

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.633 du 12 octobre 2018

A. 221.225/VI-20.949

En cause : **1. l'association sans but lucratif Union Belge pour la Vape - Belgische Damp Bond (UBV-BDB),**
 2. ISTACE Claude,
 3. KWASHIN Yves,

ayant élu domicile chez
M^{es} Michel KAISER et
Fanny VAN DE WIJNGAERT, avocats,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles,

contre :

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

ayant élu domicile chez
M^e Jean-François DE BOCK, avocat,
chaussée de Waterloo 612
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 16 janvier 2017, l'association sans but lucratif Union Belge pour la Vape - Belgische Damp Bond (UBV-BDB), Claude ISTACE et Yves KWASHIN demandent l'annulation de "l'arrêté royal du 28 octobre 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques. Elles ont pris connaissance de l'acte attaqué par sa publication au Moniteur belge intervenue le 17 novembre 2016".

II. Procédure

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'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 21 juin 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 septembre 2018 à 10 heures.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Michel KAISER, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, et M^e Jean-François DE BOCK, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Le 15 février 2016 est adopté un arrêté royal relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques. Cet arrêté a été publié au Moniteur belge le 3 mars 2016 et est entré en vigueur le 13 mars 2016.

Par un arrêt n° 234.324 du 8 avril 2016, le Conseil d'État a ordonné la suspension de l'exécution de cet arrêté royal. L'examen du recours en annulation est actuellement pendant sous le numéro de rôle A.218.734/VI-20.736.

Le 7 septembre 2016, la partie adverse a sollicité l'avis de la section de législation du Conseil d'État, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'arrêté royal relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques.

Le 7 octobre 2016, la section de législation du Conseil d'État a remis l'avis n° 60.088/3 sur l'avant-projet précité.

Cet avis est rédigé comme suit :

" [...]. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

[...]. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de transposer partiellement la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 «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». L'arrêté envisagé se substitue à l'arrêté royal du 15 février 2016 «relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques», consécutivement à la suspension de l'exécution de ce dernier par la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

L'article 3 du projet concerne la notification de la mise dans le commerce de cigarettes électroniques et de flacons de recharge, la communication annuelle d'un certain nombre d'autres données et la mise à jour d'un système de collecte d'informations sur tous les effets indésirables présumés. Par rapport à l'arrêté royal du 15 février 2016, le projet prévoit la diffusion sur un site internet des informations communiquées dans la notification, compte tenu de la nécessité de protéger les secrets commerciaux. En outre, le montant de la redevance pour une notification passe de 4.000 à 165 euros.

Le projet règle la composition et les propriétés du liquide contenant de la nicotine et des cigarettes électroniques (article 4), certaines mentions à faire figurer sur le dépliant et sur le conditionnement, ainsi que les avertissements sanitaires à mentionner sur le conditionnement (article 5). La vente à distance de cigarettes électroniques et de flacons de recharge est interdite (article 6).

L'article 7 déclare nuisibles les cigarettes électroniques et les flacons de recharge qui ne répondent pas au régime en projet et comporte une disposition déclarative concernant la recherche, la constatation, la poursuite et la sanction des infractions au régime envisagé.

L'arrêté royal du 15 février 2016 est abrogé (article 8 du projet).

L'arrêté envisagé entre en vigueur deux mois après sa publication au Moniteur belge (article 9).

[...]. L'arrêté en projet trouve en principe un fondement juridique dans 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». En vertu de cette disposition, le Roi peut, dans l'intérêt de la santé publique ou en vue d'empêcher les tromperies ou les falsifications dans ce domaine, appliquer les mesures visées à l'article 2, alinéas 1^{er} et 2, et à l'article 3, 2°, a), et 3°, c), de cette loi notamment aux produits à base de tabac et produits similaires. Ces mesures

permettent de réglementer et d'interdire la fabrication, l'exportation et le commerce de ces produits, ce qui comprend la possibilité de déterminer la composition de produits du tabac et de réglementer les indications utiles à l'information, ainsi que de rendre ces mesures applicables aux objets et matières destinés à entrer en contact avec des produits du tabac et 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 ces produits du tabac.

On peut admettre que la cigarette électronique, qui est un appareil et non pas un produit à base de tabac, peut malgré tout être considérée comme un produit similaire au sens de l'article 6, § 1^{er}, a), de la loi du 24 janvier 1977, dès lors que sa fonction est la consommation de vapeur contenant de la nicotine.

[...].L'article 3, § 6, de l'arrêté en projet, qui prévoit une redevance, trouve spécifiquement 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 7, § 1^{er}, du projet, qui déclare nuisibles les cigarettes électroniques et les flacons de recharge qui ne répondent pas au régime en projet, trouve son fondement juridique dans l'article 18, § 1^{er}, de la loi du 24 janvier 1977. Bien que sa formulation ne soit pas heureuse, cette disposition confère au Roi le pouvoir de déclarer nuisibles des denrées alimentaires ou d'autres produits visés par cette loi par un «règlement de l'administration générale», comme c'est le cas de l'arrêté en projet.

FORMALITÉS

[...].Dès lors que l'arrêté en projet implique une nouvelle transposition partielle de la directive 2014/40/UE, il doit être communiqué à la Commission européenne, conformément à l'article 29, paragraphe 3, de cette directive. Cette obligation de notification doit encore être remplie, au plus tard lors de l'élaboration de l'arrêté envisagé.

EXAMEN DU TEXTE

Chapitre 1^{er}

[...]. Il vaudrait mieux remplacer l'intitulé du chapitre 1^{er} («Champ d'application et définitions») par «Dispositions introductives», dès lors que l'article 1^{er} du projet n'entend pas définir le champ d'application de l'arrêté en projet, mais bien mentionner la transposition partielle de la directive 2014/40/UE.

Pour le même motif, on remplacera l'intitulé de l'article 1^{er} («Champ d'application») par «Mention de la transposition».

Article 9

[...].Conformément à l'article 9 du projet, l'arrêté envisagé entre en vigueur deux mois après sa publication au Moniteur belge.

Les auteurs du projet ont dès lors choisi à juste titre de ne pas faire rétroagir l'arrêté envisagé à la date limite de transposition de la directive 2014/40/UE. En effet, le régime en projet contient, à l'égard des fabricants et des importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge, des obligations qui ne peuvent pas être imposées avec effet rétroactif.

Par ailleurs, le Conseil d'État n'est pas en mesure de cerner les éléments de fait nécessaires pour apprécier si le délai de transition de deux mois est suffisant pour permettre aux personnes concernées de se préparer à l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé".

Le 28 octobre 2016, la partie adverse adopte l'arrêté royal relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques. Cet arrêté est

publié le 17 novembre 2016 au Moniteur belge et constitue l'arrêté attaqué.

En son article 8, cet arrêté abroge l'arrêté royal du 15 février 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques.

En vertu de son article 9, l'arrêté entre en vigueur deux mois après sa publication au Moniteur belge, soit le 17 janvier 2017.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse observe que la première partie requérante est une association sans but lucratif ayant pour objet social la défense des intérêts des vapoteurs, l'information, la consultation et la formation sur le dispositif et ses consommables et qu'elle affirme que l'arrêté attaqué va à l'encontre de son objet social en ce qu'il restreint les possibilités de recours à la "vape" et engendre une conception négative de celle-ci vis-à-vis du public. La partie adverse estime qu'il ne peut être considéré que l'arrêté attaqué porte atteinte aux intérêts des consommateurs. Elle rappelle que l'adoption de l'acte attaqué résulte d'une obligation européenne, la transposition de la directive 2014/40/UE et souligne que ces mesures ont un double objectif : la protection de la santé publique et le bon fonctionnement du marché intérieur. Elle en déduit que c'est la protection des consommateurs au sens large qui est visée et que si ces mesures étaient de nature à restreindre le choix des consommateurs, ceci est fait dans leur intérêt. Elle fait valoir qu'en tout état de cause, ce n'est pas la transposition de la directive 2014/40/UE qui a pour effet de restreindre le choix des consommateurs, mais la directive elle-même et renvoie, sur cette question, à l'examen du second moyen.

La partie adverse constate que la première partie requérante reproche à l'acte attaqué d'impliquer une conception négative de la cigarette électronique et relève qu'outre le fait qu'elle n'explique pas plus son propos, aucun élément contenu dans l'arrêté royal ne permet d'arriver à cette conclusion. Elle fait également valoir que la première partie requérante n'a pas pour objet social la défense des fabricants ou importateurs de cigarettes électroniques mais de ses consommateurs et ne comprend, dès lors, pas comment la prétendue image négative de la cigarette électronique

porterait atteinte aux intérêts de ses consommateurs. Elle en déduit qu'à défaut de l'expliquer, la première partie requérante n'a pas intérêt à invoquer cet argument.

En ce qui concerne les deuxième et troisième parties requérantes, la partie adverse souligne que l'acte attaqué n'a pas pour objet d'interdire l'utilisation de la cigarette électronique de sorte que les deuxième et troisième parties requérantes peuvent toujours "vapoter". Elle ajoute qu'elles ne démontrent pas que les normes applicables seraient de nature à modifier leurs habitudes en la matière, bien au contraire. Elle constate que puisqu'elles expliquent que ce n'est pas l'addiction à la nicotine qui est la difficulté principale à laquelle elles ont été confrontées mais bien l'abandon d'un rituel, les dispositions limitant la quantité de nicotine présente dans les e-liquides ne sont pas de nature à porter atteinte à leurs intérêts et note que rien dans l'arrêté royal n'empêche les deuxième et troisième parties requérantes d'utiliser la cigarette électronique conformément à leurs habitudes et qu'en tout état de cause, elles échouent à démontrer le contraire.

La partie adverse en déduit que les requérantes n'ont manifestement pas intérêt à invoquer l'annulation de l'acte attaqué.

