

EXAMEN DE LA LEGISLATION APPLICABLE EN MATIERE DE PUBLICITE, DE PROMOTION ET DE PARRAINAGE EN FAVEUR DU TABAC EN SUISSE ROMANDE

Me Antonella Cereghetti

Avocate

Avocate spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances

r&associés avocats
CH - 1002 Lausanne

Mai 2014

TABLE DES MATIERES

1. SOURCES ET FORCE CONTRAIGNANTE	2
I. Les sources de droit international	2
a) <i>Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac (CCLAT) et Directives pour l'application de l'article 13 CCLAT</i>	2
b) <i>Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003</i>	3
c) <i>Code ICC consolidé (Code international de pratiques loyales en matière de publicité)</i>	4
II. Les sources de droit interne	4
a) <i>La Constitution fédérale</i>	4
b) <i>Lois fédérales</i>	6
c) <i>Lois cantonales</i>	8
d) <i>Règles sur la Loyauté dans la communication commerciale</i>	12
e) <i>Accord avec la Commission Suisse de Loyauté</i>	13
2. JURISPRUDENCE	13
a) <i>Suisse</i>	13
b) <i>Allemagne</i>	14
3. CONCLUSIONS	14
a) <i>Les limites du système actuel</i>	14
b) <i>Moyens d'action et perspectives</i>	15

En octobre 2013, le CIPRET-Vaud a sollicité de la soussignée un avis de droit aux fins d'examiner la législation applicable en matière de publicité, de promotion et de parrainage du tabac en Suisse romande et d'évaluer les possibilités de sa mise en œuvre dans un certain nombre de cas (ci-après : C, a à n).

Le présent avis de droit traite donc des différentes sources et de leur force contraignante, de la jurisprudence rendue à ce jour et des cas exemplatifs présentés.

1. SOURCES ET FORCE CONTRAIGNANTE

Différentes sources existent sur le plan international (I), soit a) la Convention-cadre de l'OMS et ses Directives sur l'art. 13, b) la Directive européenne 2003/33/CE et c) le Code ICC consolidé, sur le plan national (II), à savoir d) la Constitution fédérale, e) les lois fédérales, f) cantonales, g) les Règles sur la Loyauté dans la communication commerciale et i) l'Accord avec la Commission suisse de Loyauté.

I. Les sources de droit international

a) *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac (CCLAT) et Directives pour l'application de l'article 13 CCLAT*

La Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac énonce les principes qui s'appliquent, au niveau international, à la vente et à la consommation de produits du tabac. Bien que la Suisse soit l'un des pays signataires de cette convention depuis 2004, elle ne l'a pas encore ratifiée (<http://www.bag.admin.ch/fctc/index.html?lang=fr>). **Par conséquent, elle n'est pas entrée en force sur le territoire helvétique et la Suisse n'est donc pas juridiquement liée par elle.**

Il n'est toutefois pas inutile de connaître le contenu des normes internationales dans lesquelles devrait s'inscrire la loi sur le tabac projetée et éventuellement de pouvoir s'y référer pour interpréter les lois existantes sur le plan fédéral et cantonal.

L'article 13 de la CCLAT, qui traite spécifiquement de la publicité en faveur du tabac, de la promotion et du parrainage, pose le principe d'une interdiction globale et prévoit des mesures minimum à instaurer dans les pays qui ne pourraient pas l'instaurer pour des raisons constitutionnelles. Ainsi, il dispose que :

¹ *Les Parties reconnaissent que l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage réduira la consommation des produits du tabac.*

² *Chaque Partie, dans le respect de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, instaure une interdiction globale de toute publicité en faveur du tabac et de toute promotion et de tout parrainage du tabac. Cette interdiction, sous réserve du cadre juridique et des moyens techniques dont dispose cette Partie, inclut l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage transfrontières à partir de son territoire. A cet égard, dans les cinq années suivant l'entrée en vigueur de la Convention pour cette Partie, celle-ci adopte des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou d'autres mesures appropriées et fait rapport conformément à l'article 21.*

³ *Une Partie qui est dans l'incapacité d'instaurer une interdiction globale du fait de sa constitution ou de ses principes constitutionnels impose des restrictions à toute publicité en faveur du tabac et à toute promotion et tout parrainage du tabac. Ces restrictions, sous réserve du cadre juridique et des moyens techniques dont dispose cette Partie, incluent des restrictions ou l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage à partir de son territoire ayant des effets transfrontières. A cet égard, chaque Partie adopte des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou d'autres mesures appropriées et fait rapport conformément à l'article 21.*

⁴ *Comme mesure minimum, et dans le respect de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, chaque Partie :*

a) *interdit toutes les formes de publicité en faveur du tabac, de promotion et de parrainage qui contribuent à promouvoir un produit du tabac par des moyens fallacieux, tendancieux ou trompeurs, ou susceptibles de donner une impression erronée quant aux caractéristiques, aux effets sur la santé, aux risques ou émissions du produit ;*

b) *exige qu'une mise en garde sanitaire ou d'autres mises en garde ou messages appropriés accompagnent toute publicité en faveur du tabac et, le cas échéant, toute promotion et tout parrainage du tabac ;*

c) *limite le recours à des mesures d'incitation directes ou indirectes qui encouragent l'achat de produits du tabac par le public ;*

d) *si elle n'a pas imposé d'interdiction globale, exige de l'industrie du tabac qu'elle fasse connaître aux autorités gouvernementales compétentes les dépenses qu'elle consacre à la publicité, à la promotion et au parrainage encore non interdits. Ces autorités, dans les conditions fixées par la législation nationale, peuvent décider de rendre ces chiffres accessibles au public ainsi qu'à la Conférence des Parties, conformément à l'article 21 ;*

e) *impose une interdiction globale ou, si elle est dans l'incapacité d'imposer une interdiction globale du fait de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, limite la publicité en faveur du tabac, ainsi que la promotion et le parrainage à la radio, à la télévision, dans la presse écrite et, le cas échéant, dans d'autres médias tels que l'Internet, dans les cinq ans ; et*

f) *interdit ou, si elle est dans l'incapacité d'interdire du fait de sa constitution ou de ses principes constitutionnels, limite le parrainage des manifestations ou des activités internationales et/ou des participants à ces manifestations ou activités.*

⁵ *Les Parties sont encouragées à appliquer des mesures allant au-delà des obligations énoncées au paragraphe 4.*

⁶ *Les Parties coopèrent à la mise au point de technologies et d'autres moyens nécessaires pour faciliter l'élimination de la publicité transfrontières.*

