

VD_OMNI CCST.2023.0002 vom 4. Juni 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-06-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_CCST.2023.0002

FR: VD_OMNI CCST.2023.0002 du 4 juin 2024

IT: VD_OMNI CCST.2023.0002 del 4 giugno 2024

Regeste

BUSSLINGER, DUVOISIN, KREBS, MIAUTON, MONTANDON-LA-LONGE MOSER, RAU, REYMOND/CONSEIL D'ETAT, Comité d'initiative, SOMSKY, SARRASIN, BERTONCINI, CURNIER, DUCREY, MONNIER, OTZ, OZKAYA | Annulation de la décision du Conseil d'Etat validant l'initiative populaire, rédigée de toutes pièces, "Pour une taxe progressive sur les dépenses publicitaires indécentes". La contribution prévue par l'initiative doit être qualifiée d'impôt d'orientation (c.4). Elle restreint la liberté économique des acteurs du marché publicitaire (c.5c/bb) sans respecter le principe de proportionnalité, notamment car elle n'est pas apte à atteindre l'objectif environnemental et de santé publique visé (c.5c/cc). De plus, l'initiative apparaît inexécutable sur le plan transfrontalier, tant pour des motifs techniques qu'en raison des compétences limitées des cantons dans divers domaines, tels que la radio et la télévision par exemple (c.6), ce qui générerait des inégalités de traitement (c.7). Absence de frais dans le cadre du contentieux en matière d'exercice des droits politiques (c.8). Recours au TF pendant (1C_413/2024).

Erwägungen

E. 1

La Cour constitutionnelle examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. Conformément aux art. 80 al. 2 Cst-VD ainsi que 182 al. 2 et 188 al. 1 de la loi vaudoise du 5 octobre 2021 sur l'exercice des droits politiques (LEDP; BLV 160.01), la Cour constitutionnelle connaît, en dernière instance cantonale, des recours dirigés contre les décisions du Conseil d'Etat relatives à la validité d'une initiative cantonale, comme en l'occurrence la décision attaquée. Interjeté dans le délai légal de vingt jours (art. 190 LEDP) par des membres du corps électoral qui ont la qualité pour recourir (art. 189 al. 1 LEDP), le recours, qui respecte les autres conditions de forme imposées (art. 191 LEDP), est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

a) Aux termes de l'art. 78 Cst-VD, l'initiative populaire peut avoir pour objet la révision totale ou partielle de la Constitution (let. a); l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi (let. b); l'ouverture de négociations en vue de la conclusion ou de la révision ainsi que la dénonciation d'un traité international ou d'un concordat, lorsqu'il est sujet au référendum facultatif ou soumis au référendum obligatoire (let. c); l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un décret du Grand Conseil sujet au référendum facultatif (let. d). L'initiative populaire peut se présenter sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou, sauf si elle vise la révision totale de la Constitution, sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 79 al. 1 Cst-VD). Elle aboutit si elle a recueilli, dans un délai de quatre mois, 12'000 signatures ou 18'000 si elle vise la révision totale de la Constitution (art. 79 al. 2 Cst-VD). b) Conformément à l'art. 80 al. 1 Cst-VD, avant d'autoriser la récolte de

signatures, le Conseil d'Etat valide les initiatives; il constate la nullité de celles qui sont contraires au droit supérieur (let. a) ou qui violent l'unité de rang, de forme ou de matière (let. b). C'est également ce que prévoit l'art. 113 al. 1 let. a et b LEDP, qui ajoute que le Conseil d'Etat statue à bref délai et de manière motivée sur la question. Si le service en charge de l'instruction du dossier pour le Conseil d'Etat estime qu'il existe des motifs de nullité, il en informe le comité ou le parti à l'origine de l'initiative et lui impartit un délai pour se déterminer (al. 2). L'art. 113 LEDP précise encore que l'unité de la matière est respectée lorsqu'il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties de l'initiative (al. 3); que l'unité de la forme est respectée lorsque l'initiative est déposée exclusivement sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou exclusivement sous celle d'un projet rédigé de toutes pièces (al. 4); et que l'unité de rang est respectée lorsque l'initiative contient des propositions relevant d'une seule catégorie d'actes pour lesquels l'initiative est autorisée (al. 5). c) Les trois conditions de validité d'une initiative populaire cantonale sont l'unité du genre, l'unité de la matière et la conformité au droit supérieur (cf. art. 80 al. 1 Cst-VD); s'y ajoutent, déduites de la liberté de vote garantie par les art. 34 al. 2 Cst., l'exigence de clarté du texte de l'initiative et celle de son exécutabilité (ATF 133 I 110 consid. 8; TF 1C_608/2022 du 17 août 2023 consid. 2.2; TF 1C_638/2021 du 16 novembre 2022 consid. 2, non publié in ATF 149 I 33). Pour examiner la validité matérielle d'une initiative, la première règle d'interprétation est de prendre pour point de départ le texte de l'initiative, qu'il faut interpréter selon sa lettre. Bien que l'interprétation repose en principe sur le libellé, une référence à la motivation de l'initiative et aux prises de position de ses auteurs n'est pas exclue si elle est indispensable à sa compréhension. La volonté des auteurs doit être prise en compte, à tout le moins, dans la mesure où elle délimite le cadre de l'interprétation du texte et du sens que les signataires ont pu raisonnablement lui attribuer (ATF 147 I 183 consid. 6.2; 143 I 129 consid. 2.2; TF 1C_391/2022 du 3 mai 2023 consid. 3.3, destiné à la publication). Au surplus, une disposition ne doit pas être analysée séparément, mais comme la partie d'un tout; cette interprétation systématique doit examiner non seulement l'emplacement formel de la disposition, mais également la cohérence matérielle des différentes dispositions (cf. ATF 147 I 183 consid. 8.1; 111 Ia 292 consid. 3d; TF 1C_608/2022 du 17 août 2023 consid. 2.2; TF 1C_529/2015 du 5 avril 2016 consid. 4.7.3; cf. aussi Camilla Jacquemoud, *Les initiants et leur volonté*, thèse Fribourg 2022, p. 196 s. et Bénédicte Tornay, *La démocratie directe saisie par le juge*, thèse Genève 2008, p. 67 ss). Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, elle doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit ainsi permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité. Tel est le sens de l'adage " *in dubio pro populo* ", selon lequel un texte n'ayant pas un sens univoque doit être interprété de manière à favoriser l'expression du vote populaire. Cela découle également du principe de la proportionnalité (art. 34 et 36 al. 2 et 3 Cst.), selon lequel une intervention étatique doit porter l'atteinte la plus restreinte possible aux droits des citoyens. Les décisions d'invalidation doivent autant que possible être limitées, en retenant la solution la plus favorable aux initiants (cf. ATF 147 I 183 consid. 6.2; 143 I 129 consid. 2.2). Cela étant, la marge d'appréciation de l'autorité de contrôle est évidemment plus grande lorsqu'elle examine une initiative non formulée que lorsqu'elle se trouve en présence d'une initiative rédigée de toutes pièces, sous la forme d'un acte normatif. Cependant lorsque, de par son but même ou les moyens mis en oeuvre, le projet contenu dans une telle initiative ne pourrait être reconnu conforme au droit supérieur que moyennant l'adjonction de réserves

ou de conditions qui en modifient profondément la nature, une telle interprétation entre en conflit avec le respect, fondamental, de la volonté des signataires de l'initiative et du peuple appelé à s'exprimer; la volonté de ce dernier ne doit pas être faussée par la présentation d'un projet qui, comme tel, ne serait pas constitutionnellement réalisable (ATF 143 I 129 consid. 2.2 et les arrêts cités; TF 1C_393/2022 du 31 mars 2023 consid. 2.2, non publié aux ATF 149 I 182). d) L'invalidation partielle est soumise à deux conditions, l'une subjective, l'autre objective. Il faut en premier lieu que l'on puisse raisonnablement admettre que les signataires auraient aussi approuvé la partie valable de l'initiative, si elle leur avait été présentée seule (ATF 125 I 21 consid. 7b). Il faut en second lieu qu'amputée de certaines parties viciées, les dispositions restantes représentent encore un tout assez cohérent pour avoir une existence indépendante et correspondre à l'objectif principal initialement visé par les initiants, tel qu'il pouvait être objectivement compris par les signataires (ATF 130 I 185 consid. 5). Elle suppose que la partie restante forme un tout valable cohérent et correspondant à la visée principale de l'initiative. En d'autres termes, l'invalidation partielle ne doit pas dénaturer l'initiative (cf. ATF 130 I 185 consid. 5).

