

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.324 du 8 avril 2016

G./A.218.734/VI-20.736

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée DAKE INVEST,**
2. la société privée à responsabilité limitée L'AIR CHIC,

ayant élu domicile chez
Mes Benoît CAMBIER, Fabien HANS et
Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Ministre des Affaires sociales et
de la Santé publique,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite par télécopie le 15 mars 2016 et par recommandation postale le 16 mars 2016, la société privée à responsabilité limitée DAKE INVEST et la société privée à responsabilité limitée L'AIR CHIC sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "l'arrêté royal du 15 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques, publié le 3 mars 2016".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 16 mars 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 mars 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M^r le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Mes Fabien HANS et Thomas CAMBIER, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Me Charlotte HUART, *loco* Me Jean-François DE BOCK, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Christian AMELYNCK, a été entendu en son avis contraire.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Les requérantes font valoir qu'elles sont commerçantes dans le secteur des cigarettes électroniques depuis plusieurs mois.

Elles déclarent disposer de plusieurs commerces : la SPRL L'AIR CHIC dispose de commerces à Chatelineau, Hornu, La Louvière et Anderlecht ; la SPRL DAKE INVEST dispose de commerces à Charleroi et à Bruxelles.

III.2. Les requérantes mettent également l'accent sur la spécificité de ce commerce par comparaison au commerce des produits du tabac.

En effet, pour la consommation de cigarettes électroniques, les consommateurs acquièrent essentiellement les produits suivants :

- les flacons de liquide contenant une proportion de nicotine ;
- et les cigarettes et les accessoires que l'acte attaqué définit comme :
" un produit, ou tout composant de ce produit, y compris une cartouche, un réservoir et le dispositif dépourvu de cartouche ou de réservoir, qui peut être utilisé, au moyen d'un embout buccal, pour la consommation de vapeur contenant de la nicotine. Les cigarettes électroniques peuvent être jetables ou rechargeables au moyen d'un flacon de recharge et un réservoir ou au moyen de cartouches à usage unique".

Les requérantes poursuivent en précisant que cette "activité diffère sensiblement de celle liée à la commercialisation des produits du tabac dans la mesure où il s'agit d'une activité de niche qui est exploitée par une quarantaine de magasins spécialisés sur le territoire du Royaume" et que, comme " le relève le législateur européen dans le cadre de la directive 2014/40/UE servant de fondement à l'acte attaqué, le secteur de la commercialisation des produits du tabac est caractérisé par «la propension des fabricants de produits du tabac à concentrer leur production pour toute l'Union dans un nombre restreint d'usines de production au sein de l'Union et l'ampleur du commerce transfrontalier des produits du tabac et des produits connexes». Il en résulte que la fabrication et l'importation de produits du tabac est centralisée autour de quelques grands acteurs qui se chargent de la distribution auprès de commerçants distributeurs, ces derniers ne s'occupant donc absolument pas des aspects relatifs à l'importation de ces produits. ".

Elles exposent encore qu'à " l'inverse du commerce des produits du tabac, la fabrication et la distribution des produits liés à la cigarette électronique ne sont pas organisées autour de grands acteurs du secteur, ce qui implique que chaque commerçant est lui-même importateur des produits qu'il entend mettre en vente. Les requérantes, tout comme les autres commerçants du secteur, importent donc elles-mêmes tous ces produits qu'elles se procurent auprès de distributeurs étrangers" et il " en résulte, donc, que chaque commerçant, distributeur des produits de cigarette électronique, est également un importateur de ces produits au sens de l'arrêté attaqué."

III.3. La partie adverse retrace, pour sa part, comme suit le cadre légal et les rétroactes qui ont conduit à l'adoption de l'acte attaqué :

" 1. La cigarette électronique ou e-cigarette connaît un succès grandissant dans l'Union européenne et en Belgique.

Il s'agit d'un appareil électronique présenté sous forme d'une cigarette, d'un cigare ou encore d'une pipe. Cet appareil contient une capsule remplie d'un liquide et une batterie équipé d'un système de chauffe à commande électronique. Le système de chauffe permet au liquide présent dans la capsule de s'évaporer, pour ensuite être inhalée par l'utilisateur (...).

La composition de ces «e-liquides» est diverse : certains contiennent de la nicotine, d'autres pas; certains sont conçus à base de propylène glycol, d'autres de terpènes (menthol, linalol); ils peuvent également contenir des arômes attractifs (chocolat, menthe,..) ou des extraits de tabac (...).

2. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 15 février 2016 [à savoir l'acte attaqué], les cigarettes électroniques étaient classées selon trois catégories (...) :

- les cigarettes qui contiennent des extraits de tabac sont considérées comme des «produits de tabac» et sont régies par les mêmes règles que les cigarettes classiques;

- les cigarettes électroniques sans extrait de tabac, sans nicotine et sans allégation d'aide à l'arrêt. Elles peuvent être légalement mises dans le commerce si elles répondent aux dispositions du Code de droit économique relatives à la sécurité des produits. Normalement, seuls ces produits peuvent être vendus dans les magasins ;
- les cigarettes électroniques qui font l'objet du présent recours, c'est-à-dire qui contiennent de la nicotine, et qui sont considérées comme des médicaments.

3. En effet, la nicotine est une substance connue pour son activité pharmacologique et est utilisée dans plusieurs produits de substitution du tabac comme les patchs, les chewing-gums et les inhalateurs à la nicotine (...).

Les cigarettes électroniques et les flacons de recharge entraînent dans le champ d'application de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments.

Partant, pour l'ensemble de ces produits, il était nécessaire d'obtenir une autorisation de mise sur le marché auprès de l'agence fédérale des médicaments et produits de santé (ci-après «afmps») :

«Art. 6. § 1^{er}. Aucun médicament ne peut être mis sur le marché sans qu'une autorisation de mise sur le marché, ci-après dénommée " AMM " n'ait été octroyée, soit par le ministre ou son délégué conformément aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, soit par la Commission européenne conformément au droit communautaire».

Seuls les pharmaciens visés à l'article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé (...) étaient habilités à délivrer des cigarettes électroniques et les flacons de recharge y relatifs.

L'article 16 de cette loi prévoit que le non-respect de ces obligations est pénalement sanctionné :

«Art. 16. Sans préjudice des peines comminées par le Code pénal :
(...)

§ 3. Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de (200 EUR à 15 000 EUR) ou d'une de ces peines seulement :

1°) celui qui contrevient aux dispositions de l'article 3, §§ 2, 3 ou 4, de l'article 6, (...))».

Aucune entreprise n'a introduit de demande d'autorisation de mise sur le marché fondée sur les dispositions qui précèdent, de sorte que la vente des e-cigarettes contenant de la nicotine était interdite à la vente en Belgique.

4. Le 3 avril 2014, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne adoptent la directive 2014/40/UE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE (ci-après «la Directive 2014/40/UE» (...).

Il est considéré, notamment concernant les cigarettes électroniques, que d'importants écarts subsistent entre les réglementations des différents États membres. Au vu de l'évolution de la science, du marché et du contexte international, ces divergences devraient s'accroître, raison pour laquelle une intervention législative au niveau de l'Union européenne est nécessaire (Considérants n^{os} 4 et 6 de la Directive 2014/40/UE).

La France, par exemple, n'a pas considéré les cigarettes électroniques contenant de la nicotine comme des médicaments de sorte que les ressortissants belges s'y approvisionnaient, au détriment des commerçants belges qui ne pouvaient commercialiser que des cigarettes ne contenant pas de nicotine.

5. Le 36^{ème} considérant de la directive 2014/40/UE précise que la réglementation des cigarettes électroniques et des flacons de recharge doit prendre en compte un niveau élevé de protection de la santé publique.

Elle ajoute que «afin de permettre aux Etats membres de remplir leurs missions de surveillance et de contrôle, les fabricants et les importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge devraient être tenus de soumettre une notification concernant les produits concernés avant de les mettre sur le marché».

Lorsque le fabricant du produit concerné n'est pas établi dans l'Union, la responsabilité du respect de la présente directive par ce produit doit incomber à l'importateur dudit produit (Considérant n° 37 de la directive 2014/40/UE).

6. L'article 20 de la directive 2014/40/UE est intitulé «Cigarettes électroniques». Il comporte des dispositions concernant la notification de la mise sur le marché des cigarettes électroniques et de flacons de recharge (paragraphe 2), la composition et les propriétés du liquide contenant de la nicotine et des cigarettes électroniques (paragraphe 3), certaines mentions à faire figurer sur un dépliant et sur le conditionnement, ainsi que des avertissements sanitaires à mentionner sur le conditionnement (paragraphe 4), la publicité relative à la cigarette électronique (paragraphe 5), l'interdiction possible de la vente à distance de cigarettes électroniques (paragraphe 6) et l'obligation de soumettre une série d'informations aux autorités compétentes (paragraphe 7).

Le 13^{ème} paragraphe de l'article 20 de la directive 2014/40/UE prévoit encore que la Commission adopte, par voie d'actes d'exécution, un modèle commun pour la notification prévue au deuxième paragraphe [du même article].

Le 24 novembre 2015, la Commission européenne adopte la décision d'exécution 2015/8183 établissant un modèle commun pour la notification des cigarettes électroniques et des flacons de recharge (...).

7. Une procédure préjudicielle concernant l'interprétation à donner à l'article 20 de la directive 2014/40/UE a été introduite par une juridiction britannique. Si l'affaire (référé C-477/14) n'a pas encore fait l'objet d'une décision par la Cour de Justice de l'Union européenne, les conclusions générales de l'avocat général Juliane KOKOTT ont été communiquées et publiées (...).

8. L'article 6, §1^{er}, a), 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 prévoit ce qui suit (...):

«Le Roi peut, dans l'intérêt de la santé publique ou en vue d'empêcher les tromperies ou les falsifications dans ce domaine :

a) appliquer les mesures visées à l'article 2, alinéas premier et deux, et à l'article 3, 2°, a), et 3°, c) au tabac, produits à base de tabac et produits similaires, ainsi qu'aux produits cosmétiques; ».

Ces mesures permettent de réglementer et d'interdire la fabrication, l'exportation et le commerce de ces produits. Cela comprend la possibilité de déterminer la composition des produits de tabac et produits similaires, [ainsi que] de réglementer les indications utiles à l'information. Cela permet également au Roi de rendre ces mesures applicables aux objets et matières destinés à entrer en contact avec des produits de tabac et produits similaires, de réglementer et d'interdire l'emploi de ces objets et matières et de réglementer l'utilisation et l'hygiène des récipients et appareils destinés à entrer en contact avec les produits de tabac et produits similaires.

9. Sur base de cette disposition et de la directive 2014/40/UE précitée, un projet d'arrêté royal «relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes

électronique» ayant pour objet la transposition partielle de ladite directive est établi et soumis à la section de législation du Conseil d'Etat le 22 juillet 2015 (...).

Le Conseil d'Etat a rendu son avis n° 58.135/3 le 2 octobre 2015 (...).

10. L'arrêté royal relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques est adopté le 15 février 2016 et publié au Moniteur Belge le 3 mars 2016 (...).".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. EXAMEN DE L'EXISTENCE D'UN INTERET AU RECOURS DANS LE CHEF DES PARTIES REQUERANTES

IV.1. Thèse de la partie adverse

Dans les points II.2.1 ("Champ d'application de l'acte attaqué") et II.2.3 («Défaut d'avantage procuré par l'annulation ») de la note d'observations qu'elle a déposée le 23 mars 2016 la partie adverse fait valoir que l'annulation de l'acte attaqué et, en conséquence, sa suspension de l'exécution ordonnée en extrême urgence, ne serait pas de nature à procurer un avantage quelconque aux requérantes de sorte que leur recours doit être déclaré irrecevable.

Elle fonde cette affirmation sur les arguments suivants :

" 2. 1. Champ d'application de l'acte attaqué

[...]. Pour être recevable à introduire le recours en annulation et partant, le recours en suspension, le requérant doit justifier d'un intérêt.

L'intérêt légal requis pour agir au contentieux de l'excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat suppose que l'acte attaqué cause grief au requérant et que l'annulation demandée par celui-ci soit de nature à lui procurer un avantage.

Les parties requérantes prétendent avoir intérêt à l'annulation et à la suspension de l'acte attaqué en ce qu'il leur impose plusieurs obligations qui risquent de leur causer un préjudice important.

[...]. En effet, l'arrêté impose des normes auxquelles les cigarettes électroniques et les flacons de recharge doivent répondre pour être commercialisés. Ces normes sont notamment relatives à l'étiquetage, la sécurité et la contenance des produits visés.

L'arrêté fixe également une obligation de notification préalable et de paiement d'une redevance ainsi que des obligations en termes de conservation et de communication de certaines données.

Le non-respect de ces obligations est sanctionné pénalement.

Toutefois, à la lecture des pièces des parties requérantes, il convient de constater qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'acte attaqué. Elles ne sont pas concernées par les obligations qui en découlent.

[...]. L'article 3 de l'arrêté royal attaqué mentionne ce qui (...):

«§ 1^{er}. Le fabricant ou l'importateur, si ce premier ne dispose pas d'un siège social en Belgique, de cigarettes électroniques et de flacons de recharge soumet une notification au Service concernant tout produit de ce type qu'il a l'intention de mettre sur le marché.

(...)

§ 6. Le fabricant ou l'importateur, si ce premier ne dispose pas d'un siège social en Belgique, de cigarettes électroniques et de flacons de recharge soumet chaque année au Service:

1° des données exhaustives sur les volumes de vente, par marque et par type de produit ;

(...)

§ 7. Le fabricant ou l'importateur, si ce premier ne dispose pas d'un siège social en Belgique, de cigarettes électroniques et de flacons de recharge met en place et tient à jour un système de collecte d'informations sur tous les effets indésirables présumés de ces produits sur la santé humaine.

(...)».

Il résulte de cette disposition que les obligations qui porteraient atteinte aux intérêts des parties requérantes visent d'abord le fabricant et ensuite l'importateur, si ce premier ne dispose pas d'un siège social en Belgique.

L'article 2, 12°, définit l'importateur comme le propriétaire ou une personne ayant le droit de disposition des produits de tabac ou des produits connexes introduits de l'Union européenne.

Les parties requérantes déduisent de cette disposition qu'elles sont visées par l'article 3 de l'acte attaqué puisque celui-ci concernerait toute personne qui importe lesdits produits en Belgique, même lorsque ceux-ci proviennent de l'Union européenne.

Cette interprétation est erronée.

[...]. En réalité, l'article 2, 12°, de l'acte attaqué doit s'interpréter au regard de la directive 2014/40/UE qu'il transpose. (Et ce, selon les enseignements tirés de l'arrêt C.J.U.E, 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89).

L'article 2, 39), de la directive définit lui aussi la notion d'importateur. Il s'agit du propriétaire ou d'une personne ayant le droit de disposition des produits du tabac ou des produits connexes introduits sur le territoire de l'Union européenne.

Le 37^{ème} considérant de la directive mentionne quant à lui que « les Etats membres devraient veiller à ce que les cigarettes électroniques et les flacons de recharges satisfassent aux exigences de la présente directive. Lorsque le fabricant du produit concerné n'est pas établi dans l'Union, la responsabilité du respect de la présente directive par ce produit devrait incomber à l'importateur dudit produit ». Il se déduit de ces dispositions que le législateur a voulu que chaque produit fasse au moins l'objet d'une notification au sein de l'Union européenne. Les obligations résultant de la directive incombent en priorité au fabricant qui a son siège dans l'Union européenne et, à titre subsidiaire, à celui qui importe les produits fabriqués à l'étranger au sein de l'Union européenne.