B. Mémoire en réplique

Les parties requérantes exposent que les objectifs poursuivis par la première requérante touchent à la défense de la pratique de la "vape" et à l'information la concernant et soulignent que le fait que l'arrêté restreigne les conditions de fabrication et de commercialisation de la cigarette électronique a incontestablement un impact sur les consommateurs qui sont les destinataires du produit puisque la "mise dans le commerce" du produit implique de le faire parvenir physiquement chez le consommateur final et que le but de la commercialisation est, en ce sens, de mettre à disposition le produit à l'endroit et au moment où le consommateur souhaite l'acheter. Elles constatent d'ailleurs que la partie adverse l'admet puisqu'elle justifie l'existence de restrictions par le fait qu'elles seraient instaurées dans l'intérêt des consommateurs, ce qui confirme l'impact direct d'une telle réglementation visant la commercialisation d'un produit et le consommateur qu'elle entend protéger. Ainsi, bien que les parties requérantes contestent l'argument selon lequel ces restrictions se justifieraient par des motifs de santé publique, elles relèvent qu'il ressort de cet objectif affiché par la partie adverse que l'arrêté concerne les consommateurs et qu'il n'est donc pas hors du champ de l'objet social de la première requérante. Elles en déduisent que cet arrêté adopte des restrictions au commerce de la "vape" dont les fabricants et importateurs apparaissent

comme les destinataires directs, mais qu'elles ont un impact sur les consommateurs qui devront en subir les nombreuses conséquences. Elles considèrent que l'affirmation, dans le mémoire en réponse, selon laquelle les "restrictions au choix des consommateurs" seraient portées par l'acte attaqué "dans leur intérêt" relève de la pétition de principe et surtout concerne la discussion sur les moyens mais ne peut, en aucun cas, préjuger de l'intérêt à l'annulation de la première requérante. Elles notent enfin que si la partie adverse conteste encore l'intérêt des parties requérantes, et notamment de la première, au motif que l'arrêté attaqué ne ferait que transposer des principes issus de la directive elle-même, cette analyse est inexacte, car non seulement l'arrêté attaqué ne constitue pas une reprise exacte de la directive dans un cadre qui n'aurait laissé aucune liberté en termes de transposition à son auteur, mais en outre certains éléments du recours remettent en cause la validité de certains éléments issus de la directive.

Les parties requérantes indiquent ensuite que les deuxième et troisième parties requérantes sont les consommateurs dont il vient d'être question et que de la même manière que la première requérante a un intérêt, en tant qu'elle défend les intérêts des consommateurs, à critiquer l'arrêté attaqué, les consommateurs de ce produit ont eux-mêmes un intérêt au recours puisque même si l'arrêté attaqué concerne le commerce, au sens le plus large du terme, de la "cigarette électronique", tant le point de vue général qu'adopte son auteur, d'une part, que les effets évidents sur les acheteurs et les consommateurs, d'autre part, affectent considérablement la pratique et la passion des deuxième et troisième parties requérantes. Elles soulignent qu'une partie de leurs habitudes se verra largement bousculée :

- l'achat de flacons de recharge de 30 ml avec un taux précis de nicotine n'est plus autorisé ce qui a pour conséquence de forcer les consommateurs à fabriquer leur e-liquides eux-mêmes et donc à manipuler les produits sans être sûr du taux de nicotine.
- les flacons de recharges de 10 ml ont un coût significativement plus élevé que les plus grands contenants utilisés par les parties requérantes (par exemple ceux de 30 ml), autrefois autorisés, réduisant par la même son attractivité par rapport aux produits du tabac ;
- les arômes du e-liquide se voient également largement réduits suite aux restrictions importantes imposée par l'arrêté attaqué ;
- la possibilité d'acheter des bases nicotinées ne sera plus possible alors qu'il était possible auparavant d'acheter 30 ml, 100 ml ou 1 l de base nicotinée.

En ce qui concerne la conception négative évoquée dans la requête en

annulation, elles estiment évident que les mesures de l'arrêté attaqué encadrant la fabrication et la commercialisation de la vape ont pour objectifs indirects de réduire l'envie de pratiquer la "vape" et d'assimiler la cigarette au tabac à tout point de vue, ce qui impacte inévitablement l'image de la cigarette électronique, et participe de ce fait au processus de stigmatisation de cette dernière. Elles se réfèrent aux mesures relatives à l'accès aux différents éléments de produits et de technologie, l'interdiction de vente à distance, les avertissements sanitaires sur les emballages, les notices/dépliants sanitaires joints à certains produits, l'obligation de notification payante préalable à la mise dans le commerce de produits de la cigarette électronique ainsi que des obligations en termes de conservation et de communication de certaines données, venant s'ajouter aux mesures déjà adoptées en ce sens, telles que l'interdiction de publicité ainsi que l'interdiction de fumer dans les lieux publics. Elles expliquent que toutes ces mesures constituent des griefs affectant défavorablement leur situation alors que, jusqu'à l'adoption de l'arrêté attaqué, elles pouvaient poursuivre leur pratique de manière libre et dans un contexte juridiquement ouvert.

C. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse rappelle que l'adoption de l'acte attaqué résulte d'une obligation européenne, la transposition de la directive 2014/40/UE et maintient qu'en réalité, ce n'est pas l'acte attaqué qui a pour effet de restreindre le choix des consommateurs, mais la directive elle-même et renvoie à l'examen du second moyen démontrant, selon elle, que l'arrêté attaqué ne contrevient en rien au contenu de la directive qu'il se borne à transposer. Pour le surplus, la partie adverse renvoie à son mémoire en réponse.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Après avoir défini les principaux termes qu'il utilise et notamment celui de consommateur, l'arrêté royal du 28 octobre 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques impose notamment des obligations en matière de notification, de composition et d'avertissement et d'interdiction de vente à distance et prévoit des sanctions en cas d'infraction. Cet arrêté royal affecte inévitablement - à tout le moins en certains aspects - la situation des consommateurs de cigarettes électroniques.

Le recours en annulation formé par une association sans but lucratif est recevable lorsqu'elle se prévaut, pour agir, d'une atteinte portée par l'acte attaqué aux

intérêts collectifs spécifiques, distincts de l'intérêt général, qu'elle poursuit de manière durable en raison de son objet social. La première requérante a pour objet social "la défense des intérêts des vapoteurs (utilisateurs du dispositif de vapotage, du matériel et des consommables associés), l'information, la consultation et la formation sur ce dispositif et ses consommables". Un tel objet constitue un intérêt collectif spécifique suffisamment distinct de l'intérêt général. La première requérante précise qu'elle "réunit des consommateurs et passionnés de la «vape» et [a] pour objectif de se défendre contre une réglementation qui restreint les possibilités de recours à la «vape» et engendre une conception négative de celle-ci". Elle indique également que "les objectifs poursuivis par la première requérante touchent à la défense de la pratique de la «vape» et à l'information la concernant" et souligne que "le fait que l'arrêté restreigne les conditions de fabrication et de commercialisation de la cigarette électronique a incontestablement un impact sur les consommateurs qui sont les destinataires du produit". Au regard de ces éléments, la première requérante justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'arrêté royal attaqué.

Les deuxième et troisième parties requérantes exposent – sans que cela ne soit contesté par la partie adverse – être des utilisateurs de la cigarette électronique et sont donc bien susceptibles d'être affectés par l'arrêté royal attaqué, ce qui suffit à justifier leur intérêt à agir.

Enfin, le fait que l'arrêté royal attaqué résulte d'une obligation européenne, à savoir la transposition de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 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 n'énervé en rien l'existence d'un intérêt à agir dans le chef des parties requérantes. Une directive européenne lie, en effet, tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, ce qui implique que l'autorité nationale dispose, lors de la transposition, d'une marge d'appréciation dans les limites tracées par la directive. L'obligation pour les autorités nationales de devoir transposer une directive dans l'ordre interne ne peut avoir pour conséquence de priver les administrés de la possibilité de contester devant le Conseil d'État la forme et les moyens utilisés pour cette transposition.

Le recours est, dès lors, recevable.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

Les parties requérantes prennent un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 105 et 108 de la Constitution, des articles 6, 10 et 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, de l'article 14 de la Constitution et de l'article 2 du Code pénal, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'absence de base valide d'habilitation.

Dans une première branche, les requérantes reprochent à l'arrêté attaqué d'avoir été adopté sur la base 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 qui pourtant n'habilite pas expressément le Roi à procéder à la transposition de l'article 20 de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 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, ni même à adopter des mesures d'exécution relatives à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques. Elles soutiennent que la loi du 24 janvier 1977 précitée ne vise pas la cigarette électronique et qu'elle ne permet pas davantage de la placer dans la catégorie des "produits similaires" au tabac et en déduisent que cette loi n'habilite donc pas expressément le Roi en matière de fabrication et de mise dans le commerce de la cigarette électronique. Elles considèrent, en tout état de cause, que les produits du tabac et la cigarette électronique ne sont pas assimilables et soulignent que, dans la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014, la cigarette électronique fait l'objet d'une définition autonome, qui la distingue clairement des produits du tabac (article 2, 16)) et surtout d'un régime juridique spécifique (article 20). Elles exposent qu'à tout le moins, compte tenu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale visé aux articles 2 du Code pénal et 14 de la Constitution, l'arrêté attaqué n'était, en tout cas, pas habilité à prévoir des sanctions pénales en cas de violation de ses dispositions alors que la loi est imprécise sur la question de savoir si de telles sanctions peuvent être adoptées concernant la cigarette électronique.