E. 3

a) aa) Les recourants soutiennent en premier lieu que l'initiative validée par le Conseil d'Etat est contraire au droit supérieur, au motif qu'elle prévoit l'instauration non d'une taxe causale mais d'un impôt spécial, visant à influencer le comportement des consommateurs. Dans l'idée des initiants, il importerait en effet de réduire la publicité, aux fins de réduire la consommation de biens. Il s'agirait donc d'un impôt spécial incitatif ou d'orientation. Or un tel impôt ne pourrait être édicté que par le constituant fédéral. En outre, ils font valoir que les impôts spéciaux qui touchent directement une profession ou une forme de commerce ne peuvent être prélevés par les cantons que s'ils relèvent de leur compétence originaire en matière fiscale, et pour autant qu'ils n'empiètent pas sur les contributions perçues par la Confédération. Instaurant un impôt spécial qui touche précisément à l'activité publicitaire en tant qu'acteur de l'économie, l'initiative heurterait le secteur économique de la publicité, lequel est protégé par la liberté économique institutionnelle (art. 27 et 94 Cst.). Les recourants en déduisent que le Canton de Vaud n'a pas la compétence d'instaurer cet impôt. A titre subsidiaire, à supposer que l'impôt instauré par l'initiative ne doive pas être considéré comme affectant un secteur économique, ils soutiennent qu'il viole les principes de la légalité, de l'égalité de traitement et de la proportionnalité. Plus particulièrement, s'agissant de la légalité, ils font valoir que l'introduction de cet impôt est en réalité une mesure de politique économique inconciliable avec le principe de la liberté économique institutionnelle consacrée aux art. 27 et 94 Cst.; ils rappellent qu'une mesure déroge à la Constitution économique lorsqu'elle vise à mener une politique qui a ouvertement ou effectivement pour but d'agir sur les conditions ou sur les résultats de la libre concurrence (ou du libre marché), non pas pour la préserver ou la favoriser, mais au contraire pour la corriger ou supprimer, afin de favoriser un autre intérêt public jugé plus important que celui que la Constitution économique revêt; or, dans une économie de marché fondé sur la libre concurrence, la publicité est considérée comme un élément central du mécanisme de marché, notamment car les producteurs et les négociants doivent pouvoir renseigner les consommateurs sur les prix et les qualités de leur marchandise; en outre une dérogation au principe de la liberté économique, en particulier des mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale selon l'art. 94 al. 4 Cst.; en l'occurrence, aucun des buts invoqués par les initiants pour porter atteinte à la liberté économique n'est justifié: ainsi, a) il n'existe pas d'intérêt de santé publique à limiter la

publicité, à l'instar de ce qui a été admis pour l'alcool ou le tabac; b) il n'existe pas non plus de but de politique sociale, l'instauration de l'impôt prévu ne permettant pas en elle-même d'améliorer le bien-être de la population; le fait que les recettes fiscales obtenues seraient affectées à des " causes sociales " ne suffirait à cet égard pas; l'assiette de l'impôt (dépenses publicitaires) n'aurait pas de lien avec l'affectation de l'impôt spécial (causes sociales); le but de l'impôt ne saurait se déterminer en fonction de la réaffectation décorrélée des recettes fiscales; dans la réalité, l'objectif poursuivi par l'initiative serait de réduire l'activité économique en agissant sur la publicité; il s'agirait d'effectuer une transition économique, en passant d'une société qualifiée de consommation vers un autre modèle; un tel objectif toucherait la structure même de l'économie; c) il n'existe pas non plus de but de protection de l'environnement; en effet, la publicité n'est pas en soi une atteinte ou une nuisance au sens du droit de l'environnement au sens de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE; RS 814.01; cf. art. 7 LPE); en tant que la mesure viserait à protéger l'environnement en général (émissions de CO₂, déforestation, etc.), les recourants relèvent que la LPE prévoit des taxes visant à réduire les effets sur l'environnement qui font l'objet de dispositions précises (art. 32 ss LPE) ainsi que des taxes d'incitation (cf. chapitre 6 LPE); or, en droit de l'environnement, les impôts et taxes d'orientation obéissent au principe de causalité, dit principe du pollueur/payeur; en l'espèce, l'impôt prévu par l'initiative contrevient aux dispositions de la LPE régissant la matière; en particulier, il contrevient au principe du pollueur/payeur puisque le seul critère réside dans le montant des dépenses publicitaires, indépendamment de l'activité de l'annonceur ou de la nature et du contenu de l'annonce; d) enfin, l'initiative ne poursuivrait en réalité qu'un but (inadmissible) de politique économique au sens de l'art. 94 Cst.; elle s'attaque à la publicité précisément parce qu'elle revêt une fonction essentielle dans le cadre du libre marché, reposant sur l'échange de biens et de services, qualifié par les initiants de " consumérisme " ou de " société de consommation "; or, le droit de faire de la publicité s'étend sur tout le territoire suisse; pour ce motif, elle ne pourrait avoir de fondement que dans la Constitution fédérale. Il y aurait une base légale insuffisante et/ou une ingérence inadmissible dans le droit fédéral. bb) Les recourants invoquent en second lieu que l'impôt prévu par l'initiative est contraire à la liberté économique dans sa fonction individuelle. Il porte aussi bien atteinte à la liberté économique des annonceurs, qui sont les sujets fiscaux, qu'à celle des publicitaires, qui en seront fortement impactés. Ils soutiennent que l'initiative viole l'exigence de proportionnalité prévue à l'art. 36 al. 3 Cst.; s'agissant de la base légale et des intérêts publics prépondérants, ils renvoient à ce qu'ils ont développé en relation avec la violation de la liberté économique institutionnelle; ils invoquent au surplus que l'initiative n'est pas apte à atteindre les buts visés, dès lors qu'elle ne vise pas les publicités dont le contenu serait susceptible de porter atteinte à la santé publique; elle ne répond pas non plus à l'exigence de subsidiarité, puisqu'il existerait d'autres solutions plus respectueuses des libertés fondamentales permettant d'atteindre les buts visés, buts au demeurant disparates et difficiles à cerner; enfin, elle ne répond pas à la condition de la nécessité, l'impôt en cause portant excessivement atteinte aux intérêts des annonceurs et des publicitaires; à cet égard les recourants relèvent que le taux est davantage exponentiel que progressif, puisqu'il est de 100 % pour les dépenses de publicité dépassant un million de francs. Ils le considèrent comme prohibitif; or, un impôt spécial portant atteinte à la liberté économique ne peut être valable que s'il n'est pas prohibitif. b) aa) Pour leur part, les intimés objectent que l'initiative n'est pas contraire au droit supérieur. Ils invoquent que les droits fondamentaux n'ont pas seulement une fonction de défense contre les atteintes dues à

