

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 199.184 du 22 décembre 2009

G./A.194.267/VI-18.391

En cause : **la société anonyme J.V.P.,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean PROESMANS et
Catherine HENRY, avocats,
rue de la Pavée, n° 7/1,
5101 Namur,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Vice-Première
Ministre et Ministre des Affaires sociales et de
la Santé publique, chargée de l'Intégration sociale,

ayant élu domicile chez
Me Jean-François DE BOCK, avocat,
chaussée de Waterloo, n° 612,
1050 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la requête unique introduite le 13 octobre 2009 par la société anonyme J.V.P. qui demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse de ne pas «autoriser la publicité pour le tabac dans la chaîne de magasin "Night & Day presse"»";

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M. AMELYNCK, Premier auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 18 novembre 2009 fixant l'affaire à l'audience du 16 décembre 2009 à 11 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Bruno LOMBAERT, loco Mes Jean PROESMANS et Catherine HENRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Jean-François DE BOCK et Pascaline MICHOU, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. AMELYNCK, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. La partie requérante est une société anonyme qui a notamment pour objet social "toutes opérations se rapportant directement ou indirectement à l'exploitation d'un centre de distribution comprenant l'achat, la vente, la distribution, le conditionnement, le stockage et le triage de marchandises, tant pour elle-même que pour compte de tiers commerçants, ainsi que l'exploitation de magasins et ce comprenant le commerce de gros, de détail, la fabrication, la distribution, le commerce électronique et le commerce ambulant de tous produits d'épicerie et d'alimentation générale, produits d'entretien, produits laitiers, charcuterie, produits surgelés, plats préparés par traiteur, maroquinerie, boucherie, boulangerie, pâtisserie, confiserie, fruits, vins, liqueurs, alcools, tabacs, légumes, droguerie, outils, films, articles cadeaux, vêtements, ameublement, électroménagers, téléphones mobiles, matériaux de bricolage, quincaillerie, chaussures, carte de téléphone, de bus, la mise à disposition de cabine téléphonique, etc. et d'une manière générale tout produit pouvant être acheté dans un magasin de type grande surface et sans que cette liste ne soit limitative".

Elle exploite une chaîne de magasins sous l'enseigne Night & Day Presse par elle-même ou en concédant des franchises.

2. Par un courriel du 15 juillet 2009, la partie requérante demande à la partie adverse de lui "envoyer le courrier précisant les points dont nous avons parlé lors de notre entrevue".

3. Par un courrier daté du 17 juillet 2009, un attaché-inspecteur de la partie adverse répond ce qui suit à la partie requérante :

- " Lors de notre entretien du 9 juillet 2009, je vous ai confirmé la position du SPF santé publique concernant la publicité pour le tabac dans les magasins [d]e tabac et magasins de journaux qui vendent du tabac.

Considérant d'une part que l'activité commerciale des magasins «Night and Day presse» est principalement orientée vers la vente de produits de tabac et de presse, et d'autre part que l'affichage de la marque d'un produit de tabac à l'intérieur et sur la devanture de magasins de tabac et de magasins de journaux qui vendent des produits de tabac est autorisée sous forme d'affiches ou d'enseignes lumineuses.

Par conséquent, la publicité pour les produits de tabac est autorisée dans les points de vente «Night and Day presse» sous la forme décrite plus haut. Les autres techniques d'affichages sont prohibées."

4. Par un courrier daté du 12 août 2009, le même attaché-inspecteur écrit ce qui suit à la partie requérante :

- " Nous faisons référence à notre courrier portant la référence 144759/I-532/MA du mois de juillet.

Suite à notre visite du 12/8/2009 dans les magasins «Night & Day presse» se trouvant chaussée de Louvain n° 5a à Eghezée et rue d'Andenne n° 2 à Fernelmont, nous ne pouvons que constater que l'activité commerciale «Commerce de détail de produits à base de tabac en magasin spécialisé» n'est pas justifiée au sens du SPF santé publique.

Les magasins «Night & Day presse» ne sont pas des magasins de tabac ou des magasins de journaux traditionnels au sens de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits, ces magasins sont plus proches des épiceries ou des magasins d'alimentation générales et doivent par ailleurs obtenir un agrément de l'AFSCA afin de vendre des denrées alimentaires (pain, fromage, ...).