Dans une deuxième branche qu'elles présentent comme alternative à la première, les parties requérantes estiment que si la loi du 24 janvier 1977 précitée doit être interprétée comme visant la cigarette électronique au titre de produit similaire, cette interprétation serait inconstitutionnelle, car le seul point commun entre les deux produits est qu'ils contiennent tous deux de la nicotine. Elles expliquent que conformément au prescrit même de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014, la nécessité de ne pas assimiler ces produits a été rappelée par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans son arrêt du 4 mai 2016, jugeant entre autres que la cigarette électronique ne pouvait en rien être assimilée au tabac et que d'ailleurs la directive ne les assimilait pas puisqu'elle prévoyait un régime distinct et moins strict pour la cigarette électronique. Elles constatent que si la base d'habilitation de l'arrêté attaqué est bien l'article 6 de la loi du 24 janvier 1977, le législateur belge semble avoir voulu soumettre la cigarette électronique à un régime juridique en tous points similaire à celui du tabac, passant outre les différences essentielles et inhérentes à ces deux produits. Elles notent que cette assimilation est d'autant plus incompréhensible qu'il ressort de la littérature scientifique que la nocivité des produits du tabac est de loin avérée et prouvée tandis que celle de la cigarette électronique fait, à tout le moins, encore débat et surtout est déjà considérée comme étant bien en deçà du niveau de toxicité des produits du tabac. Elles en déduisent que c'est à tort que la section de législation du Conseil d'État a considéré qu'il pouvait être admis que la cigarette électronique et les produits du tabac soient assimilés dès lors que "sa fonction est la consommation de vapeur contenant de la nicotine" puisque le simple fait que la cigarette électronique contienne aussi de la nicotine ne peut la rendre assimilable. Elles en déduisent qu'en ce que la loi du 24 janvier 1977 précitée entend assimiler la cigarette électronique aux produits du tabac, cette dernière enfonce le principe d'égalité et de non-discrimination contenu aux articles 10 et 11 de la Constitution puisqu'il en résulte un traitement identique de deux produits qui sont pourtant fondamentalement différents, ce sans aucune justification raisonnable apparente. Elles demandent, si le Conseil d'État devait douter de l'absence de bien-fondé de cette assimilation ou estimer ne pas disposer de la compétence pour trancher cette question liée à l'interprétation d'une norme de nature législative, que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour constitutionnelle :

" 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» – servant de base légale d'habilitation à l'arrêté royal du 28 octobre 2016 relatif «à la fabrication et à la mise dans le commerce de la cigarette électronique», notamment ses articles 6, 10 et 18, en ce qu'elle assimilerait implicitement la cigarette électronique aux produits du tabac, la considérant comme un «produit connexe» destiné à se voir appliquer un régime juridique identique, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution dès lors que ces produits sont fondamentalement différents et que le

degré de nocivité des produits du tabac est sans commune mesure avec celui de la cigarette électronique ?".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse souligne, en ce qui concerne la première branche, que 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 a été modifiée par la loi du 22 juin 2016 portant des dispositions diverses en matière de santé et qu'il ressort des travaux parlementaires de cette dernière loi qu'elle a pour objet la modification de deux dispositions afin, d'une part, d'assurer une certitude quant à la limite d'âge pour la cigarette électronique et, d'autre part, de clarifier les règles en matière d'étiquetage des produits du tabac dans le cadre de la transposition de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 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. Elle remarque que la volonté du législateur, telle qu'elle ressort de l'exposé des motifs, est limpide : intégrer les cigarettes électroniques à la notion de "produits du tabac" en tant que "produits similaires" au sens de la loi du 24 janvier 1977 précitée. Elle se réfère également à l'article 20 de la loi du 24 janvier 1977.

La partie adverse expose, en ce qui concerne la seconde branche, ce qui suit :

" Les parties requérantes prétendent qu'il serait discriminatoire d'assimiler les cigarettes électroniques et les flacons de recharges aux produits du tabac en ce qu'il s'agit de produits différents, comme cela a été confirmé par la Cour de Justice dans son arrêt du 4 mai 2016.

Au-delà du fait que cette assimilation ne peut être reprochée à la partie adverse, celle-ci émanant d'une initiative législative, il faut constater qu'il ne peut être question d'une quelconque discrimination.

Il est rappelé que le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié.

(...) En l'espèce, les parties requérantes opèrent une confusion entre le fondement légal de l'acte attaqué et le contenu de celui-ci. Le simple fait que les réglementations en matière de tabac, de produits de tabac et de produits similaires puissent avoir le même fondement légal n'implique pas une quelconque discrimination. Il faut encore que ces produits subissent le même traitement.

Ceci n'est aucunement le cas. L'acte attaqué n'a vocation à s'appliquer qu'aux

‡BCKSKCCBF-BDFAJBV‡

cigarettes électroniques et aux flacons de recharge y relatifs. Il n'est aucunement destiné à s'appliquer à d'autres "produits du tabac" au sens de la loi du 24 janvier 1977. De la même façon, la réglementation en matière de tabac, de produits à base de tabac ne s'appliquent pas à la cigarette électronique. A défaut de traitement similaire, il ne pourrait être question de discrimination. L'acte attaqué ne viole aucunement les articles 10 et 11 de la Constitution".

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes rappellent, en ce qui concerne la première branche, la teneur des articles 105 et 108 de la Constitution. Elles exposent que "le fait que les travaux préparatoires de la loi du 22 juin 2016 citée par la partie adverse aient voulu étendre l'interdiction de fumer en dessous de 16 ans à la cigarette électronique ne suffit pas à fonder l'habilitation du Roi en matière de réglementation de la fabrication et de la commercialisation de la cigarette électronique. Si dans le cas bien précis de la limite d'âge [...] les travaux préparatoires semblent indiquer que le législateur a entendu assimiler ces produits, ce qui aurait dû également être précisé dans la loi pour éviter toute confusion, cela n'est pas suffisant pour conclure à une assimilation globale et en toutes circonstances de ces deux produits. Si tel[le] était réellement la volonté du législateur, à savoir une assimilation en tous points, une indication claire dans la loi de 2016 s'imposait [...]". Elles ajoutent que les travaux préparatoires cités par la partie adverse relèvent d'ailleurs eux-mêmes que le Conseil d'État avait préconisé des éclaircissements au sujet de la définition de "produits du tabac", mais que cette recommandation n'a pas été suivie. Elles ajoutent qu'"en toute hypothèse, l'extension d'un fondement légal via une mention dans les travaux préparatoires ne rend pas l'habilitation suffisante au regard des exigences constitutionnelles" et en concluent qu'il en ressort que la loi du 24 janvier 1977 n'habilite pas expressément le Roi en matière de fabrication et de mise dans le commerce de la cigarette électronique conformément à l'article 105 de la Constitution. Elles estiment également qu'au regard de l'article 108 de la Constitution, le Roi va bien au-delà de l'exécution fidèle de la loi du 24 janvier 1977, car l'arrêté attaqué développe une réglementation complexe au sujet de la cigarette électronique sur la base d'une loi qui ne mentionne même pas ces termes, qui ne la reprend dans aucune des catégories qu'elle édicte et qui ne porte donc pas sur les produits de la cigarette électronique et ne lui est donc pas applicable. Elles répètent encore l'argument selon lequel la cigarette électronique ne pourrait raisonnablement être assimilée aux produits du tabac et être vue comme un "produit similaire".

Les parties requérantes expliquent, en ce qui concerne la seconde branche, que l'interprétation selon laquelle la cigarette électronique doit être

considérée comme un "produit similaire" est inconstitutionnelle, car le fait que la cigarette électronique contienne également dans sa composition de la nicotine n'est pas une raison suffisante pour l'assimiler complètement et sans réserve aux produits du tabac, dont le nombre et l'ampleur des substances nocives contenues est sans commune mesure avec la seule nicotine contenue dans la cigarette électronique. Elles considèrent que le constat que le régime propre à la cigarette électronique soit contenu dans une réglementation distincte, spécifique de celle des produits du tabac et qu'elle ne s'applique pas à ces derniers et inversement, n'enlève rien à l'assimilation des deux produits par la loi du 24 janvier 1977, et *a fortiori* par l'arrêté attaqué qui en est l'une des exécutions puisque la loi du 24 janvier 1977 concerne autant les "produits du tabac" que les "produits similaires" qui, selon la partie adverse, visent la cigarette électronique. Elles ajoutent que cette réglementation distincte n'enlève rien non plus au fait que bien que consacré par des textes distincts, le régime juridique imposé aux cigarettes électroniques est en tout point similaire à celui des "produits tabac" et tout aussi contraignant que ce dernier.

Elles observent que si le Conseil d'État devait, par impossible, considérer que l'auteur de l'arrêté attaqué a pu trouver une base d'habilitation dans la loi du 24 janvier 1977, encore faudrait-il que ce fondement soit suffisamment distinct de celui lui permettant d'arrêter un régime prétendument très différent pour le tabac, d'une part, et les autres "produits du tabac" ou "produits similaires", car dès lors qu'un fondement légal unique et sans aucune distinction ou précision complémentaire est utilisé pour habiliter le Roi à réglementer des domaines totalement différents et conduit, dans la concrétisation de cette mission d'exécution même, à des assimilations contestables, ce fondement légal lui-même est contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. Elles en déduisent qu'en ce que la loi du 24 janvier 1977 entend assimiler la cigarette électronique aux produits du tabac, cette dernière enfreint le principe d'égalité et de non-discrimination contenu aux articles 10 et 11 de la Constitution puisqu'il en résulte un traitement identique de deux produits qui sont pourtant fondamentalement différents, ce sans aucune justification raisonnable apparente.