l'Etat mais qu'ils fondent aussi des obligations étatiques de protection (Schutzpflichten). Ils en déduisent que la Suisse, comme partie à la Convention européenne des droits de l'Homme, a des obligations positives de préserver effectivement la vie des citoyens (art. 2 CEDH) ainsi que leur vie privée et familiale (art. 8 CEDH), dont découlerait le droit à un environnement sain; l'Etat devrait ainsi adopter les réglementations appropriées et prendre à cette fin des mesures adéquates et suffisantes en vue de réaliser les objectifs de lutte contre le changement climatique. Rappelant que la Suisse a ratifié la Convention-Cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques (CCNUCC; RS.0.814.01) qui vise à stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique (cf. art. 2 CCNUCC), ils considèrent qu'elle s'est ainsi engagée à préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures (cf. art. 3 ch. 1 CCNUCC). Ils relèvent que la Suisse a également ratifié le 6 octobre 2017 l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015 (RS 0.814.012), et qu'elle s'est ainsi engagée de manière contraignante à contenir l'élévation des températures moyennes de la planète nettement en-dessous de 2°C, et de poursuivre l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1.5°C, par rapport aux niveaux préindustriels (art. 2 al. 1). Le plus récent rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), publié en 2023, souligne que le changement climatique est une menace pour le bien-être humain et pour la santé, qu'il existe une urgence, et qu'à cet égard un changement systémique est nécessaire pour parvenir à des réductions rapides et profondes des émissions; ces transitions systémiques requièrent la réduction et la modification de la demande, notamment par des changements socioculturels et comportementaux. Ils en déduisent que la réduction de la publicité est une mesure efficace pour changer le mode de consommation et, ce faisant, contribuer à la réduction des émissions conformément aux obligations de la Suisse. Au surplus, ils contestent que l'initiative soit contraire à la liberté économique dans sa dimension institutionnelle: il s'agirait bien d'une mesure poursuivant des buts de politique sociale; son texte précise qu'elle vise des intérêts sociaux et environnementaux; elle ne poursuivrait pas le but ni aurait pour finalité d'influencer la concurrence, mais – comme déjà dit – de protéger le droit à la vie et de vivre dans un environnement sain; l'art. 94 Cst. n'y ferait donc pas obstacle. Subsidiairement, admettant que la mesure visée par l'initiative ne poursuit pas un but fiscal mais social, les intimés invoquent que, s'il fallait qualifier l'impôt en cause d'impôt spécial d'orientation, celui-ci serait compatible avec la liberté économique dans sa dimension institutionnelle. D'abord, ils contestent que les cantons n'aient pas la compétence d'instaurer un impôt spécial; ils invoquent que ce n'est que lorsque le législateur fédéral a soumis un objet à un impôt fédéral ou a décidé son exonération que les cantons doivent renoncer à faire de même. Ils en déduisent que les recourants se trompent lorsqu'ils soutiennent que seul le constituant fédéral pourrait prescrire des impôts spéciaux d'orientation, ou que le canton n'aurait pas la compétence d'adopter la présente mesure. En outre, il existerait des motifs objectifs ou des motifs d'intérêt général justifiant l'impôt spécial d'orientation, à savoir des motifs liés à la protection de la santé. Par ailleurs, les intimés font valoir que la mesure proposée est conforme par nature à une économie de marché. Il ne s'agit pas d'une interdiction, mais de la mise en œuvre d'un mécanisme du marché (market-based policy instrument) pour corriger une inefficience du marché (market failure). Ils exposent que les modes de production et de consommation – ainsi que la publicité qui les pousse – produisent " en termes économiques des externalités négatives de grande importance, à savoir des émissions de gaz à effet de serre et les dégradations

environnementales, qui ne sont pas intégrées dans le prix des biens et services ". Ils invoquent ainsi que " la mesure visée par l'initiative relative aux dépenses de publicité permettra d'internaliser, dans une certaine mesure, ces externalités négatives, et de s'assurer que les biens et services soient échangés à des prix plus justes, tenant compte de leur coût pour la société ". Enfin, ils exposent que la liberté économique garantie par l'art. 94 Cst. doit être interprétée de manière conforme aux droits fondamentaux, et donc conformément aux engagements internationaux de la Suisse rappelés plus haut et aux droits à la vie et à un environnement sain garantis par les art. 2 et 8 CEDH. bb) Au surplus, les intimés soutiennent que l'initiative n'est pas non plus contraire à la liberté économique dans sa dimension individuelle. Ils rappellent que, dès lors qu'elle ne déroge pas au principe de la liberté économique, la disposition proposée ne doit pas trouver de fondement dans la Constitution fédérale (cf. art. 94 al. 4 Cst.). Au surplus, même si elle portait atteinte à la liberté économique, cette disposition remplirait les conditions posées par l'art. 36 Cst. La base proposée devant figurer dans la Constitution vaudoise, elle aurait un rang suffisamment élevé; elle remplirait en outre les exigences de légalité spéciales en matière de contributions publiques posées par l'art. 127 al. 1 Cst., définissant les sujets de la taxe (les personnes physiques ou morales engageant des dépenses publicitaires), son objet (les dépenses publicitaires ciblant le public vaudois) ainsi que son mode de calcul (base de calcul et barème). La mesure poursuivrait en outre un intérêt public prépondérant: le Tribunal fédéral aurait déjà admis, dans le cadre d'une affaire relative à une initiative intitulée " Genève zéro pub - libérons nos rues de la publicité commerciale! " l'existence d'un intérêt social et environnemental important à modérer la publicité commerciale en tant que telle (TF 1C_427/2020 du 25 mars 2021); le plan climat du Canton de Vaud (accessible en ligne sous <https://www.vd.ch/environnement/climat/plan-climat-vaudois>) retiendrait que les émissions de gaz à effet de serre liées à l'achat de biens de consommation produits à l'étranger – émissions dites "grises" - sont deux fois plus importantes que celles générées sur le territoire; il importe donc de réduire ces émissions, induites par des habitudes de consommation, elles-mêmes influencées par la publicité; enfin, la mesure proposée serait proportionnée au but visé: l'existence d'une taxe est un incitatif à l'attention des entreprises, afin que celles-ci modèrent la diffusion de publicité, facteur contribuant à la surconsommation; en outre, cette mesure satisferait à l'exigence de la nécessité; le Tribunal fédéral aurait admis, dans l'arrêt précité, la proportionnalité d'une interdiction de la publicité; or, la présente mesure serait moins incisive qu'une interdiction; enfin, elle serait conforme à l'exigence de la proportionnalité au sens étroit: d'une part, elle n'empêcherait pas les entreprises qui le souhaiteraient de faire de la publicité, mais introduirait uniquement un incitatif à réduire et à modérer celle-ci, " étant précisé que les dépenses raisonnables restent non taxées "; d'autre part, rien n'indiquerait que la mesure, " moins restrictive qu'une interdiction complète jugée exigible par le Tribunal fédéral " menacerait la survie économique des contribuables visés; l'hypothèse du Conseil d'Etat selon laquelle la mesure engendrerait la disparition de certaines entreprises du secteur de la publicité est une appréciation fondée sur aucun élément objectif; le taux étant progressif, il serait adapté à la capacité contributive des annonceurs; enfin, la publicité à des fins idéales, culturelles, sportives et politiques sont exemptées. Par ailleurs, les intimés contestent que la taxe dont l'introduction est proposée soit incompatible avec la prohibition de l'impôt confiscatoire. Ils invoquent que cette prohibition ne s'applique pas aux mesures de politique sociale ni aux impôts spéciaux d'orientation. Au demeurant, ils considèrent que, pour déterminer l'éventuel caractère confiscatoire, le taux de l'impôt n'est pas décisif, et qu'il convient de