Aussi, considérez le courrier mentionné plus haut comme nul et non avenu. En effet, le SPF santé publique ne peut autoriser de la publicité pour le tabac dans la chaîne de magasin «Night & Day presse». [...]"

5. Le 14 août 2009, la partie requérante répond ce qui suit :

- " Nous faisons suite à votre courrier reçu ce jour, totalement contradictoire au courrier que vous nous avez envoyé au mois de juillet, sur ce même sujet.

Nous sommes très étonnés par la position prise par le SPF santé dans ce courrier, qui considère que les librairies que nous exploitons vendant quelques produits alimentaires, ne sont pas autorisées à afficher de la publicité pour le tabac.

En effet, la loi sur l'interdiction de la publicité ne définit pas et ne donne pas de limite à la notion de magasins de journaux et de tabac et, après analyse des travaux préparatoires de cette loi, il apparaît que la dérogation prévue par la loi concernant

l'affichage de logos ou de marques de produits de tabac dans les magasins de journaux ne pouvait toutefois pas valoir pour les magasins normaux (épiciers), les grandes surfaces, les établissements du secteur HORECA, les shops des pétroliers, etc..., où la vente des produits du tabac est d'une importance secondaire. D'après votre courrier reçu ce jour, vous semblez mettre les magasins Night and Day Presse dans cette catégorie de shops, ce qui n'est pas le cas. 80 % du chiffre d'affaires des points de vente de notre groupe sont réalisés dans les produits de librairie classique (tabac, journaux, cartes téléphoniques et produits de la loterie nationale), dont plus de 40 % de tabac, les produits accessoires, qui semblent revêtir une grande importance à vos yeux, ne représentant qu'une faible proportion des ventes. La vente de tabacs et de journaux est dès lors suffisamment importante pour ne pas être considérée comme tout à fait subsidiaire et secondaire, comme tel est le cas des épiciers, grandes surfaces, établissements Horeca et pétroliers.

Rmq : nous rentrons d'ailleurs dans la catégorie «librairies» au regard de la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services.

Considérant qu'il n'y a aucune restriction particulière concernant nos points de vente, qui peuvent dès lors bénéficier de dérogations à l'interdiction de publicité, à partir du moment où la vente de tabac ne peut être considérée comme d'une importance secondaire, ce que vous nous avez confirmé oralement lors de notre entrevue, et par écrit lors de votre courrier du mois de juillet 2009, nous avons d'ores et déjà pris des dispositions et des engagements en matière de publicité sur les produits du tabac dans nos points de vente, et ne pouvons concevoir que l'administration ait des avis contradictoires d'un jour à l'autre."

6. Par un courrier daté du 18 août 2009, l'attaché-inspecteur précité écrit ce qui suit à la partie requérante :

" Nous faisons référence à votre courrier du 14/08/2009. Suite à notre visite dans deux de vos magasins le 12/08/2009, un élément nouveau s'est ajouté à ceux que vous nous aviez présentés au mois de juillet. La physionomie des magasins «Night & Day presse» n'est pas différente de celle des épiceries ou superettes qui vendent elles aussi des produits de tabac. Cet élément nouveau ne pouvait être déduit de ceux que vous nous avez apportés lors de notre entretien du 7 juillet.

Le but du législateur est de limiter la publicité pour les produits de tabac aux magasins de tabac ou des magasins de journaux traditionnels. Ceci est notre avis concernant vos magasins par rapport à la loi du 24 janvier 1977 [précitée].

Le service d'inspection se réserve le droit d'effectuer une enquête approfondie sur les activités publicitaires qui concernent les produits de tabac dans les magasins «Night & Day presse». Sachez, que l'amende minimale à une telle infraction est de 55.000 euros. Vous pourrez toujours exercer un recours au conseil d'état sur l'avis que nous vous avons envoyé."

Il s'agit de l'acte attaqué;

Considérant que la société requérante décrit le risque de préjudice grave difficilement réparable en ces termes :

- " 32. La décision attaquée a pour conséquence d'interdire dans les magasins «Night & Day presse» la publicité pour le tabac. Il va sans dire qu'une telle décision porte atteinte à la compétitivité de la société requérante dès lors que les autres magasins de ce type, considérés par la partie adverse comme des magasins de tabac ou des librairies «traditionnels», sont autorisés à afficher de la publicité pour le tabac dans leur établissement.