D. Dernier mémoire des parties requérantes

Les parties requérantes ajoutent, en ce qui concerne la seconde branche du moyen, que la discrimination découle non seulement de l'application qui est faite de la loi du 24 juillet 1977 précitée, mais également de la loi elle-même. Elles rappellent que cette loi regroupe sous la catégorie "produits du tabac" : le tabac, les

produits à base de tabac et les produits similaires. Elles soutiennent que si "les produits similaires" visent bel et bien les cigarettes électroniques, la loi procède à une assimilation injustifiée entre ces deux produits foncièrement différents. Elles considèrent que l'habilitation légale présumée, et non uniquement "l'application qui en est faite", enfreint le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination puisqu'il en résulte un traitement identique de deux produits qui sont pourtant fondamentalement différents, ce sans qu'aucune justification raisonnable apparente ne puisse être avancée.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse observe que les parties requérantes opèrent une confusion entre le fondement légal de l'acte attaqué et le contenu de celui-ci. Elle explique que le simple fait que les réglementations en matière de tabac, de produits de tabac et de produits similaires puissent avoir le même fondement légal n'implique pas une quelconque discrimination et qu'il faut encore que ces produits subissent le même traitement, ce qui n'est aucunement le cas puisque l'acte attaqué n'a vocation à s'appliquer qu'aux cigarettes électroniques et aux flacons de recharges y relatifs et n'est aucunement destiné à s'appliquer à d'autres "produits du tabac" au sens de la loi du 24 janvier 1977. Elle souligne que la réglementation en matière de tabac et de produits à base de tabac ne s'applique pas davantage à la cigarette électronique. Elle en déduit qu'à défaut de traitement similaire, il ne pourrait être question de discrimination de telle sorte que l'acte attaqué ne viole aucunement les articles 10 et 11 de la Constitution.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Première branche

Ainsi que l'a souligné la section de législation du Conseil d'État dans son avis du 7 octobre 2016,

- " [...]. L'arrêté en projet trouve en principe un fondement juridique dans 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». En vertu de cette disposition, le Roi peut, dans l'intérêt de la santé publique ou en vue d'empêcher les tromperies ou les falsifications dans ce domaine, appliquer les mesures visées à l'article 2, alinéas 1^{er} et 2, et à l'article 3, 2°, a), et 3°, c), de cette loi notamment aux produits à base de tabac et produits similaires. Ces mesures permettent de réglementer et d'interdire la fabrication, l'exportation et le commerce de ces produits, ce qui comprend la possibilité de déterminer la composition de produits du tabac et de réglementer les indications utiles à l'information, ainsi que de rendre ces mesures applicables aux objets et matières destinés à entrer en

contact avec des produits du tabac et 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 ces produits du tabac.

On peut admettre que la cigarette électronique, qui est un appareil et non pas un produit à base de tabac, peut malgré tout être considérée comme un produit similaire au sens de l'article 6, § 1^{er}, a), de la loi du 24 janvier 1977, dès lors que sa fonction est la consommation de vapeur contenant de la nicotine.

[...].L'article 3, § 6, de l'arrêté en projet, qui prévoit une redevance, trouve spécifiquement 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 7, § 1^{er}, du projet, qui déclare nuisibles les cigarettes électroniques et les flacons de recharge qui ne répondent pas au régime en projet, trouve son fondement juridique dans l'article 18, § 1^{er}, de la loi du 24 janvier 1977. Bien que sa formulation ne soit pas heureuse, cette disposition confère au Roi le pouvoir de déclarer nuisibles des denrées alimentaires ou d'autres produits visés par cette loi par un «règlement de l'administration générale», comme c'est le cas de l'arrêté en projet."

L'article 1^{er} 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 précise comme suit :

- " Pour l'application de la présente loi, on entend par :
 - 1° Denrées alimentaires : (...)
 - 2° Autres produits : (...)
 - d) le tabac, les produits à base de tabac et les produits similaires, ci-après dénommés produits du tabac; (...)"

L'article 6, § 1^{er}, de cette loi du 24 janvier 1977 prévoit :

- " 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; (...)"

L'article 2, alinéas 1^{er} et 2, de cette loi précise :

- " Dans l'intérêt de la santé publique ou en vue d'empêcher les tromperies ou les falsifications dans ce domaine, le Roi peut réglementer et interdire la fabrication, l'exportation et le commerce de denrées alimentaires.
Ce pouvoir implique, entre autres, la possibilité de déterminer la composition des denrées alimentaires, d'en arrêter les dénominations correspondantes ainsi que de réglementer les indications utiles à l'information, sur proposition du Ministre qui à la santé publique dans ses attributions".

L'article 3 énonce enfin que :

- " Dans l'intérêt de la santé publique, le Roi peut en outre :
(...)
2° a) appliquer les mesures visées à l'article 2, alinéas 1^{er} et 2, aux objets et matières destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires ainsi que réglementer et interdire l'emploi de ces objets et matières;
(...) b) réglementer et interdire l'emploi d'emballages destinés aux denrées alimentaires et susceptibles de présenter un danger pour le consommateur du fait de leur forme ou de leur présentation;
3° (...) c) réglementer l'emploi et l'hygiène des véhicules utilisés pour le transport des denrées alimentaires, des ustensiles, récipients et appareils destinés à entrer en contact avec ces denrées et des appareils de distribution pour denrées alimentaires;
(...)"

Ces dispositions ainsi que les articles 10, alinéa 1^{er} et 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 janvier 1977 constituent un fondement légal suffisant pour justifier la compétence du Roi à adopter l'arrêté attaqué.

L'examen des travaux parlementaires à l'origine de la modification de la définition des "produits du tabac" contenue dans l'article 1^{er} de la loi du 24 janvier 1977 précitée et issue de la loi du 22 juin 2016 portant des dispositions diverses en matière de santé établit, en effet, sans le moindre doute possible, que le législateur a bien entendu englober les dispositifs de "cigarette électronique" dans cette catégorie qui regroupe "le tabac, les produits à base de tabac et les produits similaires". L'exposé des motifs indique ce qui suit :

- " La définition de la notion «produits de tabac» est reprise dans l'article 7 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. Néanmoins, cette notion est déjà utilisée dans l'article 6. Cela peut prêter à confusion.

C'est pour cela que la définition de "produits de tabac" est insérée dans la liste des définitions de l'article 1^{er} 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.

Avec cette adaptation, on a la certitude que l'âge de 16 ans, comme prévu à l'article 6, est d'application, aussi bien pour le tabac et les produits à base de tabac que les produits similaires (par exemple la cigarette électronique)" (Doc. Parl. Chambre, session 2015-2016, n° 54-1838/001, pp. 48-49).

Il ressort clairement de cet extrait que le législateur a bien entendu viser la cigarette électronique dans les "produits de tabac" au titre de "produits similaires".

Le moyen n'est, dès lors, pas fondé en sa première branche.

B. Deuxième branche

Dans cette deuxième branche, les parties requérantes reprochent à 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 de considérer la cigarette électronique comme un produit similaire au tabac et d'enfreindre, dès lors, le principe d'égalité et de non-discrimination contenu aux articles 10 et 11 de la Constitution puisqu'il en résulte un traitement identique de deux produits qui sont pourtant fondamentalement différents, ce sans aucune justification raisonnable apparente. Elles estiment qu'en cas de réponse positive à la question préjudicielle qu'elles suggèrent, l'arrêté attaqué reposerait sur une habilitation inconstitutionnelle.

La discrimination qui est ainsi invoquée par les parties requérantes porte sur l'habilitation qui est donnée au Roi pour réglementer la fabrication, l'exportation et le commerce tant du tabac que des produits similaires parmi lesquels figure la cigarette électronique.

Il n'appartient pas au Conseil d'État de se prononcer sur la compatibilité au regard des articles 10 et 11 de la Constitution de la loi du 24 janvier 1977 précitée en tant que celle-ci engloberait la "cigarette électronique" dans les "produits similaires" au tabac. Une telle compétence relève de la Cour constitutionnelle éventuellement saisie d'une question préjudicielle.

Si une telle question préjudicielle est bien suggérée par les parties requérantes, celles-ci n'exposent nullement en quoi une habilitation donnée au Roi pour réglementer la fabrication et la mise dans le commerce de cigarettes électroniques serait constitutive d'une quelconque discrimination.

Si les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination s'opposent, en effet, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes et si les parties requérantes s'attachent à démontrer que les cigarettes électroniques ne sont pas comparables au tabac, elles n'indiquent pas en quoi les articles 6, 10 et 18 de la loi du 24 janvier 1977 précitée seraient discriminatoires au regard de la mesure concernée, à savoir le fait que le législateur ait conféré une habilitation au Roi.

Les parties requérantes n'exposent jamais en quoi le fait de donner une habilitation au Roi pour réglementer la fabrication et la mise dans le commerce de

cigarettes électroniques impliquerait que celles-ci soient soumises à un régime identique à celui du tabac.

Une habilitation légale du Roi pour réglementer des produits qui seraient, le cas échéant, différents ne signifie pas nécessairement que ceux-ci seraient soumis à un régime identique.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu de poser la question préjudicielle suggérée par les parties requérantes dès lors que celles-ci n'exposent pas en quoi le fait d'habiliter le Roi à réglementer la fabrication, l'exportation et le commerce de la cigarette électronique serait concrètement discriminatoire au regard de la mesure considérée.

Pour le surplus, les parties requérantes ne soutiennent nullement que le régime organisé par l'arrêté royal du 28 octobre 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques serait discriminatoire par rapport au régime applicable au tabac.

Le premier moyen n'est pas fondé en sa seconde branche.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

Les parties requérantes prennent un second moyen de la violation du principe général de droit de la liberté de commerce et d'industrie consacré entre autres par les articles II.2 et II.3 du Code de droit économique, de son corollaire, le principe général de droit de la liberté de choix du consommateur, notamment consacré par l'article 38 de la Charte européenne des droits fondamentaux, du principe général de droit de la libre circulation des marchandises et de la libre circulation des services tels que consacrés notamment par les articles 28, 29 et 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne et l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 2, 1^o de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et des articles 10 et 11 de la Constitution.