⁷ *Les Parties qui ont interdit certaines formes de publicité en faveur du tabac, de promotion et de parrainage ont le droit souverain d'interdire ces formes de publicité, de promotion et de parrainage transfrontières entrant dans leur territoire et d'imposer les mêmes sanctions que celles qui s'appliquent à la publicité, à la promotion et au parrainage, tant sur le plan intérieur qu'à partir de leur territoire, conformément à leur législation nationale. Le présent paragraphe n'entérine ni n'approuve aucune sanction spécifique.*

⁸ *Les Parties étudient l'élaboration d'un protocole définissant des mesures appropriées qui nécessitent une collaboration internationale en vue d'une interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage transfrontières.*

En sus, l'OMS a rédigé des Directives pour l'application de cet article 13 dans le dessein d'aider les Parties à donner suite à leurs obligations liées à ce dernier. Ces Directives leur donnent des orientations pour l'introduction et l'application d'une interdiction globale de la publicité en faveur du tabac, de la promotion et du parrainage dans la mesure où leur Constitution respective le leur permet, ou d'une interdiction aussi complète que possible.

b) Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003

Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac

La Directive 2003/33/CE s'adresse aux Etats membres de l'UE. Elle décrit un objectif que les Etats membres doivent impérativement atteindre, mais ceux-ci disposent d'une certaine marge d'appréciation dans sa mise en œuvre. **Cette Directive n'est pas applicable en Suisse, et n'a donc aucune force contraignante.** Il est néanmoins nécessaire de la mentionner pour connaître la manière dont l'UE traite de cette thématique.

L'article 2 de cette Directive définit les « produits du tabac » comme étant *tous les produits destinés à être fumés, prisés, sucés ou mâchés, dès qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac.*

Aux termes de l'article 3 alinéa 1, *la publicité dans la presse et d'autres médias imprimés est limitée aux publications exclusivement destinées aux professionnels du commerce du tabac et aux publications qui sont imprimées et éditées dans des pays tiers, lorsque ces publications ne sont pas principalement destinées au marché communautaire.*

Toute autre publicité dans la presse et d'autres médias imprimés est interdite.

Toutes les formes de publicité radiodiffusée en faveur des produits du tabac sont interdites. Les émissions radiodiffusées ne font pas l'objet d'un parrainage (art. 4).

La Directive interdit à son article 5 *le parrainage de manifestations ou d'activités concernant plusieurs Etats membres ou se déroulant dans plusieurs Etats membres ou ayant d'autres effets transfrontaliers (par. 1), et la distribution gratuite de produits du tabac dans le cadre du parrainage des manifestations visées au paragraphe 1, ayant pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir ces produits (par. 2).*

Seuls les Etats membres sont responsables de la réglementation des formes de publicité nationales. L'ensemble des Etats de l'UE a interdit la publicité en faveur des produits du tabac au cinéma, et la plupart d'entre eux on interdit la publicité extérieure et indirecte, ainsi que le parrainage de manifestations nationales. L'Italie, la Finlande, le Portugal et la France disposent déjà d'une longue expérience en matière d'interdictions globales de publicité en faveur des produits du tabac (<http://www.bag.admin.ch/fctc/04059/04060/04078/index.html?lang=fr>).

c) Code ICC consolidé (Code international de pratiques loyales en matière de publicité)

Le Code ICC consolidé de la Chambre de commerce Internationale crée un cadre pour les entreprises du monde entier. Celui-ci est mis en œuvre par les organismes d'autorégulation et les tribunaux des différents pays. En Suisse, c'est la Commission Suisse pour la Loyauté qui assume cette tâche.

Il n'a pas valeur de loi, d'ordonnance ou d'accord international et n'a dès lors pas de force contraignante.

L'article 17 du Code ICC consolidé stipule que :

Sauf justification pour des motifs éducatifs ou sociaux, la communication commerciale ne doit comporter aucune représentation ni aucune description de pratiques potentiellement dangereuses ou de situations où la santé et la sécurité ne sont pas respectées, selon les définitions des normes nationales locales. Les instructions d'utilisation doivent comprendre les avertissements de sécurité appropriés et, le cas échéant, une clause d'exclusion de responsabilité. Il doit être montré que les enfants sont sous la surveillance d'un adulte lorsqu'un produit ou une activité implique un risque pour la sécurité. Les informations fournies avec le produit doivent comprendre des conseils d'utilisation adéquats et des instructions complètes sur les aspects de santé et de sécurité à chaque fois que nécessaire. La clarté des avertissements de santé et de sécurité doit être assurée par l'utilisation d'illustrations ou de textes ou d'une combinaison de ceux-ci.

II. Les sources de droit interne

a) La Constitution fédérale

i) Les bases constitutionnelles de la réglementation de la vente et des réclames en matière de tabac

Les articles 93 alinéa 1 (radio et télévision) et 118 alinéa 2 lettre a (protection de la santé) de la Constitution fédérale (Cst.) confèrent à la Confédération une compétence législative en ce qui concerne la réglementation de la vente et des réclames en matière de tabac.

Article 118 alinéa 1 et 2 let. a Cst :

1 Dans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé.

2 Elle légifère sur:

l'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé.

Article 93 alinéa 1 Cst :

1 La législation sur la radio et la télévision ainsi que sur les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques relève de la compétence de la Confédération.

Sur la base de ces dispositions, le droit fédéral prévoit une série de mesures préventives dans la lutte contre le tabagisme, qui incluent aussi des limitations en matière de publicité, dont le but est clairement de protéger la santé publique et la jeunesse de la consommation excessive de certains produits (FF 1979 I 60, 62 et 69, FF 1989 I 886, FF 1992 II 1154 ss). Les articles 93 et 118 Cst. ne confèrent toutefois pas à la Confédération une compétence législative

complète et exhaustive en matière de publicité pour le tabac et l'alcool. Elle ne dispose en effet dans ce domaine que d'une compétence très ponctuelle, étroitement liée aux objectifs de santé publique que le législateur fédéral s'est proposé de poursuivre en réglementant la production et le commerce de l'alcool, l'utilisation des denrées alimentaires et le secteur de la radiotélévision. Les compétences fédérales éparses résultant des normes mentionnées n'excluent dès lors pas celles, plus générales, des cantons en matière de politique sanitaire et de réglementation de l'utilisation du domaine public et privé (arrêt du TF 2P.207/2000, du 28 mars 2002, consid. 3e).

ii) La limite imposée par les libertés constitutionnelles

Cet objectif de santé publique doit être mis en œuvre dans la réglementation fédérale et dans les différentes réglementations cantonales en tenant compte des libertés garanties par la Constitution, en ce sens que si la limitation de la publicité litigieuse conduit à une restriction d'une liberté constitutionnelle, elle doit être justifiée par un intérêt public prépondérant et respecter le principe de la proportionnalité

En l'occurrence, pourraient entrer en contradiction avec les réglementations en matière de limitations de la publicité aux fins de protection de la santé, **la liberté de la presse** (art. 17 Cst.), ainsi que **la liberté d'opinion et d'information** (art. 16 Cst.). Cependant, selon la jurisprudence, l'affichage à but commercial n'entre en principe pas dans le champ de protection de la liberté de la presse et de la liberté d'opinion et d'information (ATF 125 I 417 consid. 3a; 100 la 445 consid. 6 concernant encore l'ancienne Constitution). Seules les opinions dont le contenu est de nature idéale jouissent en effet de la protection accordée par ces libertés constitutionnelles: toute expression qui vise des buts commerciaux rentre en revanche dans le champ d'application de la liberté économique (ATF 125 I 417 consid. 3a; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3ème éd., Berne 1999, p. 204 et 253). Une exception à cette règle subsiste quand le message publicitaire poursuit non seulement des objectifs économiques, mais aussi des intérêts publics (Müller, op. cit., page 205). En l'espèce, les procédés publicitaires en faveur de produits tels que le tabac ne sauraient poursuivre la défense d'intérêts publics.