Or, dans le cadre de l'activité d'une société commerciale, qui plus est dans un secteur aussi concurrentiel que celui en cause - la librairie et la vente de produits du tabac - la compétitivité constitue le facteur principal du fonctionnement d'une société et, par là-même, sa raison d'être ou de ne plus être. Si une société commerciale n'est plus apte à concurrencer les autres sur le marché, à terme, la seule perspective qui lui reste est la liquidation ou la faillite.

Il en va d'autant plus ainsi que dans son arrêt 102/99 du 30 septembre 1999, la Cour constitutionnelle indiquait qu'«il est difficilement praticable de vendre - dans une partie des cas comme source principale de recettes -, des produits du tabac sans l'annoncer, de telle sorte qu'une interdiction de publicité, dans les magasins de tabac et les magasins de journaux, aurait été difficilement justifiable à l'égard d'un produit dont la vente est libre». Ce faisant, dans ce marché extrêmement concurrentiel, la Cour constitutionnelle admet qu'une interdiction de la publicité pour le tabac, dans les magasins dont le chiffre d'affaire est issu essentiellement de la vente de produits tabac, n'est pas praticable. Cette interdiction fausse le jeu de la concurrence et, par la même, fait obstacle au libre exercice du commerce et de l'industrie, plus particulièrement lorsque la consommation de produits et leur commercialisation en vient à être soumises à des conditions différentes suivant le lieu où ils sont mis en vente.

La décision attaquée a donc pour conséquence de créer une distorsion importante de la concurrence concernant le même secteur : la vente d'articles de librairie et de tabac. Cette interdiction est d'autant plus dommageable que sa portée est générale et n'est pas limitée dans le temps mais vaut pour une durée illimitée de telle sorte qu'elle s'apparente à une interdiction définitive de la publicité dans tous les magasins «Night & Day presse».

Ainsi qu'il a été développé plus haut, la majeure partie du chiffre d'affaire des magasins «Night & Day presse» est réalisée par la vente d'articles de tabac, de journaux, de loterie et téléphonie. Il ne peut donc être sérieusement contesté que ces magasins s'apparentent en tout point à des librairies et magasins de tabac «traditionnels». En ne leur permettant pas, à l'instar des magasins dits «traditionnels», d'apposer de la publicité pour la vente de produits de tabac, ces magasins sont voués à subir une distorsion importante de la concurrence laquelle, à terme, peut les conduire à la faillite.

L'ensemble des magasins «Night & Day presse» sont ainsi implantés dans des entités de la Région wallonne dans lesquelles ils sont en concurrence directe avec des librairies et magasins de tabac indépendants ou avec des chaînes concurrentes (telle que Press Shop, par exemple) qui peuvent apposer de la publicité pour le tabac dans leur établissement. Ces établissements sont donc plus aptes à capter la clientèle en recherche de produits de tabac. Dans ces conditions, la société requérante encourt le risque de perdre une part substantielle de sa clientèle au profit de ses concurrents directs qui, bien que se livrant à la même activité, ne sont pas soumis aux mêmes règles d'exploitation.

Il s'agit là d'une atteinte importante au droit à la liberté fondamentale du commerce et de l'industrie qui découle directement de l'acte attaqué - c'est en effet l'acte attaqué

qui crée la distorsion de concurrence dénoncée - et qui constitue donc, par elle-même, un préjudice grave difficilement réparable.

Une autre conséquence, très concrète, de la décision entreprise, est qu'elle entraînera, ainsi qu'elle l'annonce explicitement, des contrôles systématiques par les inspecteurs de la partie adverse quant au respect de cette interdiction dans les magasins «Night & Day presse». Ces contrôles systématiques sont de nature à créer un climat de méfiance et de méfiance au sein du groupe dès lors qu'ils porteront atteinte à l'image de la marque «Night & Day press» et, de ce fait, entameront la confiance légitime que portent les «franchisés» dans la marque (ceux-ci sont, en effet, à la recherche, au travers de la marque, de stabilité et de sécurité quant à leur exploitation).