L'importateur au sens de la directive, comme au sens de l'acte attaqué, est celui qui importe dans l'Union européenne des cigarettes électroniques et des flacons de recharges fabriqués ou fournis par une entreprise située hors de l'Union européenne.

[...]. L'interprétation des parties requérantes ne résistent d'ailleurs pas à l'analyse. A les suivre, s'il fallait déduire de l'article 2, 12°, de l'acte attaqué que l'importateur est celui qui importe des produits «de l'Union européenne» en Belgique, alors serait exclu de l'application de l'acte attaqué celui qui importe directement en Belgique des produits fabriqués à l'étranger.

Il est évident que cette interprétation est contraire tant à la volonté du législateur européen que de la partie adverse.

[...]. Dans le cas d'espèce, les parties requérantes fournissent des attestations de leurs fournisseurs de cigarettes électroniques et flacons de recharge qui démontreraient l'impossibilité de se fournir en marchandises conformes à l'arrêté attaqué (pièce n°1 des parties requérantes).

La société SMOOKIES est un fabricant d'e-liquide dont le siège social est établi à Bonneuil-Sur-Marne, en France. La société CIG'ACCESS est un grossiste en cigarette électronique et fournisseur d'e-liquide situé à Aubagne, en France. Les autres attestations émanent également de grossistes et fournisseurs dont le siège social est établi à Marseille.

Partant, il faut constater que les parties requérantes ne sont pas importateurs au sens de l'article 2, 12°, de l'acte attaqué et de l'article 2, 39), de la directive 2014/40/UE puisqu'elles n'importent pas en Belgique des cigarettes électroniques et des flacons de recharges fabriqués ou fournis par une entreprise située hors de l'Union européenne.

Les obligations découlant de l'article 20 de la directive 2014/40/UE seront, le cas échéant, remplies par les fournisseurs des parties requérantes, puisque celle-ci sera nécessairement transposée en droit français.

L'annulation du présent arrêté royal n'est dès lors pas de nature à procurer un avantage quelconque aux parties requérantes de sorte que leur recours doit être déclaré irrecevable.

(...)

2.3. Défaut d'avantage procuré par l'annulation

[...]. Mais il y a plus. Il faut constater que si l'acte attaqué ne cause pas grief aux parties requérantes, il leur procure même un avantage.

D'une part, n'étant plus considérée comme un médicament lorsqu'elle répond aux conditions de l'acte attaqué, la cigarette électronique ne doit plus nécessairement être vendue exclusivement en pharmacie.

D'autre part, les cigarettes électroniques ne sont plus soumises à un régime d'autorisation mais au contraire à un simple régime de notification. Le régime de la notification est administrativement moins lourd et, surtout, il permet la mise sur le marché des cigarettes électroniques au terme d'un délai de six mois, en l'absence d'intervention de l'autorité compétente pendant ce délai. En revanche, un régime d'autorisation imposerait aux fabricants et aux importateurs à attendre, à chaque occasion, la délivrance d'une décision favorable de l'autorité compétente.

Cette analyse est partagée par l'avocat général Juliane KOKOTT à l'occasion de la question préjudicielle posée à la Cour de Justice de l'Union européenne (Affaire

C-477/14) déjà évoquée ci-dessus (Spécialement les points 75 et suivants de ses conclusions).

Enfin, si les obligations sont moins contraignantes, il faut encore ajouter que les sanctions y relatives sont aussi moins sévères.

Ainsi d'une peine d'emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 200,00 euros à 15.000,00 euros ou d'une de ces peines seulement, l'acte attaqué prévoit une peine d'emprisonnement d'un mois à un an et demi de prison ou une amende de cent à quinze mille francs (soit de 25,00 euros à 3.750,00 euros) (*sic*).

[...]. Dans ces circonstances, il faut constater que la présente réglementation relative aux cigarettes électroniques et flacons de recharge ne porte pas atteinte aux intérêts des parties requérantes mais qu'au contraire, elle leur procure un avantage en ce qu'elle leur permet de vendre ces produits de façon légale et selon des conditions moins contraignantes que celles antérieurement applicables.

Les parties requérantes n'ayant pas intérêt à l'annulation de l'acte attaqué, leur demande de suspension dudit acte doit être déclarée irrecevable et rejetée".

IV. 2. Réfutation par les requérantes

Les requérantes contestent avec vigueur la thèse de la partie adverse selon laquelle elles ne seraient pas directement concernées, en tant qu'importateurs potentiels de cigarettes électroniques dans l'Union européenne, par l'entrée en vigueur, le 13 mars 2016, de l'acte attaqué. Par un courriel complémentaire adressé au Conseil d'Etat le 23 mars 2016, elles font en effet valoir, preuves à l'appui, qu'en leur qualité de "détaillants" en Belgique, elles importent également nombreux de leurs produits depuis des pays situés en dehors de l'Union européenne, ce qui en fait donc des "importateurs" au sens de l'acte attaqué. En cette qualité, l'ensemble des nouvelles normes relatives à la commercialisation des cigarettes électroniques directement importées en Belgique ont vocation à leur être applicables depuis l'entrée en vigueur de l'acte attaqué. Elles sont de même susceptibles d'être pénalement sanctionnées et de voir leurs produits confisqués et détruits pour non-respect éventuel de ces normes. Elles ajoutent qu'en leur simple qualité de "détaillants" en Belgique, elles ont de même un intérêt à contester des normes et sanctions qu'elles estimeraient avoir été adoptées, d'une part, par un auteur incompétent ou sans avoir respecté les formalités préalables prescrites, et, d'autre part, être contraires à diverses dispositions de la directive 2014/40/UE ou du TUE ou, encore, à diverses dispositions de la Constitution, dont les articles 10 et 11 de celle-ci.

IV. 3. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort des documents annexés au courriel des requérantes du 23 mars 2016 que celles-ci peuvent avoir un intérêt à contester diverses dispositions de l'acte attaqué et ce, en leur qualité d'"importateurs" potentiels, au sein de l'Union européenne et, en tout état de cause, en Belgique, de cigarettes électroniques qui

doivent, depuis le 13 mars 2016, répondre aux normes de composition des produits, de spécificités des contenants et d'exigences en matière d'étiquetage fixées par diverses dispositions de l'acte attaqué. La première exception d'irrecevabilité invoquée par la partie adverse et fondée sur le défaut d'intérêt des requérantes ne semble pas devoir être accueillie au stade de l'examen de la demande de suspension d'exécution de l'acte attaqué sous le bénéfice de l'extrême urgence.

De même, la simple circonstance, fût-elle-même avérée - ce qui est fermement contesté par les requérantes -, que les nouvelles obligations imposées par l'acte attaqué seraient, pour certaines, moins contraignantes que les obligations qui reposaient auparavant sur les "détaillants" de cigarettes électroniques en Belgique, et que les sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions de l'acte attaqué seraient moins sévères que celles précédemment applicables, n'empêche pas, en soi, de priver toute personne qui y aurait un intérêt à contester les nouvelles normes et sanctions à prendre en considération du fait de l'entrée en vigueur de l'acte attaqué. Admettre, au contraire, que l'intérêt au recours ne peut être considéré comme établi chaque fois qu'est en cause une réglementation qui se présente, à tort ou à raison, comme plus favorable que la réglementation précédemment applicable, reviendrait à mettre directement en cause la question du droit à un recours effectif, particulièrement lorsque sont en cause, comme dans le cas d'espèce, des dispositions de droit interne qui ont vocation à assurer la parfaite transposition de normes du droit de l'Union européenne. La seconde exception d'irrecevabilité invoquée par la partie adverse et toujours fondée sur le défaut d'intérêt des requérantes ne semble pas non plus devoir être accueillies au stade de l'examen de la demande de suspension d'exécution de l'acte attaqué sous le bénéfice de l'extrême urgence.

A ce stade de l'examen du recours, il y a donc lieu de considérer que les requérantes ont bien un intérêt à contester la légalité de l'acte attaqué et ce, tant en leur qualité de simples "détaillants" qu'en celle d'"importateurs" de cigarettes électroniques en Belgique, au sens de l'acte attaqué.

V. EXAMEN DE LA LEGITIMITE DE L'INTERET AU RECOURS DANS LE CHEF DES PARTIES REQUERANTES

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse considère, en tout état de cause, que l'intérêt que font valoir les requérantes à l'appui de leur recours, est un intérêt illégitime.

Elle développe l'argumentation suivante à l'appui de cette thèse :

- " [...]. A titre subsidiaire, si Votre Conseil devait considérer que les parties requérantes doivent être considérées comme «importateur» au sens de l'acte attaqué et de la directive qu'il transpose, il faudrait nécessairement qu'il constate que l'intérêt vanté par les parties requérantes est illégitime, au motif qu'il tient à des circonstances répréhensibles du point de vue pénal.

Votre Conseil a jugé ce qui suit :

«Est illégitime le recours dont le seul effet serait de rétablir une situation antérieure illégale. N'est ainsi pas légitime l'intérêt lié au maintien d'une situation illégale ou encore l'intérêt qui consiste à poursuivre une exploitation nécessitant une autorisation ou un permis sans que celle-ci ou celui-ci n'ait été délivré» (C.E., n° 207.415, 20 septembre 2009, S.P.R.L. Mondial Téléphone).

[...]. En l'espèce, les parties requérantes sollicitent la suspension selon la procédure de l'extrême urgence de l'arrêté royal du 15 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques.

Cet arrêté a pour objet la libéralisation du marché de la cigarette électronique, sous certaines conditions.

[...]. Or, pour rappel, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acte attaqué, les produits contenant de la nicotine, en ce compris la cigarette électronique, étaient considérés comme des médicaments au sens de l'article 1^{er}, 1), a) de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments.

L'article 6 de cette même loi indique qu'aucun médicament ne peut être mis sur le marché sans qu'une autorisation de mise sur le marché (aussi dénommée «AMM») n'ait été octroyée.

A défaut d'une telle autorisation, l'article 16, § 3, de la loi prévoit que l'auteur de l'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 200,00 euros à 15.000,00 euros ou d'une de ces peines seulement.

A l'heure actuelle, aucune entreprise active dans le secteur de la cigarette électronique en Belgique n'a jamais introduit de demande d'autorisation de mise sur le marché.

A tout le moins, elles ne produisent pas une telle autorisation de mise sur le marché permettant de démontrer le contraire.

[...]. Les parties requérantes affirment dans leur requête mettre dans le commerce des cigarettes électroniques et des flacons de recharges contenant de la nicotine, ceci étant illégal, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acte attaqué.

Il faut encore rappeler que l'article 1^{er}, 24°, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments précise que les seules personnes habilitées à délivrer des médicaments au public sont les pharmaciens «visés à l'article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, y compris les pharmaciens dans une officine pharmaceutique non ouverte au public, ainsi que les personnes visées à l'article 4, § 2, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 susmentionné, à l'exclusion des personnes visées aux points 4° et 5°».

Jusqu'à preuve du contraire, les parties requérantes ne sont pas pharmaciens au sens de la loi du 25 mars 1964 et délivraient dès lors des cigarettes électroniques et des flacons de recharge contenant de la nicotine de façon illégale.

[...]. Partant, l'acte attaqué n'est pas de nature à causer grief aux parties requérantes dans la mesure où il les autorise à mettre sur le marché des produits sans qu'il soit nécessaire ni d'introduire une demande d'autorisation de mise sur le marché ni de devenir pharmacien au sens de la loi du 25 mars 1964.

Précisons que la circonstance selon laquelle elles n'ont jamais été contrôlées ou poursuivies pénalement pour ces faits est irrelevante en l'espèce.

[...]. Il en découle que le présent recours a pour objet le rétablissement d'une situation antérieure illégale et pénalement sanctionnée, soit la mise sur le marché de médicaments sans autorisation.

L'intérêt illégitime des parties requérantes fonde à suffisance l'irrecevabilité du présent recours".

A l'audience, la partie adverse met encore l'accent sur le fait que la première version de directive considérait la cigarette électronique comme un "médicament". La circonstance que la directive 2014/40/UE a finalement pris une autre option avec des conditions strictes qui font que les cigarettes électroniques d'une certaine qualité ne sont plus considérées comme des "médicaments" ne change rien au fait, qu'en Belgique, il y avait bien illégalité avant l'adoption de cette directive. Peu importe à cet égard qu'il y ait eu, notamment sur le plan des contrôles et des poursuites pénales éventuelles, une tolérance affichée par les autorités compétentes depuis 2015. La partie adverse considère encore qu'il ne peut être question en l'espèce d'une quelconque violation du principe de légitime confiance. En effet, avant l'adoption de la directive 2014/40/UE, le marché était nouveau et rien n'était réglé au niveau de l'Union européenne. Tout pouvait être disponible sur le marché et deux solutions étaient possibles pour les Etats membres de l'Union européenne : soit on ne fait rien; soit on réglemente, ce qu'a fait la Belgique, en qualifiant la cigarette électronique contenant de la nicotine comme étant un médicament. Le simple fait qu'une autre direction a été prise au niveau européen ne peut donc pas être considéré comme une atteinte au principe de légitime confiance au niveau belge.

V. 2. Réfutation des requérantes

Les requérantes rappellent que leurs commerces ont été légalement ouverts sans que les autorités compétentes ne soient jamais intervenues pour leur signifier que leur activité commerciale était illégale.

Elles observent, qu'à aucun moment, il n'y a eu un acte juridique clair qualifiant les cigarettes électroniques de "médicament", avec toutes les conséquences qui s'ensuivent. Elles n'auraient donc rien pu contester par le passé, du fait qu'elles ont pu, sans aucune contrainte ou restriction, librement exercer leurs activités commerciales tout en respectant, jusqu'à preuve du contraire, les obligations fiscales

et sociales liées à ces activités, alors même que leur contestation actuelle devrait être déclarée illégitime selon la partie adverse.

Il y a donc bien eu, pour les requérantes, "apparence de droit" et "confiance illégitime" auxquelles il est porté atteinte par l'acte attaqué.

Les requérantes considèrent, en tout état de cause, que la qualification de "médicament" ne pouvait plus être donnée aux cigarettes électroniques dès l'entrée en vigueur de la directive 2014/40/UE, ce qui conforte leur affirmation selon laquelle l'acte attaqué porte atteinte au principe de légitime confiance.

V. 3. Décision du Conseil d'Etat

Il convient tout d'abord de rappeler qu'il ne faut pas confondre la question de l'intérêt légitime au recours avec celle du caractère légitime du risque de préjudice allégué à l'appui d'une demande de suspension, le cas échéant, introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence.

En l'espèce, il n'est pas sérieusement contesté par la partie adverse que les requérantes exploitent déjà à l'heure actuelle divers commerces actifs dans la vente de cigarettes électroniques et occupant, pour ce faire, divers employés dont la majorité occupés à temps plein.