Elles reprochent à l'arrêté attaqué d'imposer aux fabricants et importateurs de cigarettes électroniques un cadre légal très restrictif tant en termes de

notification des produits nouveaux ou modifiés que d'avertissements devant figurer sur les unités de conditionnement de ces produits.

Elles mentionnent notamment à cet égard :

- les obligations de notification en cas de mise dans le commerce de nouveaux produits ou de produits modifiés, qui découlent de l'article 3, § 3, de l'arrêté attaqué;
- les obligations de conservation de certaines données, qui découlent de l'article 3, §§ 7 et 8, de l'arrêté attaqué;
- les obligations de faire figurer certaines mentions sur les conditionnements des produits concernés, qui découlent de l'article 5 de l'arrêté attaqué.

Elles soutiennent que ces obligations ne sont pas justifiées par une cause d'intérêt général.

Elles exposent que si toutes ces contraintes semblent concerner avant tout les "commerçants" (au sens de "professionnels"), les consommateurs se voient également affectés par ces nombreuses entraves à la liberté de choix du consommateur puisque le droit à la liberté de choix du consommateur vise la nécessité de lui garantir de pouvoir tirer parti un maximum du marché intérieur, de lui éviter qu'il soit affecté par des barrières propres aux anomalies du marché intérieur et de lui assurer un libre choix face à une offre la plus large possible.

Elles expliquent que tant les entraves au commerce de la cigarette électronique au niveau européen qu'au niveau belge auront pour conséquence d'affecter l'importance, la qualité et le prix de l'offre, ce qui inévitablement nuira au choix des consommateurs de ce produit. Elles notent que les consommateurs souffriront également de la perte de l'offre proposée par les plus petites sociétés, nombreuses dans ce secteur, qui seront les premières touchées et qui ne résisteront probablement pas à une telle réglementation et que, dans le meilleur des cas, si ces petites sociétés survivent, elles ne seront, par contre, plus en mesure d'investir dans la recherche et l'innovation de produits ni de proposer de produits originaux, ce qui constitue l'un de leurs apports majeurs et essentiels aux yeux du consommateur. Elles considèrent qu'il en va, par ailleurs, d'une atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination, puisque les sociétés plus importantes résisteront à cette réglementation tandis que les plus petites sociétés, moins armées, seront contraintes de quitter ce secteur d'activité sans qu'un système mieux adapté à cette réalité économique et à la capacité financière et fonctionnelle de ces sociétés n'ait été envisagé.

B. Mémoire en réponse

Après avoir rappelé que les objectifs principaux de la directive 2014/40/UE consistent en l'harmonisation de la réglementation du secteur de manière à supprimer les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur et la protection de la santé publique, dont notamment la santé des consommateurs, la partie adverse observe que si la directive et, partant, l'arrêté royal attaqué imposent des normes applicables au marché de la cigarette électronique, celles-ci ne peuvent être considérées comme des éléments de nature à porter atteinte à la libre concurrence et constituer des obstacles à la libre circulation des marchandises et se réfère à un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Elle souligne également que les directives européennes citées par les parties requérantes se sont assignées comme objectif de permettre, dans certaines circonstances, de tirer le meilleur parti du marché intérieur ou de permettre, par l'effet du marché commun, de voir l'offre commerciale s'élargir, mais qu'il ne peut en être déduit l'existence d'un droit à la liberté de choix du consommateur. Elle relève qu'il n'en est fait mention dans aucun texte produit par les parties requérantes. Elle ajoute que l'objectif de la directive 2014/40/UE est précisément d'harmoniser le marché commun de la cigarette électronique, le législateur européen ayant noté des disparités en la matière entre les États membres et que c'est par cet effet que les consommateurs européens pourront disposer du choix le plus large, dans les limites fixées par cette directive, motivées par un souci de protection de la santé publique.

Elle note qu'en tout état de cause, les parties requérantes n'ont intérêt à critiquer l'acte attaqué qu'en ce que son contenu s'éloigne de la directive 2014/40/UE et leur porterait préjudice puisque sa transposition est une obligation pour l'État belge, qui ne dispose pas de marge de manœuvre quant aux dispositions à appliquer ou non.

La partie adverse explique ensuite que l'acte attaqué ne s'éloigne en rien de la directive 2014/40/UE qu'il transpose de sorte qu'il ne pourrait lui être reproché de porter atteinte à la liberté de commerce, de libre concurrence et du prétendu droit à la liberté de choix du consommateur. Elle examine, à cet égard, de manière approfondie la notion d'importateur et l'obligation de notification, les normes spécifiques d'emballage et d'étiquetage, la définition de "modifications substantielles", la norme de contenance des cartouches et des réservoirs et l'interdiction de vente à distance.

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes exposent notamment ce qui suit :

" (...)

Le présent moyen, et sa réplique, tendent à démontrer que l'arrêté attaqué impose aux fabricants et importateurs de «cigarettes électroniques» un cadre légal extrêmement restrictif tant en termes de notifications des produits nouveaux ou modifiés que d'avertissements devant figurer sur les unités de conditionnement de ces produits.

Pour rappel, l'arrêté royal attaqué fixe, entre autres, une obligation de notification payante préalable à la mise dans le commerce de produits de la cigarette électronique ainsi que des obligations en termes de conservation et de communication de certaines données (article 3 de l'arrêté). Il fixe également des obligations en matière d'avertissement et d'information devant figurer sur les produits mis dans le commerce (article 5 de l'arrêté).

Cet encadrement excessif, inspiré de celui applicable aux produits du tabac, notoirement dangereux pour la santé humaine (ce qui n'est pas le cas de la cigarette électronique) est contraire au principe général de droit de la liberté de commerce et d'industrie, de la liberté de choix du consommateur, de droit de la libre circulation des marchandises et de la libre circulation des services et *in fine* aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Ces dispositions et principes s'opposent en effet à ce que l'État entrave ou limite déraisonnablement les relations de commerce sans que ces atteintes ne soient justifiées par une cause supérieure d'intérêt général.

Le fait que l'arrêté restreigne les conditions de fabrication et de commercialisation de la cigarette électronique a incontestablement un impact sur les consommateurs qui sont les destinataires du produit. La «mise dans le commerce» de ce produit implique de faire parvenir physiquement le produit ou le service chez le consommateur final. Le but de la commercialisation, en ce sens, est de mettre à disposition le produit à l'endroit et au moment où le consommateur souhaite l'acheter.

Il n'y a dès lors aucun doute sur le fait que cet arrêté adopte des restrictions au commerce de la «vape», dont les fabricants et importateurs apparaissent comme les destinataires directs mais qu'elles ont un impact sur les consommateurs qui devront en subir les nombreuses conséquences.

Il convient, à titre liminaire, de revenir sur la portée et le contenu de ces entraves (en termes de notifications et d'avertissement) avant d'aborder le débat relatif à la liberté du consommateur et à leur intérêt légitime à soutenir un tel moyen.

(...)

L'obligation de notification s'impose aux fabricants ou aux importateurs selon le cas. Elle leur impose de notifier à l'autorité désignée à cet effet, chaque nouveau produit ainsi que chaque modification de produit. Cette obligation vise les cigarettes électroniques mais aussi les flacons de recharge et couvre notamment les modifications relatives à la composition qualitative ou quantitative, au changement du nom de la marque du produit, au volume du flacon de recharge, du réservoir ou de la cartouche et de la composition du système électrique ou électronique qui

affecterait les émissions (les éléments devant être repris par ces notifications sont listés au § 3 de l'article 3 de l'arrêté).

Le reste des obligations visées à l'article 3 imposent en outre au fabricant ou à l'importateur, dans certaines conditions, de rassembler et de communiquer une série d'informations reprises aux paragraphes 7 et 8 de l'article précité.

(...)

En matière d'avertissement, les obligations sont tout aussi contraignantes puisque l'arrêté prévoit, comme c'est le cas pour les produits du tabac, d'apposer des avertissements sanitaires en plusieurs langues sur toutes les unités de conditionnement de la cigarette électronique, des flacons de recharge ainsi que sur tout emballage extérieur (art. 5, § 1 et § 11 de l'arrêté attaqué). Elles imposent également de joindre un dépliant contenant les contre-indications, des consignes, des avertissements pour les groupes à risques, les effets indésirables, les effets de dépendance et les coordonnées du fabricant ou de l'importateur (art. 5, § 6). Une série d'autres informations doivent apparaître sur les unités de conditionnement et emballages. Elles sont relatives entre autres à la composition du produit et à la teneur des différents ingrédients dans ces produits (art. 5, § 7). L'arrêté prévoit en outre la manière dont ces avertissements doivent figurer sur les produits et y être imprimés (les modalités concernant ces avertissements comptent environ une quinzaine de critères différents) ainsi qu'une série d'interdictions y relatives (§ 1-5, § 8-10 et § 12).

Quant aux notifications

(...)

La partie adverse justifie l'obligation systématique de notification par le fait que «chaque État membre, dans sa mission de contrôle et de surveillance du marché, doit pouvoir avoir accès à la liste des effets indésirables identifiées sur son territoire».

