

1er Bulletin de l'Accpuf - septembre 1998

Tribunal fédéral Suisse

SUI / 1982 / A01

Suisse / Tribunal fédéral / Deuxième Cour de droit public / 12-02-1982 / P.1473-1981 / Fischer et consorts c. Conseil d'Etat du canton de Vaud / extraits

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décisions juridictionnelles

5.2.4.2.1 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – critères de différenciation – sexe

Enseignement

Examens d'admission au collège secondaire dans le canton de Vaud; égalité des sexes dans l'enseignement.

Droit applicable: art. 4 al. 2 Cst. (consid. 4c).

Le système des barèmes différenciés, défavorable aux élèves filles, qui est appliqué pour les examens d'admission au collège secondaire viole le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes prévu par le nouvel art. 4 al. 2 Cst. (consid. 5).

(...)

Le Tribunal fédéral a admis le recours pour les motifs suivants:

3. – a) Le règlement général du 10 février 1971 pour les établissements d'instruction publique secondaire du canton de Vaud donne au Département d'instruction publique et des cultes la compétence pour fixer les modalités des examens et les conditions d'admission au collège secondaire, ainsi que pour adopter les épreuves élaborées par des commissions de maîtres (art. 85 et 86 du règlement). Dans les limites des prescriptions édictées par ce département, l'établissement des barèmes de cotation et la décision d'admission sont de la compétence de la conférence des maîtres, pour les collèges situés en dehors de la commune de Lausanne, ou de la conférence des directeurs des collèges lausannois, assistés d'un représentant de la conférence des maîtres de chacun des établissements, pour l'ensemble des collèges lausannois (art. 87 du règlement).

(...)

b) Dans les collèges secondaires des communes de Lausanne, Morges et Pully présentement en cause, les barèmes appliqués pour l'évaluation des épreuves d'admission ne sont pas les mêmes pour les filles et pour les garçons, les barèmes utilisés pour l'appréciation des travaux

des filles étant, dans l'ensemble, plus sévères. Il y a également des barèmes différents pour la prise en considération de l'écart à la moyenne primaire, qui est converti en plus de points pour les garçons que pour les filles.

(...)

c) Les examens litigieux se sont déroulés les 1er et 2 juin 1981, soit avant l'entrée en vigueur, le 14 juin 1981, du nouvel article constitutionnel prévoyant l'égalité des droits entre hommes et femmes. Toutefois, les décisions du Département de l'instruction publique du 12 août 1981 et celles du Conseil d'Etat vaudois du 9 octobre 1981 ont été rendues sous l'empire du nouveau droit. L'art. 4 al. 2 Cst. peut dès lors être pris en considération dans la mesure où il concrétise le principe de l'égalité de traitement que la jurisprudence a déduit de l'ancien art. 4 Cst. (ATF 103 Ia 519 consid. 2). En effet, dans son Message sur l'initiative populaire "pour l'égalité entre hommes et femmes" du 14 novembre 1979 (FF 1980 I 73 s.), le Conseil fédéral relevait que l'ancien art. 4 Cst. n'avait eu pratiquement aucune influence sur l'émancipation civile de la femme. Eu égard à la portée limitée du principe général de l'égalité formulée par cette disposition, une règle spéciale sur l'égalité des sexes aurait donc une signification distincte, qui traduirait une décision politique du constituant selon laquelle la différence de sexe ne justifie plus une différence de traitement (FF 1980 I 127).

Il faut ainsi admettre qu'en inscrivant dans la Constitution l'art. 4 al. 2 Cst., le peuple suisse a clairement démontré qu'il accordait à cette disposition une valeur spécifique, qui va plus loin dans la garantie constitutionnelle de l'égalité des sexes que l'ancien art. 4 Cst. Il se justifie dès lors d'examiner le cas des recourantes à la lumière du nouveau droit, même si, formellement, une seule d'entre elles a invoqué l'art. 4 al. 2 Cst. D'ailleurs, en se prévalant de l'ancien art. 4 Cst. et de l'art. 2 Cst. vaud., qui représente une étape intermédiaire entre l'ancien et le nouvel art. 4 Cst., les autres recourantes reprennent exactement la même argumentation.

5. – L'art. 4 al. 2 Cst. dispose que:

"L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale."

a) Ce nouvel article pose sans ambiguïté le principe que l'homme et la femme doivent être traités de manière égale dans tous les domaines juridiques et sociaux, ainsi qu'à tous les niveaux étatiques (Confédération, cantons, communes). Le principe de l'égalité entre les sexes ne signifie cependant pas nivellement total, aussi des exceptions sont-elles tolérées lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe exclut absolument une égalité de traitement; tel est le cas, par exemple, de la protection de la femme en sa qualité de mère (FF 1980 I 146).

En ce qui concerne l'instruction, l'art. 4 al. 2 Cst. considère qu'il s'agit précisément d'un des domaines privilégiés de l'égalité entre les sexes, où le législateur a mandat d'intervenir immédiatement. Le principe de l'égalité dans l'instruction et la formation professionnelle est d'ailleurs largement reconnu sur le plan européen. La plupart des Etats se sont en effet efforcés de concrétiser dans leurs lois nationales la Résolution (77) 1 de la Charte sociale européenne qui exige qu'hommes et femmes reçoivent une formation scolaire et professionnelle leur offrant les mêmes droits et de même nature. La Charte sociale européenne, signée par la Suisse le 6 mai 1976, n'a pas encore été ratifiée. Toutefois, la

Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique s'est occupée de cette question depuis 1972. Elle a notamment créé une commission ad hoc en septembre 1979 pour étudier spécialement les questions de la formation des filles et de l'égalité des chances, étude qui aboutit à formuler une dizaine de recommandations lors de l'Assemblée générale des directeurs cantonaux de l'instruction publique qui s'est tenue, à Lucerne, en octobre dernier. Ces recommandations invitaient surtout les établissements scolaires à prévoir rigoureusement la même formation pour les garçons et les filles pendant le temps d'école obligatoire, selon un programme identique, et à encourager l'accès aux professions techniques pour les femmes. Actuellement, les nouvelles lois sur l'instruction publique mentionnent expressément que les mêmes possibilités de formation sont offertes aux élèves des deux sexes (cf. par ex., § 3 al. 2 et 12 al. 2 de la loi argovienne du 17 mars 1981; art. 18 du projet de la loi saint-galloise in Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Volksschulgesetzes du 23 juin 1981).

b) Dans le canton de Vaud, les écoles secondaires sont devenues mixtes en 1956. A cette époque, les filles ne suivaient pas le même programme que les garçons à l'école primaire et obtenaient des résultats systématiquement inférieurs aux examens d'admission au collège, d'où l'origine du système de barèmes différents appliqués à chacun des sexes, de manière à admettre la même proportion de filles que de garçons par rapport à la volée de référence (voir Bulletin du Grand Conseil vaudois, session ordinaire printemps 1979, vol. 1a, p. 1094). Ce système, qui se justifiait par le fait que les garçons avaient des leçons d'arithmétique pendant qu'on envoyait les filles à la couture, n'a d'ailleurs nullement empêché une légère disproportion dans le nombre des élèves masculins et féminins admis au collège dans les années soixante (par ex. en 1962, il y avait 43,5% de filles et 56,5% de garçons; en 1968, ces pourcentages avaient passé respectivement à 46,4% et 53,6%).

Dès que les programmes furent uniformisés pour les élèves des deux sexes, la tendance s'inversa, les filles réussissant mieux les examens que les garçons. On décida alors d'appliquer un barème plus favorable aux garçons pour assurer l'égalité des chances entre les deux groupes et maintenir l'équilibre entre garçons et filles dans les collèges. C'est ainsi que, lors de la session d'examens de juin 1981, il y aurait eu, sans la correction que permet le système de barèmes différenciés, 55% de filles (soit + 42) et 45% de garçons (soit - 84). Actuellement, ce système est donc utilisé alors que les candidats masculins et féminins aux examens du collège suivent rigoureusement la même instruction et bénéficient de la même préparation pour passer le même examen d'admission dans le même établissement secondaire. Vouloir, dans ces conditions, apprécier de manière plus sévère les prestations scolaires des filles ne saurait être justifié par les prétendues différences dans le développement physique et l'évolution psychologique des garçons et des filles à l'âge de 10 ou 11 ans. En effet, les particularités qui les caractérisent ne peuvent être comparées aux différenciations fonctionnelles marquées qui, exceptionnellement, permettent de faire une entorse au principe de l'égalité des sexes.

c) Quant à la notion d'égalité des chances, elle n'a, selon le Conseil fédéral, jamais signifié autre chose que: "formellement, les hommes et les femmes doivent être placés dans la même situation juridique" (FF 1980 I 124). Sur le plan scolaire, cela signifie que chaque élève doit pouvoir se prévaloir individuellement de l'égalité de traitement juridique, indépendamment de son appartenance à l'un ou l'autre sexe. En transposant la notion d'égalité des chances sur le plan collectif, entre deux groupes sociaux, le Conseil d'Etat méconnaît le caractère individuel des droits constitutionnels que l'Etat confère à chaque citoyen. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, selon une allégation des recourants qui n'est pas contestée par le Conseil d'Etat, aucun autre canton suisse n'exige des filles des prestations supérieures à celles des garçons pour accéder à l'école secondaire.

d) Compte tenu de tous ces éléments, le Tribunal fédéral doit constater que dans la mesure où les autorités vaudoises appliquent un système de barèmes différenciés, défavorable aux filles,

pour les examens d'admission du collège secondaire, elles violent le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes tel qu'il est inscrit à l'art. 4 al. 2 Cst.

SUI / 1989 / A02

Suisse / Tribunal fédéral / Cour de cassation pénale / 30-08-1989 / 6P.60-1989 / X. et Y. c. Ministère public et Cour de cassation du canton de Zurich / extraits

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décisions juridictionnelles

5.1.1.2 Droits fondamentaux – problématique générale – principes de base – égalité et non-discrimination

Illicéité (égalité de traitement dans l'illicéité) – Loi (égalité devant la loi)

Art. 4 Cst.; égalité de traitement dans l'illicéité.

Lorsqu'une autorité, non pas dans un cas isolé, ni même dans plusieurs cas, mais selon une pratique constante, ne respecte pas la loi et qu'elle fait savoir qu'à l'avenir également, elle ne respectera pas la loi, le citoyen est en droit d'exiger d'être mis au bénéfice de l'illégalité, pour autant que cela ne lèse pas d'autres intérêts légitimes. Ce principe vaut également en matière pénale. Si l'autorité cantonale ne précise pas ses intentions, le Tribunal fédéral admet que, dorénavant, se fondant sur les considérants de l'arrêt fédéral, elle suivra une pratique conforme à la loi. Cas d'une condamnation pour publication obscène.

A. – Par mandat de répression du 9 octobre 1986 le Ministère public du district de Winterthour a condamné X. et Y., propriétaires de la vidéothèque "Movie-Land Flash-Video", chacun à 5000 F. d'amende avec un délai d'épreuve et de radiation de deux ans, pour publications obscènes répétées au sens de l'art. 204 ch. 1 al. 3 CP. Les condamnés se sont simultanément vu imposer, solidairement entre eux, une créance compensatrice de 20 000 F. Enfin les cassettes vidéo litigieuses ayant été séquestrées, il a été décidé qu'elles seraient détruites sitôt le mandat de répression entré en force.

(...)

1. – (...) les recourants invoquent une violation du principe de l'égalité devant la loi garanti par l'art. 4 Cst. Selon eux presque tous les commerces de vidéo de Zurich offrent des films semblables à ceux qui font l'objet du présent procès. Les recourants proposent de prouver ce qu'ils avancent, ce qui apparaît inutile, le TF étant informé du fait qu'à Zurich de nombreuses ventes d'articles pornographiques restent impunies. Il résulte d'ailleurs des considérants de l'arrêt attaqué que la cour de cassation cantonale est au courant de cette situation.

2. – Contrairement à l'opinion de la cour de cassation cantonale, l'ATF 100 IV 191 consid. 2 (JdT 1975 I 440) n'est pas applicable en l'espèce. Le problème n'est pas en effet que les autorités zurichoises s'abstiennent parfois de faire application de l'art. 204 CP, ce qui ne justifierait pas que les recourants bénéficient des mêmes faveurs injustifiées. C'est d'un usage général qu'il s'agit ici dont les recourants pourraient en principe se prévaloir.

Lorsque l'autorité s'abstient non seulement dans certains cas exceptionnels mais d'une manière générale d'appliquer la loi et donne à entendre qu'il en ira de même à l'avenir, le citoyen peut exiger d'être traité de la même manière (ATF 108 Ia 213 consid. a = JdT 1984 I 94; GEORG MÜLLER, Kommentar zur BV, n. 45 ad art. 4 et citations). Contrairement à ce que pense la juridiction cantonale, cette règle vaut dans tous les domaines du droit, y compris

en droit pénal; seule la balance des intérêts peut, selon le domaine concerné, justifier exceptionnellement une autre solution (MÜLLER, *op. cit.*, n. 47, et ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Berne 1985, p. 73/74 et citations).

Mais c'est seulement dans les cas où l'autorité ne paraît pas disposée à renoncer à sa pratique contraire à la loi que l'intérêt du justiciable à l'égalité de traitement l'emporte sur le respect de la légalité. Dans ce cas, en effet, après une application correcte mais isolée de la loi, on en reviendra à la pratique illégale antérieure.

Si elle admet l'illégalité et qu'elle interdise la pratique vicieuse, l'autorité reprend alors sa liberté (MÜLLER, *op. cit.*, n. 46 et citations). Lorsque, comme en l'espèce, elle ne s'exprime pas sur ses intentions, le TF peut partir de l'idée, au vu des considérants de son arrêt, qu'elle en reviendra à une pratique conforme à la loi (ATF 98 Ib 26 = JdT 1976 I 11 rés., HAEFLIGER, *op. cit.*, p. 74).

3. – La cour de cassation cantonale, s'écartant du point de vue du tribunal supérieur, a considéré à juste titre qu'elle devait tenir compte de la pratique des autorités zurichoises d'instruction et d'accusation, pour pouvoir décider si l'égalité de traitement n'imposait pas la libération des recourants. Elle a dû constater que, dans le canton de Zurich, les vidéothèques et sex-shops n'étaient poursuivis pour infractions à l'art. 204 CP que sur plainte ou dénonciation de personnes privées.

a) Si ce qui précède signifiait que même des cas d'infractions à l'art. 204 connus non seulement du public mais des autorités de poursuite ne sont poursuivis que sur plainte expresse d'une personne privée, cette attitude des autorités constituerait une violation du principe de l'égalité découlant de l'art. 4 Cst. Elle serait de plus contraire au principe de la légalité qui veut que toute infraction se poursuivant d'office – parmi lesquelles les publications obscènes réprimées par l'art. 204 CP – soit réprimée. Le résultat, inadmissible, de cette pratique serait que seuls quelques-uns des nombreux auteurs de ce genre d'infraction seraient poursuivis, la plupart restant impunis. Il en irait de même d'une pratique selon laquelle ne seraient poursuivies que les infractions dénoncées ou fortuitement découvertes. On peut s'abstenir de rechercher comment exactement se passent les choses à Zurich, car rien ne permet de penser qu'une pratique généralement illégale y sera maintenue à l'avenir. Dans la mesure d'ailleurs où les autorités d'instruction et d'accusation du canton de Zurich entendraient maintenir leur pratique relative à l'application de l'art. 204 CP, elles sont invitées à y renoncer. L'inégalité de traitement que provoque la pratique actuelle sera ainsi supprimée à l'avenir, ce qui prive les recourants du droit de réclamer leur acquittement pour ce motif. La question peut dès lors rester ouverte de savoir si leur acquittement ne porterait pas atteinte à des valeurs fondamentales et devrait donc être exclu pour ce motif aussi (*cf.* MÜLLER, *op. cit.*, n. 47 et citations).

La cour de cassation cantonale invoque les difficultés de la police, trop peu nombreuse, obligée par les circonstances à limiter ses interventions. Mais ces difficultés ne sauraient justifier une pratique incompatible avec le principe de l'égalité devant la loi. Sans quoi il incomberait aux autorités politiques de fournir les moyens de la faire respecter.

b) Il faut voir au demeurant que le principe précité n'est violé que dans les cas où l'autorité traite différemment, sans motifs, deux situations identiques (ATF 107 Ia 228 et citations = JdT 1983 I 483 rés.).

Les recourants ont été poursuivis pour publications obscènes, soit pour avoir fait le commerce de cassettes pornographiques. Ils invoquent à tort le "modus vivendi" selon lequel de nombreux propriétaires de cinéma et loueurs de films exploitent impunément des productions modérément pornographiques. En effet, dans la mesure où cette tolérance existe, elle vise une situation différente de celle des recourants. Il faut voir d'ailleurs que la condamnation d'un particulier pour des publications d'une obscénité correspondant à celles qui font l'objet du "modus vivendi" impliquerait une inégalité de traitement, qui ne justifierait pas pour autant,

conformément à la jurisprudence citée, l'abandon de celle-ci ou l'acquittement de l'intéressé.
c) Les recourants invoquent également à tort la pratique des autres cantons, le principe de l'égalité n'étant violé que dans les cas où une même autorité traite et juge différemment des cas semblables (ATF 104 Ia 158 et citations = JdT 1980 I 350 rés.; HAEFLIGER, *op. cit.*, p. 72; MÜLLER, *op. cit.*, n. 39).