Il n'est pas non plus contesté par la partie adverse que les requérantes peuvent, dès à présent, continuer à exercer leur commerce, sans devoir avoir obtenu pour ce faire une autorisation préalable. La seule exigence qui résulte de l'entrée en vigueur de l'acte attaqué est, en effet, que tout "détaillant" et, le cas échéant, tout "importateur" de cigarettes électroniques dans l'Union européenne, respecte dorénavant les conditions fixées par l'acte attaqué.

Comme tout autre "détaillant" et/ou "importateur" de cigarettes électroniques, les requérantes ont donc, en soi, un intérêt légitime à contester, ne fût-ce que pour l'avenir, la légalité de l'acte attaqué, soit au regard de la compétence de l'auteur de l'acte ou d'autres normes ou principes généraux de droit interne, soit au regard de l'une ou l'autre des dispositions de la directive 2014/40/UE que les requérantes estimerait n'avoir pas été correctement transposées en droit belge, soit, encore, au regard du droit primaire de l'Union européenne.

Sur ce point, la situation des requérantes n'est donc pas différente de celle de tout "détaillant" et/ou "importateur" de cigarettes électroniques, qu'il soit déjà en activité ou qu'il ait vocation à se lancer dans ce commerce.

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse et fondée sur le caractère illégitime de l'intérêt au recours ne peut être accueillie.

VI. EXAMEN DE L'EXTREME URGENCE ALLEGUEE A L'APPUI DU RECOURS

VI. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes justifient la pertinence de l'extrême urgence qu'elles invoquent à l'appui de leur demande de suspension sur la base des considérations suivantes :

- " Les requérantes postulent la suspension de l'acte attaqué, sous le bénéfice de l'extrême urgence, dès lors que l'application immédiate de cet arrêté, au demeurant irrégulier, risque de leur causer un préjudice très important que le délai de traitement d'un recours en annulation et d'un recours en suspension ordinaire ne pourront pas permettre d'éviter.

Votre Conseil juge que :

«L'extrême urgence qui justifie le recours à une procédure accélérée et abrégée suppose, d'une part, que la survenance du dommage présentant un certain degré d'importance que l'on veut prévenir est à ce point imminente qu'une procédure en référé ordinaire ne serait pas en mesure d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir empêcher la survenance dudit dommage, et d'autre part que le demandeur ait fait toute diligence pour saisir le Conseil d'Etat, c'est-à-dire que, par son attitude de négligence, d'inattention ou d'attentisme, il n'ait pas créé cette extrême urgence» (C.E., n° 232.926 du 18 novembre 2015). »

Concernant le préjudice économique, Votre Conseil juge que :

«Si depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 janvier 2014, une demande de suspension ne doit plus établir le risque d'un préjudice grave difficilement réparable, il faut néanmoins qu'un préjudice, le cas échéant réparable, d'une certaine gravité soit plausible. En l'occurrence, la situation économique précaire qui serait celle du commerçant s'il était privé de la possibilité de vendre sa marchandise justifie l'urgence qu'il y a à statuer en référé ainsi que, vu la proximité des fêtes, le recours à la procédure d'extrême urgence» (C.E., n° 233.235 du 11 décembre 2015). »

Votre Conseil juge également que :

«Le recours à la procédure d'extrême urgence peut être admis dès lors que la perte pécuniaire encourue pendant la procédure en suspension ordinaire serait significative au regard de l'actif et des frais fixes et présenterait un risque pour la continuité de l'entreprise» (C.E., n° 232.913 du 16 novembre 2015). »

[En l'espèce :]

1. [...] la partie requérante a fait preuve de diligence dès lors qu'elle a introduit son recours dès le 15 mars 2016 et que l'arrêté royal a été publié le 3 mars 2016.

D'ailleurs, la partie requérante n'a pas, par son attitude ou son attentisme créé, cette extrême urgence qui résulte exclusivement de l'application de l'acte attaqué.

2. L'arrêté royal attaqué est adopté en vertu 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, notamment de ses articles 6, § 2, et 20.

Cet arrêté vise à transposer la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014 qui réglemente notamment les «cigarettes électroniques et les flacons de recharge, à moins que, de par leur présentation ou leur fonction, ils ne relèvent de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil ou de la directive 93/42/CEE du Conseil» relative aux médicaments à usage humain (considérant 36 et article 20).

L'arrêté fixe donc des normes strictes auxquelles les cigarettes électroniques et les flacons de recharge doivent répondre pour être commercialisés.

A titre d'exemple, concernant les flacons de liquide, il est prévu que leur volume ne peut excéder 10ml. L'arrêté fixe aussi des normes d'étiquetages, de sécurité des bouchons, ...

L'arrêté royal fixe, en outre, une obligation de notification préalable à la mise dans le commerce et des obligations en termes de conservation et communication de certaines données :

a) L'arrêté fixe le régime de sanctions de la manière suivante :

«§1^{er}. Les cigarettes électroniques et les flacons de recharge qui ne répondent pas aux dispositions de cet arrêté sont à considérer comme nuisibles au sens de l'article 18 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.

§ 2. Les infractions aux dispositions du présent arrêté sont recherchées, constatées, poursuivies et punies conformément aux dispositions de la loi du 24 janvier 1977 précitée».

L'article 15 de la loi du 24 janvier 1977 prévoit que la sanction est une peine d'«[E]mprisonnement d'un mois à un an et demi de prison ou une amende de cent à quinze mille francs».

L'article 16 de la loi prévoit également que :

«Sans préjudice de l'application des peines prévues par les articles 269 à 274 du Code pénal, est puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de cent à deux mille euros ou de l'une de ces peines seulement, celui qui s'oppose aux visites, inspections, enquêtes, contrôles, auditions, consultations de documents, prises d'échantillons, rassemblements d'éléments de preuve ou à la saisie ou autre par les personnes habilitées à rechercher et à constater les infractions à la présente loi et aux arrêtés pris en exécution de celle-ci ou des règlements et décisions de l'Union européenne, ainsi que celui qui s'y oppose, celui qui insulte les personnes susmentionnées et celui qui refuse de présenter un document officiel d'identité».

L'article 18 prévoit que les produits non conformes sont mis hors d'usage ou sous séquestre. Ils sont donc retirés du commerce.

L'article 19 prévoit, parallèlement, un mécanisme de transaction volontaire.

b) Cette directive devait être transposée pour le 20 mai 2016. Or, l'arrêté royal attaqué publié le 3 mars 2016 est entré en vigueur dès le dimanche 13 mars 2016.

La partie requérante et ses fournisseurs ont donc été pris de cours. Cela vaut d'autant plus que la directive permettait de prévoir une période transitoire jusqu'au 20 mai 2017 pour les cigarettes électroniques (Concernant l'irrégularité de l'entrée en vigueur, cfr. infra deuxième moyen).

Actuellement, la totalité du stock des flacons des requérantes ne répond pas à ces normes et les fournisseurs des requérantes ne sont pas en mesure de leur fournir des flacons conformes.

En effet, à titre d'exemple, les flacons ont actuellement un volume supérieur à 10ml contrairement aux exigences de l'acte attaqué (article 4, §1^{er}, de l'arrêté royal). De plus, ces flacons ne répondent pas non plus aux normes d'étiquetage.

De plus, les cigarettes électroniques ne répondent pas non plus à l'arrêté royal qui prévoit que leur cartouche et ou réservoir ne peut pas excéder les 2 millilitres.

c) Pour pouvoir respecter la réglementation en vigueur et ne pas se rendre coupables d'une infraction pénale ni risquer la saisie de leur marchandise, les requérantes sont contraintes de prendre des mesures qui entraîneront des préjudices financiers et commerciaux importants, voire qui conduiront à la fermeture de leurs commerces et à leur faillite.

D'ailleurs, les requérantes constatent que, depuis le 14 mars 2015, de nombreux commerces restent fermés.

Pour être en accord avec la réglementation, les requérantes devraient se débarrasser de tout leur stock de flacons ce qui leur causera nécessairement une perte financière importante. Elles devraient également se débarrasser de leur stock de cigarettes électroniques dont les cartouches ou réservoirs (atomiseurs) sont supérieurs à 2 ml.

A titre d'exemple, pour la Sprl L'AIR CHIC, cela représente un montant de 121.443,20 euros HTVA + 37.511 euros HTVA de perte, soit près de 160.000 euros ce qui représente plus de 50% de la valeur de son stock. Cette perte pourrait déjà, en soi, conduire cette société à la faillite, tant ce montant est important et ce d'autant plus pour une société aussi récente.

De plus, si elles se débarrassent de leur stock de produits non conformes, les requérantes ne sont pas pour autant en mesure de commander de nouveaux produits conformes aux normes dès lors que leurs fournisseurs ne proposent pas encore de tels produits, comme en attestent les déclarations des fournisseurs.

Tant que leurs fournisseurs ne proposent pas de produits conformes, les requérantes ne seront donc pas en mesure de vendre de tels produits ce qui impacte sensiblement leur commerce, voire conduira à leur fermeture. En effet, d'une part, la vente de flacons représente une part considérable du chiffre d'affaires d'un commerce et, d'autre part, même à supposer que les accessoires (boîtiers, cigarettes électroniques jetables ou non, ...) soient conformes à la réglementation, les consommateurs n'achèteront pas des accessoires dans les commerces des requérantes s'ils ne peuvent pas se provisionner également en flacons.

Le risque commercial est donc considérable dans un secteur de plus en plus concurrentiel puisque l'arrêté attaqué a pour conséquence que les requérantes ne peuvent plus vendre la quasi-totalité de leurs produits et ne peuvent pas non plus se fournir en nouveaux produits conformes à cette réglementation, ce qui induit *de facto* l'arrêt immédiat de toute activité. Si les requérantes se conforment dès à présent à l'acte attaqué sans vendre les marchandises non conformes, elles doivent mettre leurs employés en chômage économique et leur clientèle risque très

sérieusement de se diriger vers d'autres commerces et de s'y fidéliser et donc de les quitter définitivement.

d) Il convient également de souligner que la fermeture des commerces des requérantes aura pour effet de priver de travail plusieurs employés engagés par les requérantes.

A titre d'exemple, la SPRL L'AIR CHIC emploie 8 employés à temps plein et 1 étudiant.

En d'autre termes, pour pouvoir se conformer à cette réglementation, les requérantes seraient contraintes de se débarrasser d'une marchandise essentielle et cruciale, ce qui mènerait, à court terme, à la fermeture de leurs commerces et donc à la faillite de l'entreprise et au licenciement des travailleurs. Actuellement, les requérantes sont donc l'auteur d'une infraction pénale susceptible d'une sanction pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement et, de plus, leur marchandise qui n'est pas conforme aux normes de l'arrêté royal, pourrait être saisie et mise hors d'usage ou sous séquestre.

Dans ces circonstances, l'imminence et la gravité du péril sont avérées dès lors que les requérantes, sauf à admettre la fermeture de leur commerce, courent le risque de poursuites pénales et la saisine de leur marchandise.

3. La situation est d'autant plus urgente que l'application de l'arrêté royal impose à la requérante de respecter des obligations dont le contenu et les modalités ne sont pas précisés (cf. infra [...]).

VI. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse dément comme suit tant l'urgence que l'extrême urgence alléguées par les requérantes à l'appui de leur demande :

" 3.1. L'urgence

3.1.1. Thèse de la partie requérante

[...]. L'acte attaqué impose des normes strictes auxquelles les cigarettes électroniques et les flacons de recharges doivent répondre pour être commercialisés. Il impose également une obligation de notification préalable à la mise dans le commerce et des obligations en termes de conservation et communication de certaines données. Le non-respect de ces obligations peut entraîner des sanctions pénales allant de l'amende jusqu'à l'emprisonnement, ainsi que la saisie, la mise hors d'usage ou le séquestre des produits non conformes. Partant, les parties requérantes seraient contraintes de se débarrasser de leurs marchandises, ce qui mènerait, à court terme, à la fermeture de leurs commerces, à la faillite de l'entreprise et au licenciement des travailleurs, ce qui leur causerait un préjudice important et immédiat.

3.1.2. Discussion

[...]. Conformément aux dispositions en matière de procédure urgente devant le Conseil d'Etat, la partie requérante qui sollicite la suspension de l'acte attaqué doit démontrer qu'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation.

Selon les travaux préparatoires de la loi du 20 janvier 2014, la notion d'«urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation» doit être appréhendée et

appréciée au regard de la jurisprudence développée par les juridictions de l'ordre judiciaire en matière de référé, tout en tenant compte cependant des circonstances propres aux contentieux objectif du Conseil d'Etat (Commentaire des articles, Doc. parl., Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 13).

Les tribunaux de l'ordre judiciaire et la doctrine estiment qu'il y a urgence «dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable» (Cass., 21 mars 1985, Pas., 1985, I, p. 908). Il est également jugé que le recours à la procédure de référé est nécessaire lorsque la procédure ordinaire est impuissante à résoudre le litige en temps voulu.

[...]. L'argument des parties requérantes selon lequel l'entrée en vigueur de la loi aurait été avancée du 20 mai 2016 au 13 mars 2016 n'est pas relevant.

D'une part, la date du 20 mai 2016 prévue par la directive est la date limite à laquelle les Etats membres devaient transposer celle-ci. Ils sont donc libres de prévoir une entrée en vigueur antérieure, *a fortiori* lorsque celle-ci est proche de la date limite de transposition.

D'autre part, les parties requérantes, qui disposaient de près de deux ans pour se mettre aux normes par rapport à la directive et, partant à l'arrêté royal, ne peuvent valablement se prévaloir des deux mois de battement entre la date d'entrée en vigueur de l'acte attaqué et la date limite de transposition pour affirmer qu'il s'agit du temps qu'il leur serait nécessaire pour s'aligner sur la nouvelle réglementation en matière de cigarette électronique.

Enfin, la date d'entrée en vigueur n'est pas de nature à leur porter préjudice mais plutôt à leur procurer un avantage en ce qu'il libéralise la commercialisation de cigarettes électroniques contenant de la nicotine, jusque-là soumise à la réglementation relative aux médicaments.

[...]. Les fournisseurs des parties requérantes ont établi des attestations selon lesquelles il leur serait impossible de fournir des produits qui répondraient aux conditions fixées par l'arrêté royal attaqué.

Or, la date limite de la transposition de la directive est fixée au 20 mai 2016. Dès ce moment, les dispositions contenues dans celle-ci seront d'application dans l'entière de l'Union européenne, sous réserve de périodes transitoires prévues dans d'autres Etats membres.

Il est difficilement imaginable qu'aucun fournisseur n'ait anticipé cette transposition et qu'aucun d'eux ne soit en mesure de fournir les parties requérantes en cigarettes électroniques et flacons de recharge correspondant au prescrit de l'arrêté royal et de la directive.

A tout le moins, les parties requérantes n'établissent pas le contraire.

[...]. Il résulte de ce qui précède que l'urgence n'est pas établie et que le risque de préjudice invoqué par le requérant est inexistant ou, à tout le moins, purement hypothétique.

3.2. L'extrême urgence

3.2.1. Thèse de la partie requérante

[...]. Les parties requérantes affirment que leur diligence à agir ne peut être contestée. Elles ajoutent qu'elles et leurs fournisseurs ont été pris de cours par l'entrée en vigueur de l'acte attaqué et que seul le recours à la procédure d'extrême urgence permettrait de prévenir utilement le dommage craint. Une procédure en suspension ordinaire ne serait pas susceptible de prévenir ce dommage.