prendre en considération l'ensemble des circonstances concrètes, la durée et la gravité de l'atteinte ainsi que le cumul avec d'autres contributions; ils soulignent que les entreprises qui pourraient être visées par la dernière tranche du barème sont celles dépensant plus d'un million de francs en publicité, c'est-à-dire celles dont la substance économique ne craint pas cette charge. A titre comparatif, le budget média et communication d'une entreprise comme Nestlé s'élève à environ 100 millions d'euros pour toute la France; au pro rata du nombre d'habitants, cela reviendrait à un budget d'environ 1'180'811 fr. pour le Canton de Vaud ($800'000 \times 67'750'000 / 100$); ils considèrent en outre que le taux s'applique par tranche, ce qui signifie que ce serait uniquement les montants dépassant le million de francs qui seraient imposées au taux de 100 %, et non l'ensemble des dépenses jusqu'à ce seuil (qui seraient imposées à un seuil plus bas); enfin, ils invoquent qu'il existe d'autres contributions d'orientation pour lesquels le taux d'imposition est élevé, voire parfois plus élevé; ainsi, par le passé, du taux d'imposition des huiles minérales (76.82 centimes/litre pour l'essence sans plomb; 79.57 centimes/litre pour l'huile diesel), qui aurait dépassé le 100 % du prix de l'essence. c) aa) Le Conseil d'Etat, s'agissant de la prétendue contrariété de l'initiative avec la liberté économique dans sa fonction institutionnelle et plus particulièrement de son ingérence dans les compétences de la Confédération, invoque que les recourants ne font valoir aucun argument concret. Au demeurant, l'art. 134 Cst. n'aurait pas pour conséquence d'interdire aux cantons de prélever des impôts sur la consommation, ce pour autant qu'ils ne soient pas du même genre que ceux déjà perçus par la Confédération. Au surplus, il relève que le Tribunal fédéral a admis la perception d'impôts cantonaux qui touchent une forme de commerce (Gewerbesteuer), dans la mesure où ceux-ci ne sont pas prohibitifs; ont été considérés comme tels un impôt dont l'importance empêche de réaliser un juste bénéfice dans la branche visée, rendant l'exercice de la profession impossible ou excessivement difficile. En outre, le Conseil d'Etat conteste que la mesure envisagée puisse être qualifiée de mesure de politique économique prohibée, et qu'elle doive ainsi trouver appui dans la Constitution fédérale (cf. art. 94 al. 4 Cst.). Il expose que poursuivent un but de politique économique prohibé au sens de l'art. 94 al. 4 Cst. des mesures qui empêchent la libre concurrence dans le but de favoriser des branches économiques ou des formes d'activité économiques, ou de favoriser/désavantager certains concurrents par rapport à d'autres, ou de diriger l'activité économique selon un certain plan; en revanche, il serait admis que certaines mesures, notamment de politique sociale ou environnementale, puissent avoir des effets indirects en matière de politique économique (wirtschaftspolitische Nebenwirkungen); or les cantons restent libres en matière de police et de politique sociale; quant aux mesures de politique sociale qui limiteraient la liberté économique, le Conseil d'Etat est d'avis que les cantons peuvent en adopter dans la mesure où le droit fédéral ne règle pas la matière lui-même. Au vu de ces principes, le Conseil d'Etat considère que la disposition constitutionnelle proposée " peut difficilement être qualifiée de mesure de politique économique ". D'abord, elle ne vise pas à favoriser certaines branches économiques ou formes d'activités économiques; l'objectif poursuivi par l'initiative vise en effet à limiter l'incitation à la consommation, mais ne prévoit pas de limiter la consommation elle-même. En outre, elle n'aurait pas pour effet d'entraver la libre concurrence car les concurrents seraient traités sur un pied d'égalité. S'agissant des objectifs poursuivis par l'initiative, le Conseil d'Etat retient que, selon son titre et alinéa 1, celle-ci vise à protéger la population et l'environnement contre les effets de la publicité. La taxation de l'activité publicitaire serait très large, puisqu'elle semblerait s'étendre à toutes les phases de préparation de la publicité (al. 1) et à tous les procédés publicitaires auxquels

on peut penser (al. 2); elle exempterait la communication relative à certains types d'événements bien circonscrits (al. 3: les événements culturels et sportifs locaux, les communications officielles des autorités politiques et les campagnes liées aux élections et votations); le barème serait progressif et renverrait aux lois et règlements adéquats pour fixer/préciser le taux de la taxe (al. 1 et 4); les revenus de la taxes seraient affectés à des causes sociales, en particulier à la réorientation professionnelle liée à la transition écologique, et à la lutte contre le réchauffement climatique et la perte de biodiversité (al. 7). Au vu du texte de l'initiative ainsi interprété dans sa globalité et du principe " in dubio pro populo ", il ne se justifie pas de retenir que le projet poursuit un but de politique économique. L'initiative ne viole ainsi par l'art. 94 al. 4 Cst., et ne saurait donc être invalidée pour ce motif. bb) Le Conseil d'Etat rappelle que si, dans sa décision, il n'a pas considéré comme évident le fait que l'initiative induirait une restriction directe à la liberté économique, il n'a pas ignoré le fait que, selon la jurisprudence, les impôts spéciaux ne sont pas admissibles s'ils sont prohibitifs. Il considère que, aussi bien du point de vue des entreprises désireuses de recourir à la publicité pour vendre leurs produits que de celui des entreprises offrant leurs services dans le domaine de la publicité, l'exercice de l'activité économique ne serait pas rendue " excessivement difficile " au sens de ladite jurisprudence; cette activité publicitaire s'en trouverait certes ralentie – c'est du reste l'objectif de la disposition attaquée – mais " pour le surplus, il est difficile d'évaluer comment le marché réagirait ". L'impact serait probablement plus sensible pour les entreprises de publicité que pour les entreprises cherchant à vendre sur le marché vaudois, " la taille des mandats destinés au marché vaudois risquant de subir une pression à la baisse ". Quoiqu'il en soit, pour le Conseil d'Etat, savoir dans quelle mesure la perception de la taxe réduirait l'activité des acteurs économiques concernés est " fort complexe ". Même des études approfondies, au demeurant exorbitantes à la procédure rapide prévue par les art. 112 ss LEDP, ne suffiraient pas à apporter des réponses sûres.

E. 4

a) Exceptées les compétences fiscales de la Confédération (art. 134 Cst.) et les limites constitutionnelles (art. 127 al. 3 Cst.), les cantons sont libres, en vertu de la souveraineté fiscale générale que leur confère l'art. 3 Cst. et en l'absence d'un numerus clausus à cet égard, de prélever les contributions qu'ils veulent, selon les modalités et dans le but qu'ils souhaitent (en combinant par exemple des objectifs fiscaux et des objectifs incitatifs); ils doivent néanmoins respecter les droits fondamentaux garantis par la Constitution. Dans la mesure où le respect de certaines exigences et/ou limites constitutionnelles dépend directement de la nature de la contribution, il convient de qualifier la taxe que l'initiative populaire intitulée " Pour une taxe progressive sur les dépenses publicitaires indécentes " projette d'introduire dans le Canton de Vaud (cf. ATF 147 I 16 consid. 3.1). b) aa) En matière de contributions publiques, la jurisprudence et la doctrine récente distinguent entre les impôts, les contributions (ou taxes) causales et les taxes d'orientation (ATF 147 I 16 consid. 3.2; 143 I 220 consid. 4.1; 138 II 70 consid. 5.1; Ernst Blumenstein/Peter Locher, System des schweizerischen Steuerrechts, 8 e éd., Zurich 2023, p. 2 s.). bb) Les impôts sont définis comme des contributions versées par les citoyens à la collectivité publique au titre de participation aux coûts des tâches d'intérêt général incombant à celle-ci, indépendamment d'une contre-prestation de la part de l'Etat (ATF 147 I 16 consid. 3.2.2; 138 II 70 consid. 5.2; 135 I 130 consid. 2; 122 I 305 consid. 4b; TF 2C_483/2015 du 22 mars 2016, consid. 4.1.2). L'impôt est perçu de manière inconditionnelle (voraussetzungslos), c'est-à-dire uniquement en fonction d'une certaine situation