SUI / 1991 / A03

**Suisse / Tribunal fédéral / Ire Chambre du Tribunal fédéral des assurances /
17-12-1991 / B 9-91 / Caisse de pension d'Etat du Canton de Solothurn c. Z. et Tribunal
des Assurances du Canton de Solothurn / extraits**

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décisions juridictionnelles

4.2.2 Institutions – organes législatifs – compétences

**5.2.4.1.3 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – champ
d'application – sécurité sociale**

**5.2.4.2.1 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – critère de
différenciation – sexe**

Prévoyance professionnelle – Retraite (âge de mise à la retraite)

Art. 73 LPP: Recevabilité d'une action tendant au versement de prestations futures (consid. 1b).

Art. 4 al. 2 Cst.

Un traitement différent des fonctionnaires masculins et féminins concernant l'âge de la retraite est contraire à l'art. 4 al. 2 Cst. (confirmation de la jurisprudence; consid. 2).

Possibilité de remédier à une situation contraire à la Constitution par la voie du contrôle concret des normes? Les conditions objectives d'une intervention de l'autorité judiciaire dans un domaine ressortissant au législateur ne sont en l'espèce pas remplies, en raison de la retenue que le juge, de par sa fonction, doit s'imposer (consid. 5, 6).

A. – H. Z. né en 1929, avait pris une assurance prévoyance en tant que fonctionnaire, depuis le 1er janvier 1950, à la Caisse de retraite d'Etat de Solothurn (lors de son adhésion "Roth-Stiftung du canton de Solothurn). Les statuts de cette Caisse prévoient que le droit à la pension de retraite s'ouvre pour les hommes à 65 ans révolus et pour les femmes à 62 ans révolus (art. 29 alinéa 1 de la Caisse de pension d'Etat décidé le 2 décembre 1968 par le Conseil cantonal de Solothurn, BGS 126.582.1).

Le 1er juillet 1990, M. Z. a demandé à la Caisse de pension de retraite d'Etat, se référant à l'égalité des droits garantie constitutionnellement entre hommes et femmes (art. 4 alinéa 2 Cst.), de lui verser une pension non diminuée dès l'âge de ses 62 ans révolus soit le 9 octobre 1991. La Caisse de pension a refusé cette requête le 10 septembre 1990.

B. – M. Z. a ensuite déposé plainte pour que lui soit attribué une pension non diminuée à partir du 9 octobre 1991 auprès du Tribunal d'assurance de Solothurn, celui-ci a par décision

du 24 avril 1991 admis cette plainte comme le requérant l'a demandé. Le jugement est essentiellement fondé sur la différence d'âge prévu dans les statuts de la Caisse pour les fonctionnaires hommes et femmes et il viole l'article 4 alinéa 2 Cst. L'adaptation oubliée par le législateur devant être rectifiée par le juge.

C. – La Caisse de pension d'Etat de Solothurn demande dans son recours de droit administratif que soit annulée la décision du Tribunal du canton de Solothurn du 24 avril 1991 et que soit constaté qu'une pension complète doit être accordée à M. Z seulement à l'âge de 65 ans révolus, sous réserve des résultats de la révision en cours des statuts.

M. Z. demande le rejet du recours du droit administratif. Le Conseil fédéral pour l'assurance sociale renonce à déposer demande.

Le Tribunal fédéral d'assurance considère:

1. – Les conclusions de la requérante révèle le litige suivant: l'assuré masculin contre lequel est formé un recours administratif a-t-il, en tant qu'assuré masculin, en raison de la constitution fédérale, droit à être assuré comme un assuré féminin et peut-il par dérogation analogue au paragraphe 29 alinéa 1 des statuts obtenir dès ses 62 ans révolus versement d'une pension de retraite non diminuée?

(...)

2. – L'article 4 alinéa 2 Cst. adopté par référendum le 14 juin 1981 dispose que les femmes et les hommes doivent être traités à égalité (phrase 1). La loi prévoit l'égalité surtout au niveau de la famille, de la formation et du travail (phrase 2). Les hommes et les femmes ont droit au même salaire pour un travail équivalent (phrase 3).

a) les dispositions prévues par les dispositions constitutionnelles concernant la différence de traitement permise basée sur les différences fonctionnelles ou biologiques liées au sexe (BGE 108 Ia 29 consid. 5a) ont amené le Tribunal fédéral à déclarer comme étant contraire à l'article 4 alinéa 2 Cst. les dispositions concernant l'âge de mise à la retraite des fonctionnaires hommes et femmes (ZBI 87/1986 p. 482, voir aussi BGE 109 Ib 88 et s.). Le Tribunal fédéral d'assurance a suivi lui-même il y a peu cette interprétation, qui est dans la littérature même appliquée à des dispositions légales fédérales comparables (BGE 116 V 209 avec notes; voir HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, 1985, p. 101; HENNINGER, *Gleichberechtigung von Mann und Frau im Wandel*, *Freiburger Diss.* 1984, p. 156 s.; HORT, *L'égalité des droits entre hommes et femmes dans l'AVS*, in: *SZS 31/1987* p. 225 s., p. 228; REIMER-KAFKA, *Die Gleichstellung von Mann und Frau in der Schweizerischen Sozialversicherung* in: *SZS 35/1991* p. 233 s.; WILI, *die Entwicklung im Schweizerischen Bundesverfassungsrecht*, 1989, *Sonderheft zur ZSR*, 1990, p. 154 s.). La vérification préalable de la constitutionnalité du paragraphe 29 alinéa 1 des statuts dans le cas présent, amène à la conclusion le fait de faire une différence selon le sexe pour l'âge de la retraite est contraire à l'article 4 alinéa 2 Cst. Cette carence ne se laisse pas rectifier par une interprétation conforme à la Constitution. Le sens exact de la disposition légale ne peut pas être écarté de cette manière (BGE 116 V 212 consid. II/2b avec notes). Finalement, cette différence de traitement ne se laisse pas éliminer par l'argument que les hommes ont la possibilité dès l'âge de 60 ans de prendre une propension puisque une telle procédure a pour résultat, par expérience, d'aboutir à une réduction de la rente (*cf.* § 29 alinéa 2 en liaison avec

§ 6 alinéa 1 des Statuts; BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, 1989, P. 505, Rz. 66 und FN 136).

b) L'interprétation du § 29 alinéa 1 des statuts par l'instance précédente n'a pas, dans le cadre de ce recours administratif, à être critiquée. La non – constitutionnalité de principe de la règle qui effectue une différence selon les sexes en ce qui concerne l'âge de la retraite n'est pas litigieuse non plus. La requérante fait seulement valoir que la rectification d'une disposition qui ne respecte pas la légalité n'est pas de la compétence du juge mais est réservée au législateur.

(...)

4. – (...)

b) Suivant l'opinion du Tribunal cantonal, il faut ensuite reconnaître que, contrairement à l'interprétation de la requérante, le contenu résiduel de cette obligation constitutionnelle de traitement à égalité des hommes et des femmes n'est pas épuisé par une simple prise en charge du législateur. La jurisprudence s'attache à donner, en s'appuyant sur l'autorité constituante attribuée à l'article 4 alinéa 2 phrase 1 Cst., la signification d'une vraie garantie du droit fondamental à un traitement égal qui peut être directement poursuivi et exécuté par le Tribunal et ceci aussi dans des domaines de droit qui sont en principe attribués au législateur pour qu'il détermine une organisation conforme surtout à la Constitution (BGE 116 V 214; ZBI 88/1987 p. 309; Botschaft über die Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau" du 14. novembre 1979, in: BBI 1980 I 142; J. P. MÜLLER, die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Ed., 1991 [von J. P. MÜLLER/ST. MÜLLER, Grundrechte-Besonderer Teil], p: 231; G. MÜLLER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1987, n. 139 zu Article 4 Cst. et les autres notes).

c) Si tant est que la jurisprudence considère une intervention du juge pour des violations du principe d'égalité de traitement des hommes et des femmes, elle prend soin de différencier si l'acte attaqué a été émis avant ou après l'entrée en vigueur de l'article 4 alinéa 2 Cst. (BGE 116 V 213 s., ZBI 88/1987 p. 306, 87/1986, p. 485; HAEFLIGER, précité., p. 93 s.).

Il faut aussi donner raison à l'instance précédente, en ce que l'article 29 alinéa 1 des statuts a été promulgué le 14 juin 1981 et doit donc par rapport à l'article 4 alinéa 2 Cst. être considéré comme une disposition ancienne pour laquelle le législateur cantonal disposait d'une période de transition pour s'adapter à l'ordre constitutionnel, période qu'il a laissé expirer sans agir. Les arguments du recours auprès du Tribunal administratif n'y changent rien. Comme la plaignante le concède, le premier pas pour la réalisation de l'égalité de traitement des sexes dans le domaine de la Caisse de pension d'Etat ont été faits en mai 1986, par conséquent, à une époque où la non-constitutionnalité, encore contenue dans les textes actuels, était connue depuis presque 5 ans. Sans cette attente, il aurait été possible aux organes compétents de prendre les mesures nécessaires. Si la requérante argumente avoir dû arrêter les tentatives de révisions, suite à une recommandation de la conférence des directeurs de finances jusqu'à la promulgation des travaux de la 10e LAVS, ceci ne change rien à l'inactivité objective constatée. Constatant le retard qui en découle, la requérante n'apporte pas d'argument constitutionnellement pertinent.

En considérant la carence du législateur, il résulte que l'instance précédente a approuvé à juste titre les conditions temporelles pour justifier une intervention du juge conformément à la

jurisprudence (BGE 116 V 215).

(...)

6. – a) En tenant compte de l'obligation de l'égalité de traitement entre les assurés masculins et féminins, telle que la question se pose dans le cas précédent, l'organisation du droit à une retraite de prévoyance peut se réaliser sous différentes formes (RIEMER-KAFKA, précité., p. 234; WEBER-DÜRLER, Auf dem Weg zur Gleichberichtigung, in: ZSR 104/1985 I p. 1 et s., en particulier p. 22 et s.). Ce fait, à lui seul, n'empêche pas une intervention du juge, comme l'a déjà démontré le Tribunal fédéral d'assurance dans sa décision BGE 116 V 198. Cependant la multitude des possibilités de réglementation qui sont envisageables ainsi que d'autres points de vue dont il faut tenir compte, peuvent mener à un autre résultat. Le principe de traitement à égalité des sexes ne laisse, par exemple, pas la possibilité de tirer des conclusions sur l'âge unitaire de la mise à la retraite. De plus, il s'agit dans ce cas contrairement à l'organisation de la retraite de réversion qui en elle-même ne prend pas en compte le sexe, d'une question en premier lieu politique, comme l'a démontré expressément la discussion au sujet de la révision de la 10e LAVS. Ceci n'est pas fondamentalement différent au niveau cantonal. Tout cela semble plaider contre une intervention du juge dans la législation existante insuffisante, conformément à la jurisprudence connue (BGE 116 V 212 consid. II/3a avec notes; G.MÜLLER, précité., Rz 138 zu Article 4 Cst.; voir aussi J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 2 Ed., 1981, p. 193). Nous pouvons nous demander si cette retenue est appropriée, étant donné d'une part la sévérité des désavantages juridiques entraînés par l'anticonstitutionnalité, et d'autre part la trop longue inactivité du législateur (KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 1987, p. 168 s.; grundlegend BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, Basler diss. 1991, p. 452 s., 464, 468 s.). Ce doute serait de plus fondé si le législateur ne se voyait pas empêcher, par une intervention claire, évidente et motivée du juge sur un cas précis, de décider une nouvelle organisation qui elle tiendrait compte des lois, des droits fondamentaux, ainsi que des principes constitutionnels (BGE 116 V 216 voir aussi BGE 99 Ia 637), mais qui ne tiendrait plus compte du plaignant dans ce cas précis (ZBI 87/1986 p.406).

Une telle décision n'est pas nécessaire dans ce cas. Même si une intervention du juge n'est pas exclue en raison des différentes possibilités de réglementations ainsi que pour d'autres points de vue déjà évoqués, la capacité fonctionnelle limitée du juge pour réglementer des domaines d'une façon fondamentalement neuve, représente ici une barrière insurmontable.

b) Le Tribunal fédéral d'assurance a, dans sa décision BGE 116 V 198, insisté sur le fait que ce ne peut pas être le rôle du juge de transformer de manière fondamentale un domaine déjà réglementé en se basant sur le principe de légalité de traitement de l'homme et de la femme (déjà évoqué voir 5 c). Si l'attribution d'une rente de veuf selon les réglementations qui définissent cette attribution (principe de l'extention du bénéficiaire) n'est, sans aucun doute, pas une intervention qualifiée, (BGE 116 V 215 consid II/3b) la question qui est ici posée concernant l'âge de la mise à la retraite, est plus large. Dans ce contexte, il apparaît qu'il est significatif que la requérante en tant que Caisse de Prévoyance est organisée selon le principe de la primauté de la prestation (Leistungsprimat) (§ 30 des statuts). Les prestations qu'elle doit apporter, sont définies par les données des statuts, contrairement au système de la primauté de la cotisation (primauté de la cotisation et de la bonification d'âge) où les cotisations définies et effectuées individuellement le sont par les prestations, (HELBLING, précité; p. 113 s.; GERHARDS, Grundriss Zweite Säule, 1990, p. 50 s.; voir aussi BRÜHWILER; précité; Rz.

5S 205; RIEMER; précité, § 1 Rz. 17, p. 30). De tels objectifs de versements de prestations doivent être financés et sécurisés, ce qui implique d'établir de larges plans à long terme. Il est évident que le rapport comptable bien équilibré entre les cotisants et les bénéficiaires a une importance considérable voir même vitale pour la Caisse de prévoyance (VOLKMER, Finanzierung und finanzielles Gleichgewicht, Schweizer Personalvorsorge (SPV) 1989 H. 5 P 155 et s.; GERHARDS, précité, p. 103 s., en particulier Rz. 9 s.; voir les graphiques de présentation chez HELBLING, précité p. 251 et s.). Une diminution de l'âge de la pension, comme celui contre lequel le recours a été déposé le suggère, entraînerait des conséquences considérables qui pourraient avoir un effet imprévisible. Le législateur se verrait contraint, d'une façon certaine de sécuriser par des mesures adaptées le financement de l'aménagement des prestations. Vue sous cet angle, et vue sous l'angle des coûts supplémentaires qui en découlent, la diminution de l'âge de la retraite à 62 ans accomplis pour les hommes comme l'a décidé l'instance précédente, ainsi que sa réalisation, sont douteuses si l'on tient compte des expériences d'autres Caisses de prévoyance basées sur le principe de la primauté des prestations (voir Botschaft zur Verordnung über die Eidg. Versicherungskasse und zu den Statuten der Pensions – und Hilfskasse der SBB du 2 mars 1987, BBI 1987 II 493 s., 502).

Dans tous les cas, il est sûr que la diminution de l'âge de la prise de pension dans le système de la primauté des prestations n'est pas seulement du point de vue des prestations une intervention lourde, mais cela impose de plus une transformation fondamentale des bases et modalités de financement de la Caisse de prévoyance. Ceci exige une solution immédiate à des rapports complexes qui dépasse de loin la demande de prestation litigieuse et qui dans le cadre d'un jugement sur un cas précis ne peut être apportée par le juge. De telles transformations fondamentales qui sont principalement basées sur des réflexions concernant le sens et l'utilité et qui dans leurs conséquences sont difficiles à évaluer, ne peuvent donc pas être prises par le juge. Jurisprudence et doctrine sont sur ce point d'accord (BGE 116 V 215 et s.; 109 Ib 88 et s.; voir aussi BGE 114 II 246 ainsi que ZBI 87/1986 p. 409 s. Consid.8; WEBER-DÜRLER, précité, p. 21 s.; HÄNNI, Grenzen richterlicher Möglichkeiten bei der Durchsetzung von Gleichheitsansprüchen gemäss Art. 4 Cst. dans ZSR 107/1988, p. 591 et s., en particulier p. 609; HÄFLIGER, précité, p. 95; KÄLIN, précité, p. 175; J. P. MÜLLER, soziale Grundrechte, précité p. 194, et s.; J. P. MÜLLER dans Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1987, Einleitung zu den Grundrechten, Rz.88; BIAGGINI, précité, p. 465 et s.).

c) Le Tribunal cantonal n'a pas considéré de manière suffisante ces faits déterminants et a violé l'article 4 alinéa 2 Cst. En conséquence, dans ce cas-ci, il faut s'arrêter à la constatation de l'anticonstitutionnalité des règlements actuellement d'application. Cette solution peut sembler, pour celui qui demande justice, non satisfaisante. Cependant on peut lui opposer que, par une intervention du juge, comme le Tribunal cantonal l'a fait pour permettre l'exécution du principe constitutionnel de traitement égal, il y aurait obligatoirement création d'autres inégalités.(BGE 103 V 62 consid. 2.). Cela a pour conséquence que seule une réglementation légale peut apporter une solution satisfaisante dans un Etat de droit (J.-P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, précité, p. 197)

L'attribution d'une pension non diminuée à celui contre qui ce recours a été déposé ne peut donc actuellement pas de ce point de vue être accordée.