3.2.1. Discussion

[...]. Aux termes de l'article 17 § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la procédure d'extrême urgence est réservée aux cas incompatibles avec le délai de traitement d'une demande de suspension ordinaire ou de mesures provisoires.

Dans son arrêt du 18 décembre 2014, votre Conseil a précisé ce qui suit :

«Le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit au strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel, et ne peut être admis que lorsque cette procédure est la seule en mesure de prévenir utilement le dommage craint par le requérant alors que même le référé ordinaire ne le pourrait pas, et à la condition que la partie requérante ait fait toutes diligences pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible. L'extrême urgence doit être appréciée non seulement en fonction de l'imminence de l'exécution effective de l'acte attaqué, mais aussi de la date de la notification de cet acte, de son caractère exécutoire et de l'attitude de la partie requérante» (C.E., arrêt n° 229.614 du 18 décembre 2014, AWEIS et Consorts).

[...]. Dans le cas d'espèce, il y a lieu de prendre en compte l'attitude des parties requérantes qui n'ont pas pris les mesures nécessaires de nature à prévenir le dommage craint.

Jusqu'à l'adoption de l'acte attaqué, la vente de cigarettes électronique était illégale en Belgique.

L'arrêté attaqué, qui a été publié le 3 mars 2016 et est entré en vigueur le 13 mars 2016, a pour objet la transposition de la directive 2014/40/UE. La majorité des dispositions dudit arrêté sont contenues dans la directive qui a été publiée au Journal Officiel de l'Union européenne. Elle a également été relayée par de nombreux forums qui traitent de la cigarette électronique (...).

Il ressort des statuts des parties demanderesse que celles-ci ont débuté leurs activités après la publication de la directive.

D'une part, elles ont débuté la commercialisation de produits réglementés par la loi du 25 mars 1964 sans disposer d'une autorisation de mise sur le marché pour ce faire.

D'autre part, les parties requérantes, qui se disent prises au dépourvu par l'adoption et l'entrée en vigueur de l'arrêté royal, n'ont manifestement jamais eu égard au contenu de la directive 2014/40/UE alors que celles-ci visent spécialement leur objet social.

[...]. Il appartenait aux parties requérantes de prendre les informations nécessaires à la réalisation de leur objet social et de se renseigner sur la réglementation applicable à leur secteur d'activité.

Si elles avaient fait le nécessaire à cet égard, les parties requérantes n'auraient pas été «prises au dépourvu» et auraient pris les mesures nécessaires à prévenir la survenance du dommage allégué.

Il faut constater que les parties requérantes sont à l'origine du dommage craint, ce qui exclut l'application de la procédure d'extrême urgence en l'espèce.

La demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence doit être rejetée".

VI. 3. Débats à l'audience

Les requérantes font à nouveau valoir, à partir des documents qu'elles ont déposés à l'appui de leur requête, qu'une simple comparaison du chiffre d'affaires de leurs différents commerces, avant et après l'entrée en vigueur de l'acte attaqué, établit le risque de faillite qu'encourent les requérantes si leur demande de suspension d'exécution d'extrême urgence ne devait pas être accueillie. Pour l'un de leurs commerces situé à Bruxelles, le chiffre d'affaires journalier est ainsi passé de 1.827 à 344 euros par jour ; pour un autre de leur commerce situé à Chatelineau, ce chiffre est tombé de 4.364 à 770 euros par jour. Elles produisent également des attestations qui sont de nature à établir, d'une part, que les fournisseurs ne sont pas disposés à reprendre les produits déjà livrés, et, d'autre part, qu'ils ne sont pas à même de fournir dans un délai aussi court de nouveaux produits conformes aux exigences de l'acte attaqué. Si la situation actuelle devait perdurer, les requérantes rappellent qu'elles n'auraient d'autre choix que de mettre tout leur stock de produits non conformes à la poubelle tout en n'ayant plus les liquidités nécessaires afin de se réapprovisionner en nouveaux produits conformes aux dispositions de l'acte attaqué : la faillite des requérantes apparaît donc plus que probable à bref délai. Pour les requérantes, tout l'enjeu de la demande de suspension, d'extrême urgence ou non, tend donc bien à faire déclarer que les produits qu'elles vendent actuellement ne pouvaient être considérés comme des médicaments, avant même l'entrée en vigueur de l'acte attaqué, que leur activité commerciale était donc bien licite avant même l'entrée en vigueur de l'acte attaqué et qu'elle l'est toujours à ce jour et qu'il en va d'autant plus ainsi qu'elles ont débuté cette activité après la publication de la directive 2014/40/UE, laquelle repose de manière expresse sur le postulat de départ que les cigarettes électroniques et les flacons de recharge ne sont pas, en soi, des médicaments au sens de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ou de la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux.

Au contraire, la partie adverse met l'accent sur le fait que l'activité illégale a été commencée, en toute connaissance de cause, après la publication de la directive 2014/40/UE, avec cette conséquence que les requérantes ne peuvent se prévaloir d'aucun préjudice légitime du fait même qu'elles ont mis dans le commerce des cigarettes électroniques et des flacons de recharge qui ne répondaient en tout état de cause pas aux normes de cette directive. Elle rappelle par ailleurs que l'Etat belge était tout à fait libre de prévoir une date d'entrée en vigueur directe de l'acte attaqué et a par ailleurs du mal à croire qu'il ne serait pas possible de trouver des produits conformes aux exigences de la directive avant le 20 mai 2016, soit la date ultime de transposition de la directive par les Etats membres. En résumé, le seul souci des requérantes de pouvoir écouler leurs stocks constitués de manière illégale ne peut représenter un

préjudice légitime de nature à justifier la suspension d'(extrême) urgence de l'acte attaqué.

VI. 4. Décision du Conseil d'Etat

L'essentiel de l'argumentation de la partie adverse repose sur le postulat que les cigarettes électroniques contenant de la nicotine, de même que les flacons et recharge y associés, étaient, de toute évidence, et ce jusqu'au 13 mars 2016, date d'entrée en vigueur de l'acte attaqué, des "médicaments" qui entraient dans le champ d'application de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments. Elle en tire les conclusions logiques suivantes :

- 1°) aucun type de cigarette électronique, de recharge ou de flacon ne pouvait être mis sur le marché sans avoir fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché ("A.M.M.") octroyée par l'autorité dûment habilitée;
- 2°) seules les pharmaciens visés à l'article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé pouvaient délivrer de tels produits;
- 3°) toute mise sur le marché survenue en contravention des obligations qui précèdent pouvait être pénalement sanctionnée conformément aux dispositions de l'article 16 de la loi du 25 mars 1964 précitée.

La pertinence du postulat de départ ainsi mis en exergue par la partie adverse est cependant loin d'emporter la conviction.

D'une part, avant même la publication de la directive 2014/40/UE précitée au Journal Officiel de l'Union européenne, rien ne permettait de considérer, notamment au regard des documents déposés par la partie adverse à l'appui de sa note d'observations, que la décision de considérer les cigarettes électroniques, leurs recharges et leurs flacons, comme des "médicaments" aurait bien été officiellement prise par les autorités compétentes en la matière, lesquelles se seraient ensuite comportées, au même titre que les instances de contrôle compétentes, dans le prolongement de la décision ainsi prise. Les divers documents produits par la partie adverse font bien état de ce que certaines instances, tels que l'A.F.M.P.S. (Agence fédérale des Médicaments et Produits de Santé), le C.S.C. (Conseil Supérieur de la Santé) et le S.P.F. Santé publique, étaient d'avis que les appareils comprenant de la nicotine, substance pharmacologique active, avaient le statut de "médicaments" soumis à l'obtention préalable d'une A.M.M., dont la vente au public était réservée aux pharmacies et dont la publicité relevait de la législation sur les médicaments, mais aucun de ces documents ne fait état de ce qu'il aurait été effectivement fait usage par les autorités compétentes des pouvoirs que leur conférait la loi 25 mars 1964 sur les médicaments pour réprimer le commerce, considéré comme illégal en Belgique, des

cigarettes électroniques contenant de la nicotine et de leurs produits annexes. Ceci apparaît d'autant plus étonnant qu'il ressort des documents produits par la partie adverse que le Ministre de la Santé publique avait, au moins à deux reprises par le biais de réponses à des questions parlementaires écrites, déclaré qu'aucune cigarette électronique contenant de la nicotine ne pouvait être vendue en Belgique du fait qu'aucune A.M.M. n'avait été sollicitée et obtenue pour des produits de ce type. Aucun élément précis n'est donc fourni par la partie adverse permettant d'établir que des contrôles auraient été effectués, notamment en application de l'article 14 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, et que des mesures répressives, notamment au sens des articles 16 à 19 de cette même loi du 25 mars 1964, auraient effectivement été prises à l'égard des détaillants qui se seraient lancés dans la commercialisation et dans la publicité de ces produits en Belgique, avant même l'entrée en vigueur de la directive 2014/40/UE.

D'autre part, l'entrée en vigueur, le 19 mai 2014, de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014 précitée, dont il n'est évidemment pas contestable que l'un des objectifs majeurs est la poursuite d'un niveau élevé de protection de la santé et des consommateurs (voir notamment les considérants 53 et 59 de la directive), a clairement eu pour conséquence que les cigarettes électroniques et leurs flacons de recharge sont, en règle et pour autant que ces produits soient conformes à la directive (voir l'article 20 de la directive 2014/40/UE), à considérer comme des "produits connexes des produits du tabac" au sens de l'article 1^{er}, f), de la directive 2014/40/UE, et ce, même si ces cigarettes et flacons contiennent de la nicotine (article 2, 16) et 17), de la directive 2014/40/UE), et non plus comme des "médicaments" au sens de la loi du 25 mars 1964 précitée. En conséquence, et même si le délai de transposition de la directive 2014/40/UE ne vient à expiration que le 20 mai 2016, il n'est, à ce stade de l'examen du recours, pas établi que des contrôles et que des mesures répressives auraient pu, depuis le 20 mai 2014, et pourraient encore actuellement être opérés ou décidées en Belgique sur le seul fondement juridique de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments. Or, comme l'admet la partie adverse, il n'est pas sans intérêt de relever, à cet égard, que les requérantes ont précisément commencé leur activité de vente de cigarettes électroniques et de flacons rechargeables après l'entrée en vigueur de la directive 2014/40/UE.

Compte tenu de ce contexte particulier, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas en quoi il y aurait, en conséquence, lieu de considérer comme étant, en soi, illégitime le risque de préjudice allégué par les requérantes à l'appui de leur demande de suspension, et qui se fonde essentiellement sur les pertes financières découlant tant de l'impossibilité de pouvoir écouler, fût-ce dans un certain délai, leurs stocks actuels de cigarettes électroniques et de flacons de recharge, que de l'impossibilité dans lequel

elles se trouveraient de pouvoir s'approvisionner, dès à présent, en produits conformes aux exigences de l'acte attaqué.

S'il est vrai, à cet égard, qu'il ne peut être reproché à la partie adverse, ainsi que cette dernière le fait d'ailleurs expressément valoir, d'avoir anticipé d'un peu plus de deux mois sur la date ultime de transposition de la directive 2014/40/UE, il n'en reste pas moins que les requérantes pouvaient légitimement penser que l'entrée en vigueur de l'acte attaqué pourrait être accompagnée d'un certain nombre de mesures d'accompagnement. Ainsi, la partie adverse n'a pu sérieusement contredire à l'audience l'affirmation des requérantes selon laquelle elles auraient pu écouler leurs stocks existants à la date de publication de l'acte attaqué et auraient pu, dans l'intervalle, rechercher des fabricants ou des importateurs à même de livrer des produits conformes aux exigences de l'acte attaqué et, par voie de conséquence, de l'article 20 de la directive 2014/40/UE, si la partie adverse avait finalement maintenu son intention initiale, exprimée dans le projet d'arrêté royal soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, de prévoir l'entrée en vigueur de l'acte attaqué à la date du 19 mai 2016.

De même, si, comme l'observe également la partie adverse, celle-ci n'était pas tenue, en soi, de faire usage de la faculté laissée aux Etats membres par l'article 30, b), de la directive 2014/40/UE, d'autoriser jusqu'au 2 mai 2017 la mise sur le marché de cigarettes électroniques ou de flacons de recharge fabriqués ou mis en libre circulation avant le 20 novembre 2016, soit près de six mois après la date ultime de transposition de la directive 2014/40/UE, il n'en reste pas moins que les requérantes ont pu, lorsqu'elles ont commencé leur activité commerciale en Belgique, légitimement penser qu'il ne leur serait pas interdit de continuer à commercialiser, et ce dès le dixième jour après la publication de l'acte attaqué, les produits qu'elles avaient déjà en stock et qui, en tant que tels, ne pouvaient plus, dès le 20 mai 2014, être considérés comme des "médicaments" et ce, en raison de la directive 2014/40/UE. Il en va d'autant plus ainsi que l'article 20, paragraphe 2, alinéa premier, de la directive 2014/40/UE, prévoit, de manière expresse, que la notification à laquelle doivent procéder les fabricants et les importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge qui ont été mis sur le marché le 20 mai 2016 doit être effectuée dans les six mois à compter de cette date, ce qui correspond à la date du 20 novembre 2016 prévue par l'article 30, b), de la directive 2014/40/UE. Dans ce contexte, les requérantes ne pouvaient donc légitimement pas prévoir que les produits qu'elles commercialisaient et qu'elles avaient en stock à la date du 3 mars 2016, ne seraient d'office plus commercialisables dix jours après la publication de l'acte attaqué. Une chose est, en effet, la légitimité du risque de préjudice allégué à l'appui d'une demande de suspension; une autre est la question de savoir s'il peut non être reproché en droit à la partie adverse de s'être abstenue de prévoir des mesures

d'accompagnement à la suite de l'entrée en vigueur de l'acte attaqué ou de ne pas avoir fait usage de la faculté laissée aux Etats membres par l'article 30, b), de la directive 2014/40/UE.

De même, la simple affirmation selon laquelle il serait étonnant qu'aucun fournisseur de cigarettes électroniques ou de flacon de recharge ne serait à même de livrer dès la date ultime de transposition de la directive 2014/40/UE, à savoir dès le 20 mai 2016, des produits conformes aux exigences posées par l'article 20 de cette directive, n'établit pas, en soi, que ces fournisseurs seraient déjà à même de le faire dès le 13 mars 2016, à savoir dès la date d'entrée en vigueur de l'acte attaqué.

Compte tenu des diverses considérations qui précèdent, il ne peut être considéré, sur la base des divers arguments que la partie adverse a fait valoir à l'appui de son affirmation, que le risque de préjudice financier et de faillite qu'allèguent les requérantes à l'appui de leur demande de suspension serait inexistant, hypothétique ou illégitime. Les divers documents produits par les requérantes permettent, par ailleurs, de considérer que le double risque de préjudice ainsi allégué à l'appui de leur demande de suspension peut être considéré comme établi à suffisance de droit, au sens de l'article 17, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, tel que modifié par la loi du 20 janvier 2014.