En ce qui concerne **la liberté économique** (art. 27 Cst.), la jurisprudence reconnaît qu'elle comprend également le droit de faire de la publicité (ATF 123 I 201 consid. 2b et la jurisprudence citée). Mais, à l'instar d'autres libertés publiques, la liberté économique n'est pas absolue. L'art. 36 Cst. prévoit en effet que les restrictions des droits fondamentaux doivent reposer sur une base légale (al. 1), être justifiées par un intérêt public prépondérant (al. 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3), l'essence de ces droits fondamentaux étant en outre inviolable (al. 4). S'agissant du critère de l'intérêt public prépondérant, la jurisprudence admet que la protection de la santé de la population, qui est le but principal poursuivi par de telles réglementations, constitue sans aucun doute un objectif d'intérêt public qui justifie la limitation de droits fondamentaux, tels que la liberté économique (arrêt 2P.207/2000 précité, consid. 5b bb). Quant à la proportionnalité de telles mesures de limitation, le Tribunal fédéral a jugé dans son arrêt 2P. 207 /2000, en réponse à l'argument selon lequel il n'existerait pas nécessairement de lien entre la publicité pour l'alcool et le tabac et la consommation de ces produits, que « *On ne saurait admettre que le fait de limiter la publicité pour l'alcool et le tabac sur le domaine public ainsi que sur le domaine privé visible par le public soit une mesure complètement inapte à limiter la consommation de ces produits. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus avant les effets de la publicité sur la consommation d'alcool et de tabac. [...] Etant donné que l'Etat [...] entend mener une politique cohérente de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme sur tout son territoire, on ne voit pas quelle autre mesure moins incisive pourrait être prise pour atteindre les objectifs visés. L'extension de la restriction litigieuse à une partie de la propriété privée se justifie pour éviter que les buts poursuivis par le parlement [...] ne soient éludés, en plaçant la publicité hors du domaine public, là où elle pourrait néanmoins facilement être vue par le public.* ». A noter que cette dernière argumentation s'applique également à la garantie de la propriété, protégée par l'article 26 Cst.

iii) Les notions de domaine public et de domaine privé

L'affichage publicitaire est en principe installé sur le domaine public. Cependant, la demande de procédés de réclames situés sur le domaine privé, mais visibles depuis le domaine public, a considérablement augmenté. Les réglementations relatives à la limitation de la publicité du tabac tiennent compte de cette nouveauté, puisqu'elles prévoient en général une interdiction visant tant le domaine public que le domaine privé visible depuis le domaine public.

Toutefois, l'application de ces dispositions est parfois problématique, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui relève du domaine public. Pour la clarté de l'exposé, il convient donc de rappeler que **le domaine public comprend l'ensemble des biens qui peuvent être utilisés par tout un chacun. Cela peut être des biens naturels**

(montagne, eaux publique), artificiels (routes, places, ponts) ou les biens immobiliers des collectivités publiques affectés à la réalisation d'un intérêt public (hôpital, école, gare, etc..) (Pierre MOOR, Alexandre FLUCKIGER, Vincent MARTENET, Droit administratif, Vol. I, 2012, p.15).

Selon l'article 664 alinéa 1 du Code civil, les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent et les cantons ou les communes peuvent en réglementer l'usage qui en est fait par les privés. Ainsi, ils sont en principe libres de décider par qui et à quelles conditions le domaine public peut être utilisé. La jurisprudence n'a en effet reconnu aux administrés qu'un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public à des fins commerciales, soumis à autorisation (ATF 101 la 473 consid. 5; 104 la 172 consid. 3; 108 la 135 consid. 3; 119 la 445 consid. 1a/bb et 121 I 279 consid. 2a). Cela est d'autant plus vrai en l'espèce que la mise en place de procédés publicitaires sur le domaine public requiert un usage privatif de celui-ci, dès lors qu'elle implique une activité d'une certaine importance, durable et qui exclut toute utilisation semblable par des tiers (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle 1990, n. 119 B II, p. 360). La jurisprudence admet que l'Etat n'est, en principe, pas obligé d'autoriser l'usage accru (voire privatif) du domaine public afin que des privés puissent faire de la publicité pour des produits dont il cherche à limiter la consommation pour des raisons de santé publique (arrêt 2P.207/2000 précité).

S'agissant de l'interdiction de la publicité sur le domaine privé, il est admis que la proximité du domaine public peut justifier que soient imposées à ses riverains des obligations spécifiques, soit sous la forme de restrictions à leurs prérogatives de propriétaires, soit sous la forme de prestations, sur leur terrain même, voire sur le domaine public (Pierre MOOR, Droit administratif, Vol. III, Berne 1992, p. 309). Dans certains cas, l'Etat peut donc imposer des limitations à l'utilisation de la propriété privée, afin de protéger le domaine public et de garantir une utilisation du domaine public conforme à sa destination. En l'occurrence, une telle restriction se fonde sur la cohérence qu'il y a à éviter qu'une publicité interdite sur le domaine privé ne soit pas néanmoins visible par le public, car situé sur le domaine privé accessible.

b) Lois fédérales

i) Loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) et Ordonnance sur la radio et la télévision (OLRTV)

La loi fédérale sur la radio et la télévision interdit la publicité pour les produits du tabac (art. 10 al. 1 let. a). Cette interdiction, dictée par des considérations sanitaires (Message FF 2003 1522), ne s'applique cependant pas à Internet, qui n'entre donc pas dans le champ d'application de cette loi.

Aux termes de l'article 12 alinéa 4 LRTV, les entreprises qui ont pour activité principale la fabrication ou la vente de produits ou la fourniture de services pour lesquels la publicité est interdite selon l'article 10 ne peuvent pas parrainer d'émissions.