Enfin, il ne peut être reproché à la société requérante de ne pas produire, à l'appui de son recours, des pièces démontrant le préjudice qu'elle subira à la suite de l'interdiction prononcée par la partie adverse dès lors que cette production s'apparente à rendre compte dès aujourd'hui et de manière comptable d'un préjudice pour sa grande part encore à venir (voyez en ce sens C.E., n° 95.985 du 30 mai 2001, Verzele).

Toutefois, il va sans dire que la perte évidente de compétitivité, qui est la conséquence directe de l'acte attaqué, constitue dans le chef de la société requérante un risque de préjudice grave difficilement réparable.

Cette perte de compétitivité se marque également dans la recherche de nouveaux partenaires commerciaux et franchisés.

En effet, les grands groupes distributeurs de cigarettes et tabac pourraient se détourner du groupe Night & Day Presse pour préférer discuter avec des autres enseignes qui ne font pas l'objet d'une interdiction de principe concernant la publicité. Ainsi, certains franchisés préféreraient s'installer dans le cadre d'autres activités, la société JVP ne pouvant offrir la possibilité de faire de la publicité pour le tabac.

En outre, depuis 10 ans, le groupe Night & Day Presse ouvre annuellement environ 4-5 points de vente et le fait de ne pas offrir la possibilité aux franchisés de faire de la publicité est un réel frein à l'expansion et la croissance du groupe.

Actuellement, il y a plusieurs chantiers de réaménagement prévus dans les différents points de vente existants et le réaménagement de ceux-ci dépend grandement du fait que le groupe puisse ou non faire de la publicité pour le tabac (comptoirs, meubles à cigarettes, enseignes, espaces publicitaires définis). Ces chantiers et réaménagement sont au point mort tant que le groupe est, selon le SPF, sous le coup de contrôle et d'amendes administratives.";

Considérant que le préjudice invoqué par la partie requérante est de nature pécuniaire, étant une perte de compétitivité et une distorsion de concurrence; qu'un tel préjudice est en principe réparable sauf à démontrer concrètement que la décision attaquée risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la partie requérante, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activités;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de l'article 8, 3/, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat qu'une partie requérante doit démontrer in concreto que l'exécution de la décision contestée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant l'instance en annulation des conséquences importantes se révélant dans les faits irréversibles ou difficilement réversibles au regard des effets qui pourraient s'attacher à l'annulation poursuivie au principal; que la requérante demeure toutefois en défaut d'étayer concrètement de telles conséquences, se contentant d'annoncer une probable diminution de son chiffre d'affaires, ce qui ne suffit pas; qu'en outre, l'acte attaqué a pour objet non d'interdire la vente de tabac dans les magasins Night & Day Presse mais uniquement d'en interdire la publicité, ce qui rend très improbable la faillite ou la mise en liquidation dont fait état la partie requérante; que par ailleurs, ses concurrents directs sont eux aussi soumis à l'interdiction de la publicité; qu'enfin, jusqu'ici, la partie requérante n'a pas encore effectué de publicité pour le tabac dans ses magasins, ce qui ne l'a pas empêchée, selon ses dires, à "bâtir en près de dix ans une chaîne qui regroupe 52 magasins, à concurrence de 4 à 5 nouveaux points de vente par an";

Considérant, d'autre part, que le préjudice vanté l'est pour l'ensemble des magasins à l'enseigne Night & Day Presse; que toutefois, comme l'indique la partie requérante, "la société JVP est la société titulaire du nom commercial «Night & Day presse» et est le franchiseur du réseau des points de vente exploités soit directement par elle soit par d'autres sociétés indépendantes franchisées"; qu'un préjudice subi par des tiers ne peut être invoqué, à l'appui d'une demande de suspension, que si le requérant est lui-même exposé à un préjudice, ce qui n'est pas le cas;

Considérant, enfin, que la partie requérante n'explique pas l'importance de ses magasins Night & Day Presse parmi ses diverses activités; que des explications complémentaires formulées à l'audience ne sauraient pallier l'absence de démonstration de la gravité du préjudice qui doit être effectuée in concreto dans la requête elle-même; que le Conseil d'Etat ne peut en effet avoir égard qu'aux éléments avancés dans la demande de suspension et dans ses annexes;

Considérant qu'il s'ensuit que le risque de préjudice vanté n'est pas établi;

Considérant qu'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'étant pas remplie, la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-deux décembre deux mille neuf par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

C. HUGÉ.

P. NIHOUL.