De même, l'extrême urgence qu'allèguent également les requérantes à l'appui de leur demande de suspension peut être considérée comme établie du fait que les requérantes ont introduit par télécopieur leur requête, comprenant par ailleurs cinq moyens d'annulation, dès le mardi 15 mars 2016, soit douze jours calendrier après la publication (le jeudi 3 mars 2016) de l'acte attaqué et deux jours calendrier après son entrée en vigueur le dimanche 13 mars 2016. Les requérantes ont donc fait clairement preuve en l'occurrence de la diligence extrême requise en application de l'article 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, tel que modifié par la loi du 20 janvier 2014, et ont dûment justifié le caractère imminent du dommage allégué à l'appui de leur requête.

La demande de suspension, introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence, est, en conséquence, recevable.

VII. EXAMEN DES MOYENS

VII.1. MOYEN D'OFFICE SOULEVE PAR LES REQUERANTES

VII. 1.1. Thèse des requérantes

A la suite de la note d'observations et du dossier administratif déposé par la partie adverse, les requérantes soulèvent, dans un courriel du 23 mars 2016 qu'elles confirment à l'audience, un nouveau moyen, pris de la violation de l'article 3 et 84 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 14 janvier 1973, ainsi que de l'article 33 de la Constitution.

Elles font valoir que la section de législation n'a pas été régulièrement consultée du fait que l'acte attaqué a été modifié sur un point fondamental et ce, après que le projet d'arrêté ait été soumis à l'avis de la section de législation, que l'avis 58.135/3 ait été donné le 2 octobre 2015 et qu'une modification fondamentale a ensuite été apportée quant à l'entrée en vigueur de l'acte, sans que cette modification ne soit cependant une suite qui aurait été réservée par l'auteur de l'acte à une observation formulée à ce sujet par la section de législation.

En effet, alors que le projet d'arrêté prévoyait, en son article 9, que l'arrêté royal devait entrer en vigueur le 19 mai 2016, l'acte attaqué ne comporte plus cet article, avec cette conséquence qu'il est entré en vigueur le dixième jour de sa publication au Moniteur Belge, soit le 13 mars 2016.

VII. 1.2 Thèse de la partie adverse

La partie adverse considère que l'on ne peut tirer aucune conclusion quelconque au sujet de la date d'entrée en vigueur de l'acte attaqué, du fait que la section de législation n'a rien dit dans son avis 58.135/3 quant à l'article 9 qui figurait dans le projet d'arrêté royal qui lui a été soumis pour avis.

VII.1.3 Décision du Conseil d'Etat

Il ressort à l'évidence du dossier administratif que l'article 9 qui figurait dans le projet d'arrêté royal qui a été soumis à la section de législation du Conseil d'Etat a bien été ultérieurement omis de l'acte attaqué, sans que cela ne fasse suite à une observation qui aurait été formulée par la section de législation dans l'avis 58.135/3 donné le 2 octobre 2015.

Contrairement à ce que laisse entendre la partie adverse, une telle modification doit être qualifiée de substantielle et ne pouvait, en conséquence, pas être effectuée sans que la section de législation ne soit préalablement appelée à donner son avis à ce sujet. Il ne s'agit, en effet, pas d'une pure modification formelle ou rédactionnelle du texte, mais bien d'une modification qui a eu pour effet de changer de manière fondamentale la date d'entrée en vigueur de l'acte attaqué.

Enfin, la circonstance, invoquée par la partie adverse, selon laquelle la section de législation n'avait formulé aucune observation au sujet de l'entrée en vigueur de l'acte attaqué, initialement prévue le 19 mai 2016, ne permet évidemment pas de conclure qu'il en aurait été de même si la section de législation avait été saisie d'un texte devant entrer en vigueur le dixième jour suivant celui de sa publication au Moniteur belge. Il n'est, à titre d'exemple, pas exclu de penser que la section de législation, saisie d'un projet de texte en ce sens, aurait pu inviter le demandeur d'avis à fournir des explications sur ce point, et ce, d'autant plus que le projet d'arrêté royal relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des produits du tabac, sur lequel la section de législation a également donné l'avis 58.134/3 le 2 octobre 2015 et qui est devenu l'arrêté royal du 5 février 2016, également publié au Moniteur belge du 3 mars 2016, n'a, pour sa part, pas vu changer sa date d'entrée en vigueur, laquelle est en effet restée fixée au 19 mai 2016 (voir l'article 20 de l'arrêté qui, en son article 19, 1^o, prévoit également un régime transitoire, jusqu'au 20 mai 2017, pour les produits du tabac fabriqués ou mis en libre circulation et étiquetés conformément à l'arrêté royal du 13 août 1990 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce de produits à base de tabac et de produits similaires avant le 20 mai 2016).

Il convient de considérer qu'est sérieux le moyen pris de la violation de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Etant donné cependant qu'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué qui serait ordonnée sur cette seule base n'aurait d'effet concret que pour ce qui concerne la détermination d'une nouvelle date d'entrée en vigueur de l'acte attaqué, il convient d'examiner, en outre, si l'un ou l'autre des autres moyens invoqués dans la requête ne serait pas de nature à conduire à une suspension de l'exécution de l'acte attaqué aux effets plus étendus.

VII.2. PREMIER MOYEN DE LA REQUETE

VII. 2.1. Thèse des requérantes

Dans leur premier moyen, pris notamment de la violation des articles 6, § 2, 20, § 1^{er}, et 22, § 3, 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, les requérantes font valoir que l'acte attaqué n'a pas été délibéré en Conseil des ministres et n'a pas non plus été soumis à l'avis ni du Conseil supérieur d'hygiène publique ni du Conseil consultatif en matière de politique alimentaire.

VII.2. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que, comme l'a confirmé la section de législation dans son avis 58.135/3 précité, l'acte attaqué trouve son fondement juridique dans l'article 6, § 1er, a), de la loi du 24 janvier 1977 précitée, lequel ne requiert nullement la délibération en Conseil des ministres.

De même, l'avis du Conseil supérieur d'hygiène publique n'est pas requis compte tenu de ce qu'il y a lieu de faire application de l'article 20, § 4, de la loi du 24 janvier 1977, en application duquel un tel avis n'est pas requis " lorsque les arrêtés pris en exécution de la présente loi résultent des obligations découlant des traités internationaux et des actes internationaux pris en vertu de ceux-ci".

Il en va également de même pour ce qui concerne l'avis du Conseil consultatif en matière de politique alimentaire, puisque l'acte attaqué transpose partiellement la directive 2014/40/UE.

VII. 2.3. Décision du Conseil d'Etat

Comme l'a observé la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis 58.135/3 donné le 2 octobre 2015, l'acte attaqué peut trouver un fondement juridique suffisant dans l'article 6, § 1^{er}, a), de la loi du 24 janvier 1977. Il s'ensuit qu'il ne peut être considéré, *prima facie*, qu'une délibération en Conseil des ministres était requise en vertu de l'article 20, § 1er, de la même loi.

Comme l'observe la partie adverse, il peut de même être considéré, toujours *prima facie*, que ni l'avis du Conseil supérieur d'hygiène publique ni l'avis du Conseil consultatif en matière de politique alimentaire n'étaient requis, du fait, qu'au regard des articles 20, § 4, et 22, § 3, de la loi du 24 janvier 1977, l'acte attaqué a été pris en exécution d'obligations internationales incombant à la Belgique.

Cette appréciation *prima facie* est par ailleurs confirmée par le fait que la section de législation n'a, elle aussi, formulé aucune réserve à ce sujet.

Le premier moyen de la requête n'est, en conséquence, pas sérieux.

VII.3. DEUXIEME MOYEN DE LA REQUETE

VII. 3.1. Thèse des requérantes

Dans leur deuxième moyen, pris de la violation des articles 1er et 30 de la directive 2014/40/UE précitée, des articles 10, 11, 23 et 33 de la Constitution, des principes de bonne administration, dont le principe de proportionnalité, de prévisibilité, de confiance légitime et de sécurité juridique, ainsi que de la liberté de commerce et d'industrie, telle que consacrée par le Code de droit économique, les requérantes développent deux branches.

La première branche est fondée sur le caractère disproportionné de l'entrée en vigueur sans période transitoire de l'acte attaqué.

La seconde branche du moyen est fondée sur le caractère doublement discriminatoire de l'absence de période transitoire par rapport au régime qui a été prévu par l'arrêté royal du 5 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des produits du tabac.

VII. 3.2. Décision du Conseil d'Etat

Compte tenu du caractère reconnu fondé du moyen pris de l'absence de consultation régulière de la section de législation du Conseil d'Etat concernant l'entrée en vigueur de l'acte attaqué, il est prématuré d'examiner, en extrême urgence, le deuxième moyen de la requête qui porte précisément sur les modalités d'une telle entrée en vigueur et ce, alors même que la partie adverse n'a pas encore été amenée à examiner les suites éventuelles qu'il conviendrait de réserver au présent arrêt et que la section de législation n'a, le cas échéant, pas encore eu l'occasion de se prononcer sur les nouvelles modalités que la partie adverse envisagerait d'adopter au sujet de cette entrée en vigueur.

Le deuxième moyen de la requête n'est donc pas examiné dans le cadre de la procédure de suspension d'extrême urgence.

VII.4. TROISIEME MOYEN DE LA REQUETE

VII. 4.1. Thèse des requérantes

Dans le cadre du troisième moyen de la requête, les requérantes soulèvent l'irrégularité de la redevance de 4.000 euros prévue par l'acte attaqué et à verser par chaque fabricant ou importateur pour chaque nouveau produit notifié en application de ce même acte. Elles fondent ce moyen sur l'incompétence de l'auteur de l'acte, sur l'erreur manifeste d'appréciation et sur la violation des dispositions suivantes : les articles 10, 11, 12, 23, 170 et 171 de la Constitution; l'article 10 de la loi du 24 janvier 1977 précitée ; l'article 20 de la directive 2014/40/UE et les articles 28 et 29 du Traité

sur le Fonctionnement de l'Union européenne; les principes de bonne administration dont le principe de proportionnalité, de prévisibilité et de confiance légitime ; et le Code de droit économique, notamment ses articles II.3 et II.4, de même que la liberté de commerce et d'industrie qui en découle.

Les requérantes développent ce moyen sur la base de quatre branches, exposées comme suit :

" Première branche : Compte bénéficiaire

L'article 10 de la loi du 24 janvier 1977 prévoit que le Roi peut fixer des redevances et que «le montant de ces redevances est versé, soit sur le compte de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire, soit au Fonds budgétaire des matières premières et des produits».

Or, en l'espèce, le montant de la redevance doit être versé sur le compte du « Service » qui est «la Direction générale Animaux, Végétaux et Alimentation du Service public fédéral Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement».

Ce compte du SPF Santé public ne pourrait être assimilé à celui de l'AFSCA qui est un établissement public, doté de la personnalité juridique, créé par la loi du 4 février 2000.

L'arrêté viole donc l'article 10 de la loi dès lors que la redevance n'est pas versée sur le bon compte.

S'il s'agissait bien d'une redevance, on serait conduit à en conclure que le service, dont la redevance est la contrepartie, n'est pas non plus presté par l'autorité compétente conformément à l'article 10 de la loi.

Deuxième branche : Impôt illégal

L'article 10 de la loi du 24 janvier 1977 autorise le Roi à fixer une « redevance » pour les demandes introduites en vertu de la loi ou pour les pièces justificatives à délivrer.

[...]. Il n'est ni contestable, ni contesté, qu'une « redevance » doit être un prélèvement opéré dans le but de couvrir le coût occasionné à la suite de la prestation d'un service par une autorité publique au profit du redevable.

La Cour de Cassation rappelle que :

«La redevance est essentiellement la rémunération que l'autorité réclame à certains redevables en contrepartie d'une prestation spéciale qu'elle a effectuée à leur profit personnel ou d'un avantage direct ou particulier qu'elle leur a accordé » (J.D.F., 1998, p. 230).

Un prélèvement ne peut être qualifié de « redevance » que s'il existe un rapport suffisant de proportionnalité entre son montant et le service fourni.

D'ailleurs, l'article 20 de la directive 2014/40 permet de prévoir une redevance, à condition qu'elle soit proportionnelle.

Compte tenu du principe de la spécialité des personnes morales de droit public selon lequel celles-ci ne peuvent agir que dans la limite des pouvoirs qui leur ont été octroyés et dans le strict respect de la Constitution, des lois et des règlements, il appartiendra à la partie adverse de verser au dossier administratif les éventuelles

informations et études qui l'ont amenée à arrêter les montants des prélèvements litigieux.

A défaut, l'illégalité de l'arrêté royal du 24 août 2001(*sic*) devra être présumée (C.E., n° 47.767, 15 juin 1994 ; C.E., n° 12.187, 27 janvier 1967).

[...]. Pour le surplus, les requérantes constatent qu'il apparaît de manière manifeste que le montant de la redevance de 4.000 euros est réellement déraisonnable et sans aucun rapport avec la prestation rendue par le Service qui n'est même pas amené à se prononcer sur la notification ni à adopter une décision autorisant la mise dans le commerce sauf pour, le cas échéant, constater des documents manquants.

A titre d'exemple, pour les produits du tabac, le montant de la redevance est fixé à 125 euros. En France, pour les cigarettes électroniques, cette redevance est fixée à environ 200 euros.

La circonstance que la notification des produits du tabac ait lieu annuellement est sans incidence dès lors que cela ne présente aucun impact sur la prestation du service pour réceptionner la notification et vérifier qu'elle est bien complète et, le cas échéant, que le produit respecte les normes. Cela vaut d'autant plus que les produits du tabac sont soumis à plus de normes que les cigarettes électroniques de sorte que la prestation du service devrait être plus importante.

[...]. De plus, comme évoqué ci-dessus, l'Etat belge ne percevra pas le paiement d'une redevance par produit importé mais percevra autant de redevances qu'il y a de commerçants qui importent le produit ce qui rend la recette disproportionnée par rapport au service dès lors que chaque commerçant est son propre importateur.

[...]. L'acte attaqué viole donc l'article 10 de la loi du 24 janvier 1977 dès lors que le Roi ne fixe pas une redevance mais un impôt. Il viole également les articles 170 et 171 de la Constitution qui prévoient qu'une taxe doit être fixée dans une loi et qu'elle doit être votée annuellement.

Troisième branche : Disproportion de la «redevance»

[...]. De plus, le montant de 4.000 euros pour la notification de chaque produit est doublement disproportionné dès lors qu'il est sans aucune mesure avec le service rendu par «Le Service» (cfr. *supra*) et qu'il rend impossible, voire particulièrement difficile, l'exercice de cette activité commerciale.

En effet, à titre d'exemple, pour la SPRL AIR CHIC, sur la base de son stock actuel, l'acte attaqué impose de payer plus de 1000 fois la somme de 4.000 euros pour la notification de chaque produit dont elle dispose actuellement.

De surcroît, dans le cadre d'un marché en plein développement, ces produits sont régulièrement sujets à des modifications, ce qui risque de conduire à de nouvelles notifications et donc de contraindre les requérantes à encore payer le montant de 4.000 euros.

[...]. Cette disproportion constitue une violation du principe de proportionnalité et des articles 10 et 11 de la Constitution dès lors que l'Etat belge fait supporter une charge financière manifestement excessive et déraisonnable sur les acteurs d'une activité commerciale.

Cela constitue également une atteinte à la liberté de commerce et d'industrie.

Conformément à l'article II. 3 du Code de droit économique, «Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix». Cette liberté d'entreprendre est également issue des articles 12 et 23 de la Constitution.