Le fait pour un État membre de devoir contrôler son marché national et d'être responsable de vérifier, analyser et rassembler des informations dans le cadre de ce contrôle n'implique pas nécessairement de devoir faire porter de telles contraintes administratives aux fabricants et aux importateurs. La partie adverse mentionne l'existence d'une plateforme mise en place par la Commission européenne mais précise que cela ne dispense pas les États membres de veiller à leur marché national. L'on peine ainsi à comprendre pourquoi aucun système de partage des informations entre les États membres n'a été mis en place à partir de cette plateforme commune sur laquelle les fabricants et exploitants déclarent les territoires des États membres visés par le produit qu'ils fabriquent ou importent. Au lieu de prévoir un mécanisme de déclaration unique (attachée au produit qui entre sur le marché européen) visant en une seule fois tous les États membres cibles du produit par le biais de cette plateforme déjà en place, la Belgique et l'Union européenne semblent avoir fait le choix de la lourdeur administrative, et financière, qu'elles reportent ensuite sur les acteurs économiques de ce secteur d'activité. La partie adverse ne démontre, en tout cas, pas qu'elle aurait tout mis en œuvre, lors de l'adoption de l'arrêté attaqué, pour permettre de recourir à cette plateforme plutôt que de faire peser une obligation administrative alourdie à charge des consommateurs (nécessairement du reste répercutée sur les consommateurs, en termes de rapidité de disponibilité, d'une part, et de coût, d'autre part, des produits en cause).

Cette situation est d'autant plus absurde que lorsque les fabricants et importateurs procèdent aux notifications sur cette plateforme ceux-ci sont tenus d'indiquer les

États membres dans lesquels ils souhaitent commercialiser leurs produits... Or, au lieu de partager l'information entre États membres, le système veut que le fabricant ou l'importateur effectue ces notifications autant de fois qu'il y a d'États sur le territoire desquels ils souhaitent commercialiser leurs produits.

Cette plateforme «centrale» ne centralise donc absolument rien à l'inverse de ce qui est prévu dans des domaines comparables et également contrôlés par les instances européennes. L'on pense ainsi au domaine des denrées, compléments alimentaires ou des médicaments qui fait l'objet d'une politique commune de base. En matière de cigarette électronique la Commission européenne, un autre organe européen ou une série d'organes nationaux mis en place à cette fin (ou encore les États membres ensemble à tout le moins par le biais d'une collaboration forte, d'un échange d'informations et d'une supervision/cohérence globale et efficace) aurait également pu être garants de ce qui circule sur le territoire de l'Union. Compte tenu des objectifs européens de centralisation et d'harmonisation totale en matière de santé et des grands principes en matière de libre circulation des marchandises, il est curieux, mais surtout dommageables pour les fabricants et importateurs, que chaque État soit responsable du contrôle «son marché national» sans considération de ce qui se fait et a été déclaré dans l'État voisin.

Sur le plan purement pratique, quel est par ailleurs l'intérêt que chaque État membre contrôle un même produit lorsqu'il existe un marché unique sur lequel les produits sont censés circuler librement, soit avec le moins de contraintes possibles ce afin d'assurer la meilleure compétitivité et le développement du marché européen ? Avec le système en place, un produit accepté en France pourrait donc ne pas l'être en Belgique alors que les États membres sont pourtant soumis à une même politique sanitaire en matière de produits chimiques, de denrées, compléments alimentaires (*etc...*) ? Il y a généralement un lien de confiance et des standards partagés européens dans ces matières qui ne permettent pas de comprendre pourquoi cette nécessité de recontrôler un produit déjà contrôlé au détriment des fabricants et importateurs qui en payent le prix.

L'on demande ainsi aux acteurs économiques de procéder à ce travail de compilation et de le notifier auprès de chaque État alors qu'il pourrait être effectué une fois pour toutes et que ces informations pourraient ainsi circuler et être échangées. Il convient d'insister en effet sur le fait que par «notification» il faut entendre compilation d'informations relatives au fabricant et à l'importateur, aux données toxicologiques, au dosage et à l'inhalation, une liste des ingrédients contenus dans le produit et des émissions résultant de ce produit, par marque et par type, avec leurs quantités ainsi qu'une description des composantes du produit, du processus de production et enfin une déclaration de responsabilité du fabricant et de l'importateur. A cela s'ajoute l'obligation de mise en place et de tenue à jour du système de collecte des informations sur les effets indésirables et de surveillance de ces produits (art. 3, § 8) ainsi qu'une notification annuelle (article 3, § 7 de l'arrêté attaqué) des volumes de vente par marque et par type de produit, des informations sur les préférences des différents groupes consommateurs, du mode de vente des produits et des synthèses des études de marché réalisées avec traduction en anglais.

Le fait qu'il «paraisse probable», dans les termes utilisés par la Cour de justice de l'Union, que ces données soient fréquemment récoltées par les fabricants et importateurs n'est pas suffisant pour leur faire porter une telle obligation de notification payante qu'ils doivent en outre répéter autant de fois qu'il y a d'État sur le territoire duquel le produit sera vendu. Cette affirmation est péremptoire et méconnaît la réalité du marché, à savoir l'existence de petites entreprises qui n'ont pas les mêmes capacités et moyens stratégiques que les plus grandes. L'arrêt de la

Cour de justice de l'Union européenne du 4 mai 2016 ne peut donc être utilisé à l'appui de l'argumentation visant à défendre l'obligation de notification.

La partie adverse ne justifie pas sérieusement pourquoi un contrôle unique des produits à leur entrée sur le marché européen (et éventuellement au moment où ils sont modifiés, le cas échéant), qu'ils proviennent d'Europe ou d'ailleurs, ne serait pas suffisant.

Ces lourdes contraintes administratives constituent une entrave à la liberté de commerce consacrée par les dispositions visées au moyen. Elles sont également discriminatoires au regard d'autres systèmes de contrôle de produits centralisés et gérées par la Commission ou à tout le moins à un niveau global européen, ce qui permet aux États membres de ne pas répercuter ce coût sur les acteurs économiques du secteur. Inévitablement, ce système aura pour effet de laisser également s'installer une certaine disparité entre les États et les produits qu'ils tolèrent ou non en fonction de leur propre appréciation et interprétation des normes communes (pour autant qu'elles soient adoptées), ce qui aboutira à créer des nouvelles discriminations.

La directive 93/42/CEE du conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux est un bon exemple d'efficacité et de centralisation. Il est important, pour pouvoir en saisir le mécanisme, dont la forme est relativement singulière, de parcourir rapidement son préambule ainsi que certains de ses articles clés :

«considérant qu'il importe d'arrêter des mesures dans le cadre du marché intérieur; que le marché intérieur comporte un espace sans frontières internes dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée; considérant que les dispositions législatives, réglementaires et administratives en vigueur dans les États membres en ce qui concerne les caractéristiques de sécurité, de protection de la santé ainsi que les performances des dispositifs médicaux ont un contenu et un champ d'application différents; que les procédures de certification et de contrôle relatives à ces dispositifs diffèrent d'un État membre à l'autre; que de telles disparités constituent des entraves aux échanges à l'intérieur de la Communauté;»

«Article 4

Libre circulation, dispositifs à destination particulière

1. Les États membres ne font pas obstacle, sur leur territoire, à la mise sur le marché et à la mise en service des dispositifs portant le marquage CE prévu à l'article 17 indiquant qu'ils ont été soumis à une évaluation de leur conformité conformément à l'article 11».

(...)

«Article 5

Renvoi aux normes

1. Les États membres présument conformes aux exigences essentielles visées à l'article 3 les dispositifs qui satisfont aux normes nationales correspondantes adoptées conformément aux normes harmonisées dont les numéros de référence ont été publiés au Journal officiel des Communautés européennes; les États membres publient les numéros de référence de ces normes nationales. (...)».

Il en va ainsi d'un réel système coopératif et intégré, basé sur des normes harmonisées permettant aux marchandises de circuler librement et ce de manière effective tel qu'annoncé dans le préambule de la directive et en son article 4. Il présente une clarté sans commune mesure avec le système mis en place pour les cigarettes électronique, notamment car c'est uniquement le fabricant qui est soumis à l'obligation de «déclaration de conformité» (article 11 de la Directive) (équivalent de la notification), car cette déclaration est soumise à un «organisme

notifié» (article 16 de la directive) et que l'organisme notifié qui intervient dans la procédure de déclaration sera librement choisi par le fabricant.

Un autre exemple est celui de la matière des compléments alimentaires. Dans ce domaine, s'il est interdit de mettre un produit dans le commerce sans le notifier aux autorités belges compétentes, force est cependant de constater que les critères d'évaluation, et d'acceptation de mises sur le marché, de ces produits sont réellement harmonisés et qu'une fois qu'il a été notifié il figurera parmi la liste des «produits notifiés» consultable sur le site du SPF Santé publique. L'obligation de notification incombe donc à celui qui met le produit sur le marché et est valable pour toutes les autres personnes qui seront amenées à le commercialiser. L'obligation de notification est donc attachée au produit lui-même et non à toutes les personnes, fabricant ou importateur, qui le mettront un jour dans le commerce ce qui permet d'éviter les notifications multiples et coûteuses.

(...)

Quant à la critique, évoquée dans le mémoire en réponse, selon laquelle «cette situation est également discriminatoire car un produit fabriqué en Belgique ne devra plus être notifié s'il l'a été par le fabricant alors celui fabriqué ailleurs devra être notifié deux fois et qu'il en résulterait une forme de droit de douane et de ce fait une atteinte à la libre circulation des marchandises», les requérants se contenteront de relever qu'ils n'ont pas développé cette critique dans leur requête en annulation, probablement extraite d'une autre procédure. La partie adverse réitère d'ailleurs à plusieurs reprises cette confusion tout au long de son mémoire.

Enfin, quant au caractère proportionnel de la redevance au travail administratif que cela représente et qui de ce fait ne pourrait pas, selon la partie adverse, être perçue comme un droit de douane (ce que, une fois encore, les requérants ne soulèvent pas), il conviendra simplement d'insister, comme il a été exposé ci-avant, qu'au lieu de proposer une simplification administrative en centralisant les informations et les déclarations transmises une fois par les fabricant et importateurs, les États membres, et ici la Belgique, font le choix de complication administrative dont ils reportent le coût sur les déclarants. En choisissant une option engendrant des désagréments élevés en amont de la commercialisation (et se répercutant les coûts des produits), alors qu'il eût pu choisir un mécanisme de notification centralisée ou à tout le moins un système axé sur le «produit» n'exigeant pas des notifications multiples par nature moins attentatoire aux normes visées à l'appui du moyen, l'auteur de l'arrêté attaqué contrevient, sans justification raisonnable, au critère de «nécessité», élément central pour examiner la proportionnalité de la mesure critiquée.