L'Office fédéral de la communication (OFCOM) veille au respect de la LRTV et est ainsi l'autorité de surveillance. En cas de violation de la LRTV, il sied d'interpeller cet Office. Lorsque l'OFCOM constate un manquement au droit, il peut sommer le concessionnaire d'y remédier, saisir les recettes indûment perçues et infliger une sanction administrative (art. 89 LRTV). Il est possible à ce dernier de se pourvoir contre les décisions rendues par l'OFCOM devant le Tribunal administratif fédéral, puis, en règle générale, devant le Tribunal fédéral, mais une tierce personne (la personne qui a dénoncé par exemple) ne peut pas recourir.

ii) Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI) et Ordonnance sur les produits du tabac et les produits contenant des succédanés de tabac destinés à être fumés (OTab)

A titre liminaire, on relève que le tabac est assimilé aux denrées alimentaires au sens de la LDAI (art. 3 al. 3).

L'article 18 LDAI dispose que :

¹ La qualité prônée ainsi que toutes les autres indications sur une denrée alimentaire doivent être conformes à la réalité.

² La publicité pour les denrées alimentaires ainsi que leur présentation et leur emballage ne doivent pas tromper le consommateur.

³ *Sont réputées trompeuses notamment les indications et les présentations propres à susciter chez le consommateur de fausses idées sur la fabrication, la composition, la qualité, le mode de production, la conservabilité, la provenance, des effets spéciaux et la valeur de la denrée alimentaire.*

Les éléments (provenance, fabrication, qualité, effets spéciaux, etc.) énumérés dans l'al. 3 ne sont pas exhaustifs (« notamment »). Aussi, à première vue, si l'on admet que le tabac est nocif pour la santé, cette disposition est applicable à **la publicité en faveur du tabac en lien avec le sport.**

L'OTab définit les produits du tabac comme étant *les produits composés en tout ou en partie de tabac et notamment destinés à être fumés (cigares, cigarettes et produits similaires, tabac coupé et roulé), prisés, sucés ou mâchés* (art. 2 let. d).

A son article 18, elle interdit, *pour les produits du tabac et pour les produits contenant des succédanés de tabac et destinés à être fumés, toute publicité qui s'adresse spécialement aux jeunes de moins de 18 ans (jeunes), notamment :*

- a. *dans les lieux fréquentés principalement par les jeunes ;*
- b. *dans les journaux, revues ou autres publications destinés principalement aux jeunes;*
- c. *sur le matériel scolaire (cartables, trousse, stylos, etc.) ;*
- d. *sur les supports publicitaires remis aux jeunes à titre gratuit tels que T-shirts, casquettes, fanions, ballons de plage ;*
- e. *sur les jouets ;*
- f. *par la distribution gratuite, aux jeunes, de produits du tabac et de produits contenant des succédanés de tabac et destinés à être fumés ;*
- g. *lors de manifestations culturelles, sportives ou autres, fréquentées principalement par des jeunes.*

Ces articles, extraits d'une loi fédérale et de son ordonnance, sont applicables sur l'ensemble du territoire suisse. Les entreprises de tabac doivent donc s'y soumettre. Ils ne sont cependant pas satisfaisants car la terminologie utilisée laisse une trop large place à l'interprétation.

Ainsi, s'agissant des lettres a, b et g de l'article 18 OTab, la question se pose de savoir si le terme « principalement » présuppose qu'un taux de mineurs supérieur à 50% est nécessaire, ou si par exemple un taux de 30% est suffisant, sachant qu'un enfant sera probablement accompagné de deux parents.

Par ailleurs, la distinction opérée à la lettre d entre le fait de donner l'objet à un enfant ou à ses parents, n'est pas satisfaisante lorsque l'on sait que de tels objets seront utilisés par les enfants. Elle est d'ailleurs utilisée activement par les entreprises de tabac pour contourner la loi.

L'article 48 LDAI prévoit une contravention, soit une amende de 40'000 CHF au plus pour *quiconque aura, intentionnellement enfreint les restrictions, fondées sur la présente loi, concernant la publicité en faveur des boissons alcooliques ou du tabac* (al. 1 let. I) et une amende de 20'000 CHF au plus *pour celui qui aura agi par négligence* (al. 1bis).

iii) Révision de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (P-LDAI) et nouvelle loi sur les produits du tabac

Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral a présenté un projet de révision totale de la loi sur les denrées alimentaires, aux fins d'adaptation au droit européen. Sont ainsi repris dans la nouvelle loi des termes et des définitions du droit de l'Union Européenne. Or, le terme de denrées alimentaires au sens de l'article 2 du règlement (CE) no 178/2002 exclut le tabac de son champ d'application. En conséquence, il est prévu de transférer les dispositions relatives aux produits du tabac qui figurent dans la LDAI dans une nouvelle loi sur les produits du tabac. Les délibérations en cours relatives à ce projet de loi ont montré que le Parlement approuvait cette proposition. En conséquence, l'Office fédéral de la santé publique élabore actuellement un projet de loi qui sera envoyé en consultation au début de l'été 2014. Cette loi devrait réglementer la mise sur le marché, la publicité, la remise et l'information sur les dangers sanitaires des produits du tabac. Dans le cadre de ce mandat, l'OFSP examinera également si le domaine de la publicité doit être complété par d'autres dispositions.

Selon le Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur les denrées alimentaires (FF 11.034, p. 5209), il s'agit d'éviter une lacune de réglementation pour le tabac en cas d'entrée en vigueur échelonnée dans le temps, de sorte qu'il est peu probable que la nouvelle loi sur le tabac puisse entrer en vigueur en même temps que la nouvelle LDAI, a été introduite dans le P-LDAI une disposition transitoire (art. 75) qui prévoit que l'actuelle LDAI restera applicable au tabac jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les produits du tabac.

L'article 75 P-LDAI est rédigé en ces termes :

Tant qu'aucune loi particulière régissant le tabac, les autres produits destinés à être fumés et les produits du tabac n'est édictée, les articles 2 à 4, 6, 10, 12, 13, 15, 18, 20 à 25, 27 à 34, 36 à 43, 44, 45 et 47 à 57 de la loi du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires dans sa version antérieure à la présente loi sont applicables dans un délai de quatre ans au plus suivant l'entrée en vigueur de la présente loi.

