, les médias de nature commerciale qui seraient seuls frappés est abusivement discriminatoire.

Il n'y a aucune raison de traiter différemment la publicité extérieure qui, elle aussi, joue un rôle déterminant pour l'information de l'individu consommateur, notamment sur le plan local, non seulement dans le domaine commercial, mais aussi en matière sociale, culturelle et politique, L'individu, à la fois, citoyen et consommateur, a besoin d'informations générales mais aussi d'informations locales.

143 Etablir une discrimination entre les radios selon qu'elles sont diffusées en modulation de fréquence (FM) ou sur les ondes longues (périphériques) sous le prétexte que les radios locales en FM toucheraient le public des jeunes est inconstitutionnel. En effet, la frontière supposée entre les radios, en raison de leur support de diffusion, est totalement artificielle puisque les radios périphériques et France Inter sont diffusées non seulement en ondes longues mais également en modulation de fréquence.

D'autre part, les programmes diffusés sur les radios FM sont de nature très différente et ciblent tantôt des adultes (Radio Classique, Radio Nostalgie), tantôt des jeunes (Skyrock, Fun), tantôt tous les publics.

II. : La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence est contraire à la Constitution

La loi attaquée interdit la publicité pour l'alcool par affichage extérieur sauf dans les zones de production. Cette exception correspondrait au besoin d'information locale de la viticulture.

Exprimée en des termes aussi généraux, la loi laisse une marge d'appréciation excessive au Gouvernement dans l'exercice de son pouvoir réglementaire et elle s'analyse en une méconnaissance de sa propre compétence par le législateur.

Les principes en cause sont celui de la liberté du commerce et de l'industrie et celui de la communication. Il appartient au législateur, aux termes de l'article 34 de la Constitution de fixer les règles relatives à ces matières. Il ne revient au pouvoir réglementaire qu'une stricte compétence d'exécution de la loi, qu'un pouvoir résiduel.

MM Louis Favoreu et Loïc Philip, dans Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel (1) ont bien souligné dans quel cadre la législature doit exercer ses compétences.

Mais comment, alors, déterminer ces règles qui doivent entrer dans le domaine de la loi ? La décision du 27 novembre 1959 sur la RATP fournit sinon le critère du moins la méthode permettant de faire le partage des compétences. Méthode d'interprétation que A de Laubadère présente très clairement ainsi : " Lorsque l'article 34 réserve à la loi soit les " règles " d'une matière, soit les " principes fondamentaux ", cela ne signifie pas nécessairement que toute disposition touchant à ces règles ou à ces principes fondamentaux ait un caractère législatif. Seules possèdent cette nature les dispositions qui, par l'importance de leurs incidences, ont un " caractère déterminant " à l'égard de la règle ou du principe intéressé, non celles qui ne concernent que leur " mise en œuvre " ou

leurs " modalités d'application " "

Quand les dispositions, par l'importance de leurs incidences, ont-elles un caractère déterminant ? C'est, comme le dit très exactement la décision du 27 novembre, une question d'espèce. Cela dépend des circonstances. Mais le rapprochement des précédents permet de faire quelques observations : le principe de la présence de représentants des collectivités locales est du domaine de la loi, mais non la fixation de leur nombre (décision RATP) ; le principe du recrutement au concours (pour des fonctionnaires) est du domaine de la loi, mais non les conditions d'admission. En matière de contrôle des organismes sociaux, les mécanismes de base de la tutelle relèvent de la loi, mais le choix de l'autorité compétente du domaine réglementaire (décision 139 L du 8 août 1985). Ceci n'est pas sans importance lorsque cela conduit à substituer la tutelle de la DRASS à celle du commissaire de la République (cf Dupeyroux, Le Monde, 11 janvier 1986).

MM Louis Favoreu et Loïc Philip poursuivent : " En fait, cela revient à peu près à l'opposition " mise en cause-mise en uvre " : les dispositions qui mettent en cause les règles sont du domaine de la loi et celles qui mettent en uvre du domaine du règlement. Ainsi, dans l'organisation de tribunaux pour enfants ; les dispositions relatives au mode de désignation des personnes appelées à siéger en qualité d'assesseurs et à la durée de leurs fonctions, par l'importance de leurs incidences, ont un caractère déterminant à l'égard de la règle qui est celle de l'indépendance des assesseurs.

En d'autres termes, elles " mettent en cause " la règle : donc elles relèvent du législateur. "

En l'espèce, que signifie l'expression " zone de production " ? De sa définition dépend pour le viticulteur, et plus généralement pour le producteur d'une boisson alcoolisée, la liberté de communiquer, de faire connaître son produit. Certains y auront accès, d'autres en seront exclus, de la même manière que certains candidats sont admis à concourir et que d'autres en sont écartés. Il revient nécessairement au législateur d'en définir la portée et les limites. L'expression " zone de production " est donc très large et il n'appartient pas non plus au pouvoir réglementaire d'en définir le contenu.