(...)

Comme les requérants le soulevaient dans leur recours en annulation, un autre grief formulé à l'encontre de l'arrêté attaqué concerne le fait que si le fabricant n'a pas son siège social en Belgique et qu'il n'a pas effectué la notification, la responsabilité de la notification et du paiement qui l'accompagne reposera sur l'importateur.

Il en résulte que si le fabricant n'a pas notifié le produit, cette réglementation aura pour conséquence qu'un produit qui entre en Belgique donnera donc lieu à autant de notifications et de paiements qu'il y a d'importateurs au sens de l'arrêté. Il en ira ainsi des obligations susvisées, annuelles et de mise en place et de tenue à jour du système de collecte des informations sur les effets indésirables et de surveillance de ces produits.

Toutes ces obligations pèsent donc sur les personnes qui fabriquent ou acheminent

un produit et non sur le produit lui-même puisqu'il ne suffit pas que les autorités belges aient connaissance des paramètres d'un produit une fois mais qu'il est imposé que chaque professionnel communique chacun de ses produits même s'ils sont déjà connus des autorités.

En d'autres termes, en plus de devoir être notifié dans chaque pays européen et non une seule fois pour toute l'Europe, ces produits doivent en outre être notifiés autant de fois qu'ils sont importés par des personnes différentes.

Ces obligations de notification, à chaque stade de la chaîne de commercialisation du produit, sont manifestement disproportionnées.

La partie adverse soutient à cet égard que les fabricants ont intérêt à faire cette notification pour des raisons liées à leur mise en concurrence. Or, elle n'explique pas quels seraient les motifs liés à la concurrence susceptibles de les convaincre de faire cette notification auprès des États dans lesquels ils n'ont pas de siège social.

Elle estime par ailleurs, de manière tout aussi hypothétique, qu'un importateur qui procède à la notification pourrait aussi indiquer l'identité de tous les importateurs dans le dossier de notification. Ici encore l'on ne voit pas quel est l'intérêt que pourrait en retirer l'importateur qui se charge de la notification de rendre ce service aux autres importateurs... En outre qu'en serait-il alors de la redevance ? Serait-elle divisée ? Démultipliée ?

Enfin, en ce qui concerne le reste des développements du mémoire en réponse concernant la «notion d'importateur», force est de constater qu'elle semble répondre à une argumentation qui n'a pas été développée par les requérants dans la présente procédure.

(...)

Les requérants relevaient dans leur recours que la lourde responsabilité de l'importateur qui devra s'engager pour le fabricant lorsqu'il opère la notification (7° du contenu de la notification, art. 3, § 3). L'importateur prendra donc le risque d'être seul responsable de la qualité des produits dans la mesure où le fabricant pourrait refuser d'être tenu par une déclaration à laquelle il n'a pas pris part.

La partie adverse estime à cet égard que s'il s'agit d'un fabricant européen et qu'il a déjà dû notifier son produit dans un autre État membre, rien n'empêche l'importateur du produit non notifié par ledit fabricant de s'adresser à lui pour obtenir sa déclaration. Elle ajoute que si le fabricant refuse, il appartiendra alors à l'importateur de prendre ce risque.

Ce faisant, la partie adverse ne répond pas réellement à la question qui est posée et qui soulève une réelle anomalie quant à cette responsabilité unique de l'importateur dans les cas où le fabricant refuserait de se joindre à la déclaration. Cette responsabilité se justifie d'autant moins que l'importateur n'est pas en mesure de contrôler le produit lors de sa fabrication. Ici encore l'État belge semble faire le choix d'un «raccourci» au détriment des intérêts des acteurs économiques en leur faisant porter une responsabilité particulièrement lourde sans aucune justification raisonnable.

En outre, conformément à l'arrêté attaqué, la déclaration s'effectue par l'importateur et le fabricant, si bien que ce premier sera toujours au minimum coresponsable d'un produit qu'il n'a pas conçu et dont il n'a pas été en mesure de contrôler le processus. La portée de cette responsabilité ainsi que les conditions exactes dans lesquelles elles s'appliquent ne sont pas précisées, si bien que dans sa

forme actuelle elle se présente comme étant particulièrement disproportionnée.

(...)

Dans l'hypothèse cette fois où le fabricant prendrait en charge la notification, des difficultés d'un autre ordre s'imposeraient à lui. Il ressort du texte de l'arrêté que cette notification doit indiquer le nom de l'importateur. Ainsi, cette obligation rend totalement impossible l'introduction d'une notification par le fabricant qui n'est pas en mesure de connaître l'identité et les coordonnées de toutes les personnes qui ont importé directement ou indirectement les produits du fabricant.

La partie adverse assure que les importateurs indirects ne sont pas visés par cette obligation. Or, encore une fois, rien dans le texte de l'arrêté ne permet de s'en assurer tant l'obligation est libellée largement.

(...)

L'obligation de notification implique également de dévoiler la recette du produit puisqu'elle devra contenir la liste de tous les ingrédients contenus dans le produit avec leurs quantités. Ces informations seront ensuite diffusées sur un site internet en vue d'informer les consommateurs, ce qui engendrera le risque de voir les recettes dévoilées aux concurrents.

Selon la partie adverse, les informations commerciales des acteurs ne seront pas dévoilées car la Directive prévoirait de protéger les secrets commerciaux lorsque ces informations sont rendues publiques. Il est pourtant difficile de répondre à de telles exigences d'information au consommateur (par définition, les informations étant rendues publiques) tout en protégeant les secrets commerciaux. L'on ne voit pas en quoi la Directive serait plus à même d'opérer un tel équilibre foncièrement incompatible en l'espèce tant la transparence envers les consommateurs est de rigueur. Ainsi, il est indiscutable que les concurrents en récolteront également les fruits.

(...)

En ce qui concerne la notification en cas de modification de produits, les requérants relevaient déjà dans leur recours que l'arrêté liste une série de modifications qu'il juge *a priori* «substantielles» alors que ces dernières sont en réalité sans incidence sur la qualité et la sécurité du produit et pour lesquels il n'y a *a priori* aucune nécessité d'imposer une notification et les contraintes que cela représente.

Le changement du nom de la marque du produit n'a par exemple aucun lien avec les exigences relatives aux contenus et avertissements des produits. Elle n'a pas un impact substantiel sur le produit et sur sa fiabilité pourtant elle est reprise comme telle.

L'arrêté attaqué semble donc imposer, de manière généralisée et systématique, une notification en cas de modification quelconque sans tenir compte de l'existence réelle de risques sanitaires.

Cette imprécision induit une insécurité juridique au regard de cette obligation dont la non-exécution est sévèrement sanctionnée.

Tel qu'il est libellé, le texte de l'arrêté ne permet pas aux fabricants et importateurs de connaître les limites de cette obligation et les hypothèses précises de «modification substantielle». Si une liste exhaustive n'est pas consacrée, à tout le moins des critères précis permettant d'identifier ces «modifications substantielles» auraient dû l'être.

La partie adverse avance qu'à partir de discussions au sein du groupe d'experts, une liste non-exhaustive de ce qui doit être considéré comme une «modification substantielle» au sens de la Directive a été établie.

Or, d'une part elle s'en réfère à une liste qu'elle ne produit pas, d'autre part il s'agit d'une liste rédigée dans un cadre purement informel et qui n'a pas valeur réglementaire. Il n'est donc pas question d'un complément contraignant à l'arrêté critiqué sur lequel les acteurs économiques pourraient s'appuyer.

Elle ajoute que l'objectif est d'éviter que le produit change de contenance, de composition *etc.* et que dans le même ordre d'idée, un changement de nom doit également être notifié. Selon elle, toutes ces modifications sont de manière évidente «substantielles».

La partie adverse tente ici de préciser la portée de cette obligation a posteriori. Elle clarifie la Directive et l'interprète sur base de discussions d'experts sans que tout cela ne soit clairement fixé dans cette dernière ou à tout le moins dans l'arrêté attaqué.

Selon elle, il est logique que le changement de nom soit notifié, par contre le rachat d'une société par une autre ne constituerait pas une modification substantielle : nom de produit mais pas nom de la société. On le voit, il n'est pas chose aisée d'identifier les critères applicables, qualifiés d'«évidents» par la partie adverse. Et les explications de la partie adverse ne suffiront pas à éclairer les acteurs économiques qui seront confrontés à cette difficulté.

Quant aux avertissements

(...)

En ce qui concerne les contraintes relatives aux avertissements, la partie adverse estime que l'obligation relative aux langues est une spécificité de la Belgique qui ne peut en aucun cas être perçue comme une entrave. Elle ne se prononce cependant pas sur l'obligation imposée par l'arrêté attaqué de faire figurer sur le dépliant joint aux produits les coordonnées du fabricant ou de l'importateur et d'une personne physique ou morale au sein de l'Union européenne.

L'arrêté attaqué prévoit ainsi des normes d'étiquetage et d'emballage qui feront du marché belge un marché spécifique, ce bien au-delà de la contrainte liée à la langue (élément qui bien entendu contribue à cette spécificité).

(...)

Il ressort des développements qui précèdent qu'il est incontestable que les contraintes qui viennent d'être exposées auront pour effet de ralentir et d'affecter la commercialisation du produit. La plupart d'entre elles constitueront donc des obstacles significatifs à la libre circulation de ces marchandises au sein de l'Union européenne.