économique réalisée en la personne de l'assujetti, sans considération d'une prestation de l'Etat ou d'un avantage particulier (ATF 140 I 176 consid. 5.2; TF 1C_433/2022 du 12 décembre 2023 consid. 6.2; Blumenstein/Locher, op. cit., p. 2 s.; Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, 5 e éd., Bâle 2021, § 1 n os 3 à 5 p. 4). Selon qu'ils servent à alimenter les caisses générales de l'Etat ou qu'ils sont destinés à couvrir des coûts spécifiques, on distingue entre les impôts généraux et les impôts d'affectation (Zwecksteuer – imposte a destinazione vincolata). Une distinction supplémentaire peut encore être effectuée entre les impôts d'affectation qui servent à financer la réalisation de tâches d'intérêt général (routes, écoles, hôpitaux, etc.) et ceux qui servent à couvrir des coûts spécifiques causés par des personnes déterminées ou qui profitent plus spécifiquement à une partie des citoyens, par rapport à la majorité des administrés, soit les impôts dits d'attribution ou de répartition des coûts (Kostenanlastungssteuern). Dans ce cas, le cercle des contribuables comprend les personnes sur lesquelles la collectivité publique peut, pour des motifs raisonnables et objectifs, répercuter en priorité les coûts en question plutôt que sur l'ensemble des contribuables, en raison de l'avantage particulier qu'ils en retirent. Un tel mode de délimitation du cercle des contribuables concrétise le principe de l'équivalence (ATF 147 I 16 consid. 3.2.2; 143 II 283 consid. 2.3.2.; TF 2C_483/2015 précité consid. 4.1.2). cc) Les contributions (ou taxes) causales constituent la contre-prestation d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier appréciable économiquement concédé par l'Etat. Elles se fondent ainsi sur une contre-prestation étatique qui en est la cause (ATF 147 I 16 consid. 3.2.1; 143 I 220 consid. 4.2). En principe, elles sont calculées selon les coûts à couvrir (principe de la couverture des coûts) et sont mises à la charge des bénéficiaires proportionnellement à la valeur des prestations fournies ou des avantages économiques obtenus (principe de l'équivalence). Les contributions causales se divisent à leur tour en trois catégories ; les émoluments, les charges de préférence et les taxes de remplacement (ATF 147 I 16 consid. 3.2.1; 135 I 130 consid. 2; 131 I 313 consid. 3.3; Blumenstein/Locher, op. cit., p. 3 s.; Oberson, op. cit., § 1 n os

E. 6

à 9 p. 4 s.). Les taxes causales se distinguent donc des impôts en ce sens qu'elles reposent sur un lien particulier entre le contribuable et l'Etat, caractérisé par la prestation ou l'avantage économique offert (TF 1C_433/2022 précité consid. 6.2; Oberson, op. cit., § 1 n o

E. 10

p. 6). dd) Toutes les contributions (impôts ou taxes) peuvent revêtir un caractère incitatif (ou d'orientation). Les taxes d'orientation peuvent être destinées de façon exclusive (la doctrine parle alors de pures taxes d'incitation) ou prépondérante (la doctrine parle alors de taxes d'orientation mixtes ou hybrides) à modifier le comportement des particuliers en vue d'atteindre un objectif voulu par le législateur (cf. ATF 143 I 220 consid. 4.3 qui concerne une taxe de fourniture d'eau potable; Oberson, op. cit., § 1 n os

E. 12

à 17). Le but principal de cette contribution n'est donc pas prioritairement de procurer des ressources supplémentaires à l'Etat, mais d'agir sur le comportement des citoyens assujettis. Le Tribunal fédéral estime qu'aussi bien un impôt qu'une taxe peuvent présenter une composante incitative (cf. ATF 143 I 220 consid. 4.3; TF 2C_731/2016 du 25 mars 2020 consid. 3.3 et les références citées; TF 2C_467/2008 du 10 juillet 2009 consid. 3.2.3 et les

références citées). 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 (cf. ATF 143 I 220 consid. 4.3; 125 I 182 consid. 4c p. 194 et les références citées). La jurisprudence a ainsi repris à son compte les notions, consacrées par la doctrine, d'impôt d'orientation (Lenkungssteuer ; cf. ATF 143 I 220 consid. 4.3; 125 I 182 consid. 4c; TF 2C_731/2016 précité consid. 3.3; TF 2P.139/1993 du

E. 15

ss p. 561 ss et les références citées). D'autres contributions publiques cantonales sont liées, indirectement, à l'environnement, comme l'impôt sur les véhicules à moteur, ou les taxes de parcage (ibidem). En l'espèce, comme on l'a vu, la contribution publique en cause a – selon les intimés – un objectif de protection de l'environnement et de la santé publique dans le Canton de Vaud. Il s'agit indéniablement de buts d'intérêt public. On cherche toutefois en vain, dans leur argumentaire et leurs prises de position, un raisonnement et/ou des éléments de preuve, ou même seulement des indices, permettant d'étayer ou même de rendre seulement plausible que cette contribution publique visant indistinctement toutes les dépenses de publicité aura un effet de réorientation du comportement des consommateurs du Canton de Vaud dans un sens positif pour l'environnement et la santé publique, notamment sur le niveau des émissions de gaz à effet de serre. Les intimés ne produisent aucune étude ni article scientifique propre à le rendre vraisemblable, en particulier à une échelle aussi limitée que celle d'un canton. Certes, ils invoquent le Plan climat du Canton de Vaud (PCV-2020). Or, s'il est vrai que ce plan indique que les émissions " importées " sont deux fois supérieures à celles générées sur le territoire, et que la réduction de la consommation est en ce sens souhaitable (PCV-2020, p. 26), il le fait dans un chapitre intitulé " Accompagnement au changement ", consacré à l'information et à la communication, et non à des mesures directes à introduire par le canton, car de telles émissions ne relèvent que partiellement des politiques cantonales (cf. p. 18 et 26); en outre, selon l'inventaire cantonal des émissions à effet de serre, les émissions générées sur le territoire vaudois – en moyenne de 5,5 tonnes d'équivalent CO₂ par habitant (selon des données de 2015) – sont majoritairement dues à la consommation d'agents énergétiques fossiles (79 %; 41 % pour les carburants et 38 % pour les combustibles pour le chauffage des bâtiments), à l'agriculture (11 %), aux procédés industriels (9 %), à l'utilisation du sol (0,5 %) et aux déchets (0,5 %; cf. PCV-2020 p. 17). Par ailleurs, selon le Bilan des émissions de gaz à effet de serre du Canton de Vaud (Année de référence 2019), accessible sur internet (à l'adresse https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/environnement/climat/fichiers_pdf/Bilan_%C3%A9missions_gaz_%C3%A0_effet_de_serre_dans_le_canton_de_Vaud_1_.pdf), les émissions territoriales ont crû faiblement entre 2015 et 2019 (+ 1,3 %), cependant moins rapidement que l'évolution de la population vaudoise sur la même période (+ 4,2 %), ce qui porte la moyenne par habitant du Canton de Vaud en 2019 à 5,9 tonnes d'équivalent CO₂ (cf. p. 64 ss); par catégorie, les émissions étaient dues dans le canton en 2019 à la mobilité (43 %), au chauffage des bâtiment (36 %), à l'agriculture (10 %), aux procédés industriels (9 %) et au traitement des déchets et eaux usées (2 %; cf. p. 66). Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas rendu vraisemblable, ni même seulement plausible, que l'introduction d'un impôt spécial sur l'ensemble des dépenses publicitaires ayant pour cible tout ou partie de la population vaudoise serait nécessaire ni apte à contribuer – même faiblement – à la réduction des émissions à effet de serre au niveau du territoire cantonal vaudois et, donc, par voie de conséquence, à l'amélioration de