Il convient, à cet égard, de souligner que «dans un régime de libre entreprise, il n'existe pas d'interdiction générale d'exercice d'une activité que l'autorité devrait lever ; que le principe fondamental consacré notamment par les articles 12 et 23, 1°, de la Constitution et par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, est au contraire la liberté d'entreprendre, laquelle ne peut être restreinte que par un texte qui, étant une exception à la règle, doit être interprété de manière restrictive » (C.E., n°74.948 du 3 juillet 1998).

[...]. Cela viole également le principe de *standstill* consacré par l'article 23 de la Constitution dès lors que cela aggrave la situation des professionnels de la cigarette électronique, sans que cela ne repose sur des motifs impérieux qui justifieraient ce montant de 4.000 euros.

Pour le surplus, l'arrêté royal viole également l'article 20 de la Directive 2014/40 qui permet de prévoir une redevance, à condition qu'elle soit proportionnelle. Cela viole également la libre circulation des biens consacrée par le TFUE et qui est l'objectif poursuivi par la directive 2014/40 concernant, notamment, les cigarettes électroniques (considérant 15).

Quatrième branche : Discriminations

[...]. L'importation des cigarettes électroniques diffère sensiblement de l'importation structurée et organisée des produits du tabac.

En effet, comme exposé ci-dessus, chaque commerçant de cigarettes électroniques est son propre importateur de sorte qu'il sera, à chaque fois, individuellement, responsable de toutes les notifications et du paiement des « redevances ».

Par contre, le commerce de tabac étant structuré et réglementé est organisé avec des importateurs désignés qui ne se confondent pas avec chaque commerçant de tabac. Dans ce cas, les commerçants de tabac ne seront donc responsables d'aucune notification ni redevance. Les importateurs de tabac, quant à eux, seront responsables de la notification et du paiement d'une redevance qui sera payée une seule fois pour l'importation d'un produit.

Les commerçants du tabac sont donc privilégiés par rapport aux commerçants des cigarettes électroniques. De plus, l'importation des produits du tabac est favorisée par rapport à l'importation des cigarettes électroniques dès lors que, pour les produits du tabac, la notification et le paiement de la redevance seront uniques pour chaque produit alors que, pour les cigarettes électroniques, il y aura autant de notifications et de redevances que d'importateurs et donc que de commerçants.

L'acte attaqué est discriminatoire car il adopte un mécanisme de redevance et de notification pour les importateurs de cigarettes électroniques similaire au mécanisme prévu pour l'importation des produits du tabac alors que ces importateurs sont dans des situations sensiblement différentes.

On soulignera que Votre Conseil tient compte des différences de structuration et d'organisation de commerces et d'importation pour examiner la justification d'une différence de traitement entre des catégories différentes (C.E., n° 225.950 du 24 décembre 2013).

[...]. Cette discrimination est d'autant plus inadmissible que les importateurs de cigarettes électroniques doivent payer une redevance de 4.000 euros alors que les importateurs des produits du tabac doivent payer une redevance annuelle de seulement 125 euros.

Les différences entre les mécanismes pour le tabac et pour les cigarettes électroniques sont donc à l'avantage des produits du tabac.

Cette différence de traitement est discriminatoire en ce qu'elle avantage manifestement et de manière déraisonnable les fabricants et les importateurs de tabac qui sont déjà dans une situation plus favorable que les fabricants et importateurs de cigarettes électroniques en raison de la structuration de ce marché (voy. ci-dessus) et qui, de plus, créent et importent des produits sensiblement plus nocifs.

On n'aperçoit pas sur quelle justification pourrait se fonder cette différence à l'avantage du commerce du tabac.

La circonstance que la redevance payée par les fabricants et les importateurs du tabac est versée annuellement est sans incidence eu égard à l'importance de l'écart entre les montants. A cet égard, il est interpellant de constater que la redevance pour la notification d'une cigarette électronique équivaut au montant qui sera payé après 32 ans de mise en commerce d'un produit du tabac.

Cela démontre que le montant de 4.000 euros est déraisonnable et manifestement moins intéressant que le montant annuel de 125 euros et ce d'autant plus que le marché de la cigarette électronique, qui en est à un stade de croissance et de développement, évolue constamment et très rapidement".

VII. 4.2 Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait tout d'abord valoir que les requérantes n'ont pas intérêt au moyen. Elles ne seraient en effet pas des importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge et ne seraient en conséquence pas visées par la redevance qu'elles mettent en cause dans leur troisième moyen.

La partie adverse considère, en tout état de cause, que le troisième moyen n'est sérieux en aucune de ses branches. Elle fait valoir à cet égard les arguments suivants :

" (i) Première branche

[...]. Les parties requérantes affirment que l'arrêté attaqué viole l'article 10, alinéa 3, de la loi du 24 janvier 1977 en ce que la redevance réclamée pour la notification visée par l'article 3 dudit arrêté ne serait pas versée « sur le bon compte », à savoir sur le compte de l'AFSCA ou du Fonds budgétaire des matières premières et des produits.

[...]. L'article 3, § 5 de l'arrêté royal attaqué prévoit une redevance susceptible d'être qualifiée comme telle. Elle trouve son fondement juridique dans l'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 janvier 1977. Cette disposition habilite le Roi à imposer une redevance dont il détermine le montant et les modalités de perception, pour toutes les demandes introduites en application de cette loi, ainsi que pour toutes pièces justificatives à délivrer en application de cette loi.

L'article 10, alinéa 3, de la même loi dispose que le montant de cette redevance est versé, soit sur le compte de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire (ci-après dénommée «AFSCA»), soit au Fonds budgétaire des matières premières et des produits.

La redevance visée par l'acte attaqué est versée au compte du « Service » tel que défini à l'article 2, 14°, de l'arrêté. Il s'agit de «la Direction générale des Animaux,

Végétaux et Alimentation du Service Public Fédéral Santé publique, Sécurité de la Chaîne Alimentaire et Environnement ».

[...]. Pour être conforme à la disposition légale précitée, la Section de législation du Conseil d'Etat mentionne que le montant de la redevance doit effectivement être versé sur un compte géré, soit par l'AFSCA, soit par le Fonds budgétaire des matières premières et des produits.

A cette occasion, le délégué du gouvernement a déclaré que la redevance serait bien payée sur le compte du Fonds des matières premières.

Il ressort bien du site internet du SPF Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnementale que le secteur du tabac et de la cigarette électronique devront contribuer au Fonds budgétaire des matières premières et des produits (...).

Partant, l'article 4, § 5, ne viole pas l'article 10, alinéa 3, de la loi du 24 janvier 1977. Le troisième moyen en sa première branche n'est pas sérieux et doit être rejeté.

(ii) Seconde et troisième branches

[...]. Il est affirmé, en termes de requête, qu'à défaut de fixer une redevance qui soit proportionnelle avec le service fourni, la partie adverse aurait fixé un impôt illégal, ce qui fonderait l'annulation et la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'acte attaqué.

Les parties requérantes estiment que le montant de 4.000,00 euros est déraisonnable et disproportionné et sans aucun rapport avec la prestation rendue par le Service.

[...]. L'article 20, 2°, dernier alinéa, de la directive 2014/40/UE précise ce qui suit:

«Les États membres peuvent percevoir des redevances proportionnelles auprès des fabricants et des importateurs pour la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations qui leur sont soumises ».

Pour évaluer le caractère proportionnel de la redevance fixée par l'acte attaqué, il faut prendre en compte le service qui est fourni par l'autorité compétente.

Dans l'évaluation du montant de la redevance, la partie adverse a pris en compte le fait que la cigarette électronique et ses flacons de recharge sont des produits qui sont totalement nouveaux sur le marché, à tout le moins légalement. Il y a lieu de mettre en place, sur base du système informatique mis en œuvre par la Commission européenne, un nouveau service de réception, de stockage, de traitement et d'analyse de données.

Il faut également prendre en compte le fait qu'une analyse approfondie des données est nécessaire, celle-ci ayant lieu en collaboration intense avec l'Union européenne, qui se concrétisera par une action conjointe.

Le service doit également procéder à la vérification par analyse de toutes les données fournies, en veillant à ce que les produits notifiés respectent les prescriptions de l'arrêté royal quant au conditionnement des produits, au dosage de nicotine, etc.

Il ne s'agit pas seulement de collecter ces informations mais bien de les rendre utiles afin de rencontrer les objectifs de la directive 2014/40/UE, et notamment d'évaluer l'attractivité, l'effet de dépendance et la toxicité des produits et les

risques pour la santé que comporte leur consommation ainsi que de permettre un contrôle et une surveillance de ce secteur.

Le montant de cette redevance est également fonction des caractéristiques du marché de la cigarette électronique. L'avocat général KOKOTT a précisé à cet égard que, contrairement à la cigarette classique pour laquelle des vastes connaissances ont été acquises sur leurs risques sanitaires, les cigarettes électroniques se caractérisent par leur nouveauté, ce qui justifie un contrôle renforcé des autorités compétentes. A cette fin, les investissements en termes de traitement de données sont nécessairement plus importants que pour le marché de la cigarette classique.

[...]. A cela s'ajoute le fait que le marché était jusque-là inexistant légalement en Belgique de sorte que la partie adverse ne dispose que de très peu d'informations à cet égard.

Il ne lui est actuellement pas possible de déterminer le nombre de produits à notifier et, partant, de procéder à un calcul précis des revenus et des frais à engager pour l'exécution des services ci-avant décrits.

[...]. Par ailleurs, l'affirmation des parties requérantes selon laquelle, sur base de leur stock, elles devraient procéder à 1.000 notifications est erronée. Si la redevance est due pour la notification d'un nouveau produit, il faut constater que la notion de nouveau produit n'est définie ni par la directive 2014/40/UE ni par l'arrêt royal attaqué.

En réalité, la manière dont le paiement de ce montant sera mis en œuvre est encore en discussion, de sorte qu'il est impossible à ce stade de déterminer quels seront les coûts à engager par les fabricants et les importateurs pour procéder à la notification de leurs produits.

A titre d'exemple, si la partie adverse devait constater que de nombreux produits très similaires devaient *a priori* faire l'objet d'une notification, elle pourrait envisager de ne pas considérer comme «nouveau produit» les produits d'une même marque qui ne différeraient que par leur arôme par exemple. De tels regroupements de produits engendreraient des coûts fortement réduits pour les fabricants ou les importateurs.

[...]. Il faut aussi indiquer que, dans l'hypothèse où un même produit serait importé par différentes sociétés en Belgique, la partie adverse percevrait plus de redevances. Ce cas de figure s'est déjà présenté dans le cadre des produits de tabac classique. Dans ces cas, la partie adverse procède à la répartition des frais de notifications entre toutes ces sociétés, ce qui réduit encore les frais relatifs à la notification.

[...]. Dans ce contexte, il ne peut être considéré que le montant de la redevance relative à la notification des cigarettes électroniques et flacons de recharge soit disproportionné et que la partie adverse fait supporter une charge financière excessive sur les acteurs du secteur. Il en va d'autant plus ainsi que les parties requérantes ne sont pas soumises à cette redevance.

[...]. L'on ne peut pas non plus conclure à une quelconque violation de la liberté de commerce et d'industrie, pas plus qu'au principe de *standstill*, la situation des professionnels de la cigarette électronique n'étant aggravée ni par l'acte attaqué, ni par la redevance y relative.

(iii) Quatrième branche

[...]. Les parties requérantes affirment que l'application de la redevance telle qu'elle est prévue par l'acte attaqué serait discriminatoire en ce qu'elle ne tiendrait

pas compte de la structure du secteur de la cigarette électronique par rapport à celle du commerce de tabac. Cette discrimination serait encore renforcée par le fait que les importateurs de cigarettes classique sont soumis à une redevance de 125,00 euros par an.

[...]. On le rappelle, la structure du marché de la cigarette électronique dont se prévalent les parties requérantes n'est en rien démontrée. Au contraire, il ressort de leur dossier de pièces que c'est leurs fournisseurs qui seraient redevables de la redevance, de telle sorte que l'affirmation selon laquelle chaque détaillant devrait procéder à la notification de l'entièreté de ses produits est erronée.

La différence de structure entre le marché de la cigarette électronique et le marché du tabac n'étant pas démontrée par les parties, il ne peut être considéré que l'acte attaqué soit discriminatoire en adoptant un mécanisme de redevance et de notification similaires aux deux marchés alors que ceux-ci se trouvent dans des situations différentes.

Les structures de ces marchés étant comparables, il n'y a pas lieu de retenir une quelconque contrariété de l'acte attaqué au principe d'égalité de traitement.

[...]. C'est la raison pour laquelle les fabricants et importateurs de produits de tabac sont, contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, soumis à la même obligation que les fabricants et importateurs de cigarette électronique lorsqu'il s'agit de notifier un nouveau produit de tabac.

Ainsi, l'article 14 de l'arrêté royal du 5 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des produits du tabac prévoit ce qui suit :

«§ 1^{er}. Les fabricants et les importateurs de nouveaux produits du tabac soumettent une notification électronique au Service six mois avant la date prévue de mise sur le marché. Elle est soumise sous forme électronique. Elle est assortie d'une description détaillée du nouveau produit du tabac concerné ainsi que des instructions de son utilisation et des informations relatives aux ingrédients et aux émissions requises conformément à l'article 4.

(...)

§ 4. Les fabricants ou les importateurs envoient au Service la preuve de paiement d'une redevance de 4000 euros par nouveau produit notifié au compte du Service. Cette redevance est irrécouvrable».

L'on ne perçoit pas dès lors pas comment il pourrait être question d'une quelconque discrimination à l'égard des fabricants et importateurs de cigarettes électroniques.

[...]. Mais il y a plus. L'article 4 de l'arrêté royal du 5 février 2016 prévoit également que les fabricants et importateurs de produits de tabacs déposent une notification annuelle pour chacun de leurs produits. Cette notification est soumise au paiement d'une redevance de 125,00 euros et est donc payable chaque année.

[...]. Il faut encore préciser que les fabricants et importateurs de produits de tabac, au contraire des fabricants et importateurs de cigarettes électroniques, peuvent être soumis à une autre redevance. L'arrêté royal du 5 février 2016 mentionne ce qui suit :

«Art 5. §8. Le Service peut percevoir des redevances proportionnelles auprès des fabricants et des importateurs de produits du tabac pour évaluer si un produit du tabac contient un arôme caractérisant, si des additifs ou des arômes interdits sont utilisés et si un produit du tabac contient des additifs dans des quantités qui augmentent de manière significative et mesurable ses effets toxiques, l'effet de dépendance qu'il engendre ou ses propriétés CMR».

Il en résulte que les fabricants et les importateurs de tabac ne sont en rien avantagés par rapport aux fabricants et importateurs de cigarette électronique. En aucun cas, la redevance appliquée à ces derniers ne revêt un caractère discriminatoire.

Les parties requérantes échouent à démontrer la violation des dispositions visées au moyen.

Le troisième moyen, en toutes ses branches, n'est pas sérieux et doit être rejeté".

VII. 4.3 Décision du Conseil d'Etat

Au même titre qu'il a été précédemment considéré que les requérantes, en leur qualité d'importateurs de cigarettes électronique et de flacons de recharge, ont intérêt au présent recours, il y a lieu de considérer, pour les mêmes motifs, que les requérants ont également intérêt au troisième moyen de leur requête.