Qu'est-ce qu'une zone ? On songe tout de suite aux crus classés ou à ceux de moindre renommée. Mais où s'arrête géographiquement une zone et jusqu'à quel point une production ne mérite-t-elle pas d'être signalée par un affichage ?

Que faut-il entendre par production ? S'agit-il du lieu d'exploitation de la matière première ou du lieu de fabrication du produit ? Dès lors qu'il y aura production d'une boisson alcoolisée, la dérogation sera-t-elle accordée à cette seule boisson alcoolisée ou à toutes les boissons alcoolisées ?

On voit bien que la liberté d'entreprendre et de communiquer sera mise en cause dans des conditions extraordinairement variables selon les décisions qui seront prises par le pouvoir réglementaire. C'est donc au législateur qu'il appartient de fixer les règles générales en imposant les restrictions envisagées, ce qu'il n'a pas fait dans la loi attaquée.

La même analyse peut être transposée en ce qui concerne les radios, le législateur ne pouvant se borner à confier au pouvoir réglementaire la compétence d'établir les distinctions entre catégories de radios.

III. : La contrariété du projet de loi au principe d'égalité devant les charges publiques

Si, par impossible, le Conseil constitutionnel considérait que la loi, en imposant une discrimination au détriment de l'affichage, ne provoquait pas une rupture de l'égalité devant la loi, force serait alors d'admettre qu'il y aurait violation du principe d'égalité devant les charges publiques.

La décision n° 200 DC du 16 janvier 1986 relative au cumul emploi-retraite peut être transposée au cas d'espèce. Dans cette affaire, le conseil a déclaré inconstitutionnelle l'augmentation du taux de la contribution de solidarité instituée dans le but de limiter les possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité. Le conseil se réfère à l'article 13 de la déclaration de 1789 (et non au préambule de la Constitution de 1946 qui " proclame la solidarité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ") et au principe de l'égalité devant les charges publiques entre tous les citoyens. Il déclare que " si le principe n'interdit pas au législateur de mettre à la charge d'une ou plusieurs catégories socioprofessionnelles déterminées une certaine aide à une ou plusieurs autres catégories socioprofessionnelles, il s'oppose à une rupture caractérisée du principe de l'égalité devant les charges publiques entre tous les citoyens ".

Cette décision distingue nettement le principe d'égalité devant la loi du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, le Conseil constitutionnel rappelle que si le principe d'égalité interdit qu'à des situations semblables soient appliquées des règles différentes, il ne fait nullement obstacle à ce que, en fonction des objectifs



poursuivis, à des situations différentes soient appliquées des règles différentes. Et il fait valoir, d'une part, que la loi n'établit aucune discrimination en soumettant à une condition d'âge identique tous les cumuls d'activité et de pension auxquels s'applique la contribution de solidarité, d'autre part, que les règles différentes qui s'appliquent aux pensions et revenus des salariés et des non-salariés s'appliquent à des situations de nature différente. Il n'y a donc pas violation du principe d'égalité. En revanche, il y a rupture de l'égalité devant des charges publiques entre tous les citoyens dans la mesure où, s'agissant d'une imposition, la différence de régime, bien que visant des catégories différentes, est exagérée.

Dans la décision n° 237 DC du 30 décembre 1987, le Conseil constitutionnel a précisé que les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques s'appliquent aussi bien dans le cas où la loi prévoit l'octroi de prestations que dans les cas où elle impose des sujétions.

S'agissant du projet de loi relatif à la lutte contre l'alcoolisme, le législateur impose aux entreprises d'affichage des sujétions proportionnellement plus lourdes qu'aux autres médias dans la lutte contre l'alcoolisme chez les jeunes. Il y a donc méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques.

En définitive, le but à atteindre est que les jeunes ne soient pas incités à consommer de l'alcool. Pour parvenir à cette fin, le législateur procède par interdictions vagues et aux contours incertains. En procédant de cette manière, il s'efforce de ne pas " rater sa cible " en se montrant arbitraire.

Or la légitimité incontestable du but aurait, au contraire de ce qu'a fait la loi, nécessité des moyens précis et très exactement déterminés. A titre d'illustration, le Conseil constitutionnel a considéré que, dans le but de lutter contre la fraude fiscale, la loi de finances pouvait prévoir que tout règlement d'une facture d'un montant supérieur à 10 000 F, effectué par un particulier non commerçant, en paiement d'un bien ou d'un service, devait être opéré par chèque. On voit là le degré de précision et de proportionnalité qu'on exige de la part du législateur. Tel n'est évidemment pas le cas dans la présente loi.

(1) Voir 5e édition, 1989, page 65.