Par conséquent, le Tribunal fédéral d'Assurance reconnaît:

Le recours est admis. La décision du Tribunal d'assurance du Canton de Solothurn du 24 avril 1991 est annulée.

SUI / 1992 / A04

**Suisse / Tribunal fédéral / IIe Cour de droit public / 24-01-1992 / 2P.95-1991 / F. c.
Tribunal administratif et Administration fiscale cantonale de Genève / extraits**

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décisions juridictionnelles

**5.2.4.1.1 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – champ
d'application – charges publiques**

**5.2.35 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – droits en matière fiscale
Concubins**

*Art. 4 Cst.; égalité de traitement entre concubins et couples mariés (rappel de la
jurisprudence).*

*Dans la mesure où une égalité absolue ne peut pas être réalisée, il suffit que la
réglementation cantonale n'entraîne pas, d'une manière générale, une imposition plus lourde
et systématiquement défavorable des concubins par rapport aux époux (consid. 3).*

(...)

3. – a) Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 116 Ia 83 consid. 6b; 115 Ia 287 consid. 6 et références). Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 114 Ia 323 consid. 3a). La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 116 Ia 323 consid. 3c; 110 Ia 14).

En matière fiscale, le principe de l'égalité de traitement est concrétisé par les principes de la généralité et de l'égalité de l'imposition, ainsi que par le principe de la proportionnalité de la charge fiscale fondée sur la capacité économique (ATF 116 Ia 323 consid. 3d). D'après les principes de l'égalité d'imposition et de l'imposition selon la capacité contributive, les contribuables qui sont dans la même situation économique doivent supporter une charge fiscale semblable; lorsqu'ils sont dans des situations de fait différentes qui ont des effets sur leur capacité économique, leur charge fiscale doit en tenir compte et y être adaptée (ATF 114 Ia 323 consid. 3b).

A cet égard, la comparabilité des faits à réglementer joue un rôle important. Elle est plus faible s'agissant de l'égalité de traitement verticale, c'est-à-dire de la répartition de l'impôt

entre les contribuables de situations financières différentes selon leur capacité contributive, de sorte que le législateur dispose d'une large marge d'appréciation et qu'on ne saurait exiger beaucoup plus qu'une évolution régulière du barème ou de la courbe de la charge fiscale. La marge du législateur est plus étroite s'agissant de la répartition horizontale de la charge fiscale, c'est-à-dire de l'égalité de traitement des contribuables ayant une même capacité contributive (ATF 110 Ia 14/15).

b) En Suisse, les concubins ne constituent pas, pour des raisons essentiellement pratiques, une catégorie de contribuables dans le droit fiscal actuel. Ils sont imposés séparément comme les personnes vivant seules et il n'est pas tenu compte de la communauté de fait qu'ils forment (ATF 110 Ia 19), de sorte que chacun est imposé sur ses revenus propres et qu'aucune compensation n'est possible entre les revenus, les pertes et les déductions de l'un et de l'autre. Lorsque le couple concubin a des enfants, le partenaire qui en a la garde (ou la charge effective, ou qui a l'autorité parentale, selon la législation) est imposé selon le régime réservé aux familles monoparentales lorsque le droit cantonal en prévoit un; l'autre concubin est traité selon son état civil (célibataire, divorcé, veuf) et bénéficie, le cas échéant, des abattements que prévoit le droit cantonal pour l'entretien des enfants confiés à leur autre parent (voir D. YERSIN, *L'imposition du couple et de la famille*, 1984, p. 21s. et p. 72; H. MASSHARDT, *Kommentar zur direkten Bundessteuer*, art. 25, nos 8 et 9). Par rapport à un couple marié dont les éléments imposables sont cumulés – et peuvent éventuellement se compenser –, la charge fiscale globale des concubins dépend dans une certaine mesure de la manière dont s'articulent les revenus des deux partenaires. Lorsque les deux concubins réalisent des revenus semblables, ils sont favorisés sur le plan fiscal, pour un revenu global donné, mais plus les écarts entre leurs revenus sont marqués, moins ils tirent avantage de leur situation. Il peut même arriver, lorsqu'un seul des deux partenaires assure l'entretien complet du couple et des enfants, comme en l'espèce, que la charge fiscale globale des concubins soit nettement supérieure à celle d'un couple marié.

c) S'agissant de réaliser le postulat selon lequel les couples mariés ne doivent pas payer plus d'impôt que des concubins, le Tribunal fédéral a souligné que le législateur cantonal dispose d'une marge d'appréciation importante. Outre qu'il s'agit de questions dont la solution dépend dans une large mesure de facteurs politiques qui imposent au juge constitutionnel de faire preuve de réserve (ATF 112 Ia 244), la complexité des faits à régler et le nombre de paramètres entrant en considération pour apprécier les situations à comparer, rendent très difficile, voire impossible, une réglementation schématique et générale apte à tenir compte de tous les éléments, souvent contradictoires, en présence et à réaliser une égalité absolue. A vouloir assurer une égalité parfaite dans le cadre d'une seule comparaison, le législateur court le risque de créer par la même occasion une inégalité au préjudice d'autres catégories de contribuables. Or, lorsqu'un domaine à régler présuppose l'existence d'un schématisme important, l'art. 4 Cst. n'exige pas que tous les contribuables soient traités d'une manière rigoureusement égale, quelle que soit leur situation personnelle (mariés, concubins, célibataires, avec ou sans enfants); sous réserve des cas où le tarif conduit à une inégalité flagrante, la norme constitutionnelle ne peut que garantir globalement l'égalité de traitement entre les justiciables (arrêt du Tribunal fédéral non publié du 8 décembre 1988 en la cause A. M. c. canton du Valais, consid. 2a).

Ces considérations gardent toute leur valeur s'agissant de la situation inverse, c'est-à-dire de la comparaison de la charge fiscale des concubins avec celle d'un couple marié. Ainsi, une marge importante d'appréciation doit être reconnue au législateur cantonal dans l'aménagement de l'imposition des concubins, car l'art. 4 Cst. n'exige pas que leur charge

fiscale soit dans tous les cas rigoureusement semblable à celle des couples mariés. Certes, il n'appartient pas au droit fiscal de combattre le concubinage et de favoriser le mariage en lieu et place des dispositions pénales idoines qui disparaissent de plus en plus. Le législateur cantonal peut toutefois réserver un mode d'imposition différent aux concubins dans ces limites. Du moment qu'il n'est pas possible d'empêcher que des avantages soient accordés au mariage ou au concubinage, le statut juridique du mariage et sa signification sociale commandent que le législateur fiscal favorise non pas les concubins, mais les couples mariés (ATF 110 Ia 19/20).

Dès lors, d'éventuelles différences au détriment des concubins – qui sont la conséquence d'un statut librement choisi par les intéressés – ne sont pas contraires à l'art. 4 Cst., dans la mesure où une égalité absolue ne peut être réalisée entre ceux-ci et les couples mariés, les concubins ne pouvant être imposés ensemble, comme une unité. Il suffit que la réglementation prévue par le droit cantonal n'entraîne pas une imposition systématiquement et délibérément plus lourde des couples vivant en union libre par rapport à des époux (E. REIZE, Die Ehegattenbesteuerung als verfassungsrechtliches und steuerrechtliches Problem, 1976, p. 80). A cet égard, la comparaison peut se faire globalement, compte tenu de l'ensemble des différentes situations dans lesquelles se trouvent les concubins au cours de leur vie commune.

d) Dans le cas particulier, le recourant ne prétend pas que le système d'imposition des concubins en droit fiscal genevois soit, d'une manière générale, défavorable à ces derniers. Il est vrai qu'ayant entretenu seul sa famille au cours des années 1987 et 1988, il se trouve pénalisé du fait qu'il ne bénéficie pas des mêmes abattements qu'un contribuable marié. Toutefois, il n'établit pas que sa situation serait également moins bonne que celle d'un couple marié dans le cas où lui-même et sa compagne obtiendraient tous deux un gain de leur travail. Au contraire, dès que Viviane L. aura terminé sa formation et exercera sa profession, leur statut fiscal sera vraisemblablement plus favorable que celui d'un couple marié, leurs revenus n'étant pas cumulés. Le régime que le canton de Genève réserve aux concubins n'entraîne donc pas d'inégalité de traitement contraire à l'art. 4 Cst. à leur détriment. Sur ce point, le grief du recourant n'est donc pas fondé.

SUI / 1995 / A05

Suisse / Tribunal fédéral / IIe Cour de droit public / 7-06-1995 / 2P.213-1993 / Margot Knecht c. Conseil communal de la ville de Zurich et Conseil d'Etat du canton de Zurich / extraits

5.2.4 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité

5.3.6 Droits fondamentaux – droits économiques, sociaux et culturels – liberté du commerce et de l'industrie

Branche économique (égalité au sein d'une même branche économique) – Taxis

Imposition fiscale des détenteurs de taxis. Egalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique (neutralité concurrentielle des mesures étatiques). Règlement du Conseil communal de la ville de Zurich prévoyant des tarifs différents selon que les détenteurs de taxis sont reliés ou non à une centrale permanente de diffusion d'ordres de

course. Recours de diverses entreprises de taxis, dont la recourante, rejetés par le Conseil d'Etat du canton de Zurich. Recours de droit public admis par le Tribunal fédéral.
Art. 4 et 31 Cst.

1. – Nature juridique d'une redevance, intitulée taxe, qui compense l'utilisation du domaine public par les taxis et, simultanément, doit favoriser, au moyen d'un tarif différent, les taxis au bénéfice d'une liaison radio (consid. 3a).

2. – Conséquences tirées du principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique; l'art. 31 Cst. offre une meilleure protection que l'art. 4 Cst. (consid. 3b – 3d).

3. – Examen de la différence de tarif en cause à la lumière de la neutralité concurrentielle et de sa compatibilité avec le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique (consid. 4).

Le Conseil communal de la ville de Zurich a décidé, le 19 décembre 1990, d'une modification de l'ordonnance sur les émoluments perçus pour le service des taxis (décision du Conseil communal n° 3994/1990). (...) La nouvelle réglementation distingue (...) les taxis au bénéfice d'une liaison radio avec une centrale permanente de diffusion d'ordres de course, qui sont soumis à une taxe de 35 francs par mois et par véhicule, des autres taxis, dont la taxe est portée à 90 francs.

(...)

A l'appui de son recours, Margot Knecht affirme en substance que la nouvelle ordonnance sur les émoluments procéderait à des distinctions arbitraires et violerait ainsi l'art. 4 Cst.; elle porterait également atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie de l'art. 31 Cst. en ce que la distinction opérée n'est pas justifiée par un intérêt public suffisant. Margot Knecht fait également valoir que le Conseil d'Etat aurait méconnu son droit d'être entendue, en écartant l'offre de preuve qu'elle avait faite.

Le Conseil communal de la ville de Zurich et le Conseil d'Etat du canton de Zurich ont recommandé le rejet du recours.

Le TF a admis le recours.

Motifs:

3. – a) Le conseil d'Etat reconnaît, en se référant au Conseil communal de la ville de Zurich, que la différenciation des tarifs entre les taxis qui bénéficient d'une liaison radio et ceux qui n'en n'ont pas a pour but principal de favoriser les services qui présentent le plus d'intérêt pour la collectivité publique. L'ordonnance attaquée présente donc sur ce point un caractère incitatif et d'orientation, même si, comme le Conseil communal de la ville de Zurich l'a relevé, chaque détenteur de taxi reste libre de se raccorder ou non à une centrale de diffusion d'ordres. La taxe prévue ne représente donc que partiellement une contrepartie à l'utilisation du domaine public. Elle n'est une redevance causale que dans cette mesure. Il s'agit à la fois d'une redevance causale et d'une redevance d'orientation. La question de savoir si cette taxe est une contribution mixte (voir à ce sujet ATF 118 Ib 60 consid. 3a; ATF 103 Ia 85 consid. 5a, JdT 1979 I 98; arrêt non publié du 8 août 1989 dans la cause M., consid. 2a, RJB 1991 p. 310; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, vol. II, 6e éd., Bâle et Stuttgart 1986, n. 110 B 1; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, n. 110 B 1; HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2e éd., Zurich 1993, n. 2091 s.), peut rester ouverte tout comme celle relative à l'applicabilité des principes de couverture des frais et d'équivalence (voir spéc. à ce sujet ZBl 1988 p. 219 s.).

La recourante n'invoque pas ces principes. Elle fait par contre valoir que la différenciation

des tarifs prévue ne se fonde pas sur un intérêt public suffisant et n'est pas neutre sur le plan concurrentiel. Il en résulterait une violation de la liberté du commerce et de l'industrie. L'ordonnance ne respecterait par ailleurs pas le principe de l'égalité de traitement et serait arbitraire.

b) Les cantons et les communes ont le droit, sous certaines conditions, de limiter la liberté du commerce et de l'industrie des détenteurs de taxis. L'atteinte doit être dictée par un intérêt public prépondérant et les principes de proportionnalité et d'égalité devant la loi doivent être respectés. Selon l'art. 31 al. 2 Cst., les législations cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie ne peuvent cependant pas déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il ne peut s'agir que de mesures de police au sens étroit ou de mesures justifiées par des motifs de politique sociale (ATF 120 Ia 126 consid. 4a, JdT 1996 I 146; ATF 119 Ia 59 consid. 6a; ATF 118 Ia 175 consid. 1 avec réf., JdT 1994 I 643). Il est par contre interdit au canton d'ordonner des mesures de politique économique, soit celles qui interviennent dans la libre concurrence pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation (ATF 118 Ia 175 consid. 1 avec réf., JdT 1994 I 643). En vertu du principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique, sont interdites les mesures qui créent des distorsions de concurrence entre concurrents directs (ATF 120 Ia 236 consid. 1a, JdT 1996 I 154), de même que celles qui ne sont pas neutres sur le plan économique (ATF 119 Ia 59 consid. 6a). Sont des concurrents directs les entreprises qui appartiennent à la même branche, ont des offres semblables, destinées à la même clientèle pour satisfaire la même demande (ATF 119 Ia 433 consid. 2b; ATF 106 Ia 267 consid. 5a avec réf., JdT 1982 I 151). En l'espèce, il y a un rapport de concurrence directe entre les différentes catégories de détenteurs de taxis au bénéfice d'une autorisation A délivrée par la ville de Zurich.

c) La question se pose de savoir si la réglementation attaquée est ou non une mesure de politique économique. Certes, la différenciation prévue ne poursuit pas, en première ligne, un but de politique économique. Cependant, en tant que mesure fiscale d'incitation, elle intervient dans la libre concurrence entre les différentes catégories de détenteurs de taxis, qui se trouvent dans un rapport de concurrence direct. Savoir s'il s'agit d'une véritable mesure de politique économique ou si la taxe produit simplement des effets annexes de politique économique peut toutefois rester ouvert en l'espèce. En effet, même dans cette dernière hypothèse, la taxe devrait respecter le principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique.

Au cours de sa longue jurisprudence, le TF a déduit le principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique, soit exclusivement de l'art. 31 Cst. (p. ex. ATF 108 Ia 135 consid. 4, JdT 1984 I 2; ATF 91 I 98 consid. 2a, JdT 1966 I 301; ATF 89 I 27 consid. 2, JdT 1963 I 503; ATF 73 I 97 consid. 2, JdT 1947 I 508), soit conjointement de cette disposition et de l'art. 4 Cst. (cf. not. ATF 88 I 231 consid. 3, JdT 1963 I 316; ATF 87 I 446 consid. 6b, JdT 1962 I 148; ATF 61 I 321 consid. 2; ATF 49 I 228 consid. 2b, JdT 1923 I 628). L'examen de cette abondante jurisprudence permet de distinguer les cas suivants: le TF a parfois eu à se prononcer sur la validité de réglementations relatives aux heures d'ouverture des magasins et à des prescriptions analogues (p. ex. ATF 91 I 98, JdT 1963 I 316; ATF 89 I 27, JdT 1963 I 503; ATF 88 I 231, JdT 1963 I 316; ATF 87 I 446, JdT 1962 I 148; ATF 73 I 97, JdT 1947 I 506; ATF 49 I 228, JdT 1923 I 628; ATF 44 I 4, JdT 1918 I 528). Il s'est aussi agi de questions relatives à la charge fiscale (ATF 61 I 321; ATF 45 I 347, JdT 1920 I 142) ou à l'usage commun accru (cf. spéc. ATF 108 Ia 135, JdT 1984 I 2). Dans tous ces cas, les réglementations examinées intervenaient dans la libre concurrence sans que, comme dans la présente réglementation, leur principale motivation relève de la politique économique. Cette jurisprudence du TF a soulevé des critiques dans la doctrine. Il lui a surtout été reproché de promouvoir l'égalité des chances entre concurrents directs, ce qui irait au-delà de la liberté

du commerce et de l'industrie. Par ailleurs, en s'appuyant sur le principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique, le TF aurait autorisé des mesures tendant au maintien de certaines structures, donc des mesures de politique économique en soi interdites (*cf.* à ce sujet HANS HUBER, *Die Gleichbehandlung der Gewerbetenigen*, in: *Festschrift für Walther Hug*, Berne 1968, p. 454 s.; HANS MARTI, *Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung*, Bâle et Stuttgart 1976, p. 76 s.; RENE A. RHINOW, in *Commentaire de la Constitution*, art. 31 Cst., n. 176 s., spéc. n. 185; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, Berne 1982, p. 220 s.). Une partie de la doctrine est également d'avis que l'art. 31 Cst. ne permet pas de prétendre à une égalité durable, comme le droit général à l'égalité de traitement de l'art. 4 Cst. (dans ce sens, *cf.* surtout MARTI, *op. cit.*, p. 74; DANIEL WYSS, *Die Handels – und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit*, Zurich 1971, p. 36 s.). Des avis isolés se sont enfin manifestés pour défendre l'idée selon laquelle le principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique découlerait certes de l'art. 4 Cst., mais aurait une portée particulière en matière de concurrence économique (dans ce sens déjà, *cf.* WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. mai 1874*, 3e éd., Berne 1931, p. 236; ANTOINE FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 2e éd., Fribourg 1970, p. 382).