l'environnement et de la santé des habitants du Canton de Vaud. Au reste, ni le Plan Climat 2020 du Canton de Vaud ni le Bilan des émissions de gaz à effet de serre du Canton de Vaud de 2019 mentionnent que la publicité serait une cause des émissions territoriales de gaz à effet de serre, ni a fortiori que la taxation de la publicité au niveau cantonal puisse être un levier pour parvenir à réduire de telles émissions. Quant à l'arrêt du Tribunal fédéral cité par les intimés (TF 1C_427/2020 du 26 mars 2021), il ne leur est à cet égard d'aucun secours. En effet, s'il est vrai que le Tribunal fédéral a admis la validité d'une initiative communale intitulée " Genève zéro pub – libérons nos rues de la publicité commerciale ", celle-ci n'est pas comparable à celle des initiants. En effet, l'initiative genevoise ne concernait que l'emploi de procédés de réclame sur le domaine public par voie d'affichage, sur lequel l'Etat peut octroyer un droit exclusif par le biais de concessions; or le Tribunal fédéral a considéré que les entreprises actives dans ce domaine d'affichage n'avaient aucun droit à l'obtention ni au renouvellement d'une concession, d'une part, et que l'interdiction en cause n'était pas manifestement inapte à atteindre le but recherché, tendant à soustraire la population à une exposition non désirée de publicité, étant précisé que lorsqu'une personne se trouve sur le domaine public, elle ne peut échapper à la vision d'un affichage publicitaire alors que sur les autres canaux de diffusion de la publicité (radio, télévision, ordinateur, etc.), elle dispose d'une maîtrise à cet égard, d'autre part (cf. consid. 7.4). Au vu de ce qui précède, il faut admettre que l'initiative n'est manifestement pas apte à atteindre l'objectif environnemental et de santé publique recherché. Enfin, compte tenu en particulier du fait que l'initiative n'est pas apte à atteindre le but d'intérêt public recherché de protection de l'environnement et de la santé des habitants du Canton de Vaud, il faut admettre qu'elle constitue au surplus une atteinte qui n'est pas raisonnablement exigible de la part des personnes morales et physiques qui seraient assujetties. La condition de la proportionnalité au sens strict n'est donc pas non plus remplie. En définitive, il ressort des considérants qui précèdent que les restrictions apportées à la liberté économique des personnes morales et physiques assujetties à l'impôt spécial d'orientation prévu par l'art. 66a nouveau Cst.-VD de l'initiative déposée par les intimés n'apparaissent pas justifiées au regard du but recherché par cet impôt. Le grief formulé à ce sujet par les recourants est donc bien fondé. 6. a) aa) Les recourants invoquent également l'inexécutabilité de l'initiative. Ils soutiennent que les difficultés posées par son exécution ont été reconnues par le Conseil d'Etat dans sa décision, mais que celui-ci les a sous-estimées. En particulier, ils font valoir que le contrôle des publicités émanant des réseaux sociaux se heurte en soi à des " obstacles insurmontables ", s'agissant notamment de la possibilité d'identifier formellement les auteurs de ces publicités. En outre, l'impôt pourrait viser " un contribuable situé au bout du globe du simple fait qu'un spot publicitaire dont il est le commanditaire serait visionné sur internet " dans le Canton de Vaud et, de ce fait, serait impossible à percevoir. Ils relèvent que ni la décision du Conseil d'Etat, ni les déterminations des initiants ne fournissent de réponse satisfaisante à cet égard, ni même quelque élément permettant de retenir que la mise en œuvre de l'initiative pourra faire l'objet d'une solution définie ultérieurement par le législateur. bb) Les initiants objectent que des difficultés de mise en œuvre ne constituent pas des motifs d'annuler une initiative. Ils admettent que toute régulation d'un domaine technique est complexe. Ils font valoir que l'assujettissement d'une personne qui se trouve hors du lieu d'imposition n'est pas étranger au droit suisse. Ils en déduisent qu'une mise en œuvre n'est pas impossible. cc) Quant au Conseil d'Etat, il invoque que c'est précisément parce qu'il existe des doutes sur la complète possibilité de mettre en œuvre l'initiative qu'il a décidé de ne pas invalider celle-ci. Il admet qu'il " est clair que le législateur ou le Conseil

d'Etat devraient faire preuve de créativité pour parvenir à mettre en œuvre l'initiative ", mais estime que " ce simple fait n'a toutefois pas paru suffisant pour justifier une invalidation pure et simple du texte ". b) Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible (ATF 128 I 190 consid. 5; TF 1C_608/2022 du 17 août 2023 consid. 4; TF 1C_146/2020 du 7 août 2020 consid. 3.2). Il ne se justifie pas, en effet, de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents (ATF 139 I 292 consid. 7.4; TF 1C_608/2022 du 17 août 2023 consid. 4; TF 1C_146/2020 du 7 août 2020 consid. 3.2). L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable: une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative (ATF 128 I 190 consid. 5; 99 Ia 406 consid. 4c). Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique (TF 1C_608/2022 du 17 août 2023 consid. 4; TF 1C_146/2020 du 7 août 2020 consid. 3.2). Dans l'ATF 128 I 190, le Tribunal fédéral a confirmé l'invalidation d'une initiative populaire demandant notamment la renonciation à la construction d'un centre commercial ainsi que la réduction de la capacité d'un stade de 30'000 à 15'000 places dès lors que les ouvrages se trouveraient en voie d'achèvement, si ce n'est déjà complètement réalisés, au moment de la votation populaire, ce qui constituait un cas d'impossibilité matérielle. Dans l'arrêt TF 1C_146/2020 du 7 août 2020 (consid. 3.3 et 3.4), il a également confirmé l'invalidation d'une initiative populaire cantonale intitulée " La BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'Etat !". Il a relevé que la mise en œuvre de l'initiative aurait pour conséquence de placer la banque dans une situation de surendettement et que celle-ci serait alors contrainte à la mise en faillite ou à l'assainissement; tant dans l'hypothèse de la faillite que dans celle de l'assainissement, les actifs de la banque ne permettraient pas de rembourser les montants décaissés par l'Etat dans le cadre de son sauvetage en 2000; le but de l'initiative ne pouvait donc pas être atteint, de sorte que l'initiative était matériellement inexécutable. c) aa) En l'espèce, dans sa décision, le Conseil d'Etat a admis que l'initiative n'apparaissait pas, sur certains aspects, pouvoir être mise en œuvre de manière aisée. Il s'est référé à l'avis des initiants selon lequel il existe d'autres législations dont la mise en œuvre poserait des défis comparables, en visant des opérations provenant de l'étranger, à savoir la loi du 14 décembre 2001 sur le cinéma (LCin; RS 443.1) qui impose des obligations (investissement dans la création cinématographique suisse ou paiement d'une taxe) aux sociétés étrangères offrant des services de streaming en Suisse, la loi du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA; RS 641.20) qui prévoit l'imposition des prestations fournies sur le territoire suisse par une entreprise ayant son siège à l'étranger, ou encore la récente modification de la loi vaudoise du 31 mai 2005 sur l'exercice des activités économiques (LEAE; BLV 930.01) ainsi que d'autres réglementations (notamment sur les cartels) qui prévoient une taxation d'entreprises dont le siège est à l'étranger. Le Conseil d'Etat a toutefois admis, au sujet des réglementations fédérales précitées, que la Confédération bénéficiait dans ces domaines d'une marge de manoeuvre dont les cantons ne disposent pas. En vertu des art. 92 et 93 Cst., la Confédération est en effet seule compétente en matière de services postaux, télécommunications, radio et télévision, ce qui peut lui donner des moyens d'agir vis-à-vis des entités étrangères, notamment pour ce qui est de certaines prestations dématérialisées, en exerçant une influence sur la diffusion de ces informations en Suisse (cette diffusion

étant elle assurée par des sociétés ayant leur siège en Suisse). En dépit de ces réserves, le Conseil d'Etat a en définitive estimé que l'exécution de l'initiative n'apparaissait pas d'emblée objectivement exclue, même si sa mise en oeuvre s'annonçait extrêmement complexe. Il a admis qu'elle pourrait nécessiter l'adoption d'autres lois, voire des négociations avec des autorités politiques extérieures au Canton de Vaud. Cette difficulté ne lui a toutefois pas paru suffisante pour justifier une invalidation du texte. Il a estimé qu'il conviendrait d'étudier ultérieurement les solutions techniques applicables, admettant que le législateur ou lui-même devraient faire preuve de créativité pour parvenir à mettre en oeuvre l'initiative. Il a conclu, en application de l'adage *in dubio pro populo*, qu'il revenait au corps électoral d'évaluer lui-même ces questions et plus généralement, la pertinence du système de taxation proposé.