En ce que les requérantes mettent par ailleurs en cause, dans les deuxième et troisième branches de leur moyen, le caractère disproportionné de la redevance de 4.000 euros qu'elles seraient contraintes de payer pour toute notification d'un nouveau produit (cigarette électronique et/ou flacon de recharge) qu'elle ont déjà importé ou qu'elle importerait en Belgique à partir d'un Etat non membre de l'Union européenne, il y a lieu d'observer que les requérantes ne sont pas sérieusement contredites par la partie adverse lorsqu'elle observe que la spécificité du marché des cigarettes électroniques, à savoir que chaque détaillant installé en Belgique est, le plus souvent, également un importateur de cigarettes électroniques et de flacons de recharge dans l'Union européenne, aura pour conséquence que chacun d'entre eux devra, en règle, acquitter autant de fois la redevance de 4.000 euros qu'il commercialise les produits en question. Il en va de même lorsque la seconde requérante fait valoir que, sur la base de son stock actuel, l'acte attaqué lui imposerait de payer plus de 1.000 fois la redevance de 4.000 euros, ce qui représenterait un montant total de 4.000.000 pour un seul importateur. A cet égard, l'affirmation de la partie adverse selon laquelle la notion de "nouveau produit" ne serait définie ni par la directive 2014/40/UE ni par l'acte attaqué, de sorte qu'il ne pourrait, *a priori*, pas être exclu de ne pas considérer comme "nouveau produit", les produits d'une même marque qui ne différeraient que par leur arôme par exemple, ou, encore, que des regroupements de produits pourraient aussi être imaginés, ce qui aurait pour effet d'engendrer des coûts réduits pour les fabricants ou les importateurs, ne suffit pas, en soi, à établir que la combinaison du montant de la redevance avec les modalités prévues par l'acte attaqué dans lesquelles cette redevance doit être versée permettront de respecter en toute hypothèse l'exigence imposée par l'article 20, §2, dernier alinéa, de la directive 2014/40/UE.

De même, l'affirmation de la partie adverse selon laquelle les frais de notification seraient répartis entre l'ensemble des importateurs d'un même produit en Belgique, ce qui implique soit que ces importateurs se verraient rembourser une partie de la (des) redevance (s) versée(s), soit qu'ils devraient verser un montant moindre de redevance, ne semble reposer sur aucune disposition de l'acte attaqué. Au contraire, l'article 3, § 5, de l'acte attaqué prévoit que la redevance de 4.000 euros est "irrécouvrable".

La question se pose encore de savoir si la partie adverse, pour la fixation du montant de la redevance critiquée et pour la détermination des modalités de son paiement, a dûment pris en compte - fût-ce pour en nier la pertinence - l'affirmation des requérantes selon laquelle " [à] l'inverse du commerce des produits du tabac, la fabrication et la distribution des produits liés à la cigarette électronique ne sont pas organisés autour de grands acteurs du secteur, ce qui implique que chaque commerçant est lui-même importateur des produits qu'il entend mettre en vente ", et donc, le cas échéant, importateur de ces produits dans l'Union européenne. Le dossier administratif déposé par la partie adverse ne permet en tout état de cause pas d'établir que tel a bien été le cas.

Au stade de la suspension d'extrême urgence, il y a, en conséquence, lieu de considérer que le troisième moyen de la requête est sérieux en ses troisième et quatrième branches, en ce qu'il met en cause le caractère *a priori* disproportionné du montant de la redevance prévue par l'article 3, § 5, de l'acte attaqué. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner dès à présent les première et quatrième branches du troisième moyen.

VII.5. QUATRIEME MOYEN

VII. 5.1. Thèse des requérantes

Les requérantes invoquent dans un quatrième moyen l'incompétence de l'auteur de l'acte, l'erreur manifeste d'appréciation et la violation des normes suivantes : l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; l'article 4.3 du Traité sur l'Union européenne (en abrégé T.U.E.) ; les articles 2, 3, 26, 28 à 37, 49 et 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (en abrégé T.F.U.E.) ; les articles 1^{er}, 2, 20 et 30 de la directive 2014/40/UE ; les articles 10, 11 et 23 de la Constitution ; les articles II.3, II.4 et III.3 à III.5 du Code de droit économique ; le principe de liberté de commerce et d'industrie ; et le principe général de droit de la hiérarchie des normes.

Elles reprochent à la partie adverse d'avoir, par certaines dispositions de l'acte attaqué, créé des obligations plus strictes que celles imposées par la directive 2014/40/UE et ce, en violation tant de la directive elle-même que de l'article 4, § 3, T.U.E..

Elles développent ce moyen comme suit :

" [...] L'objectif principal de la directive 2014/40/UE susvisée consiste en une harmonisation de la réglementation du secteur de manière à supprimer les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur tout en réglementant de manière cohérente la fabrication, l'importation et la commercialisation des produits visés par cette directive (cf. considérant n° 4 de la Directive).

En raison de cet objectif de rapprochement des législations nationales, la directive prévoit ainsi un seuil d'harmonisation maximal que les Etats membres ne peuvent dépasser que dans le respect de limites strictement établies et dans des objectifs particuliers d'utilité publique. Cet objectif d'harmonisation s'explique notamment par le souci d'assurer le respect des principes de libre circulation des marchandises et de libre circulation des services tels que consacrés par les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

C'est ainsi que la directive énumère les conditions cumulatives permettant aux Etats membres de prévoir une réglementation qui diffère de celle de la directive :

«Un Etat membre devrait demeurer libre de maintenir ou d'instaurer une législation nationale applicable à tous les produits mis sur son marché national en ce qui concerne les aspects qui ne sont pas réglementés par la présente directive, dès lors qu'elle est compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et ne compromet pas la pleine application de la présente directive » (considérant 55).

Les normes établies par l'arrêté royal ne peuvent donc prévoir d'autres obligations que celles de la directive que dans la mesure où elles répondent à ces trois conditions cumulatives, à savoir :

- viser des aspects non réglementés par la directive;
- être compatibles avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- ne pas compromettre l'application de la directive.

La Directive énumère, de manière limitative, les aspects non harmonisés par la directive et pour lesquels les Etats membres conservent une certaine marge de manœuvre, toujours dans le respect des conditions cumulatives susvisées :

- «La présente directive n'harmonise pas tous les aspects des cigarettes électroniques ou des flacons de recharge. Elle laisse, par exemple, aux Etats membres la responsabilité d'adopter des règles sur les arômes » (considérant 47) ;

- «En outre, la présente directive n'harmonise ni les règles relatives aux environnements sans tabac, ni les modalités de vente et de publicité sur les marchés nationaux, ni les règles en matière d'extension de marque et elle n'introduit pas non plus de limite d'âge pour les cigarettes électroniques ou les flacons de recharge. Dans tous les cas, la présentation de ces produits et la publicité faite à leur sujet ne devraient pas promouvoir la consommation de tabac ni prêter à confusion avec des produits du tabac » (considérant 48);

- «Le tabac et les produits connexes qui sont conformes à la présente directive devraient bénéficier de la libre circulation des marchandises. Toutefois, compte

tenu des différents niveaux d'harmonisation réalisés par la présente directive, les États membres devraient, sous certaines conditions, conserver la faculté d'imposer des exigences plus strictes à certains égards afin de protéger la santé publique. Cela est le cas en ce qui concerne la présentation et l'emballage, y compris les couleurs, des produits du tabac, à l'exception des avertissements sanitaires, pour lesquels la présente directive prévoit une première série de règles de base communes. En conséquence, les États membres pourraient, par exemple, instaurer des dispositions prévoyant une normalisation accrue des conditionnements des produits du tabac, dès lors que ces dispositions sont compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les obligations liées à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et ne compromettent pas la pleine application de la présente directive » (considérant 53);

- « Afin de tenir compte des possibles évolutions futures du marché, les États membres devraient aussi être autorisés à interdire une catégorie donnée de produits du tabac ou de produits connexes pour des motifs tenant à la situation spécifique prévalant dans l'État membre concerné et à condition que ces dispositions soient justifiées par la nécessité de protéger la santé publique, compte tenu du niveau élevé de protection qu'assure la présente directive. Les États membres devraient notifier à la Commission ces dispositions nationales plus strictes » (considérant 54);

- « En conséquence, et dans ces conditions, les États membres pourraient notamment réglementer ou interdire le matériel utilisé pour les produits du tabac (y compris les pipes à eau) et pour les produits à fumer à base de plantes et réglementer ou interdire les produits semblables en apparence à un type de produits du tabac ou de produits connexes. Une notification préalable est requise pour les réglementations nationales techniques, conformément à la directive 98/34/CE » (considérant 55).

On verra ci-après [...] que les normes et interdiction supplémentaires que prévoit l'arrêté attaqué par rapport à la directive ne visent aucun de ces domaines et ne répondent à aucune des conditions cumulatives énumérées ci-avant.

[...]. En l'espèce, les règles spécifiques prévues par l'arrêté royal et qui diffèrent de celles prévues par la Directive sont les suivantes :

a. L'article 3, §5, de l'arrêté attaqué prévoit le paiement obligatoire d'une redevance de 4.000 euros par nouveau produit devant faire l'objet d'une notification en raison de sa mise sur le commerce.

1° La Directive autorise les États membres à imposer une telle redevance (art. 20, §2, alinéa 4) mais indique expressément que ces redevances doivent être « proportionnelles » par rapport au coût et travail généré par « la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations qui leur sont soumises ».

Or, comme exposé ci-avant, la redevance dont le montant est de 4.000 euros par produit est disproportionnée par rapport au service rendu en contrepartie, ce qui apparente cette redevance à une taxe à l'importation des produits (cf. supra : [...]).

L'article 3, §5, de l'arrêté viole donc la directive et notamment son article 20 dans la mesure où son caractère disproportionné entre en contradiction flagrante avec le contenu de la directive et la marge de manœuvre limitée qu'elle offre aux États membres.

2° Dans la mesure où l'article 2, 35°, de l'arrêté définit l'importateur comme celui qui introduit ces produits « de l'Union européenne », il faut en déduire que cette taxe à l'importation sera due pour tout produit importé en Belgique, même lorsqu'il provient d'un autre État membre de l'U.E.

Dès lors, le caractère disproportionné de cette redevance a pour conséquence de créer un barrage à l'importation des produits en Belgique, ce qui porte atteinte à la libre circulation des marchandises et viole les articles 28 à 37 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

3° Par ailleurs et comme exposé ci-avant (cf. supra : [...]), une taxe à ce point disproportionnée a pour conséquence d'empêcher la commercialisation de tous les produits dans la mesure où elle sera due par chaque commerçant qui importe lui-même ses produits (cf. supra : [...]) et pour chaque type de produit, ce qui rend le coût de la commercialisation d'un produit totalement non-rentable.

A l'inverse, le commerçant ou importateur qui sera établi dans un autre pays de l'U.E. ne sera pas tenu de payer de redevance ou une redevance minimale – puisque proportionnée au service –, en telle sorte que cette disposition porte atteinte à la liberté d'établissement et l'article 49 du TFUE puisqu'elle l'empêchera de s'établir dans l'Etat de son choix.

4° Enfin, c'est toute l'activité des parties requérantes qui est ainsi paralysée par l'imposition d'une telle redevance, ce qui viole la libre prestation des services consacrée par l'article 56 du TFUE et la liberté de commerce et d'industrie telle que consacrée par le Code de droit économique.

b. Tant la directive 2014/40/UE que l'arrêté attaqué interdisent la vente à distance des cigarettes électroniques et flacons de recharge. Toutefois, l'étendue de cette interdiction varie de manière drastique entre la directive et l'arrêté attaqué.

La directive prévoit seulement d'interdire la vente à distance transfrontalière de ces produits, ce qu'elle définit comme «une vente à distance à des consommateurs dans le cadre de laquelle le consommateur, au moment où il commande le produit au détaillant, se trouve dans un Etat membre autre que l'Etat membre ou le pays tiers dans lequel ce détaillant est établi».

L'arrêté attaqué prévoit quant à lui, en son article 6, que «la vente et l'achat à distance de cigarettes électroniques et de flacons de recharge est interdit». La vente à distance est définie à l'article 2, 9°, comme «toute vente conclue dans le cadre d'un système organisé de vente à distance, sans la présence physique simultanée du vendeur et de l'acheteur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où la vente est conclue».

Ce faisant, l'arrêté attaqué va bien au-delà de ce qu'entend interdire la directive puisqu'il interdit également :

- l'achat à distance;
- la vente à distance même au sein d'un même Etat membre (sans élément transfrontalier);
- l'achat et la vente à distance effectuées par un autre acteur qu'un consommateur final (importateur, détaillant, ...).

Une telle interdiction contrevient donc largement à l'objectif d'harmonisation imposé par la directive et détaillé ci-avant, ce qui induit une violation de cette directive. En effet, les obligations supplémentaires que cela implique ne respectent aucune des conditions cumulatives établies par la directive et ne visent aucun des domaines limitativement énumérés par la directive pour lesquels les Etats membres disposeraient d'une marge de manœuvre.

En outre, cette interdiction porte atteinte à la libre circulation des marchandises et à l'article 49 du TFUE puisqu'elle interdit toute vente ou achat à distance,

empêchant ainsi un importateur belge d'acheter des produits à un fabricant établi au sein de l'Union européenne.

Cette interdiction porte également atteinte à la libre prestation de services et à l'article 56 du TFUE en ce qu'elle empêche la vente à distance des produits visés même lorsqu'elle vise d'autres acteurs que des consommateurs finaux, ce qui limite de manière disproportionnée cette liberté de prestation de services sans aucun motif valable.

Elle porte également atteinte à la liberté de commerce et d'industrie et au droit au travail consacré par l'article 23 de la Constitution en ce qu'elle rend totalement impraticable le travail des parties requérantes qui seront désormais contraintes de rencontrer physiquement leurs fournisseurs lorsqu'ils entendent se procurer des produits pour leurs magasins.

c. L'arrêté attaqué prévoit également des normes de composition des produits plus strictes que celles prévues par la directive. Ainsi, l'article 4, §1^{er}, prévoit que «les cartouches ou les réservoirs n'excèdent pas 2 millilitres» alors que l'article 20, §3, a), de la directive 2014/40/UE n'impose cette obligation qu'à l'égard des «cigarettes électroniques jetables ou dans des cartouches à usage unique».

Une telle obligation supplémentaire ne relève d'aucune des hypothèses limitativement énumérées par la directive et pour lesquelles les Etats membres disposeraient d'une marge de manœuvre pour imposer des obligations supplémentaires (cf. supra : [...]).

En outre, cette obligation nouvelle ne répond pas aux trois conditions cumulatives énoncées par cette directive pour qu'un Etat membre puisse imposer ses normes spécifiques puisque, notamment, elle régit un aspect déjà réglementé par la directive (cf. supra : [...]).

Par conséquent, l'obligation ainsi imposée en contrariété avec la directive va à l'encontre de l'objectif d'harmonisation de cette directive qui est donc violée et à l'encontre du principe de libre circulation des marchandises (art. 49 TFUE) en prévoyant des normes restrictives injustifiées, propres à un seul Etat membre, ce qui aura pour effet de créer un barrage à l'importation des produits au sein de la Belgique (art. 28 et 29 TFUE) et à la libre prestation des services (art. 56 TFUE).