C'est ainsi que le TF, se référant aux critiques soulevées par la doctrine, a régulièrement laissé indécise la question de savoir si le droit à l'égalité de traitement tiré de l'art. 31 Cst. n'était pas qu'une simple concrétisation, limitée au domaine de la liberté économique, du droit général à l'égalité de traitement de l'art. 4 Cst. (*cf.* surtout ATF 119 Ia 433 consid. 2b et 3a 436/445; ATF 112 Ia 30 consid. 3a 34 s., JdT 1987 I 157; ATF 106 Ia 267 consid. 5a 275, JdT 1982 I 151). Dans l'ATF 120 Ia 236 consid. 1a et b, JdT 1996 I 154, le TF s'est rapproché une nouvelle fois de son ancienne jurisprudence, en reconnaissant, sans toutefois le dire expressément, que le principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique a une portée plus étendue que le droit général à l'égalité de traitement (*cf.* à ce sujet PAUL RICHLI, *Bemerkungen zu BGE 120 Ia 236*, in *AJP* 1995 222). Dans la doctrine la plus récente, la question reste largement controversée (pour un fondement tiré de l'art. 31 Cst.: ETIENNE GRISEL, *Liberté du commerce et de l'industrie*, vol. I, Berne 1993, p. 125 s., n. 320 s., et vol. II, Berne 1995, p. 157, n. 826; PAUL RICHLI, *Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze und zum Verhältnis zwischen Wirtschaftspolitik und Handels – und Gewerbefreiheit*, Berne 1983, p. 108, n. 55; RENE A. RHINOW, *op. cit.*, art. 31 Cst., n. 176 s., spéc. 183; pour un fondement tiré de l'art. 4 Cst.: ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Berne 1985, p. 239 s.; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, Berne 1988, p. 392 s.; GEORG MÜLLER, in *Commentaire de la Constitution*, art. 4 Cst., n. 29; LEO SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 1994, p. 47; sur la problématique en général, *cf.* ég. FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berne 1981, p. 155; HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3e éd., Zurich 1993, n. 1435 s.; YVO HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*; vol. II: *Grundrechte*, Zurich 1982, p. 187 s.; JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2e éd., Berne 1991, p. 362, n. 59).

d) Selon la jurisprudence constante du TF, un arrêté, comme celui qui doit être examiné en l'espèce, viole le droit général à l'égalité de traitement prévu par l'art. 4 Cst., s'il fait des distinctions pour lesquelles on ne discerne aucun motif raisonnable et pertinent (ATF 119 Ia 123 consid. 2b, JdT 1995 I 626), respectivement – selon une autre formulation – s'il règle de manière différente des situations semblables ou essentiellement semblables sans motivation suffisante (ATF 120 Ia 126 consid. 6b, JdT 1996 I 146). Pour qu'une distinction soit admissible, il suffit donc qu'il y ait des motifs sérieux et pertinents qui, notamment,

pourraient aussi relever de la politique économique. Le droit général à l'égalité de traitement n'exige rien de plus. On ne peut ainsi pas en déduire, sans se référer à la liberté du commerce et de l'industrie, que des distinctions ne doivent pas heurter le principe de l'égalité de traitement entre concurrents, respectivement le principe de la neutralité dans le jeu de la concurrence.

En revanche, l'art. 31 al. 2 Cst. interdit les mesures étatiques qui dérogent au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Les actes d'autorité peuvent ainsi faire des distinctions qui reposent sur des motifs raisonnables et pertinents, compatibles avec l'art. 4 Cst., mais qui violent l'art. 31 Cst., parce qu'ils font des discriminations qui portent atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans la mesure où cet aspect est essentiel pour assurer l'égalité de traitement entre concurrents, il ne peut pas être tiré de l'art. 4 Cst., mais seulement déduit de l'art. 31 Cst. Dans ce sens, la liberté du commerce et de l'industrie complète le droit général à l'égalité de traitement et offre une garantie plus étendue que celui-ci.

Les critiques formulées par la doctrine doivent être prises en compte, en ce sens que le principe ne peut conduire à une égalité absolue de tous les concurrents directs garantie par l'Etat, pas plus qu'il ne peut être mis au service d'une politique tendant au maintien de certaines structures. Matériellement, la garantie constitutionnelle de l'égalité de traitement entre concurrents empêche l'Etat d'adopter des réglementations qui reposent en soi sur des motifs raisonnables et pertinents mais qui, sans être principalement dictées par des motifs de politique économique, favorisent ou défavorisent certains concurrents par des charges différentes ou un accès au marché facilité ou rendu plus difficile par l'Etat. L'Etat ne peut en particulier pas octroyer des avantages économiques injustifiés à certains utilisateurs du domaine public au détriment de leurs concurrents directs (*cf.* GRISEL, *op. cit.*, vol. I, p. 128, n. 325; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992 162; en relation avec les places de stationnement pour taxis, *cf.* surtout ATF 108 Ia 135 consid. 3, JdT 1984 I 2, confirmé dans un arrêt non publié du TF du 2 juin 1989 dans la cause B.). Il en va de même pour les mesures d'encouragement (GRISEL, *op. cit.*, vol. II, p. 157 s., n. 827 s.; HÄFELIN/HALLER, *op. cit.*, n. 1454; et les charges fiscales (ATF 61 I 321; GRISEL, *op. cit.*, vol. II, p. 193 s.; HANS MARTI, Die Handels – und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Berne 1950, p. 248 s.). En l'espèce, le principe de l'égalité de traitement des concurrents revêt de l'importance sous ces trois points de vue.

e) Le TF examine en principe librement si les conditions requises pour une limitation admissible de la liberté du commerce et de l'industrie sont réunies et, en particulier, si le principe de l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique est respecté. En matière d'octroi de concessions A pour taxis, le TF reconnaît cependant aux autorités communales et cantonales un large pouvoir d'appréciation, notamment en relation avec les questions de capacité et autres particularités locales (ATF 108 Ia 135 consid. 3, JdT 1984 I 2). Aucun de ces motifs, et notamment aucune question de capacité, ne joue de rôle en l'espèce pour l'imposition différenciée de l'utilisation des places de taxi. Le TF ne doit donc faire preuve de retenue que dans la mesure où il y a lieu de tenir compte des différentes particularités locales, mieux connues des autorités communales et cantonales que du TF.

4. – a) Les autorités municipales et cantonales justifient la différence d'imposition entre les taxis au bénéfice d'une liaison radio et les autres taxis sur la base de critères comme l'intensité de l'utilisation des places de stationnement pour taxis et le nombre des courses à vide sur la voie publique pour aller à la recherche de clients. L'arrêt attaqué affirme certes que le niveau d'utilisation du domaine public n'est pas décisif pour conclure à l'admissibilité de la différenciation tarifaire. Dans sa prise de position devant le TF, le Conseil d'Etat a cependant fait valoir que pour les détenteurs de taxis sans liaison radio, une présence prolongée sur la voie publique était une condition sine qua non de l'exercice de leur activité.

Si ces critères étaient réellement déterminants, les griefs formulés par la recourante –

appréciation arbitraire des faits et violation du droit d'être entendu parce que ses offres de preuve n'ont pas été retenues – ne pourraient cependant pas être écartés sans autre, même compte tenu d'un certain pouvoir d'appréciation en relation avec les différentes particularités locales. Ces critères n'ont toutefois pas été considérés comme décisifs par les autorités inférieures, qui ne les ont examinés qu'à titre incident. L'arrêt attaqué ne les intègre d'ailleurs pas dans son raisonnement. Les questions de capacité – comme le nombre limité de places de stationnement – n'ont aussi joué aucun rôle pour déterminer quelles différences de traitement pouvaient être imposées, au détriment de certains concurrents. Le but décisif de la réglementation était bien plutôt de favoriser le raccordement des taxis à une centrale téléphonique et de tenir compte des coûts élevés générés par ce raccordement. Dans ces circonstances, les griefs de la recourante relatifs aux lacunes dans la constatation des faits et au rejet de ses offres de preuve s'avèrent infondés.

b) Il convient par contre de savoir si le critère de distinction reconnu comme déterminant est admissible. Avec la réglementation attaquée, l'Etat s'immisce dans la concurrence entre les différents conducteurs de taxis au bénéfice d'une concession A qui, en dépit des différences existantes, sont des concurrents directs. C'est une décision commerciale appartenant à chaque détenteur de taxi que de savoir s'il veut se connecter à une centrale et assumer les coûts supplémentaires qui en découlent, pour être plus facilement atteignable et renforcer sa présence sur le marché. Le Conseil d'Etat reconnaît d'ailleurs dans sa prise de position au TF, qu'une liaison radio augmente les possibilités de gain. Dans cette mesure, la réglementation attaquée suit le marché. Une réglementation fiscale qui renforce cette tendance générale du marché exerce une influence sur la concurrence régnant sur le marché des taxis. La réglementation attaquée influe donc sur la concurrence; elle a des effets de politique économique, même si ce n'est pas le principal but poursuivi. Dans l'absolu, une différence d'imposition de 660 francs par année ne semble pas très élevée. Les taxis sans liaison radio doivent cependant acquitter une taxe deux fois et demie plus élevée que ceux qui en sont munis. De ce point de vue, la différence apparaît particulièrement élevée.

La réglementation attaquée ne peut pas non plus être justifiée en invoquant un intérêt public à ce que tous les taxis soient raccordés à une centrale téléphonique. Certes, cette mesure favorise une plus grande disponibilité et une intervention plus rapide des taxis au profit de la clientèle, ce qui est dans l'intérêt des consommateurs. Eu égard à la grande différence de traitement instaurée par la réglementation attaquée, cela ne suffit cependant pas. En fait, ce traitement différencié procure un avantage concurrentiel supplémentaire à une catégorie de taxis bénéficiant d'une concession A au détriment d'une autre, avec laquelle elle se trouve en concurrence directe, ce qui va à l'encontre du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. La réglementation attaquée n'étant pas neutre sur le plan concurrentiel, elle porte atteinte à l'art. 31 Cst.

SUI / 1996 / A06

Suisse / Tribunal fédéral / Ire Cour de droit public/ 10-04-1996 / 1P.111-1996 / L., dame M. et Me D. c. X. et Chambre supérieure du Tribunal des mineurs du canton de Vaud / texte intégral

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décisions juridictionnelles

2.1.1.4 Sources du droit constitutionnel – catégories – règles écrites – Convention européenne des droits de l'homme de 1950

2.1.1.7 Sources du droit constitutionnel – catégories – règles écrites – Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966

5.1.1.2 Droits fondamentaux – problématique générale – principes de base – égalité et non discrimination

5.2.9.14 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – garanties de procédure et procès équitable – droits de la défense

Avocats

Discrimination de l'avocat établi dans un autre canton: refus d'envoyer le dossier de la cause pénale à l'étude du défenseur établi à Neuchâtel, alors que cette facilité est accordée aux avocats vaudois.

La décision attaquée comporte une discrimination inadmissible dans l'exercice des droits de la défense; elle viole dès lors, en particulier, l'art. 6 par. 3 let. b CEDH en liaison avec l'art. 14 CEDH, l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II, l'art. 14 par. 3 let. b Pacte ONU II en liaison avec l'art. 2 par. 1 Pacte ONU II (consid. 3a – c) et, dans les circonstances de l'espèce, l'art. 4 Cst. (consid. 3d).

Portée du concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale; droit de non-discrimination procédurale garanti par l'art. 60 Cst. (consid. 3e).

La décision attaquée est en outre contraire aux droits garantis à l'avocat par les art. 31 Cst. et 5 Disp. trans. Cst. (consid. 4).

Une poursuite pénale est actuellement en cours devant le Tribunal des mineurs du canton de Vaud contre L., dont le défenseur est Me D., avocat à Neuchâtel, autorisé à pratiquer dans le canton de Vaud par une décision du Tribunal cantonal du 22 juillet 1992.

Le 13 décembre 1995, Me D. a demandé la communication du dossier à son étude, pour consultation. Cette demande faisait suite à un échange de correspondance dans lequel l'avocat faisait valoir son droit de bénéficier, pour la consultation du dossier, des mêmes facilités que les avocats vaudois, à quoi la Présidente du Tribunal des mineurs répondait que "le juge a la faculté de communiquer le dossier à un avocat pour quelques jours, sans qu'il en résulte un droit pour le conseil", et que "la communication du dossier hors du canton n'est pas envisageable". La requête de Me D. fut ainsi rejetée par décision du 18 décembre 1995; afin que le défenseur n'eût pas à se déplacer jusqu'au siège du Tribunal des mineurs à Lausanne, il fut seulement autorisé à prendre connaissance du dossier dans les locaux de l'office du juge d'instruction de l'arrondissement du Nord vaudois à Yverdon.

Agissant en son propre nom, pour le prévenu L. et pour la mère et représentante légale de ce dernier, dame M., Me D. a déféré cette décision à la Chambre supérieure du Tribunal des mineurs. Statuant le 24 janvier 1996, celle-ci a rejeté le recours pour les motifs déjà retenus par le magi strat intimé.

Les recourants, représentés par un autre avocat, ont saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public tendant à l'annulation de l'arrêt du 24 janvier 1996. Ils le tiennent pour incompatible avec la libre circulation des personnes exerçant une profession libérale, en l'occurrence la profession d'avocat, garantie par les art. 31 Cst. et 5 Disp. trans. Cst.; ils considèrent aussi cet arrêt comme contraire aux garanties offertes au prévenu par les art. 6 par. 3 let. b CEDH, 14 CEDH et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

(RS 0.103.2; ci-après le Pacte international ou Pacte ONU II), ainsi qu'à l'art. 4 Cst.

L'arrêt attaqué est fondé sur l'art. 100 al. 2 CPP/VD, qui dispose que l'avocat d'une partie a le droit de faire prendre copie du dossier au lieu fixé par le juge. A l'appui de sa réponse au recours de droit public, la juridiction intimée s'est référée à une directive du Juge d'instruction cantonal concernant cette disposition. Il en ressort qu'un dossier peut être envoyé à l'étude d'un avocat, "pour autant que ce dernier ait une étude dans le canton de Vaud", afin de garantir "l'intégrité du dossier" et parce que l'ordre des avocats vaudois est en mesure de faire respecter la discipline. Un envoi du dossier hors du canton est en revanche rigoureusement exclu. Approuvée par la section compétente du Tribunal cantonal, cette directive doit être appliquée par tous les juges d'instruction et, par lettre du 20 février 1996, le Juge d'instruction cantonal a souhaité que le Tribunal des mineurs adopte une politique analogue, "pour (...) continuer à faciliter le travail des avocats".

Le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé l'arrêt attaqué.

Considérant en droit:

1. – a) En vertu de l'art. 87 OJ, le recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst. n'est recevable que contre une décision finale; il n'est recevable contre une décision incidente que lorsque celle-ci cause à l'intéressé un préjudice irréparable. Cette disposition n'est cependant pas applicable aux recours dénonçant, outre une violation de l'art. 4 Cst., la violation d'autres droits constitutionnels, lorsque ceux-ci ont une portée indépendante et que les griefs tirés de ces droits ne sont pas manifestement irrecevables ou mal fondés (ATF 117 Ia 247 consid. 2, 116 Ia 181 consid. 3, 115 Ia 311 consid. 2b).

b) Selon la jurisprudence relative à l'art. 88 OJ, le recours de droit public est ouvert seulement à la personne atteinte par l'acte attaqué dans ses intérêts personnels et juridiquement protégés (ATF 118 Ia 51 consid. 3; 117 Ia 93 consid. 2).

Exerçant la profession d'avocat, Me D. a qualité pour invoquer les art. 31 Cst. et 5 Disp. trans. Cst. Le prononcé attaqué se rapporte directement à la défense de son client L., de sorte que ce dernier est personnellement lésé et est lui aussi autorisé à invoquer ces dispositions (ATF 105 Ia 67 consid. 1b); de surcroît, à titre de prévenu dans la cause pénale, L. a qualité pour invoquer les art. 6 et 14 CEDH et 14 Pacte ONU II, ainsi que pour se plaindre d'une application arbitraire des dispositions cantonales concernant l'accès au dossier.