bb) Le Conseil d'Etat ne peut être suivi. En effet, la possibilité de mettre en oeuvre l'initiative apparaît très problématique dans un certain nombre de domaines, en particulier sur le plan transfrontalier, comme exposé ci-après.

aaa) Pour ce qui concerne en premier lieu la publicité télévisuelle, il ne ressort pas du dossier que la question de la taxation de la publicité faite par des entreprises sises à l'étranger sur des chaînes de télévision étrangères émettant à destination de la Suisse ait été examinée. Or dans ce domaine, la question étant réglée par des textes internationaux (actuellement la Convention européenne sur la télévision transfrontière [CETT; RS 0.784.405], approuvée par l'Assemblée fédérale le 21 juin 1991), la marge de manœuvre de la Confédération, et d'autant plus celle du Canton de Vaud, est fortement limitée. En 2017, le Conseiller aux Etats Didier Berberat posait les questions suivantes au Conseil fédéral au sujet de cette publicité : "1. Est-il possible d'adapter la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV) en prévoyant que celle-ci s'applique aussi aux diffuseurs étrangers réalisant l'essentiel de leurs revenus en Suisse (modification de l'art. 2 let. e LRTV)? Une telle adaptation soumettrait l'ensemble des diffuseurs aux mêmes règles. Par exemple, les autres exigences inscrites à l'article 7 LRTV soumettraient les fenêtres publicitaires à l'obligation de consacrer 4 % de leurs recettes brutes au cinéma suisse (art. 7 al. 2 LRTV). Cette solution prévaut d'ailleurs déjà en Belgique (art. 40, 41 et 159.5 du décret coordonné sur les services médias audiovisuels du 12 mars 2015). 2. En cas de réponse négative, serait-il possible d'imposer à ces diffuseurs d'avoir un siège en Suisse ou d'étendre le champ d'application de l'art. 7, al. 2, LRTV en prévoyant expressément son application aux fenêtres publicitaires suisses des programmes étrangers ? 3. En cas de réponse négative, serait-il possible de prélever chez les câblo-opérateurs et opérateurs IPTV une taxe proportionnelle au chiffre d'affaires des fenêtres publicitaires qu'ils diffusent et d'en affecter le produit au soutien de la place médiatique suisse ?" Le Conseil fédéral y répondait ainsi en date du 10 mai 2017: "1./2. Pour le Conseil fédéral, il serait souhaitable que les diffuseurs étrangers versent une contribution à la promotion culturelle, tout comme le font leurs concurrents suisses. Toutefois, en raison du droit international, inscrire l'obligation correspondante dans la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40) entraînerait des problèmes de mise en oeuvre. Seuls les diffuseurs suisses relèvent du champ d'application de la LRTV. Pour définir ce qu'est un programme suisse, la LRTV renvoie à la répartition des compétences prévue dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT; RS 0.784.405), entrée en vigueur en Suisse le 1er mai 1993. En vertu de cet acte, les diffuseurs étrangers qui ciblent actuellement le public suisse avec leurs fenêtres publicitaires transmises par satellite sont soumis à la juridiction des pays voisins correspondants, à savoir la France et l'Allemagne. Par conséquent, étendre la définition d'un programme suisse inscrite dans la LRTV aux télévisions étrangères serait

contraire à la répartition européenne des compétences et affecterait la compétence de nos voisins vis-à-vis des entreprises de télévision établies sur leurs territoires respectifs. De même, une obligation légale pour les diffuseurs de posséder un siège en Suisse ou une extension de l'obligation d'encourager le cinéma prévue à l'art. 7, al. 2, LRTV aux fenêtres publicitaires des télévisions étrangères seraient contraire à la répartition des compétences prévues dans la CETT. En l'occurrence, la disposition dérogatoire de l'article 16 CETT mentionnée par l'auteur de l'interpellation n'est pas utile; elle permet d'introduire des dispositions nationales plus strictes en matière de publicité, mais pas de soumettre des diffuseurs étrangers à une taxe. L'article 10 CETT ne constitue pas non plus une base légale suffisante pour que la Suisse instaure des mesures visant les fenêtres publicitaires étrangères; la disposition doit être considérée comme un appel général à la responsabilité de la partie de transmission de respecter la diversité des médias, qui n'est pas justiciable. L'obligation de taxer les diffuseurs étrangers de la Communauté française de Belgique (Fédération Wallonie-Bruxelles), mentionnée dans la présente interpellation, montre justement combien sa mise en oeuvre se heurte au droit européen applicable. En effet, en tant qu'État membre, la Belgique est aussi soumise aux dispositions de la directive 2010/13/UE "Services de médias audiovisuels" (directive SMA). Cette dernière établit des normes pour la réglementation du libre trafic transfrontalier des services de télévision et de vidéo à la demande. Dans le domaine de la télévision, les dispositions de la CETT sont en de nombreux points identiques à celles de la directive SMA. Dans la région francophone de Belgique, l'autorité de régulation compétente n'est jusqu'ici pas parvenue à faire appliquer, au moyen de la procédure prévue dans la directive SMA, l'obligation de taxer les différents diffuseurs de fenêtres publicitaires étrangères. Le Conseil fédéral continuera à suivre attentivement ce sujet et examinera - dans les strictes limites permises par le droit - s'il existe malgré tout des possibilités pour que les fenêtres publicitaires étrangères contribuent à soutenir le cinéma ou les médias suisses. Il observera également les évolutions au niveau européen et en tiendra compte le cas échéant. 3. L'introduction d'une taxe pour les fournisseurs suisses de réseau câblé et d'IPTV pour la rediffusion de fenêtres publicitaires entrerait en contradiction avec le principe de la libre retransmission de services de programmes de télévision. Une telle taxe pourrait entraîner une limitation (indirecte) de ce principe. Dans tous les cas, une disposition de cette nature ne devrait pas avoir d'effet prohibitif sur les exploitants de réseau, ni équivaloir à une interdiction de rediffusion pour certains diffuseurs. En outre, imposer aux exploitants de réseau une taxe dans le but de soutenir le cinéma ou les médias suisses porterait atteinte à la liberté de commerce dont jouissent les exploitants de réseau et nécessiterait au moins une base juridique claire." Les difficultés mentionnées dans la réponse du Conseil fédéral se présenteraient également sur le plan vaudois dans la mise en oeuvre de l'initiative litigieuse. Sachant que la règle fixée par la CETT est que l'émetteur est soumis au droit du pays où il est situé, on voit mal sur la base de quelles règles de droit le Canton de Vaud pourrait exiger de la part de ces émetteurs sis à l'étranger la communication de données en lien avec les dépenses publicitaires effectuées à destination du public vaudois sur leurs ondes. On ne voit pas non plus sur la base de quelles règles de droit le Canton de Vaud pourrait exiger directement de la part des entreprises sises à l'étranger – dans la mesure où elles n'auraient pas de rattachement avec la Suisse – la communication des informations permettant de procéder à la taxation souhaitée. Celles-ci échapperaient ainsi vraisemblablement à toute taxation. Quant aux entreprises internationales (ayant des établissements dans divers pays dont la Suisse), rien ne garantit qu'elles ne tenteraient pas d'optimiser leurs dépenses en matière de publicité. Ainsi, par