Au vu de cette disposition, on peut s'attendre à ce que la nouvelle loi sur les produits du tabac entre en vigueur au plus tard en 2019.

iv) Loi fédérale sur la circulation routière (LCR)

Du point de vue de la sécurité routière, les restrictions d'affichage de publicité, placée sur le domaine public ou sur le domaine privé, sont réglées de façon exhaustive par la législation fédérale sur la circulation routière (ATF 128 I 3 consid. 3e/cc). Il s'agit en particulier de l'article 6 de la loi fédérale sur la circulation routière (LCR) et de l'article 53 de la loi fédérale sur les routes nationales (LRN). Le premier prévoit que « les réclames et les autres annonces qui pourraient créer une confusion avec les signaux (sous-entendus routiers) et les marques ou compromettre d'une autre manière la sécurité de la circulation, par exemple en détournant l'attention des usagers de la route, sont interdites sur les routes ouvertes aux véhicules automobiles ou aux cycles, ainsi qu'à leurs abords. Le Conseil fédéral peut interdire toutes réclames et annonces sur les autoroutes et semi-autoroutes ainsi qu'à leurs abords ». Le second interdit toutes réclames et toutes annonces aux abords des routes nationales, conformément à la LCR (al. 1), et laisse au Conseil fédéral le soin d'arrêter des dispositions d'exécution particulières en ce qui concerne les routes nationales (al. 2). Cette délégation de compétence s'est concrétisée dans l'ordonnance sur la signalisation routière (OSR). Les articles 95 à 100 OSR règlent la question des réclames routières.

Ces dispositions concernent, certes, la publicité de manière générale, mais doivent cependant être signalées, puisqu'elles servent de prétextes aux marques de cigarettes pour arguer notamment de la légalité des réclames de tabac sur des véhicules privés. En effet, la législation fédérale n'exclut pas spécifiquement ce type de publicité, ce qui amène les publicistes à conclure que celles-ci sont légales, quel qu'en soit leur contenu, dès lors que la législation fédérale doit être considérée comme exhaustive dans ce domaine.

Or, il appartient au droit cantonal ou communal de prévoir des limitations supplémentaires, notamment pour la protection des sites et du paysage ou de la moralité publique (Piermarco ZEN-RUFFINEN, *Affichage sur les domaines public et privé: la fin d'un monopole?*, in : *Medialex* 2003 p. 34). On peut, à mon sens, en déduire que de telles limitations sont également possibles pour des motifs de protection de la santé publique. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé, dans un ATF 127 I 84 que pouvait être refusé un texte publicitaire devant figurer sur la surface extérieure d'un bus, parce qu'il pourrait être ressenti comme blessant par une partie de la population (consid. 4d). Certes, cet arrêt concerne un véhicule de droit public, mais il paraît néanmoins intéressant de le mentionner, car le TF, dans son raisonnement, ne s'appuie pas sur les dispositions de la LCR, alors même que l'on est censé se trouver dans le champ d'application – exhaustif – de cette loi.

c) Lois cantonales

En sus des lois et ordonnances fédérales, des lois cantonales limitent la publicité en faveur du tabac. **Ces lois ont une force contraignante pour la publicité faite dans leur canton respectif, mais elles ont une portée limitée.** D'une part, lorsqu'elles existent leur champ d'application est limité à l'une ou l'autre activité. D'autre part, elles se heurtent à la diversité des supports de la publicité moderne qui ne sont plus obligatoirement attachés à un territoire donné. Ainsi, si l'application de ces normes s'adapte parfaitement à la publicité par affichage en rue, elle est en revanche inopérante s'agissant de la publicité par internet ou même pas la publicité de presse, laquelle dépasse forcément les frontières cantonales.

i) Canton de Vaud

Le Grand conseil vaudois a légiféré comme suit dans la Loi sur les procédés de réclame (LPR) :

Article 3 Champ d'application

¹ *Sont soumis aux dispositions de la présente loi et à ses dispositions d'application tous les procédés de réclame de quelque nature qu'ils soient, perceptibles à l'extérieur par le public.*

² *N'est pas soumise à la présente loi, la réclame :*

sur un véhicule à moteur ou une remorque immatriculés, soumis à l'ordonnance fédérale du 27 août 1969 sur la construction et l'équipement des véhicules à moins que ces véhicules ne soient utilisés dans un but exclusivement publicitaire ;

sur des bateaux, planches à voiles et leurs accessoires ;

sur des meubles, machines et outils ;

sur des vêtements ou autres effets personnels ;

sur des aéronefs soumis à la législation fédérale C ;

sur du matériel servant au balisage ou au marquage lors de manifestations temporaires.

...

Art. 5a Interdiction des procédés pour des produits dont l'usage engendre la dépendance :

¹ *Les procédés de réclame pour le tabac, (...), sont interdits sur le domaine public et sur le domaine privé, visible du domaine public.*

Aux termes de l'article 9 LPR, l'autorité compétente ordonne la suppression ou la modification, aux frais de l'intéressé, de tout ou partie d'un procédé de réclame contraire à la présente loi ou à ses dispositions d'application (mesure administrative). Par « autorité compétente », il faut comprendre la Municipalité (art. 23 LPR). Le Conseil d'Etat est l'autorité de surveillance en matière de procédés de réclame (art. 21) et le Département des infrastructures et des ressources humaines exerce la haute surveillance (art. 22).

Sur le plan pénal, l'art. 26 LPR prévoit une amende jusqu'à 2'000 CHF pour toute contravention à la LPR ou ses arrêtés d'exécution, et un maximum de 4'000 CHF en cas de récidive.

Selon l'article 27 LPR, *sont passibles de sanctions pénales toutes personnes:*

qui apposent, installent, utilisent, font apposer ou installer ou utiliser un procédé de réclame en violation des dispositions légales ou réglementaires, ainsi que celles qui ne respectent pas les conditions de l'autorisation ou du permis écrits ;

qui, en qualité de bénéficiaires de la réclame, de propriétaires, locataires ou gérants des immeubles ou meubles utilisés pour la réclame, tolèrent l'apposition, l'installation ou l'utilisation d'un procédé de réclame contraire aux dispositions légales ou réglementaires.

Cet article permet aux autorités d'interpeller directement les locataires des kiosques par exemple, qui apposent de la publicité contraire à l'article 5a LPR sur leurs façades ou dans leur vitrine. L'article 35 du règlement cantonal d'application de la LPR (RLPR) prévoit par ailleurs que *les voyers et les organes de police signalent au département les procédés de réclame qu'ils estiment en contradiction avec les dispositions légales.*

A toutes fins utiles, il sied de préciser que chaque commune peut avoir un règlement communal d'application de la LPR. A défaut, le règlement cantonal vaudois (RLPR) s'applique subsidiairement (art. 18 LPR). J'ajoute que ce dernier ne contient pas de disposition particulière relative à la publicité pour le tabac.

ii) Canton du Valais

Aux termes de l'article 111 de la Loi valaisanne sur la santé, *la publicité pour le tabac est interdite sur le domaine et dans les lieux publics, sur le domaine privé visible du domaine public, dans les salles de cinéma et lors de manifestations culturelles et sportives.*

L'art. 112 « Sanctions » dispose que :

¹ *Toute contravention aux articles 109 à 111 de la présente loi, notamment par les responsables de l'exploitation des lieux publics visés aux articles 109 et 111, est passible d'une amende jusqu'à 20'000 francs.*

² *Indépendamment des sanctions prévues à l'alinéa 1, le Conseil d'Etat peut prendre toute mesure propre à faire cesser un état de fait contraire au droit.*

En vertu de l'article 113 la loi précitée, le Conseil d'Etat du Valais a fixé dans l'Ordonnance sur la protection de la population contre la fumée passive et l'interdiction de la publicité pour le tabac, entrée en vigueur le 1er avril 2009, que :

L'organisateur d'une manifestation culturelle ou sportive soutenue financièrement par un fabricant ou un commerçant de produits du tabac annonce le parrainage et ses modalités à la commission (art. 11). Lors de telles manifestations, la mention du nom du parrain ne doit être accompagnée d'aucune référence ou représentation à caractère publicitaire (art. 13).