Dame M. est lésée dans les droits procéduraux que le droit cantonal confère personnellement au représentant légal du prévenu mineur, tels que le droit d'être entendu et d'exercer des recours indépendamment de son pouvoir de représentation (*cf.* art. 42 al. 1, 55 let. a, 57 let. a de la loi vaudoise sur la juridiction pénale des mineurs, du 26 novembre 1973; Patrick Zweifel, La procédure et le droit applicables aux mineurs dans le canton de Vaud, thèse, Lausanne 1960, p. 37 et s., 128; Giusep Nay, Das Jugendstrafverfahren im bündnerischen Recht, thèse, Zurich 1975, p. 121/122); elle a dès lors elle aussi qualité pour agir.

2. – a) L'art. 4 Cst. garantit à toute personne le droit d'être entendue avant qu'une décision ne soit prise à son détriment. Il protège d'abord l'intéressé contre une application arbitraire des règles cantonales relatives au droit d'être entendu; en outre, lorsque celles-ci n'offrent pas une protection plus étendue, les règles déduites directement de l'art. 4 Cst. constituent une

garantie minimale (ATF 121 I 54 consid. 2a, 230 consid. 2b). L'intéressé doit notamment avoir la possibilité de prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration de l'ensemble des preuves et de faire valoir ses arguments (ATF 120 Ia 379 consid. 3b, 119 Ia 260 consid. 6a, 119 Ib 12 consid. 4).

b) Selon la jurisprudence, l'accès au dossier ne comprend, en règle générale, que le droit de consulter les pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes (ATF 115 Ia 293 p. 302/303, 112 Ia 377 consid. 2b) et, pour autant que cela n'entraîne aucun inconvénient excessif pour l'administration, de faire des photocopies (ATF 117 Ia 424 consid. 28, 116 Ia 325 consid. 3d/aa).

En pratique, les personnes représentées par un avocat bénéficient couramment de facilités plus étendues, adaptées aux besoins professionnels de ces mandataires et à la confiance que justifie leur statut (ATF 108 Ia 8 consid. 3): les pièces sont simplement envoyées à l'étude de l'avocat, cela même si le droit de procédure applicable, fédéral ou cantonal, ne le prévoit pas expressément. Cette solution est notamment admise par le Juge d'instruction cantonal vaudois, selon sa directive concernant l'art. 100 al. 2 CPP/VD, à l'égard des membres de l'ordre des avocats vaudois; elle est aussi pratiquée par la chancellerie du Tribunal fédéral à l'égard des avocats admis au barreau d'un canton.

Le Tribunal fédéral a envisagé que l'envoi des documents à l'avocat mandaté soit considéré comme une modalité essentielle de l'accès au dossier, garantie par l'art. 4 Cst., compte tenu du statut de l'avocat et des nécessités d'une défense efficace des justiciables (ATF 120 IV 242 consid. 2c; voir commentaire de Andreas Kley-Struller in PJA 1994 p. 1476 ch. 7). Il n'est pas nécessaire de statuer sur cette question dans la présente affaire. En effet, le refus d'envoyer le dossier à l'avocat établi dans un autre canton, alors qu'un confrère établi dans le canton du siège de la juridiction pourrait l'obtenir, se révèle de toute façon inadmissible en raison de son caractère discriminatoire, cela tant au regard des droits constitutionnels du prévenu que de ceux de l'avocat.

3. – a) Aux termes de l'art. 6 par. 3 let. b CEDH (sur ce point identique à l'art. 14 par. 31 et. b Pacte ONU II), toute personne accusée d'une infraction doit disposer notamment "du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense"; dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'accès de l'avocat au dossier fait partie de ces "facilités nécessaires", mais elle n'a pas considéré comme incompatible avec les droits de la défense le fait que l'accusé lui-même n'ait pas pu consulter personnellement le dossier (arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les causes Kamasinski, du 19 décembre 1989, Série A n° 168, p. 39, par. 87 et 88, et Kremzow, du 21 septembre 1993, Série A n° 268 B, p. 42, par. 51 et 52). De manière générale, l'art. 6 par. 3 let. b CEDH est tenu pour respecté si l'accusé "a la possibilité d'organiser sa défense de manière appropriée et sans restriction quant à la possibilité de présenter au juge tous les moyens de défense pertinents, et par là même d'influencer l'issue de la procédure" (avis de la Commission européenne des droits de l'homme du 12 juillet 1984 dans l'affaire Can, Série A n° 96, p. 13 s., p. 17 par. 53; voir également Velu/Ergec, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, p. 486 ch. 585).

b) La Commission européenne des droits de l'homme a admis, au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH, qu'un avocat établi à Bellinzone, mandaté dans une affaire vaudoise, ne puisse pas

obtenir que le dossier de l'affaire soit communiqué à son étude et qu'il doive le consulter dans les locaux du Département tessinois de l'intérieur. Elle a relevé qu'il n'était pas démontré, ni même allégué, que cette manière de communiquer le dossier ait empêché la personne concernée de défendre pleinement sa cause devant le Tribunal fédéral (décision du 2 mars 1994, déclarant irrecevable la requête n° 18014/91, Lina Champrenaud c. Suisse; JAAC 1994, n° 101, p. 722 s., p. 724).

c) Dans la présente affaire, l'autorité vaudoise intimée n'a toutefois même pas autorisé la consultation du dossier de l'affaire auprès d'une autorité de la ville de Neuchâtel, lieu d'établissement de l'avocat, ni prétendu que, si un avocat du canton de Vaud avait été mandaté, elle l'eût obligé à consulter le dossier auprès d'une autorité de ce canton. La pratique cantonale critiquée est donc clairement discriminatoire et viole tant l'art. 4 Cst. que l'art. 6 par. 3 let. b CEDH en liaison avec l'art. 14 CEDH; elle viole en outre l'art. 14 par. 1 1re phrase Pacte ONU II ("Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice") et l'art. 14 par. 3 let. b Pacte ONU II en liaison avec l'art. 2 par. 1 et l'art 26 Pacte ONU II. En effet, dans leur domaine propre, et en dépit de quelques nuances rédactionnelles, ces diverses garanties de procédure ont une portée équivalente (ATF 118 Ia 341 p. 351 consid. 4a; voir aussi ATF 120 Ib 142 consid. 4b/bb; cf. également Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll [CCPR-Kommentar], Kehl am Rhein 1989, p. 46 s., ch. 31-34; p. 251 s., ch. 5-8; p. 269 s., ch. 42; p. 499 s.; Giorgio Malinverni, Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in La Suisse et les Pactes des Nations unies relatifs aux droits de l'homme, Bâle 1991, p. 50 ch. 4; Observation générale n° 18 adoptée le 9 novembre 1989 par le Comité des droits de l'homme, *ibidem*, p. 176; Claude Rouiller, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, in RDS 111/1992 I p. 115/116).

d) Certes, l'art. 4 Cst. n'empêche en principe pas les cantons de traiter différemment, d'une part, les avocats établis dans un canton ou autorisés à y exercer de façon permanente, et, d'autre part, les avocats établis dans un autre canton. Traditionnellement, un traitement différent peut se justifier par l'autonomie d'organisation des cantons au sein de la Confédération, par la nécessité d'une maîtrise du droit cantonal pour la défense efficace des justiciables dans des affaires complexes, par les coûts généralement plus élevés entraînés par le recours à un avocat établi hors du canton, en raison notamment des déplacements, ainsi que par la nécessaire surveillance des avocats par les autorités étatiques ou par les organisations professionnelles du canton où ils sont établis (ATF 60 I 12 consid. 2; voir aussi ATF 113 Ia 69 consid. 5c, 95 I 409 consid. 5).

En l'espèce toutefois, le refus d'envoyer le dossier à l'extérieur du canton de Vaud est clairement disproportionné au regard du but prétendument visé (maintien du dossier en bon état et respect des conditions posées par l'ordre des avocats vaudois). L'autorité intimée elle-même reconnaît que l'affaire ne présente aucune complexité. On ne saurait admettre avec elle, de façon toute générale, que "l'envoi systématique de dossiers hors du canton représenterait une entrave évidente à l'instruction des affaires". Dans une affaire simple relevant de la compétence d'un tribunal des mineurs, le choix d'un défenseur externe au canton, mais bénéficiant d'une relation de confiance avec l'accusé, représente un avantage objectif non négligeable. L'autorité intimée se devait donc de faciliter et d'accélérer le déroulement de la procédure – en contribuant ainsi à en réduire les coûts – par l'envoi du dossier de l'affaire à l'étude de l'avocat établi hors du canton.

L'argument tiré du respect des règles disciplinaires de l'ordre des avocats vaudois n'est pas non plus déterminant. On peut, de manière générale, présumer que les avocats régulièrement inscrits au barreau d'un canton présentent, en matière de déontologie, des garanties équivalentes, attachées à la délivrance du brevet de capacité cantonal; cette présomption vaut a fortiori pour les avocats bénéficiant d'une autorisation permanente de plaider dans le canton d'accueil. L'autorité intimée ne prétend pas que Me D. ait violé les obligations que comporte l'autorisation générale de plaider dans le canton de Vaud. Le refus d'envoyer le dossier de l'affaire à l'étude de cet avocat constitue donc une violation manifeste du principe de la proportionnalité; il viole également l'art. 6 CEDH, car en matière d'accès à la justice et aux tribunaux, "un obstacle de fait [en l'occurrence, les coûts supplémentaires liés au déplacement de l'avocat] peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique" (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause Airey, du 9 octobre 1979, Série A n° 32, par. 25).

e) La mesure contestée apparaît également anachronique au regard du concordat de 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (RS 351.71), auquel les cantons de Vaud et de Neuchâtel ont adhéré. Dans le but de lutter plus efficacement contre la criminalité, les cantons concordataires favorisent la coopération intercantonale en donnant aux autorités judiciaires la compétence d'accomplir, selon leur propre droit de procédure, des actes dans un autre canton, en dérogeant ainsi au principe de la territorialité inscrit à l'art. 355 al. 2 CP (voir Gérard Piquerez, *Le concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale*, *Revue fribourgeoise de jurisprudence* 3/1994 p. 1-31). Les facilités reconnues par les cantons concordataires aux autorités d'instruction et de répression, notamment en ce qui concerne les notifications postales directes (art. 7 du concordat) et la correspondance directe (art. 15), doivent aujourd'hui avoir comme corollaire la reconnaissance de commodités analogues dans les communications officielles entre ces autorités et les avocats appelés à assister des justiciables devant les juridictions d'un canton autre que celui où ils sont établis. Si ces avocats, membres d'un barreau cantonal, sont dûment mandatés, ils bénéficient en principe du droit de recevoir par la voie postale le dossier à leur étude hors du canton, à tout le moins lorsque ce droit est reconnu aux avocats ayant une étude dans le canton où se déroule la procédure. Ce droit peut être déduit de l'art. 4 Cst., de l'art. 6 par. 3 let. b CEDH en liaison avec l'art. 14 CEDH et de l'art. 14 Pacte ONU II; il se déduit également de l'art. 60 Cst. qui prévoit, de manière plus spécifique, le droit des "citoyens des autres Etats confédérés" – par quoi il faut entendre, aujourd'hui, les justiciables de ces cantons – d'être traités de manière non discriminatoire "pour tout ce qui concerne les voies juridiques". On peut en effet admettre que l'art. 60 Cst. consacre, dans les rapports intercantonaux, un droit de non-discrimination procédurale analogue à celui qui existe aujourd'hui entre Etats membres de l'Union européenne par l'effet du droit communautaire (Olivier Jacot-Guillarmod, *Le juge suisse face au droit européen*, RDS 112/1993 II p. 227 et s., 468, 500 et 503). L'arrêt attaqué se révèle ainsi contraire aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées.

4. – a) Les recourants soutiennent que l'arrêt attaqué viole de surcroît les art. 31 Cst. et 5 Disp. trans. Cst. La profession d'avocat est une activité lucrative privée dont le libre exercice, sur tout le territoire de la Confédération, est garanti par l'art. 31 Cst. (ATF 119 Ia 41 consid. 4a, 112 Ia 318 consid. 2a). Elle fait partie des professions libérales pour lesquelles les cantons ont la faculté d'exiger, sur la base de l'art. 33 al. 1 Cst., une preuve de capacité de la part des personnes qui veulent l'exercer. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale prévue par l'art. 33 al. 2 Cst. (voir à ce propos l'esquisse d'une loi-cadre fédérale sur la libre circulation des avocats, du 22 avril 1993, élaborée par la Commission "Reconnaissance des brevets

d'avocats" de la Fédération suisse des avocats, Bulletin de la FSA 147/1993, p. 11-13), les certificats de capacité délivrés par chaque canton doivent être reconnus dans toute la Suisse en vertu de la clause de libre passage énoncée à l'art. 5 Disp. trans. Cst.

b) Le Tribunal fédéral a, depuis longtemps, jugé que la portée de l'art. 5 Disp. trans. Cst. ne se limite pas à la seule reconnaissance des certificats de capacité. Selon la jurisprudence, cette disposition garantit d'une façon générale la libre circulation intercantonale des avocats: elle impose l'égalité, dans et devant la législation de chaque canton, de tous les avocats établis en Suisse et détenteurs d'un certificat de capacité. Une procédure d'autorisation – générale ou limitée à une affaire déterminée, selon le choix du requérant (ATF 89 I 366 consid. 2) – peut certes être instituée pour les avocats externes au canton, mais l'art. 5 Disp. trans. Cst. interdit toute condition ou charge discriminatoire qui aurait pour effet d'empêcher – ou de rendre excessivement difficile – l'accès de ces avocats aux tribunaux du canton d'accueil (ATF 39 I 48 p. 51/52, 65 I 4 p. 6/7, 67 I 192 p. 199; voir aussi ATF 119 Ia 35 consid. 1). Il est ainsi inadmissible d'exiger d'un avocat externe qu'il se constitue un domicile professionnel dans le canton d'accueil (ATF 39 I 48, 65 I 4, 80 I 146); de même, l'avocat externe souhaitant occuper seulement dans une cause déterminée ne peut pas être contraint de fournir des sûretés importantes (ATF 42 I 277), ni d'accepter des mandats d'avocat d'office (ATF 67 I 332). S'il a assumé un tel mandat, il peut exiger des indemnités calculées de la même façon que celles versées en pareil cas à un avocat établi dans le canton (ATF 89 I 366).

c) La liberté économique reconnue à l'avocat par l'art. 31 Cst. interdit toute discrimination, du type de celle qui est dénoncée dans la présente affaire, fondée sur le domicile de la personne qui offre ses services. Il convient en effet de ne pas sous-estimer les incidences économiques des règles de procédure cantonales et des réglementations professionnelles qui ont sinon pour but, du moins comme effet de consacrer un "compartimentage cantonal" empêchant l'ouverture des marchés (Pierre Tercier, *Les avocats et la concurrence*, Bulletin de la Fédération suisse des avocats 1996, p. 4 s., p. 6-7). Sauf motif impérieux d'intérêt public, non démontré en l'espèce, constitue une restriction inadmissible à la liberté du commerce et de l'industrie le fait pour un avocat établi dans un canton (canton d'établissement), effectuant une libre prestation de service intercantonale en plaçant devant les tribunaux d'un autre canton (canton d'accueil), de devoir consulter le dossier de l'affaire sur le territoire du canton d'accueil, lorsque les avocats établis dans ce dernier canton peuvent recevoir le dossier à leur domicile professionnel. Même en l'absence de la loi fédérale prévue par l'art. 33 al. 2 Cst., l'effet utile des art. 31, 60 et 5 Disp. trans. Cst. exige que les avocats régulièrement inscrits au barreau d'un canton puissent librement et sans discrimination fournir des services dans d'autres cantons (sur l'ensemble de ces questions, voir Fritz Rothenbühler, *Freizügigkeit für Anwälte – Grundzüge des schweizerischen und europäischen Anwaltsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Freizügigkeit*, thèse Fribourg, Berne 1995, p. 69-71 et p. 221-258; Dominique Dreyer, *L'avocat dans la société actuelle: de la nécessité de passer du xixe siècle au xxie siècle*, RDS 115/1996 II p. 395 s., p. 438-453).

d) Ce constat s'impose d'autant plus à l'approche de l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1996, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) qui a pour but de favoriser la libre prestation intercantonale des services dans toutes les activités économiques privées (message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994; FF 1995 I 1193). Cette loi prévoit, à son art. 3, que la liberté d'accès au marché d'autres cantons ne peut être restreinte, en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination, que si ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux et répondent à la préservation d'intérêts publics prépondérants et au principe de la proportionnalité. Selon l'alinéa 4 de cette

disposition, ces restrictions ne doivent de surcroît en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (voir Thomas Cottier/Manfred Wagner, *Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, PJA 1995, p. 1582-1590). Cette nouvelle loi favorisera la mise en œuvre effective de la liberté économique garantie par l'art. 31 Cst. Toutefois, aujourd'hui déjà, l'art. 31 al. 1 Cst. comporte le droit d'exercer librement une activité lucrative hors du canton de domicile, en accédant au marché d'un autre canton (ATF 87 I 451 p. 456; Klaus Vallender, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, Berne 1995, p. 66 ch. 26; Etienne Grisel, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Berne 1993, vol. I p. 122 ch. 310). Selon la jurisprudence, les distinctions fondées sur le domicile ne pourraient être compatibles avec la Constitution que dans les cas exceptionnels où elles se révéleraient indispensables en raison de circonstances particulières, dont aucun exemple n'apparaît dans les affaires soumises jusqu'ici au Tribunal fédéral (ATF 106 Ia 126 consid. 2b; voir aussi ATF 116 Ia 355). L'éventualité de telles circonstances ayant été envisagée aussi dans le cas de professions libérales (ATF 42 I 277 p. 279/280, 67 I 192 p. 200), le régime de ces professions n'est à cet égard pas différent de celui des autres activités lucratives.