Enfin, au regard de ce qui précède, l'arrêté attaqué viole l'article 4, §3, du Traité sur l'Union européenne dans la mesure où il impose des normes qui contredisent le contenu et les objectifs principaux de la directive, ce qui viole l'obligation des Etats membres de prendre toutes les mesures pour exécuter les missions découlant des traités".

VII.5.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait tout d'abord valoir que les requérantes n'ont pas intérêt au moyen. Elles ne seraient en effet pas des importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge et ne seraient en conséquence pas visées par les diverses obligations qu'elles mettent en cause dans leur quatrième moyen.

La partie adverse considère, en tout état de cause, que le quatrième moyen n'est sérieux en aucune de ses branches. Elle fait valoir à cet égard les arguments suivants :

" [...]. Les parties requérantes prennent moyen de ce que l'acte attaqué contiendrait des normes et des interdictions supplémentaires par rapport à la directive 2014/40/UE alors que les conditions pour ce faire ne seraient pas remplies.

Or, il ressort des développements qui suivent que les parties requérantes prêtent une interprétation erronée aux dispositions de l'arrêté royal attaqué de sorte que celui-ci se trouverait en contradiction avec ladite directive.

Or, on le verra, aucune des dispositions de l'acte attaqué ne prévoit d'autres obligations ou interdictions que celles qui résultent de la transposition de la directive 2014/40/UE.

[...]. Les parties requérantes maintiennent que la redevance fixée par l'article 3, § 5, de l'arrêté royal serait disproportionnée et ce, en contradiction avec son fondement juridique, soit l'article 20, § 2, dernier alinéa, de la directive 2014/40/UE. Cette disposition stipule que la redevance doit être proportionnelle aux coûts et au travail généré par la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations soumises.

Les parties requérantes ajoutent que le caractère disproportionné de cette redevance aurait pour conséquence de créer un barrage à l'importation des produits en Belgique, ce qui porterait atteinte à la libre circulation des marchandises et violerait les articles 28 à 37 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Or, il a été démontré ci-avant que la redevance visée à l'article 3, § 5, de l'arrêté royal n'est en rien disproportionnée et que, partant, elle n'est aucunement en contradiction avec le contenu de ladite directive.

[...]. Il convient surtout de rappeler que les parties requérantes font une lecture erronée de l'acte attaqué en ce qu'ils déduisent de celui-ci que chaque commerçant qui se fournit dans l'Union européenne sera redevable de ladite redevance.

Les seuls redevables de cette redevance sont en réalité les fabricants dont le siège est sis en Belgique et les importateurs, c'est-à-dire les personnes qui importent en Belgique des cigarettes électroniques fabriquées ou fournies par une entreprise située hors de l'Union européenne.

Dans ce contexte, les parties requérantes ne peuvent pas avancer que le montant de la redevance aurait pour effet de « paralyser toute leur activité ».

[...]. Il ne peut être considéré que la redevance puisse constituer un quelconque barrage à l'importation, d'autant qu'il n'est nullement démontré que les autres Etats membres prévoiraient de ne pas fixer de redevance ou de fixer une redevance « minime ».

A cet égard, s'il fallait constater que certains Etats membres prévoient de ne pas fixer de redevance ou de fixer une redevance « minime », il faudrait nécessairement qu'il soit pris en compte que, dans la plupart des autres membres de l'Union européenne, la commercialisation de la cigarette électronique n'était pas soumise au même régime qu'en Belgique et était légale (en France, notamment).

Les circonstances, propres à la Belgique qui justifient le montant de cette redevance ne sont pas applicables à ces Etats et justifient une telle différence.

En Belgique, le marché de la cigarette électronique était jusque-là inexistant légalement de sorte que la partie adverse ne pouvait pas disposer des informations nécessaires afin de procéder à un calcul précis des revenus et des frais à engager, ce qui n'est pas le cas de la France par exemple.

[...]. Il est également avancé que, concernant l'interdiction de la vente à distance, l'arrêté royal attaqué irait bien au-delà de ce qu'entend interdire la directive.

L'article 18, lu en combinaison avec l'article 20, 6°, de la directive 2014/40/UE, permet aux Etats membres d'interdire la vente transfrontalière de cigarette électronique et de flacons de recharge.

L'article 6 de la l'acte attaqué interdit quant à lui la vente et l'achat à distance de cigarettes électroniques et de flacons de recharge.

[...]. Indépendamment des dispositions de la directive 2014/40/UE, le Roi, sur base de l'article 6, § 1^{er}, a) 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, peut réglementer le commerce des produits à base de tabac et produits similaires.

En réalité, la directive 2014/40/UE qui interdit la vente à distance transfrontalière de la cigarette électronique et de flacons de recharge a pour objectif de rendre ce type d'initiative effective. Si une telle possibilité n'était pas prévue par la directive, l'interdiction nationale de vente à distance de cigarettes électroniques serait totalement inopérante en ce que l'acheteur pourrait tout à fait commander lesdits produits dans un autre pays de l'Union européenne qui n'a pas adopté ce type d'interdiction.

En interdisant la vente à distance au sein de la Belgique, l'arrêté royal attaqué ne contrevient pas à la directive 2014/40/UE.

[...]. Par ailleurs, la directive prévoit également l'interdiction de l'achat à distance de cigarettes électroniques et de flacons de recharge.

L'article 18, 1° de la directive prévoit ce qui suit :

«Les détaillants qui procèdent à la vente à distance transfrontalière de produits de tabac ne peuvent fournir ces produits aux consommateurs dans les Etats membres où cette forme de vente a été interdite ».

L'achat de cigarettes électroniques et de flacons de recharge par un consommateur belge est dès lors interdit par la directive elle-même de sorte qu'il ne peut être considéré que l'arrêté royal entre en contradiction avec la directive 2014/40/UE.

[...]. Les parties requérantes affirment également que l'achat et la vente à distance effectuées par un autre acteur qu'un consommateur seraient interdits par l'arrêté royal.

Cette interprétation de l'arrêté royal ne saurait convaincre.

La définition de la vente à distance donnée par l'article 2, 9°, doit être lue en combinaison de la directive 2014/40/UE qu'il transpose (Et ce, selon les enseignements tirés de l'arrêt C.J.U.E, 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89).

L'article 2, 34), de la directive précise que la vente à distance transfrontalière doit être considérée comme une vente à distance à des consommateurs, le consommateur étant une personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles.

Dans ce contexte, il ne pourrait pas être considéré que la volonté de l'auteur de l'acte attaqué serait d'interdire la vente et l'achat des cigarettes électroniques et de flacons de recharge à d'autres acteurs que le consommateur.

Ceci est d'autant plus vrai que le fondement légal de cette interdiction relève 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.

[...]. L'article 6 de l'arrêté royal du 15 février 2016 ne contrevient en rien à l'objectif d'harmonisation de la directive 2014/40/UE et n'entre dès lors pas en contradiction avec celle-ci. Partant il n'est pas porté atteinte à la libre circulation des marchandises, à la libre circulation de service ou à la liberté de commerce.

[...]. Les parties requérantes ajoutent que l'arrêté attaqué prévoirait des normes de composition des produits plus strictes que celles prévues par la directive. L'obligation ainsi imposée entrerait en contradiction avec la directive et les principes de libre circulation des marchandises et de libre prestation de service.

L'article 20, § 3, a), de la directive 2014/40/UE mentionne ce qui suit :

«Les Etats membres veillent à ce que le liquide contenant de la nicotine ne soit mis sur le marché que dans des flacons de recharge dédiés d'un volume maximal de 10 millilitres; dans des cigarettes électroniques jetables ou dans des cartouches à usage unique, les cartouches ou les réservoirs n'excèdent pas 2 millilitres».

Quant à l'article 4, § 1^{er}, il mentionne ceci :

«Le liquide contenant de la nicotine n'est mis sur le marché que dans des flacons de recharge spécifiques d'un volume maximal de 10 millilitres, dans des cigarettes électroniques jetables ou dans des cartouches à usage unique. Les cartouches ou les réservoirs n'excèdent pas 2 millilitres».

Il ressort de l'analyse de ces deux dispositions que l'article 4, § 1^{er}, est la transposition quasi littérale de l'article 20, § 3, a). La seule différence qui pourrait être observée entre ces deux dispositions relève de la ponctuation, ce qui pourrait tout au plus n'être considéré que comme une simple erreur matérielle qui ne peut justifier l'annulation de l'acte attaqué.

Comme cela a déjà été évoqué ci-avant, il y a lieu d'interpréter cette disposition au regard de la directive 2014/40/UE, de sorte qu'elle ne pourrait entrer en contradiction ni celle-ci, ni avec les principes de libre circulation des marchandises et de libre prestation de service.

[...]. Aucune des dispositions de l'acte attaqué visé par les parties requérantes ne peut être considérée comme violant les dispositions de la directive qu'elle transpose.

Le quatrième moyen, en toutes ses branches, n'est pas sérieux et doit être rejeté".

VII. 5.3. Décision du Conseil d'Etat

Au même titre qu'il a été précédemment considéré que les requérantes, en leur qualité d'importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge, ont intérêt au présent recours, il y a lieu de considérer, pour les mêmes motifs, que les requérants ont également intérêt au moyen de leur requête.

Les différents griefs invoqués par les requérantes à l'appui de leur moyen appellent par ailleurs les considérations qui suivent.

Dès lors que les troisième et quatrième branche du troisième moyen ont été reconnues sérieuses en ce qu'elles mettent en cause la caractère disproportionné du montant de la redevance prévue par l'article 3, § 5, de l'acte attaqué, il n'est pas nécessaire d'examiner au stade de la suspension d'extrême urgence le grief formulé par les requérantes à l'encontre de l'article 3, § 5, de l'acte attaqué. Il convient simplement d'observer que la version française de l'article 2, 12°, de l'acte attaqué, consacré à la définition de l'"importateur de produits du tabac ou de produits connexes" est effectivement entachée d'une erreur matérielle en ce qu'il convient, comme dans la version néerlandaise de l'acte attaqué, de remplacer dans la définition les mots " de l'Union européenne " par les mots " dans l'Union européenne ". Ce qui est donc visé est bien l'importation à partir d'un pays qui n'est pas membre de l'Union européenne.

Comme l'observe la partie adverse, la faculté réservée aux Etats membres par les articles 18 et 20, paragraphe 6, de la directive 2014/40/UE, d'interdire la vente transfrontalière de cigarettes électroniques et de flacons de recharge, ne semble avoir de sens que s'il est également permis aux Etats qui désirent faire usage de cette faculté d'également interdire la vente à distance nationale de cigarettes électroniques et de flacons de recharge. Si la directive 2014/40/UE ne vise que la "vente transfrontalière" à distance, c'est précisément parce que la faculté ainsi laissée aux Etats de restreindre la libre circulation des marchandises dans ce secteur spécifique nécessitait une intervention des instances européennes. Une telle intervention ne semblait pas nécessaire pour ce qui concerne la "vente non transfrontalière" à distance. Une telle interdiction ne paraît pas non plus contraire aux objectifs poursuivis par la directive 2014/40/UE dont celui d'assurer, par cette interdiction, la protection spécifique due aux jeunes consommateurs contre les risques sanitaires liés à la consommation de produits contenant de la nicotine (voir à cet égard les conclusions précitées de M^{me} l'avocat général KOKOT, par. 140). L'on n'aperçoit donc pas, *prima facie*, en quoi les articles 2, 9°, et 6 de l'acte attaqué seraient contraires aux articles 18 et 20, paragraphe 6, de la directive 2014/40/UE.

Enfin, comme l'observe toujours la partie adverse, la version française de l'article 4, § 1^{er}, de l'acte attaqué comporte vraisemblablement une double erreur de ponctuation. Si celle-ci est corrigée en ce sens que la virgule doit être remplacée par un point et que le point doit être remplacé par une virgule, cette version devient alors tout à fait conforme à l'article 20, § 3, a), de la directive 2014/40/UE. Une observation analogue vaut d'ailleurs pour la version néerlandaise de l'acte attaqué.

En conséquence, il y a lieu de réserver à statuer sur le quatrième moyen en ce que celui-ci formule des griefs à l'encontre de la redevance prévue par l'article 3, §

5, de l'acte attaqué et de considérer le quatrième moyen comme non sérieux pour le surplus.

VII.6. CINQUIEME MOYEN

VII. 6.1. Thèse des requérantes

Dans leur cinquième moyen, les requérantes invoquent l'incompétence de l'auteur de l'acte, une violation de l'article 30 de la Constitution et de la loi du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, notamment son article 41.

Elles reprochent à la partie adverse d'imposer au fabricant ou à l'importateur de cigarettes électroniques et/ou de flacons de recharge, par l'article 2, § 6 (lire : l'article 3, § 6, 4°), de l'acte attaqué, de fournir annuellement des synthèses de toute étude de marché, "y compris leur traduction en anglais", alors qu'un arrêté royal ne peut pas, en application des dispositions visées au moyen, imposer à des administrés de fournir des documents en anglais.

VII. 6.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait tout d'abord valoir que les requérantes n'ont pas intérêt au moyen. Elles ne seraient en effet pas des importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge et ne seraient en conséquence pas visées par l'obligation qu'elles mettent en cause dans leur cinquième moyen.

La partie adverse considère, en tout état de cause, que le cinquième moyen n'est pas sérieux. Elle fait valoir à cet égard les arguments suivants :

" [...] Les parties requérantes prétendent qu'il ressortirait de l'article 3, § 6, 4°, de l'acte attaqué une violation de la loi sur l'emploi des langues qui fonderait l'annulation de celui-ci.

Cette disposition impose au fabricant ou à l'importateur de soumettre au service des synthèses de toute étude de marché qui serait réalisée à l'égard des éléments visés au même article, y compris leur traduction en anglais.

Il faut constater que cette disposition n'a pas pour vocation de déterminer la langue utilisée par les administrés avec les services centraux.

Cette disposition impose simplement une obligation supplémentaire qui, lorsqu'une étude de marché est réalisée à l'égard de certains éléments (données sur les volumes de vente, information de préférence des différents groupes de consommateurs, mode de vente des produits, etc.), consiste à traduire ou faire traduire ce document en anglais.

L'article 3, § 6, ne viole aucune disposition en matière d'emploi des langues.

Le cinquième moyen n'est pas sérieux et doit être rejeté".

VII. 6.3. Décision du Conseil d'Etat

Indépendamment de la question de savoir si l'article 41 de la loi du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative trouve ou non à s'appliquer en l'espèce, il suffit de constater, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que le Roi, se fondant sur l'habilitation que lui confère expressément l'article 6, § 1^{er}, a), 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, n'a fait qu'assurer une transposition complète de l'article 20, paragraphe 7, iv), de la directive 2014/40/UE.

Il convient par ailleurs d'observer que la section de législation du Conseil d'Etat n'a pas non plus formulé d'observation à cet égard dans son avis 58.135/3 précité.

Le cinquième moyen n'est en conséquence pas sérieux.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de l'arrêté royal du 15 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques, publié au Moniteur belge le 3 mars 2016.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Le présent arrêt sera publié par extrait au Moniteur belge dans les mêmes formes que l'arrêté suspendu.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, en ce compris une indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le huit avril deux mille seize par :

M.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.