C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de prendre toute mesure (administrative) propre à faire cesser un état de fait contraire au droit (art. 15 al. 1).

En outre, dans le cas où la personne physique et/ou la personne morale fait de la publicité pour le tabac en violation de l'article 111 LS, elle est passible d'une sanction pénale, soit une amende jusqu'à 20'000 CHF (art. 16 al. 3).

iii) Canton de Fribourg

Le Grand Conseil fribourgeois a légiféré sur la thématique de la publicité pour le tabac dans la Loi sur la santé (LS) à son article 35 « Publicité » comme suit :

¹ *La publicité pour (...), les produits du tabac, (...) et les autres substances nuisibles à la santé est interdite dans les institutions d'enseignement et de santé et dans leurs proximités immédiates.*

² *Les règlements communaux peuvent prévoir la même mesure.*

Cette loi, permissive en comparaison avec d'autres lois cantonales, présente à son article 124 les mesures administratives que la Direction peut prendre :

¹ *La Direction [art. 7 LS : La Direction compétente en matière de la santé] peut prendre toute mesure utile afin de faire cesser un état de fait contraire au droit. Elle peut en particulier :*

a) soumettre à conditions, suspendre ou interdire des activités nocives à la santé ;

b) limiter ou interdire la circulation des personnes, des animaux ou des biens ;

c) ordonner la fermeture de locaux ;

d) ordonner le séquestre, la confiscation ou la destruction de biens ayant servi ou pouvant servir à des activités contraires au droit ou de biens résultant de telles activités ;

e) ...

² *Elle prend en outre toutes les mesures prévues par la présente loi qui ne sont pas attribuées à une autre autorité.*

³ *Elle peut décider de publier les mesures administratives dans la Feuille officielle et dans d'autres journaux. Les coûts des mesures et de la publication sont à la charge des personnes responsables.*

⁴ ...

Des sanctions administratives générales sont prévues à l'article 125 LS, mais aucune sanction pénale n'est prévue par l'article 128 LS en cas d'infraction à l'article 35 susmentionné.

iv) Canton de Berne

Dans la Loi bernoise sur le commerce et l'industrie (LCI), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, les dispositions sur la publicité pour le tabac se trouvent dans le chapitre restrictions ou concurrence du tabac et des boissons alcoolisées.

Art. 15 Interdiction de faire de la publicité

¹ *La publicité pour le tabac est (...) est interdite*

- a. sur le domaine public et sur le domaine privé visible du domaine public,*
- b. sur et dans les bâtiments publics.*

² *La publicité est interdite*

- a. pour le tabac (...), lors de manifestations publiques auxquelles peuvent participer des enfants ou des jeunes de moins de 18 ans, et*
- b....*

³ *L'interdiction n'est pas applicable*

- a. aux panneaux et aux enseignes des établissements,*
- b. aux étalages de magasins vendant du tabac ou de l'alcool,*
- c. à la publicité sur des véhicules conformément à la législation fédérale sur la circulation routière,*
- d. à la publicité faite directement au point de vente lors de manifestations publiques.*

⁴ *Le Conseil-exécutif peut prévoir d'autres exceptions à l'interdiction.*

Les communes surveillent l'observation de ces restrictions (art. 18) qui peuvent être sanctionnées administrativement par le service compétent, qui peut interdire le commerce du tabac ou toute publicité pour une durée allant jusqu'à trois mois lorsque les prescriptions des articles 15 à 17 ont été transgressées de manière répétée (18a).

En outre, la violation de ces dispositions est passible d'une sanction pénale, soit d'une amende de Fr. 200.-- et Fr. 20'000.-- (art. 29).

v) Canton de Genève

La Loi sur les spectacles et divertissements (LSD), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993, dispose que :

Art. 7 Publicité en faveur de l'alcool et du tabac

¹ *La projection de tout film ou diapositive publicitaire en faveur de l'alcool et du tabac est interdite dans les salles de spectacles et de divertissements accessibles aux mineurs de moins de 16 ans.*

² *Sont au surplus réservées les dispositions fédérales en ces matières.*

En outre, cette même loi prévoit aux articles 34 et 35 LSD des mesures (restriction ou suspension d'autorisation) et sanctions administratives (amende de Fr. 100.-- à Fr. 60'000.--) en cas d'infraction à la législation.

En parallèle, la Loi genevoise sur les procédés de réclame (LPR), en vigueur depuis le 20 octobre 2000, dispose que :

Art. 9 Procédés interdits du fait de l'information diffusée

¹ *Tout procédé de réclame qui diffuse une information ou un message qui est contraire aux lois, règlements, bonnes mœurs ou à l'ordre public, est interdit.*

² *L'affichage, sous quelque forme que ce soit, de publicité en faveur du tabac et (...) sur le domaine public et sur le domaine privé, visible du domaine public, est interdit. Il en est de même à l'intérieur et aux abords des bâtiments ou lieux publics, propriétés de l'Etat, des communes, de collectivités publiques ou de fondations de droit public.*

En cas de violation de cette disposition, la commune peut prononcer l'interdiction d'utiliser un procédé de réclame, la remise en état, la réparation ou la modification de procédé de réclame, ou encore la suppression de procédé de réclame (art. 20). En outre, une violation de la loi est passible d'une amende administrative de Fr. 100.-- à Fr. 60'000.--(art. 32). Les articles 28 ss LSD règlent la procédure.

vi) Canton du Tessin

Aux termes de l'article 4 de la Loi sur les installations publicitaires du 26 février 2007, *l'installation publicitaire ne doit pas porter préjudice à la sécurité du trafic motorisé et piétonnier, et respecter les beautés naturelles, les biens culturels et le paysage, l'ordre public, la santé public et la moralité* (al. 1 traduction libre). *Sont interdites les installations publicitaires perceptibles du domaine public qui font de la réclame pour la consommation du tabac. Cette interdiction s'étend aux espaces intérieurs des édifices et lieux publics qui appartiennent à l'Etat, aux Communes et aux organismes ou fondations de droit public. L'autorité compétente peut concéder dans des cas exceptionnels des dérogations pour le parrainage de manifestations temporaires, à l'exception des manifestations sportives et pour les mineurs* (al. 2, traduction libre). (...)