L'arrêt attaqué doit ainsi être annulé aussi pour violation des art. 31 Cst. et 5 Disp. trans. Cst.

SUI / 1997 / A07

Suisse / Tribunal fédéral / IIe Cour de droit public / 31-01-1997 / 2A.120-1996 / X. et Co c. Administration fédérale des contributions et Commission fédérale de recours en matière de contributions et Administration fédérale des contributions c. X. et Co et Commission fédérale des recours en matière de contributions / extraits

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décisions juridictionnelles

5.1.2.4.1 Droits fondamentaux – problématique générale – bénéficiaires ou titulaires de droits – personne morales – droit privé

5.2.4.1.1 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – champ d'application – charges publiques

5.3.6 Droits fondamentaux – droits économiques, sociaux et culturels – liberté du commerce et de l'industrie

Branche économique (égalité au sein d'une même branche économique) – Concurrence –Taxe sur la valeur ajoutée

Taxe sur la valeur ajoutée – Qualité pour recourir de l'AFC – Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral – Constitutionnalité de l'OTVA – Prestation de la restauration – Livraison à domicile – Taux ordinaire ou taux réduit – Produits comestibles et boissons – Principes constitutionnels de l'interdiction de l'arbitraire, de l'égalité de traitement et de la proportionnalité – Liberté du commerce et de l'industrie.

1. Qualité pour recourir de l'AFC (art. 103 let. b OJ et 54 al. 2 OTVA). Cette dernière n'est pas tenue de démontrer qu'elle a un intérêt digne de protection à former un recours de droit administratif, hormis la mise en danger de l'intérêt public dans un cas concret. Elle peut même, en vue d'une application uniforme du droit et pour des raisons tirées de l'économie de

procédure, former un recours sur les motifs (consid. 2c).

2. Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral s'agissant d'une ordonnance reposant directement sur la Constitution fédérale (ordonnance indépendante), telle l'OTVA. Il peut en contrôler la constitutionnalité, notamment sous l'angle du respect des principes constitutionnels et des droits fondamentaux, ainsi que de la liberté du commerce et de l'industrie (consid. 3).

3. Livraison à domicile de produits comestibles et de boissons: prestation de la restauration, soumise au taux normal, ou simple livraison imposable au taux réduit? Examen, sous l'angle des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, du critère choisi à l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA pour définir une prestation de la restauration, à savoir la mise à disposition d'installations particulières pour la consommation sur place (consid. 6). Après analyse des projets de l'OTVA et de la future LTVA, du droit allemand, du droit français et des dispositions du droit communautaire, constat de l'inexistence d'un critère de délimitation communément admis (consid. 6e). Acceptation du critère retenu dans l'OTVA, lequel n'est pas dépourvu de sens et ne viole pas l'art. 4 Cst. (consid. 6f).

4. Légalité des Instructions à l'usage des assujettis et de la brochure s'adressant à la branche de "L'hôtellerie et de la restauration":

l'interprétation de l'AFC selon laquelle il y a prestation de la restauration lorsqu'il existe une possibilité de consommer sur place, indépendamment du fait que le client fasse ou non usage de cette possibilité, apparaît compatible avec le but poursuivi par l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA et ne contredit pas la systématique de l'OTVA (consid. 7b);

l'interprétation retenue par l'AFC n'est pas non plus constitutive d'une violation de l'égalité de traitement, du moment que le restaurateur peut aussi bénéficier, comme les commerces de détail, du taux réduit pour ses livraisons à domicile à condition qu'il exerce cette activité de manière séparée (consid. 8b).

5. Principe de la proportionnalité. L'AFC a la compétence d'édicter des directives qui permettent un contrôle efficace de l'impôt (art. 42 OTVA). En ce sens, il n'apparaît pas disproportionné que l'AFC exige de la part des entreprises de restauration qui font également des livraisons à domicile de produits comestibles et de boissons (en l'espèce des pizzas) qu'elles prennent des mesures sur le plan de l'organisation, afin de séparer leurs différentes activités (consid. 9b). En revanche, l'exigence de locaux séparés pour l'application du taux réduit viole le principe de la proportionnalité (consid. 9c). Problématique des ventes à l'emporter laissée ouverte (consid. 9d).

6. Absence de violation du principe de la neutralité concurrentielle (consid. 10).

(...) Par courrier du 14 mars 1995, la contribuable demanda à l'Administration fédérale des contributions de rendre une décision (art. 51 al. 1 let. f OTVA) constatant qu'une entreprise de restauration doit, comme les commerces de détail, soumettre au taux réduit de 2% ses livraisons à domicile sans service.

Par décision du 27 mars 1995, confirmée sur réclamation le 31 mai 1995, l'Administration fédérale des contributions constata:

"que les livraisons à domicile effectuées par des entreprises disposant d'installations permettant la consommation sur place sont imposables au taux de 6,5%, à moins que la vente

ne soit faite à partir de locaux séparés tant sur le plan de la situation que sur le plan de l'organisation."

(...)

La Commission fédérale de recours en matière de contributions considéra que l'élément caractéristique retenu dans l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA pour distinguer les prestations de la restauration des livraisons de produits comestibles et de boissons soit la mise à disposition d'installations particulières pour la consommation indépendamment du fait qu'elles soient utilisées ou non ne reposait pas sur un motif objectif sérieux et était arbitraire; au surplus, cette réglementation conduisait à une inégalité de traitement puisque des prestations identiques étaient imposées à des taux différents, suivant qu'elles étaient fournies par une entreprise de restauration ou un magasin d'alimentation. Il se justifiait plutôt de partir de l'aspect économique du processus. La livraison à domicile de pizzas devait être qualifiée d'opération mixte se composant d'une part de la livraison d'un objet (vente d'un produit comestible) et d'autre part d'un élément de prestation de services (chauffage, maintien de la chaleur, transport, etc.). La façon dont se déroulait l'opération montrait que les éléments de prestations de services étaient plus importants que les composantes de livraison. Par conséquent, l'opération devait être qualifiée dans son ensemble de prestation de la restauration imposable au taux de 6,5%.

C. Aussi bien la contribuable que l'Administration fédérale des contributions ont formé un recours de droit administratif contre cette décision.

a) En particulier, la contribuable conclut à ce que la décision attaquée soit annulée et à ce qu'il soit constaté que ses livraisons à domicile de pizzas prêtes à être consommées sont soumises au taux de 2%; subsidiairement, elle demande qu'il soit établi que les livraisons à domicile de pizzas prêtes à être consommées, faites par des entreprises n'appartenant pas à la branche de la restauration, sont imposables à 6,5%. Elle invoque une constatation inexacte des faits et une violation du droit fédéral. Elle admet que l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA peut être interprété de manière conforme à la Constitution fédérale, pourtant l'interprétation qu'en retire l'Administration fédérale des contributions exigeance de locaux séparés de l'entreprise de restauration tant sur le plan de la situation que sur le plan de l'organisation viole les principes de l'égalité de traitement et de la liberté du commerce et de l'industrie. Le seul élément véritablement caractéristique d'une prestation de la restauration est la mise à disposition d'installations permettant la consommation sur place, ce qui n'est pas le cas lors des livraisons à domicile. Avec cette interprétation sont préservées non seulement l'égalité de traitement, mais aussi la neutralité concurrentielle entre les entreprises de la branche de la restauration et les magasins d'alimentation. L'instance inférieure fait fausse route en opérant la distinction entre prestation principale et prestation accessoire en rapport avec les composantes de livraison et de prestation de services de l'opération, parce que les différentes activités effectuées lors des livraisons à domicile ne peuvent pas être élevées au rang de prestations principales ou accessoires.

b) L'Administration fédérale des contributions conclut à l'annulation de la décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions et à ce qu'il soit constaté que les livraisons à domicile de produits comestibles et de boissons par des entreprises disposant d'installations servant à la consommation sur place sont imposables au taux de 6,5%, à moins que la vente n'intervienne dans des locaux séparés tant sur le plan de la situation que sur le plan de l'organisation. Subsidiairement, cette constatation doit être limitée aux livraisons à domicile de pizzas et à la personne de la contribuable, l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 deuxième tiret étant en même temps déclaré constitutionnel, et la cause renvoyée à l'instance inférieure afin que cette dernière tranche le recours de la contribuable également en ce qui concerne ses livraisons à domicile d'autres produits comestibles et de boissons.

c) La contribuable conclut au rejet du recours de l'Administration fédérale des contributions

dans la mesure où il est recevable. L'Administration fédérale des contributions conclut à l'admission du recours de la contribuable dans la mesure où elle demande l'annulation de la décision attaquée et à son rejet pour le surplus. La Commission fédérale de recours en matière de contributions a renoncé à présenter des observations.

Considérants:

(...)

b) La contribuable a un intérêt digne de protection au sens de l'art. 103 let. a OJ à faire constater que les pizzas qu'elle livre à domicile sont soumises à la TVA au taux réduit de 2% et non au taux ordinaire de 6,5%. Elle est de ce fait légitimée à attaquer par la voie du recours de droit administratif la décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions dans le but d'obtenir une imposition plus avantageuse à son égard.

Sa conclusion subsidiaire tendant à ce qu'il soit constaté que les livraisons à domicile de pizzas effectuées par des entreprises n'appartenant pas au secteur de la restauration sont imposables au taux de 6,5% n'est en revanche pas recevable. Selon l'art. 51 al. 1 let. f OTVA, l'Administration fédérale des contributions rend, d'office ou sur demande de l'assujetti, une décision lorsque "préventivement, dans un cas d'espèce, la détermination d'office de l'assujettissement, de la dette fiscale, du droit à la déduction de l'impôt préalable, de la base de calcul de l'impôt, du taux applicable ou de la responsabilité solidaire fait l'objet d'une demande ou semble s'imposer". Cette disposition est manifestement construite sur le modèle de l'art. 5 al. 1 let. a de l'Arrêté du Conseil fédéral du 29 juillet 1941 instituant un impôt sur le chiffre d'affaires, disposition qui a fait l'objet d'une jurisprudence abondante. D'après celle-ci, l'assujetti pouvait déjà demander à l'Administration fédérale des contributions de rendre une décision en constatation pour un cas déterminé, même si ce dernier ne s'était pas encore réalisé dans son entreprise (Administration fédérale des contributions, 28 juin 1955, Archives 24 p. 144). En revanche, le contribuable ne pouvait pas en sortant d'un cas concret exiger une certaine imposition pour une branche entière (Tribunal fédéral, 22 décembre 1976, Archives 46 p. 195). Cela résulte du fait qu'une décision en constatation doit régler un rapport juridique individuel et concret (ATF 102 V 148 consid. 1; voir Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd. 1983, p. 144). De ce fait, il ne peut pas être entré en matière sur la conclusion en constatation de la contribuable portant sur les entreprises n'appartenant pas à la branche de la restauration. Ces entreprises ne sont pas non plus parties à la présente procédure, raison pour laquelle il est interdit de rendre une décision à leur égard. Mais, cela n'exclut pas que la contribuable puisse faire valoir une inégalité de traitement inconstitutionnelle par rapport à de telles entreprises.

(...)

b) L'instance inférieure considère cette disposition comme inconstitutionnelle par rapport à l'art. 4 Cst., parce qu'il n'existe aucun rapport objectivement relevant entre le critère de la mise à disposition "d'installations particulières" pour la consommation sur place par le fournisseur de la prestation et la prestation elle-même; il n'y a pas le moindre lien de causalité entre, d'une part, les tables et les chaises mises à disposition par la contribuable et, d'autre part, les livraisons à domicile des pizzas. Ce critère ne repose donc pas sur des motifs objectifs sérieux et est arbitraire. Il conduit également à une inégalité de traitement entre les magasins d'alimentation et les entreprises de restauration, parce qu'un commerçant (ne disposant pas d'installations pour la consommation) doit imposer au taux de 2% la livraison au domicile de ses clients d'une pizza prête à être consommée, alors que l'entreprise de restauration est soumise pour exactement la même livraison à domicile au taux de 6,5%. En revanche, l'Administration fédérale des contributions considère comme constitutionnelle la définition des prestations de la restauration contenue à l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA. Cette disposition englobe deux sortes de prestations qui ne sont pas imposables au taux réduit de 2%: d'une part, toutes les opérations d'un assujetti qui tient à disposition des installations

pour la consommation sur place (indépendamment du fait qu'elles soient ou non utilisées par le client) et, d'autre part, les cas non litigieux en l'espèce où des repas et des boissons sont préparés ou servis chez le client (ou dans un lieu désigné par lui). Le but de cette réglementation est de mettre sur un pied d'égalité les entreprises de restauration avec les entreprises du secteur de la paragastronomie comme des stands de marché équipés de tables et de chaises, des party services ou des services de livraison à domicile. L'égalité de traitement est préservée par la possibilité dont dispose le restaurateur de procéder aux livraisons à domicile et aux ventes à l'emporter depuis des locaux séparés de son entreprise de restauration tant sur le plan de la situation que de l'organisation; par ce moyen, il peut aussi bénéficier de l'imposition au taux réduit de 2% (Instructions à l'usage des assujettis TVA, ch. 213, 234, 244; Brochure n° 10 s'adressant à la branche de "L'hôtellerie et de la restauration", ch. 2.20, 2.26).

La contribuable admet que l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA peut être interprété conformément à la Constitution fédérale. Dans cette perspective, il n'est pas critiquable que pour déterminer les prestations de la restauration, il ait été examiné si des installations servant à la consommation sur place ont été tenues à disposition par l'entreprise de restauration; ce critère permet de distinguer les prestations de la restauration des livraisons d'aliments. Il est pourtant nécessaire que la clientèle ait la possibilité d'utiliser ces installations. Or, en cas de livraison à domicile ou de ventes à l'emporter, cette condition n'est pas remplie. L'imposition de ces livraisons au taux ordinaire de 6,5% viole le principe de l'égalité de traitement ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie.

c) Ni l'instance inférieure ni les parties n'allèguent que l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA n'est pas conforme à l'art. 41^{ter} Cst. ou à l'art. 8 disp. trans. Cst.

6. Il se justifie ensuite d'examiner si la description des prestations de la restauration contenue dans l'art. 27 al. 1 let. a OTVA respecte les interdictions de l'inégalité de traitement et de l'arbitraire résultant de l'art. 4 Cst. Est particulièrement visé le critère de distinction posé par l'auteur de l'ordonnance, qui doit servir à séparer les prestations de la restauration des autres prestations de services et livraisons, et qui consiste en la mise à disposition d'installations pour la consommation sur place.

a) Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 118 Ia 1 consid. 3a; 116 Ia 81 consid. 6b, 113 consid. 2c).

b) La distinction entre les prestations de la restauration et les livraisons de marchandises a déjà donné lieu à des discussions lors des travaux préparatoires de l'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée. Le projet d'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 28 octobre 1993 indiquait que les denrées alimentaires solides et liquides étaient imposables au taux réduit à l'exclusion des boissons alcooliques, ainsi que les repas cuisinés, livrés au consommateur ("... mit Ausnahme der alkoholischen Getränke sowie der Lieferung konsumfertiger Mahlzeiten an Endverbraucher"). Les chiffres d'affaires résultant des repas cuisinés livrés au consommateur devaient, selon le commentaire accompagnant le projet d'ordonnance (art. 28), d'une manière générale valoir comme prestations de la restauration, le fait que les consommateurs puissent ou non trouver sur place des installations à leur intention ou se faire servir n'important aucunement.

Avec cette description des chiffres d'affaires imposables au taux normal, les entreprises du secteur de la paragastronomie comme les stands de marché, les party services, les services de livraison à domicile, etc... devaient pour des raisons de neutralité concurrentielle être mises sur un pied d'égalité avec la restauration traditionnelle. Au cours de la procédure de

consultation, les cercles intéressés attirèrent l'attention sur le fait que le concept de "repas cuisinés" était difficile à appliquer en pratique et conduirait à des solutions arbitraires. A la place, il fut proposé d'utiliser la formulation de "(repas) destiné à la consommation sur place" ou "... sur place dans des locaux spécialement aménagés à cet effet". La Fédération suisse des cafetiers, restaurateurs et hôteliers et la Fédération suisse du tourisme prirent sans condition le parti du maintien de la notion de "repas cuisiné" et la société suisse des hôteliers trouva que c'était à bon droit que le projet faisait abstraction de l'exigence d'un aménagement destiné à la consommation sur place; l'égalité fiscale entre les branches de la restauration et de la paragastronomie était considérée comme de première importance (Rapport du Département fédéral des finances relatif à la procédure de consultation concernant le projet d'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 28 octobre 1993). Le Conseil fédéral a, pour des raisons pratiques, renoncé à utiliser dans la version définitive de l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA la notion de "repas cuisinés" pour la remplacer par le critère de la mise à disposition "d'installations particulières" pour la consommation sur place.

c) Dans l'avant projet de loi fédérale sur la taxe sur la valeur ajoutée du 28 août 1995, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a proposé de rédiger les deux dernières phrases de l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 deuxième tiret LTVA comme suit: "... Le taux de 2 pour cent ne s'applique pas aux produits comestibles et aux boissons délivrés dans le cadre de prestations de la restauration. La livraison de produits comestibles et de boissons par un assujetti n'est pas considérée comme une prestation de restauration si aucune prestation de services complémentaire n'est fournie au lieu de consommation" (art. 34 al. 1 let. a ch. 1 du projet).