exemple, une entreprise sise en France pourrait prendre à sa charge les frais de publicité à destination de la Suisse passant sur les chaînes françaises, ceci au bénéfice de l'entreprise sœur sise en Suisse. La question se pose de l'imposition de ces frais de publicité s'ils n'apparaissent pas dans les comptes l'entreprise sœur sise en Suisse. bbb) La publicité télévisuelle n'est pas seule à poser des problèmes de mise en œuvre de la taxation projetée. Le Conseil d'Etat n'a pas non plus exposé comment il entendrait percevoir la taxe pour les publicités commandées à l'étranger par des entreprises ayant leur siège à l'étranger, mais à destination du Canton de Vaud, réalisées avec des régies publicitaires sur Internet telles que Google Ads ou effectuées par le biais d'influenceurs se trouvant à l'étranger. Le Conseil d'Etat a certes mentionné qu'il pouvait exister des moyens indirects de percevoir la taxe pour des procédés publicitaires (visant des résidents vaudois) hébergés sur des sites internet à l'étranger, par exemple en la facturant aux opérateurs actifs dans le Canton de Vaud ou par le biais d'artifices techniques qu'il conviendrait d'étudier dans le détail le moment venu. Il omet toutefois de considérer qu'il convient, aux fins de taxer, d'obtenir les données permettant d'établir les frais publicitaires engagés par les entreprises sises à l'étranger à destination du Canton de Vaud. Or on voit mal comment les opérateurs pourraient transmettre ces données aux autorités de taxation (si les entreprises ne les transmettent pas spontanément) à moins d'analyser en permanence l'ensemble des flux de données qu'ils gèrent et de stocker ensuite les résultats de ces analyses, ce qui paraît hautement problématique, que ce soit d'un point de vue technique ou pour des raisons relevant notamment de la protection de la sphère privée. Il faut ajouter que le fait d'avoir identifié une publicité ne permet pas encore d'établir le montant des frais engagés pour cette publicité. Cette problématique n'a pas non plus été abordée dans la décision attaquée. d) Les initiants, avec le Conseil d'Etat, objectent qu'il ne faut pas confondre technicité, complexité (en particulier du sujet à réguler) et exécutabilité. Ils estiment que l'assujettissement d'une personne qui se trouve hors du lieu d'imposition à une contribution par le biais d'un rattachement économique n'est pas étranger au droit suisse. Ils mentionnent ainsi que sont de façon générale assujetties à l'impôt sur la fortune immobilière les personnes qui possèdent des immeubles en Suisse, peu importe qu'elles aient leur domicile ou siège dans le pays (art. 4 al. 1 er et 21 al. 1 er let. c de la loi du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes [LHID; RS 642.14]; art. 4 al. 1 er let. c et 51 al. 1 let. c de la loi du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct [LIFD; RS 642.11]). Cet exemple ne paraît pas déterminant dès lors qu'un immeuble en Suisse permet un rattachement à ce pays, alors que le problème de la perception de l'impôt prévu par l'initiative se pose, comme on l'a dit, pour les entreprises qui n'ont pas de rattachement avec la Suisse. Les initiants mentionnent également la nouvelle version de la loi sur la protection des données, qui dispose qu'elle " s'applique aux états de fait qui déploient des effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger " (art. 3 al. 1 de la loi du 25 septembre 2020 sur la protection des données [LPD; RS 235.1]). Ils ajoutent que le critère est inspiré du règlement correspondant de l'Union européenne, qui régit toute organisation dont l'activité cible des résidentes ou résidents de l'Union. Outre le fait que la LPD, dans sa version révisée, est directement fondée sur un règlement européen (ce qui n'est pas le cas de l'initiative litigieuse), il faut souligner que les initiants n'expliquent aucunement en quoi les dispositions de la LPD permettraient de mettre en œuvre la taxation qu'ils envisagent. La même remarque peut être faite pour la référence à la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) et à la LTVA. Les initiants invoquent dans leurs déterminations que la LCin assujettit les services de streaming à une taxe sur le

chiffre d'affaires réalisé en Suisse. De nouveau, ils n'expliquent pas en quoi les dispositions de la LCin permettraient de mettre en œuvre la taxation qu'ils envisagent. On peut toutefois mentionner à ce propos que l'obligation faite aux diffuseurs de médias étrangers de prendre en compte la création cinématographique suisse s'appuie sur une décision de l'autorité de concurrence de l'UE du 1^{er} septembre 2016, d'où découle sa conformité avec le droit européen (cf. Message concernant l'encouragement de la culture pour la période 2021 à 2024, in : FF 2020 3037 spéc. p. 3176, se référant à la décision [UE] de la Commission, du 1^{er} septembre 2016, 2016/2042 relative au régime d'aides SA.38418 - 2014/C [ex 2014/N] que l'Allemagne entend mettre en œuvre pour soutenir la production et la distribution cinématographiques, JO L 314 du 22 novembre 2016, p. 63). Il n'apparaît pas qu'une telle analyse du droit européen ait été faite dans le cas d'espèce. Enfin, le Conseil d'Etat relève à juste titre dans la décision attaquée que les réglementations précitées, imposant l'activité d'entreprises sises à l'étranger, relèvent de domaines dans lesquels la Confédération bénéficie d'une marge de manoeuvre dont les cantons ne disposent pas. Ainsi, en vertu des art. 92 et 93 Cst., la Confédération est seule compétente en matière services postaux, télécommunications, radio et télévision, ce qui lui donne des moyens d'agir vis-à-vis des entités étrangères, notamment pour ce qui est de certaines prestations dématérialisées, en exerçant une influence sur la diffusion de ces informations en Suisse (cette diffusion étant elle assurée par des sociétés ayant leur siège en Suisse). Le Conseil d'Etat n'explique pas comment il serait possible de suppléer à l'absence de compétence des cantons dans les domaines susmentionnés, et on voit mal que tel puisse être le cas. e) Il ressort de ce qui précède que le Conseil d'Etat n'a pas rendu vraisemblable, ni même plausible, que l'impôt spécial prévu par l'initiative pourrait être dans la pratique perçu auprès des personnes morales ou physiques étrangères qui n'ont pas de rattachement avec la Suisse. Au vrai, la collecte des données nécessaires à l'identification de ces personnes, et celles-ci identifiées, la collecte des données nécessaires à leur taxation – savoir le montant des dépenses publicitaires qu'elles auraient engagées – apparaît impossible, vu l'absence de moyen de coercition à disposition du Canton de Vaud à l'égard de telles personnes. L'objet de l'initiative est donc bien impossible dans une large mesure, au sens de la jurisprudence exposée ci-dessus. 7. Au vu de ce qui précède, l'initiative est contraire à la liberté économique des assujettis et est inexécutable. Elle doit donc être annulée. A supposer qu'elle n'ait été qu'inexécutable, elle n'aurait pas pu être invalidée partiellement. En effet, l'impossibilité de prélever l'impôt spécial auprès des personnes morales ou physiques n'ayant pas de rattachement avec la Suisse dénaturerait l'initiative; en outre, supprimer l'imposition de ces personnes n'est pas possible par l'invalidation d'une partie de l'art. 66a Cst-VD, aucun alinéa ne mentionnant cette imposition. De toute manière, une telle suppression favoriserait indirectement la publicité pour des produits et services n'émanant pas de personnes sises en Suisse, et créerait une inégalité de traitement entre les acteurs du marché de la publicité qui pourrait être contraire au principe de l'égalité de traitement de l'art. 8 al. 1 Cst., concrétisé en matière fiscale par l'art. 127 al. 2 Cst., qui prévoit les principes de la généralité et de l'uniformité de l'impôt (ATF 141 II 338 consid. 4.5; 141 I 78 consid. 9.1; TF 2C_353/2020 du 22 septembre 2021 consid. 5.1). 8. Le recours doit en définitive être admis et la décision du Conseil d'Etat du 18 janvier 2023 validant l'initiative populaire cantonale " Pour une taxe progressive sur les dépenses publicitaires indécentes " annulée. L'arrêt est rendu sans frais, la procédure en matière de contentieux de l'exercice des droits politiques étant en principe gratuite (art. 179 al. 1 LEDP applicable selon les art. 188 ss LEDP, cf. CCST.2022.0010 du 8 juin 2023 et les arrêts cités). Il n'est

pas alloué de dépens (art. 179 al. 4 LEDP, applicable également à la procédure de recours selon les art. 188 ss LEDP).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.