L'article 2 al. 2 let. b dispose que *la loi ne s'applique pas à la publicité sur les véhicules à moteurs, remorques, embarcations, aéronefs et aux autres moyens de transports*, et l'al. 3 précise que *les véhicules de la let. b sont cependant soumis à la présente loi dans le cas où ils sont stationnés sur des fonds publics ou privés avec des buts purement publicitaires.*

Des mesures administratives (remise en état, réparation et modification de l'installation publicitaire) et des mesures pénales (amendes de Fr. 100.-- à Fr. 10'000.--) en cas de violation de la loi sont prévues à l'article 7, respectivement à l'article 8 de la Loi sur les installations publicitaires.

vii) Cantons de Neuchâtel et du Jura

Au 1^{er} janvier 2014, les Cantons de Neuchâtel et du Jura n'avaient pas encore adopté d'article de loi restreignant la publicité relative au tabac. Cela étant, les lois fédérales restent applicables.

d) Règles sur la Loyauté dans la communication commerciale

Dans l'exercice de sa fonction, la Commission Suisse pour la Loyauté se fonde sur le Code de la Chambre de commerce Internationale (Code ICC consolidé) et sur les Règles sur la Loyauté dans la communication commerciale.

La Règle n° 5.9 al. 1 desdites Règles prévoit que :

Est interdite toute publicité pour les produits du tabac ou les boissons alcoolisées qui s'adresse spécialement aux jeunes de moins de 18 ans (les jeunes) et qui vise à les inciter à consommer du tabac ou de l'alcool, notamment la publicité:

dans les lieux fréquentés principalement par les jeunes ;

dans les journaux, revues et autres publications destinés principalement aux jeunes ;

sur le matériel scolaire (cartables, trousse, stylos, etc.) ;

sur les supports publicitaires remis aux jeunes à titre gratuit, tels que T-shirts, casquettes, fanions, ballons de plage ;

sur les jouets ;

sous forme de distribution gratuite de produits du tabac ou de boissons alcoolisées aux jeunes;

lors de manifestations culturelles, sportives ou autres, principalement fréquentées par les jeunes.

Ces règles ont pour seul but d'inspirer la Commission Suisse de Loyauté dans l'exercice de sa fonction, et n'ont ainsi aucune force contraignante.

e) Accord avec la Commission Suisse de Loyauté

Cet accord, signé en date du 27 avril 2005 et non-résilié à ce jour, a pour objet les restrictions volontaires de l'industrie de la cigarette en matière de publicité.

Les parties contractantes sont d'une part Swiss Cigarette, dont font partie les sociétés British American Tobacco Switzerland SA, Philip Morris SA et Japan Tobacco International AG, et d'autre part la Commission Suisse pour la Loyauté.

Un ensemble de règles précises, notamment quant aux publications écrites, à Internet, au cinéma, au placement de produits, aux offres promotionnelles, aux manifestations et articles promotionnels et au parrainage, est prévu dans cet Accord.

L'article 6 désigne la Commission de Loyauté comme *instance de contrôle unique avec le mandat de constater, en fonction de son règlement et sur la base de plaintes écrites et motivées, d'éventuelles infractions aux autolimitations publicitaires commises par les membres de Swiss Cigarette. La recommandation définitive de la Commission de Loyauté sera portée à la connaissance de Swiss Cigarette. En cas de constat d'infraction, cette dernière s'engage à introduire la procédure arbitrale interne prévue pour la répression d'infractions aux obligations statutaires ou conventionnelle. L'article 20 du règlement de la Commission de Loyauté n'est pas applicable.*

Toute personne a le droit de dénoncer une publicité devant ladite Commission. La procédure est en principe gratuite, à l'exception des publicités visant une adresse individuelle (50 CHF) ou si la partie adverse est un concurrent (500 CHF).

Comme indiqué dans l'article 6, seule la Commission de Loyauté vérifie que l'Accord ne soit pas violé. Si une infraction est constatée par celle-ci, elle rend une recommandation à Swiss Cigarette, qui s'engage alors à ouvrir une procédure arbitrale interne à laquelle la Commission de Loyauté ne prendra pas part. Concrètement, la procédure arbitrale interne est donc basée sur la bonne volonté de Swiss Cigarette, ce qui lui laisse toute l'attitude pour en jouer en fonction de ses propres intérêts.

D'une part, on constate qu'en plus du laps de temps nécessaire à la Commission pour constater une violation, Swiss Cigarette peut retarder comme il le souhaite la mise en place de l'arbitrage interne. La campagne publicitaire aura alors eu le temps d'influencer le public. D'autre part, on peut également redouter que Swiss Cigarette omette de mettre en œuvre la procédure arbitrale, ou que la sentence arbitrale ne soit pas exécutée, sachant que la Commission n'est pas partie à la procédure.

De nombreuses violations de cet accord, dont les articles 1.2, 1.3, 2.4, 2.6, 3.3.1, 3.4, est à déplorer dans les différents cas exemplatifs que vous m'avez soumis, mais ne font l'objet d'aucune procédure.

Enfin, on doit déplorer une absence de sanction que la Commission peut ordonner contre Swiss Cigarette. En effet, l'article 20 du Règlement de la Commission de Loyauté, qui traite des sanctions telles que la publication de l'arrêt avec l'identité du sanctionné pouvant être ordonnées par la Commission, n'est pas applicable selon l'article 6 de l'Accord de Loyauté.

A mon sens, pour que cet accord ait quelque chance d'avoir un effet persuasif, il conviendrait de supprimer la procédure arbitrale interne en faveur d'une action en justice et de sanctions adéquates.

2. JURISPRUDENCE

Il n'existe à ce jour que peu de jurisprudence publiée au sujet de la publicité sur le tabac. Cependant, deux arrêts méritent d'être cités.

a) Suisse

Le Tribunal fédéral (TF) a rendu un arrêt en date du 28 mars 2002 sur la problématique de la publicité pour le tabac (arrêt 2P.207/2000), plusieurs sociétés et associations ayant recouru contre la Loi genevoise du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame (LPR).

Dans son arrêt, le TF a nié une violation du principe de la primauté du droit fédéral par la loi précitée, l'article 9 al. 2 LPR visant la protection de la santé de la population et surtout des jeunes, ainsi que le renforcement de l'efficacité des mesures déjà adoptées par la Confédération.

Il a jugé que l'Etat n'est, en principe, pas obligé d'autoriser l'usage accru (voire privatif) du domaine public afin que des privés puissent faire de la publicité pour des produits dont il cherche à limiter la consommation pour des raisons de santé publique. Il a ajouté que l'interdiction de la publicité pour le tabac sur le domaine privé peut être justifiée en vue de la protection du domaine public.