Cette formulation doit selon le rapport de la Commission sur le projet de loi prévenir une inégalité de traitement entre les différents assujettis fournisseurs de produits alimentaires et de boissons; le critère déterminant pour les prestations de la restauration est le service; le taux réduit s'applique par exemple également lorsqu'une entreprise de restauration procède à une livraison "à l'emporter". Cette nouvelle rédaction n'a pas donné lieu à des remarques particulières lors de la procédure de consultation mis à part le vœu d'une définition claire des termes produits comestibles et boissons (Rapport de la commission d'experts relatif à la procédure de consultation concernant le projet de loi régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 15 avril 1996, publié dans la FF 1996 V 831, p. 861).

d) Le droit allemand, auquel les parties se réfèrent, prévoit que le taux réduit est appliqué "aux livraisons, aux prestations à soi-même, à l'importation et à l'acquisition intracommunautaire" de différents aliments et boissons. Cela n'est pourtant pas valable: "pour la livraison d'aliments et de boissons pour la consommation sur place. Des aliments et des boissons sont livrés pour la consommation sur place lorsque, selon les circonstances de la livraison, ils sont destinés à être consommés en un endroit qui est en rapport avec le lieu de la livraison et que des installations particulières pour la consommation sur place sont tenues à disposition." (§ 12 al. 2 ch. 1 Umsatzsteuergesetz/UStG 1993).

Selon la doctrine, une livraison d'aliments et de boissons "destinée à la consommation sur place" présuppose (1) que des installations particulières pour la consommation sur place soient tenues à disposition, (2) que les aliments et les boissons soient selon les circonstances de la livraison destinés à être consommés sur place et (3) qu'il existe un lien spatial entre le lieu de la livraison et l'endroit de la consommation. Les livraisons à domicile d'aliments et de boissons ne tombent pas sous cette disposition et profitent de ce fait d'une imposition au taux réduit, de même que les ventes à l'emporter ou à partir de stands, dans la mesure où le fournisseur de la prestation ne tient à disposition aucune installation pour la consommation sur place (Birkenfeld, *Das grosse Umsatzsteuer handbuch*, § 142, n° 38-61;

Sölch/Ringleb/List, Umsatzsteuergesetz, § 12, n° 21-24; Rau/Dürrwächter, *Kommentar zum Umsatzsteuergesetz*, § 12 al. 2, n° 1 et 2, ch. 90-107).

Le droit français prévoit également l'imposition au taux réduit de la livraison de produits comestibles et de boissons à l'exception des boissons alcoolisées et de certains produits (sucres, chocolats, margarines, graisses végétales, caviar, etc., art. 278bis du Code général des impôts 1995). La vente à l'emporter est aussi imposée au taux réduit. En revanche, la vente d'aliments pour la consommation sur place représente une prestation de services imposable au taux normal. La restauration rapide tombe également dans ce cadre (Ministère du budget, Direction générale des impôts, Précis de fiscalité 1994, vol. 1, ch. 2335 s.; Jean-Jacques Philippe, *La TVA à l'heure européenne*, p. 190/191).

En ce qui concerne le droit communautaire lui-même, celui-ci ne contient aucune réglementation sur l'imposition des prestations de la restauration.

e) Ce tour d'horizon démontre qu'il n'existe manifestement pas de critère communément admis pour délimiter les prestations de la restauration soumises au taux normal des livraisons de produits comestibles et de boissons imposables au taux réduit.

Selon le droit allemand, par "repas", au sens du § 12 al. 2 ch. 1 UStG, on entend spécialement des aliments cuisinés; toutefois, l'application du taux général n'est pas limité à la livraison de tels mets; au contraire, tous les aliments qui sont livrés prêts à être consommés entrent dans cette catégorie (Sölch/Ringleb/List, *op. cit.*, § 12 n° 22-24). Le Conseil fédéral a, pour des raisons pratiques, renoncé à utiliser la notion de "repas cuisiné". Un deuxième critère de distinction est dégagé aussi bien par le législateur allemand que par le Conseil fédéral: il s'agit des installations particulières pour la consommation sur place. Le droit français fait référence à la notion de consommation sur place sans spécifier si des installations spéciales pour la consommation doivent être tenues à disposition. La délimitation du droit allemand exclut largement les entreprises du secteur de la paragastronomie de l'imposition au taux normal. Le Conseil fédéral veut au contraire voir le secteur de la paragastronomie (au sens large du terme) expressément soumis au taux ordinaire et, dans ce but, il a précisé à l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA qu'il y a également prestation de la restauration lorsque l'assujetti prépare ou sert des produits comestibles et des boissons chez le client.

Enfin, la proposition de la contribuable de qualifier la remise de produits comestibles et de boissons de manière uniforme soit comme une "livraison de biens" (art. 5 OTVA), soit comme une "prestation de services" (art. 6 OTVA) ne permet pas d'arriver à une meilleure distinction. Comme l'Administration fédérale des contributions le fait remarquer à juste titre, une livraison de biens peut aussi contenir des prestations de services (par ex. reposant sur un contrat d'entreprise ou de mandat, voir l'art. 5 al. 2 OTVA). Les lois fiscales étrangères ne semblent pas accorder une grande importance à une telle distinction. Dès lors, il ne suffit pas simplement de qualifier les livraisons de produits comestibles et de boissons de "livraisons de biens" pour que le taux réduit puisse être appliqué; il faut encore s'assurer que la livraison ne contient aucune prestation de la restauration.

f) A la lumière de ces considérations, il ne peut pas être affirmé que le critère de distinction choisi par l'auteur de l'ordonnance à savoir la mise à disposition d'installations particulières pour la consommation sur place est dépourvu de sens. Au contraire, la possibilité de pouvoir consommer sur place des mets et des boissons, par exemple à une table, de même que la préparation de repas et de boissons ou le fait de les servir chez le client, apparaissent comme des éléments essentiels d'une prestation de la restauration.

De même, le principe de l'égalité de traitement au sens de l'art. 4 Cst. n'est pas violé. Il est vrai que les magasins de détail doivent imposer au taux de 2% la vente d'aliments et de boissons, tandis que les restaurants doivent parfois verser une TVA de 6,5% sur les mêmes produits comestibles et boissons. Toutefois, cette solution est déjà prévue par la Constitution fédérale, dans la mesure où elle fixe des taux différents d'imposition. Sous cet angle, le critère

de distinction choisi à l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA tient uniquement compte des différences entre les magasins de détail et les entreprises de restauration.

Par conséquent, l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA ne viole pas l'art. 4 Cst. Pour cette raison, il n'y a pas lieu d'examiner si les critères de distinction développés par l'instance inférieure sont fondés. Quoiqu'il en soit, il faut observer qu'elle a dû limiter sa décision aux livraisons à domicile de pizzas à l'exclusion d'autres produits comestibles et qu'elle a exigé pour l'application du taux ordinaire de la TVA qu'il s'agisse de pizzas prêtes à être consommées; ce critère n'est pas contenu dans l'OTVA. La différenciation selon la sorte de produits comestibles et de boissons livrée conduirait également dans la pratique à des distinctions difficilement praticables.

7. Il reste à considérer si l'interprétation faite par l'Administration fédérale des contributions de l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA, telle qu'elle ressort notamment des Instructions à l'usage des assujettis et de la brochure s'adressant à la branche de "L'hôtellerie et de la restauration", est conforme au droit fédéral. Ces directives expriment la position de l'administration quant à l'interprétation des dispositions applicables de la Constitution fédérale et de l'ordonnance et doivent instaurer une pratique administrative unifiée, mais elles ne lient pas le Tribunal fédéral (ATF 121 II 473 consid. 2b). D'abord, il faut rechercher si l'Administration fédérale des contributions a suffisamment tenu compte de la disposition elle-même, soit de l'art. 27 OTVA (présent consid. 7). Ensuite, il faudra examiner si l'interprétation faite de l'art. 27 OTVA par l'Administration fédérale des contributions respecte les principes supérieurs du droit, notamment ceux découlant de l'art. 4 Cst. (consid. 8 et 9).

a) Selon les Instructions à l'usage des assujettis (ch. 213 s., 217, 224), ainsi que la brochure à l'attention de la branche de "L'hôtellerie et de la restauration" (ch. 2.20) de l'Administration fédérale des contributions, la remise de produits comestibles et de boissons vaut toujours prestation de la restauration lorsqu'il existe une possibilité de consommer sur place. Il est sans importance que le client fasse usage ou non de cette possibilité ou même qu'il puisse en faire usage. Selon les directives de l'Administration fédérale des contributions, une exception ne peut être faite que lorsque l'entreprise de restauration fait les livraisons à domicile à partir d'un "kiosque" aussi bien séparé sur le plan de la situation que de l'organisation ou dans des locaux de vente séparés (Instructions ch. 244; Brochure ch. 2.26); dans ce cas, les livraisons à domicile sont soumises à la TVA au taux de 2%. La contribuable objecte que les livraisons à domicile devraient dans chaque cas en tant que "livraisons de produits comestibles et de boissons" être imposées au taux réduit de 2%.

Ni le texte de l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA ni les travaux préparatoires se rapportant à cette disposition ne permettent de déterminer si l'application du concept de "prestations de la restauration" et par ce biais du taux ordinaire de 6,5% exige que le client se trouve dans le restaurant ou s'il suffit que des installations servant à la consommation soient tenues à disposition au siège de l'entreprise. Il est cependant possible de répondre à cette question en partant du but de l'OTVA et de sa systématique.

b) Dans l'art. 8 al. 2 let. e ch. 1 disp. trans. Cst., le constituant a soumis au taux réduit de 2% certains biens de première nécessité qui figuraient déjà dans la liste franche de l'art. 14 de l'Arrêté fédéral instituant un impôt sur le chiffre d'affaires (BO CN 1993 p. 343). Des considérations de politique sociale ont fondé l'exonération contenue dans l'Arrêté fédéral instituant un impôt sur le chiffre d'affaires (*cf.* Dieter Metzger, Handbuch der Warenumsatzsteuer, n° 75 s.). Il est vrai que la Constitution fédérale a ainsi soumis au taux réduit de véritables articles de luxe. Par exemple, à la différence du droit français, la livraison de caviar n'est pas exclue du taux de 2%. Cela ne constitue toutefois pas un motif pour étendre le champ d'application du taux réduit. Eu égard aux motifs de politique sociale qui sont à la base de l'introduction d'un taux réduit, il n'apparaît pas nécessaire de soumettre au taux réduit les livraisons à domicile de produits comestibles et de boissons. L'interprétation

de l'Administration fédérale des contributions, selon laquelle il y a prestation de la restauration lorsqu'il y a une possibilité de consommer sur place, apparaît donc compatible avec le but poursuivi par la disposition.

Cette interprétation permet aussi dans une large mesure d'englober dans le taux normal les entreprises du secteur de la paragastronomie, ce qui semble correspondre aux vœux des cercles intéressés. Sous cet angle, la contribuable se réfère manifestement au droit allemand qui impose au taux réduit les livraisons à domicile de produits comestibles par les restaurants. Elle omet cependant le fait que le § 12 al. 2 ch. 1 UStG exige expressément un lien de causalité entre le lieu de la livraison et l'endroit où le produit comestible doit être consommé (voir ci-avant consid. 6d). En ce qui concerne l'art. 34 du projet de loi sur la taxe sur la valeur ajoutée du 28 août 1995, celui-ci pose une condition supplémentaire consistant en la fourniture d'une prestation de services complémentaire au lieu de la livraison (voir ci-avant consid. 6c; le texte de la disposition est identique au projet de loi actuel figurant dans le rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 28 août 1996, FF 1996 V 910). L'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA ne pose dans ce cadre aucune condition, de sorte qu'il apparaît que l'interprétation de l'Administration fédérale des contributions ne contredit pas la systématique de l'OTVA.

8. Il se pose alors la question de savoir si l'interprétation faite par l'Administration fédérale des contributions de l'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA résiste à un examen sous l'angle de l'art. 4 Cst. La recourante se plaint d'une inégalité de traitement constitutive d'une violation de l'art. 4 Cst.

a) Il est vrai que les livraisons à domicile de produits comestibles et de boissons faites par un restaurant sont imposées au taux normal, tandis que des livraisons semblables faites par des commerces de détail, des traiteurs et des livreurs de pizzas, qui ne tiennent pas à disposition d'installations particulières pour la consommation sur place, sont soumises au taux réduit. Dans cette mesure, l'entreprise invoque avec raison que l'Administration fédérale des contributions, lors de l'application des deux taux, introduit un élément subjectif en imposant dans chaque cas au taux normal les livraisons faites par un restaurant. De cette manière, la qualité du sujet de l'impôt influence la qualification fiscale de l'opération. L'OTVA n'interdit pourtant pas cela; l'art. 14 OTVA contient de nombreux exemples où la qualité de l'assujetti détermine le traitement fiscal de l'opération. L'Administration fédérale des contributions fait aussi remarquer avec raison que les prestations des commerces de détail et des pizza services d'un côté et des restaurants d'un autre côté ne sont pas sans autre comparables. Au demeurant, cette question n'a pas besoin d'être tranchée définitivement du moment que le grief de l'entreprise doit déjà être rejeté pour un autre motif.

b) L'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 OTVA ne doit pas être pris en considération de manière isolée, mais vu dans le contexte des autres directives prises par l'Administration fédérale des contributions. La contribuable n'a plus à imposer ses livraisons à domicile au taux de 6,5% dans la mesure où elle fournit ses prestations à partir d'un local commercial séparé tant sur le plan de la situation que de l'organisation; dans ce cas, ses livraisons à domicile sont également soumises au taux réduit. Cette mesure permet qu'elle soit traitée comme un commerce d'alimentation qui exerce une activité mixte, c'est dire qui vend ou livre d'un côté des produits comestibles et des boissons et qui de l'autre côté fournit des prestations de la restauration (par ex. une boulangerie-pâtisserie avec un tea-room annexe). Dans un cas comme dans l'autre, les assujettis peuvent bénéficier du taux réduit pour les livraisons de produits comestibles et de boissons lorsqu'ils exercent cette activité de façon séparée. Il n'y a dès lors pas d'inégalité de traitement.

(...)

10. La contribuable invoque également le principe de la neutralité concurrentielle des mesures prises par l'Etat. Selon le principe de l'égalité de traitement des différents concurrents

économiques, comme cela découle de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral sur l'art. 31 Cst. (ATF 121 I 279 consid. 4a), sont interdites les mesures qui faussent la concurrence entre les concurrents directs, respectivement celles qui ne sont pas neutres du point de vue de la concurrence. L'inégalité de traitement qui fait l'objet de la présente discussion trouve déjà cependant son fondement dans la Constitution fédérale, laquelle prévoit des taux différents et rend donc nécessaire des critères de délimitation du type de ceux dont il est ici question. Il doit pourtant être exigé qu'il ne soit pas créé de distorsions de concurrence inutiles et évitables. Ce n'est toutefois pas le cas ici. Il est seulement exigé de la contribuable qu'elle prenne sur le plan de l'organisation les mesures qui sont nécessaires afin de permettre un décompte correct de l'impôt; aucune violation du principe de la neutralité concurrentielle ne peut donc être constatée.

11. Vu ce qui précède, la constatation formulée par l'Administration fédérale des contributions sur la base de l'art. 51 al. 1 let. f OTVA en procédure de décision sur réclamation doit être précisée dans le sens que la contribuable doit imposer au taux de 6,5% ses livraisons à domicile de produits comestibles et de boissons dans la mesure où elle ne sépare pas sur le plan de l'organisation cette activité du reste de son entreprise de restauration. Avec cette constatation, ni la contribuable ni l'Administration fédérale des contributions n'obtiennent entièrement gain de cause. Quoi qu'il en soit, le recours de l'Administration fédérale des contributions est en principe fondé. Les deux recours sont par conséquent partiellement admis au sens des considérants qui précèdent et la décision attaquée annulée. (...)

SUI / 1997 / A08

Suisse / Tribunal fédéral / Ire Cour de droit public / 19-03-1997 / 1P.173-1996 / G. et cons. c. Grand Conseil du canton de Soleure / résumé

3.16 Principes généraux – proportionnalité

5.1.1.2 Droits fondamentaux – problématique générale – principes de base – égalité et non discrimination

5.2.4.1.4 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – champ d'application – élections

5.2.4.2.1 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – critère de différenciation – sexe

5.2.4.3 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – discrimination positive

5.2.34 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – droits électoraux

Candidats (à une élection)

Art. 85 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire (recours pour violation des droits politiques); déclaration de nullité de l'initiative populaire soleuroise "Pour une représentation à droits égaux des femmes et des hommes dans les autorités cantonales initiative 2001".

Rapport entre l'art. 4 al. 2 phrase 1 de la Constitution fédérale et l'art. 4 al. 2 phrase 2 de la Constitution fédérale. L'interdiction de la discrimination constitue une limitation relative de l'obligation de réaliser l'égalité; elle exclut des inégalités de traitement disproportionnées

entre les sexes (consid. 3a et 3b).

Exigence de pesée des intérêts dans l'examen de l'admissibilité de mesures positives tendant à la réalisation effective de l'égalité des sexes (consid. 3b et 3d).

Conséquences de l'initiative, qui exige de façon impérative, et sans égard aux qualifications, que la représentation des femmes au parlement, au gouvernement et dans les tribunaux corresponde à leur part dans la population (consid. 4).

Examen de cette mesure selon les critères du principe de la proportionnalité (consid. 5 et 7). *Le quota proposé représente une atteinte disproportionnée à l'interdiction de discrimination de l'art. 4 al. 2 phrase 1 de la Constitution fédérale (consid. 7). Dans la mesure où il s'applique à des autorités élues par le peuple, il viole le droit général et égal d'élire et d'être élu, garanti par le droit constitutionnel de la Confédération (consid. 8).*

L'initiative populaire "Pour une représentation à droits égaux des femmes et des hommes dans les autorités cantonales initiative 2001" tend à une modification de la Constitution du canton de Soleure. Elle exige que la représentation des femmes au parlement, au gouvernement et dans les tribunaux cantonaux corresponde à leur part dans la population. L'initiative a été déclarée nulle par le parlement cantonal pour violation de la Constitution fédérale et n'a donc pas été soumise au vote du peuple.

Les recourants se sont adressés au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public; ils demandent que la décision du parlement cantonal soit annulée et que le peuple du canton de Soleure soit appelé à se prononcer sur cette initiative. Le recours a été déclaré recevable mais a été rejeté par le Tribunal fédéral.

Selon l'art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale, l'homme et la femme sont égaux en droits (phrase 1); la loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail (phrase 2). Cet article veut créer une égalité de fait entre hommes et femmes dans la réalité sociale et tend ainsi à promouvoir une égalité des chances. Chacun doit disposer des mêmes possibilités pour prendre part à la vie sociale. Si les principes des deux phrases de l'art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale entrent en conflit, celui-ci sera résolu par une pesée des intérêts en jeu.

En l'espèce, le texte de l'initiative améliore les chances des femmes tout en heurtant le principe de l'égalité entre hommes et femmes. Les femmes représentent dans le canton de Soleure 50,74% de l'ensemble de la population. L'initiative contestée aurait des conséquences rigoureuses tant lors d'élections pour le parlement que pour les tribunaux; elle s'appliquerait pour toute nouvelle élection de juges. Elle tend non seulement à réaliser une égalité des chances, mais à créer une égalité dans le résultat. L'initiative va ainsi au-delà du but constitutionnel.

Pour atteindre une représentation proportionnelle d'hommes et de femmes au parlement, au gouvernement et dans les tribunaux, d'autres mesures que celles proposées par l'initiative sont plus adéquates. Les partis politiques ont la possibilité de promouvoir l'activité des femmes par le choix ainsi que par le soutien des candidates. Par ailleurs, les femmes peuvent élire les candidates féminines et sont libres de se présenter comme candidates. L'évolution de ces dernières années démontre clairement une augmentation de la participation des femmes

dans le domaine politique. Sous l'angle de la proportionnalité, il est en outre à relever que l'initiative ne prévoit pas d'exceptions et ne tient pas compte des qualifications requises pour les différents postes. L'initiative met finalement en danger le droit général et égal d'élire et d'être élu. Elle aurait pour conséquence qu'un candidat masculin ou féminin ne pourrait plus être élu et que le citoyen ne pourrait pas librement faire son choix dès lors que le nombre maximal de représentants d'un sexe n'est pas atteint.

SUI / 1997 / A09

Suisse / Tribunal fédéral / IIe Cour de droit public / 2-09-1997 / 2P.325-1996 / c. Contre Tribunal administratif du canton de Neuchâtel et Département des finances des affaires sociales du canton de Neuchâtel / extraits

1.4.12 Justice constitutionnelle – objet du contrôle – décision juridictionnelles

5.2.4.1.1 Droits fondamentaux – droits civils et politiques – égalité – champ d'application – charges publiques

Concubins

Art. 4 Cst.; impôt sur les successions; imposition des concubins.

La législation neuchâteloise en matière d'impôt sur les successions n'est pas contraire à l'art. 4 Cst. pour le motif qu'elle exonère ou impose les héritiers à un taux dépendant de leurs liens de parenté et non pas de leurs liens personnels avec le défunt, qu'elle ne prévoit pas de statut spécial pour les concubins et ne les assimile pas à un couple marié (consid. 2-7).

(...)

2. – a) L'intéressée prétend que la loi cantonale est arbitraire et contraire au principe de l'égalité de traitement dans la mesure où elle impose plus lourdement un concubin que n'importe quel autre parent du défunt avec lequel ce dernier n'avait peut-être aucune relation personnelle. Elle affirme à cet égard que la famille traditionnelle a perdu sa signification et que le droit fiscal ne peut plus se fonder exclusivement sur les liens familiaux mais doit également tenir compte du concubinage qui est aujourd'hui une forme de vie commune répandue et socialement acceptée, ce qui justifierait que les concubins soient traités comme les couples mariés. A l'appui de sa thèse, elle cite de la jurisprudence qui, à son avis, démontrerait que le concubinage est une communauté de vie comparable au mariage. Elle soutient en outre que les principes du droit privé successoral ne seraient pas pertinents en matière d'impôt sur les successions. Elle demande l'application par analogie des règles posées par le Tribunal fédéral au sujet de l'égalité de traitement entre époux et concubins en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune.

b) Le principe de l'égalité de traitement issu de l'art. 4 al. 1 Cst. et celui de l'interdiction de l'arbitraire sont étroitement liés (ATF 110 Ia 7 consid. 2b p. 13; arrêt du 31 janvier 1992 *in Revue fiscale* 1992, p. 440 consid. 2b p. 442). Un arrêté de portée générale viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire s'il ne repose pas sur des motifs objectifs sérieux ou s'il est dépourvu de sens et de but. Il est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de

la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente; cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 123 II 16 consid. 6a p. 26; 122 I 305 consid. 6a p. 313 et la jurisprudence citée). L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable, ou inversement (Danielle YERSIN, *L'Egalité de traitement en droit fiscal*, RDS 1992, vol. II, p. 145 s., n. 44, p. 178).

(...)

4. – a) La loi cantonale prévoit un système selon lequel sauf dans les cas prévus à l'art. 5 al. 1 lettres f et g, les héritiers sont exonérés ou imposés à un taux de faveur en fonction des liens familiaux qui les unissaient au défunt. Les degrés de parenté sont ceux qui sont prévus par le code civil (*cf.* l'art. 16 al. 1 de la loi cantonale) et qui sont utilisés pour déterminer l'ordre et l'importance des dévolutions successorales (*cf.* art. 457s. et 470 s. CC). De plus, la loi cantonale ne fait pas de distinction entre les héritiers légaux ou institués mais se fonde uniquement sur le degré de parenté avec le défunt. Elle ne prend pas en considération les liens effectifs qui auraient pu exister entre ce dernier et le contribuable. Le conjoint survivant est ainsi soit exonéré, soit imposé à un taux réduit (art. 5 al. 1 lettres de et 17 lettre a de la loi cantonale), sans que l'existence d'une communauté conjugale effective ou sa durée au moment du décès de l'autre époux ne soient prises en considération. Peu importe également que les conjoints soient séparés de corps ou en instance de divorce au moment de ce décès.

b) La plupart des législations cantonales en matière d'impôt sur les successions et les donations prévoient, en principe, un taux d'imposition privilégié, voire une exonération, pour le conjoint survivant et les proches parents du défunt ou du donateur (*cf.* Archives 48 p. 656 consid. 4 p.660; Ernst HÖHN, *Steuerrecht*, 7e éd., Berne 1993, p. 494 et 502; Yvo HANGARTNER, *Verfassungsrechtliche Fragen der Erbschafts und Schenkungssteuern*, in *Steuerrecht im Rechtsstaat*, Festschrift für Prof. Dr. Francis Cagianut, Berne 1990, p. 73).

Un tel système, qui est également prévu par la loi cantonale (*cf.* consid. 3a et 4a), favorise notamment la réalisation des objectifs familiaux, sociaux et moraux à la base du droit privé successoral, en particulier l'ordre de succession des héritiers légaux et les réserves dont jouissent certains d'entre eux, tel le conjoint survivant (*cf.* les art. 457s. et 471 CC; sur ces objectifs, *cf.* notamment Paul PIOTET, *Droit successoral, Traité de droit privé suisse*, Tome IV, Fribourg 1975, par. 1 p. 16). Il vise en outre à protéger le mariage et la famille en raison du rôle important qu'ils assument au sein de la société (*cf.* HANGARTNER, *op. cit.*, p. 73-74). Il tient également compte du fait que le défunt et ses proches parents étaient soumis à certaines obligations légales mutuelles d'entretien et d'assistance (*cf.* art. 159 al. 2-3, 163, 276s. et 328s. CC) – qui n'incombent pas légalement aux concubins durant leur vie commune – et que la fortune du défunt doit permettre de subvenir aux besoins des survivants dont ce dernier devait assumer, en tout ou partie, l'entretien (*cf.* Emil KÜNG, *Die Erbschafts und Schenkungssteuern*, in *Revue fiscale*, 1971, p. 467 s., p. 469-470; Michel SIEVEKING, *La Nature et l'objet de l'impôt sur les successions en Suisse*, thèse Lausanne 1970, p. 10-11; Ernst BISSEGGGER, *Die Erbschaftssteuer und ihre Bedeutung für Volkswirtschaft und Sozialpolitik*, thèse Berne 1923, p. 65-70).

c) En soi, une telle réglementation n'est pas contraire à l'art. 4 Cst. (*cf.* ATF 96 I 53 consid.

3a p.56; arrêt du 13 juillet 1984 in *Repertorio di Giurisprudenza Patria* 119/1986, p. 246 consid. 4a p. 251; Archives 48 p. 656 consid. 4 p. 660).

5. – a) Certes, ainsi que le soutient la recourante, le concubinage de longue durée présente des points communs avec la communauté conjugale, notamment en raison des liens et des devoirs moraux qui se créent entre les partenaires. La jurisprudence qu'elle cite n'est toutefois pas pertinente dans le cas particulier. Elle concerne en effet des arrêts en rapport avec les assurances sociales ou le droit civil et non pas avec le droit fiscal; elle n'a en outre pas la portée que l'intéressée entend lui donner.

En effet, en considérant que la concubine qui s'occupe du ménage et reçoit de son compagnon des prestations en nature (sous forme de nourriture et de logement), et éventuellement de l'argent de poche, doit être considérée contrairement à la femme mariée dans une situation semblable comme une personne exerçant une activité lucrative dépendante soumise à l'obligation de cotiser à l'assurance-vieillesse et survivants (ATF 110 V 1), le Tribunal fédéral des assurances ne supprime pas une différence de traitement entre conjoints et concubins, mais au contraire la consacre. Par ailleurs, en affirmant que l'art. 153 al. 1 CC selon lequel l'époux qui reçoit une rente à la suite d'un divorce, cesse d'y avoir droit s'il se remarie doit être appliqué par analogie au conjoint divorcé qui vit en concubinage, le Tribunal fédéral se fonde sur la notion d'abus de droit (*cf.* ATF 118 II 235 consid. 3a p. 237 et les références citées) qui n'est d'aucun secours à la recourante en l'espèce.

b) L'intéressée souhaite que l'impôt litigieux soit déterminé en fonction de l'intensité des liens entre le défunt et le contribuable; un tel système reposerait toutefois sur un critère qui n'est pas objectif et créerait de ce fait pour l'autorité fiscale des difficultés d'application quasiment insurmontables (*cf.* arrêt du 13 juillet 1984 in *Repertorio di Giurisprudenza Patria* 119/1986, p. 246 consid. 4b p. 251), en particulier dans certaines situations délicates, telle par exemple celle d'un défunt marié mais vivant en concubinage avec une autre femme. Un tel critère devrait en outre être appliqué non seulement au concubin mais également à tout contribuable qui, à défaut de liens familiaux, pourrait faire valoir des liens personnels étroits avec le défunt (tels par exemple un parrain, une marraine, un filleul); il conduirait de plus à une imposition plus lourde des parents ou des alliés qui n'avaient que peu ou pas de liens avec lui. Un tel système, privilégiant les liens personnels au détriment des liens familiaux, n'est pas exigé par l'art. 4 Cst. (*cf.* dans ce sens l'arrêt précité du 13 juillet 1984 in *Repertorio di Giurisprudenza Patria* 119/1986, p. 246 consid. 4b p. 251).

c) Par ailleurs, comme le législateur cantonal est autorisé à adopter des solutions forfaitaires propres à simplifier l'imposition (*cf.* ATF 114 Ia 221 consid. 6a p. 231-232; YERSIN, *op. cit.*, n° 102 s., p. 209 s.; KÜNG, *op. cit.*, p. 468), la proximité des rapports familiaux entre le défunt et l'héritier apparaît comme un critère aisément applicable et contrôlable par l'autorité fiscale ou par le contribuable, notamment grâce aux registres d'état civil, ce qui renforce également la sécurité juridique.

d) Au surplus, ni les législations des autres cantons en matière d'impôt sur les successions et les donations (*cf.* *Die Steuern der Schweiz*, IIIe Partie, *Erbschafts und Schenkungssteuern, Vermögensverkehrssteuern, Verbrauchs und Aufwandsteuern*, partie A), ni le modèle de loi concernant ces impôts établi en août 1983 par la Conférence des directeurs cantonaux des finances ne font des concubins une catégorie particulière de contribuables.

6. – a) Le Tribunal fédéral a certes examiné à plusieurs reprises la question de l'égalité de traitement entre conjoints et concubins en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (*cf.* ATF 120 Ia 343 et 329 et les références citées; Archives 63 p. 330 consid. 4a p. 334). Il a toutefois également précisé que cette jurisprudence ne pouvait être appliquée, sans autre examen, à l'impôt sur les gains immobiliers, dont la nature est différente de celle des contributions précitées (arrêt du 31 janvier 1992 *in Revue fiscale* 1992 p. 440 consid. 3b p. 443).

L'impôt litigieux est également d'une nature différente de celle des impôts sur le revenu et sur la fortune. En effet, ces derniers sont calculés en particulier selon un taux progressif dépendant uniquement de l'importance des revenus ou de la fortune imposables; lors de l'imposition d'un couple marié, les éléments imposables des deux conjoints sont additionnés (*cf.* HÖHN, *op. cit.*, p. 165-166, 325 et 338). En matière d'impôt successoral, le canton de Neuchâtel perçoit, d'une part, l'impôt litigieux dont chaque héritier doit s'acquitter sur le montant de sa propre part successorale selon un taux variant, non pas en fonction du montant de celle-ci, mais du lien de parenté l'unissant au défunt (*cf.* art. 17 de la loi cantonale), et, d'autre part, un "émolument" sur la masse successorale payé par tous les héritiers, solidairement entre eux, selon un taux qui varie en fonction du montant de l'actif net successoral (*cf.* art. 4 et 8 de la loi neuchâteloise du 10 novembre 1920 concernant l'application de l'article 551 du code civil suisse et la perception d'un émolument en cas de dévolution d'hérédité); que le contribuable soit marié ou non n'est pas déterminant pour la fixation de cette dernière contribution.

Au vu de ces éléments, il est dès lors douteux que la jurisprudence précitée concernant l'égalité de traitement entre conjoints et concubins soit applicable en l'espèce. L'arrêt cantonal cité à cet égard par la recourante laisse d'ailleurs la question indécise dans le cas de l'impôt successoral perçu par le canton de Berne (*cf.* arrêt du 25 octobre 1993 *in Revue fiscale* 1994 p. 80 consid. 4f p. 89).

b) Il faut en outre relever que C. a, semble-il, exercé une activité lucrative à 60% durant sa vie commune avec D. et que, dans la mesure où les revenus des concubins sont imposés séparément alors que ceux des époux sont additionnés (*cf.* art. 12 al. 1 de la loi neuchâteloise du 9 juin 1964 sur les contributions directes et art. 13 al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt fédéral direct, en vigueur jusqu'au 1er janvier 1995), elle a bénéficié durant toutes ces années d'une imposition plus favorable que si elle avait été mariée avec lui. Elle ne saurait remettre en cause, lorsqu'il se révèle défavorable, le statut qu'elle-même et le défunt ont librement choisi. Au surplus, dans la mesure où elle prétend que l'impôt litigieux est notamment calculé sur la valeur d'un immeuble dont elle aurait en grande partie financé l'acquisition par le défunt, il lui appartenait de se prévaloir de sa créance au moment de la fixation de sa part successorale imposable (*cf.* art. 7 et 22 de la loi cantonale).

7. – Au vu de ce qui précède, force est de constater que la réglementation de l'impôt litigieux intimement liée au droit privé des successions ne peut être considérée comme contraire à l'art. 4 Cst. pour le motif qu'elle ne prévoit pas de statut particulier pour les concubins ou ne les assimile pas à un couple marié. Il n'incombe pas au Tribunal fédéral mais, le cas échéant, au législateur cantonal de modifier le système légal dans le sens voulu par l'intéressée.