Il a admis que la limitation de l'interdiction au domaine public et au domaine privé, là où les supports publicitaires sont visibles de tous, est une mesure conforme au principe de la proportionnalité. Il écarte ainsi une violation de droits fondamentaux, dont le droit de propriété.

b) Allemagne

En octobre 2013, les autorités du Landratsamt de Munich ont interdit la campagne « Don't be a maybe – be Marlboro ». Par jugement du 15 décembre 2013, cette décision a été confirmée par le Tribunal administratif munichois (Verwaltungsgericht), qui a considéré que cette publicité était apte, à tout le moins en partie, à pousser les jeunes (14-21 ans) à fumer.

3. CONCLUSIONS

a) Les limites du système actuel

L'examen de la législation applicable à la publicité, la promotion et le parrainage du tabac en Suisse romande montre que la législation actuelle est très lacunaire. Le droit international n'a aucune force contraignante, le droit fédéral est très incomplet et les droits cantonaux disparates et souvent inefficaces.

La difficulté est encore renforcée par l'utilisation de notions soit restrictives, soit sujettes à interprétation. La notion même de publicité est actuellement beaucoup trop étroite, lorsque l'on connaît les méthodes déployées aujourd'hui pour faire de la publicité. Ainsi, si la Confédération a réglé exhaustivement la publicité tabagiste effectuée à la radio et à la télévision, rien n'a été édicté s'agissant de la publicité par internet, actuellement beaucoup plus en vogue et surtout destiné à un public illimité, dont on n'a pas les moyens de contrôler l'âge. Cette publicité échappe encore complètement à toute réglementation.

Les législations cantonales quant à elles ne concernent que l'affichage, soit un procédé publicitaire extrêmement restrictif, qui ne reflète absolument pas la diversité des supports actuellement utilisés. On pense notamment à la publicité diffusée à travers la presse. Si celle-ci ne touche en principe que les catégories de public auxquelles le média concerné s'adresse, on y trouve cependant davantage de publicité en faveur du tabac que sur la route, les places ou les murs des immeubles publics ou privés. Or, la presse est un moyen de communication qui ne peut pas être arrêté aux frontières cantonales, si bien que, dans ce domaine, une interdiction de réclame valable uniquement sur le territoire d'un seul canton serait pratiquement très difficile, voire impossible, à faire respecter. Une législation fédérale ne peut que s'imposer dans un tel domaine, comme d'ailleurs dans le domaine d'internet. Le même raisonnement peut être fait pour les publicités apposées sur les carrosseries de voiture, comme on l'a exposé plus haut.

S'agissant des autres supports utilisés pour faire de la publicité, la législation actuelle n'en tient tout simplement pas compte. On ne peut en effet que constater que la diversité des supports, laquelle est amenée à évoluer tous les jours, rend la tâche du législateur extrêmement compliquée. A cet égard, on peut relever les efforts du législateur valaisan, qui a déjà réglementé la forme de publicité indirecte que sont les manifestations sportives parrainées par des marques de tabac.

Quant à la notion de « jeunes » dont fait mention la législation, elle est restrictive puisqu'elle se limite aux moins de 18 ans. Il est pourtant manifeste que l'on ne peut artificiellement différencier un « jeune » de moins de 18 ans d'un « jeune » de 18 ou 23 ans, dès lors la notion de jeunesse désigne généralement une tranche de vie, dans laquelle l'individu découvre ou amorce la vie adulte. Partant, on ne saurait confiner la notion de « jeunesse » à une tranche d'âge définie, qui s'arrêterait à 18 ans. On peut différencier la culture « jeune » de la culture en général car elle a pour caractéristique de s'opposer plus ou moins explicitement à la culture de la génération précédente, dans ses représentations et dans son idéologie. Dans cette optique, on doit donc admettre qu'une publicité qui met en avant des clichés que l'on met en relation avec la notion de « jeunesse » (mise en scène de jeunes branchés faisant la

fête, tombant amoureux, partant à l'aventure et apparaissant comme « cool » de manière générales), doit être considérée comme une publicité s'adressant aux « jeunes », quel que soit leur âge.

S'agissant finalement des notions de domaine public et de domaine privé, on a pu constater qu'elles étaient trop larges pour permettre une réglementation efficace : il conviendrait en effet de préciser ces notions, notamment concernant les manifestations (Paléo Festival, soirée Tridel), qui n'entrent actuellement pas dans le champ d'application de la loi vaudoise, alors même qu'il s'agit d'événement tout particulièrement concernés par le type de publicité que l'on entend interdire (notamment en raison de son très large public, en général majoritairement jeune). Une solution telle que celle retenue par la loi sur la protection du tabagisme passif, qui parle d' « espaces accessibles au public », ou une définition précise telle que celle qui a été adoptée par le canton du Valais (« le domaine et dans les lieux publics, sur le domaine privé visible du domaine public, dans les salles de cinéma et lors de manifestations culturelles et sportives ») doit également être retenue dans ce domaine.

b) Moyens d'action et perspectives

L'Accord sur la loyauté, contient certes de beaux principes mais est difficilement applicable, voire impossible à appliquer. La seule possibilité que je verrais est de l'utiliser de manière indirecte et d'essayer de faire de cet accord un outil de procédure. Il faudrait alors dénoncer systématiquement aux autorités compétentes les cas que vous constatez sur la base des législations cantonales et fédérales, cela en appuyant ces plaintes/dénonciations avec les règles contenues dans l'accord sur la loyauté, de manière à démontrer d'une part, que Swiss Cigarette a conscience de violer la loi, d'autre part, qu'elle ne respecte pas les engagements qu'elle a pris.

Il ne s'agit cependant que de procédures administratives, dans laquelle vous ne pourriez intervenir qu'à titre de dénonciateur et non de partie. Partant, la marge de manœuvre est limitée.

De toute évidence, l'enchevêtrement actuel de normes légales fédérales et cantonales profite aux cigarettiers. Dans l'état actuel des choses, force est de constater que les moyens d'action sont extrêmement limités et les bases légales inefficaces.

Au vu de cette situation, il y a lieu de prêter une attention toute particulière au projet de loi fédérale sur les produits du tabac actuellement en cours d'élaboration, et cela afin qu'elle amène une solution nationale et conforme au droit européen à la problématique de la mise sur le marché, la publicité, la remise et l'information sur les dangers sanitaires des produits du tabac. Il s'agit là de la seule solution efficace qui peut être apportée à la problématique de la prolifération de la publicité indirecte dans le domaine du tabac, dès lors que, comme on a pu le constater, les moyens actuels sont clairement insuffisants, voire obsolètes.

Lausanne, le 23 mai 2014

Antonella Cereghetti, av.