Ces contraintes vont également à l'encontre du principe de la liberté de commerce et d'industrie dès lors que, sans justification raisonnable, l'État belge entrave le commerce de la cigarette électronique et que cette atteinte va au-delà des exigences fixées par l'Union européenne.

Quant à la liberté de choix du consommateur

(...)

Il résulte des développements qui précèdent qu'en impactant la liberté de commerce et d'industrie ainsi que la libre circulation des marchandises, les entraves qui viennent d'être détaillées auront également pour conséquence d'impacter le consommateur, destinataire direct des produits fabriqués et commercialisés, ainsi, inévitablement, que leur liberté de choix.

La partie adverse estime que l'on ne peut déduire des directives citées par les requérants qu'il existerait un droit à la liberté de choix du consommateur.

Avant de réexaminer le contenu et la portée des directives et de la jurisprudence citée par les requérants et attestant de l'existence d'un tel droit, il convient de revenir sur la nature et l'origine de ce droit, cette liberté.

(...)

La liberté de choix du consommateur est un droit essentiel qui tire son origine du droit à la protection du consommateur consacré notamment par l'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01) qui dispose qu'«un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union».

Ce droit à la liberté de choix du consommateur vise la nécessité de lui garantir de pouvoir tirer parti au maximum du marché intérieur, de lui éviter qu'il soit affecté par des barrières propres aux anomalies du marché intérieur et de lui assurer un libre choix face à une offre la plus large possible.

Le principe de liberté de choix du consommateur est intimement lié au principe de liberté individuelle ou d'autonomie individuelle appréhendé comme «la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme», c'est-à-dire comme un principe «placé au service de l'épanouissement de la personne», fondateur du «droit de décider pour soi-même... du droit de faire ses propres choix». La liberté de choix du consommateur fait partie de ces droits qui découlent en quelque sorte du principe d'autonomie individuelle : elle est l'une des formes de l'autonomie individuelle, l'une de ses applications concrètes.

Dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark* (Gr. Ch., 11 janvier 2006, § 54, adhésion obligatoire à un syndicat constituant une condition préalable d'embauche), la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la portée de ce principe, précisant : «la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention».

À maintes reprises, le juge de Strasbourg s'est simplement référé à l'autonomie en tant que «notion» ou «principe», qui sous-tendent, en particulier, l'interprétation des garanties de l'article 8 de la Convention. Mais il a été plus loin en reconnaissant l'existence d'un véritable «droit à l'autonomie personnelle», comme permet de le vérifier la lecture des arrêts *Tysiac* (préc., § 107) et *Evans* (préc., § 71).

Le fait de pouvoir décider pour soi-même implique donc également pour l'individu de pouvoir consommer librement et de choisir ce qu'il souhaite consommer et comment. Il est ainsi libre de vivre une vie saine ou non, de manger trop ou peu, de fumer ou non, et, pour reprendre les termes du juge de Strasbourg, «de mener sa vie comme il l'entend» ce qui peut par conséquent «inclure la possibilité de s'adonner à des activités moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne». Si le «principe d'interdépendance sociale» conduit ensuite à ce que «la solidarité crée des obligations à la charge des individus» celles-ci ne peuvent conduire à une interdiction générale d'adopter un comportement dommageable pour sa santé.

Ce droit de «consommer» et de «choisir» ne fait donc pas pour autant échec aux politiques publiques en matière de santé et il est bien entendu légitime que, par exemple, la consommation du tabac soit encadrée, le marché régulé et ses effets nocifs connus du public. Une interdiction générale de fumer ou des normes prohibant indirectement la consommation du tabac ne serait par contre pas admissible, même au nom de l'intérêt général et du «principe d'interdépendance sociale».

Si une certaine régulation en matière de produits dommageables pour la santé s'impose dans certains cas et à l'égard de certains produits pour les raisons qui viennent d'être évoquées, l'on peine par contre à concevoir que des produits dont la toxicité est de 95 % inférieure à celle d'un produit toxique tel que le tabac soient malgré tout traités et encadrés de la même façon. La partie adverse ne justifie pas adéquatement, par exemple au nom d'un intérêt général supérieur, les limites imposées à l'activité des fabricants et importateurs de «cigarettes électroniques» qui auront pour conséquences inévitables de ralentir ce marché et de réduire l'offre considérablement. Cet impact direct sur l'offre aura donc pour conséquence de brider la consommation et ainsi d'entraver la liberté de choix du consommateur garantie par l'autonomie individuelle (cf. infra point 44 à 46), ce sans qu'il ne soit justifié au regard des impératifs sanitaires précités.

Ainsi, si même en matière de consommation de tabac, les individus restent libres de fumer, il est difficilement compréhensible que la cigarette électronique – dont le caractère réellement dommageable pour la santé est loin d'être établi – fasse, elle, l'objet d'une limitation indirecte de «vapoter».

(...)

Quant aux directives soutenant et consacrant la notion, le principe de liberté de choix du consommateur, les requérants citaient en premier lieu la Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 «en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative» (version codifiée), la Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative «aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil».

Ces directives ont un point commun : la reconnaissance de ce qu'il existe de disparités qui créent des barrières importantes sur le marché intérieur et qui affectent les professionnels et les consommateurs.

Les requérants citaient également la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant «des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE». Celle-ci précise ce qui suit dans son préambule :

«(1) Le marché intérieur de l'électricité, dont la mise en œuvre progressive dans toute la Communauté est en cours depuis 1999, a pour finalité d'offrir une réelle liberté de choix à tous les consommateurs de l'Union européenne, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises, de créer de nouvelles perspectives d'activités économiques et d'intensifier les échanges transfrontaliers, de manière à réaliser des progrès en matière d'efficacité, de compétitivité des prix et de niveau de service et à favoriser la sécurité d'approvisionnement ainsi que le développement durable.

(...)

(3) Les libertés que le traité garantit aux citoyens de l'Union — entre autres, la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre

prestation de services — ne peuvent être effectives que dans un marché entièrement ouvert qui permet à tous les consommateurs de choisir librement leurs fournisseurs et à tous les fournisseurs de fournir librement leurs produits à leurs clients» (...).

La directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant «la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE», rappelait quant à elle que :

«(3) Dans le cadre du marché intérieur, il est dans l'intérêt des consommateurs de pouvoir accéder sans discrimination à l'éventail le plus large possible de services financiers disponibles dans la Communauté, afin de pouvoir choisir ceux qui sont le plus adaptés à leurs besoins. Afin d'assurer la liberté de choix des consommateurs, qui est un droit essentiel de ceux-ci, un niveau élevé de protection des consommateurs est nécessaire pour accroître leur confiance dans la vente à distance» (...).

Enfin, la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative «aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et les Directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil ("directive sur les pratiques commerciales déloyales")», consacre également cette notion/principe de «liberté de choix des consommateurs» dans son préambule.

Il en va ainsi d'un droit essentiel, reconnu directement ou indirectement par les directives précitées.

(...)

Quant à la jurisprudence, celle-ci interprète cette liberté comme étant un droit s'opposant aux mesures d'interdiction ou de limitation imposées par les États sans que ces entraves ne soient justifiées par des raisons d'intérêt général objectives et étayées.

La Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt 216/84, Commission des Communautés européennes c. République française, du 23 février 1988, jugé ce qui suit :

«Un État membre ne saurait, pour interdire l'importation et la vente de succédanés d'un produit alimentaire, se retrancher derrière les exigences de la défense des consommateurs en invoquant le risque de confusion à propos de la nature et des propriétés du succédané et celui de voir celui-ci supplanter, au détriment de la liberté de choix du consommateur, le produit avec lequel il entre en concurrence. (...).»

Les conclusions de l'Avocat général M. Antonio La Pergola présentées le 16 octobre 1997 dans l'affaire c-184/96 exposaient dans le même sens que :

«Le principe de la "confiance mutuelle" décrit ci-dessus au point 28 implique — sur le plan de la protection du consommateur dans le secteur spécifique des produits alimentaires — que, "si la législation de l'État membre d'exportation protège aussi le consommateur sur le territoire de l'État membre d'importation (par exemple, moyennant des règles sur la composition), il n'est pas nécessaire d'appliquer des règles analogues dans l'État membre d'importation. Il suffit plutôt d'informer le consommateur que ces règles ont été appliquées dans l'État membre d'exportation. Il n'y a de raison objective d'appliquer la législation de

l'État membre d'importation que si la législation de l'État membre d'exportation n'offre pas cette protection [, tandis que l'application de règles nationales concurrentes ayant un but unique et concernant le même produit demeure interdite,] laquelle restreint ainsi la liberté de choix du consommateur plus que ce n'est nécessaire"» (...)

(...)

La réglementation instituée par l'arrêté attaqué – fondé au demeurant sur des «impératifs sanitaires» non étayés et lourdement controversés par la littérature scientifique internationale (*cf.* requête en annulation et *supra* point 16) –, particulièrement restrictive en matière de fabrication et de commercialisation de produits, et *a fortiori* dissuasive en matière d'innovation, touchera donc indirectement les consommateurs et leur liberté individuelle consistant à pouvoir choisir les produits qu'ils consomment et à disposer d'une offre importante, variée en termes de qualité comme de prix.

L'on rappellera, comme le confirme une étude récente en la matière, que l'offre variée de produits, de gammes et de parfums/arômes, son aspect ludique et diversifié participent grandement voire essentiellement à l'attractivité et à la popularité de la «cigarette électronique» :

«The results of this survey indicate that EC liquid flavourings play a major role in the overall experience of dedicated users and support the hypothesis that they are important contributors in reducing or eliminating smoking consumption. This should be considered by the health authorities; based on the current minimal adoption of ECs by youngsters, it is reasonable to support that any proposed regulation should ensure that flavourings are available to EC consumers while at the same time restrictions to the use by youngsters (especially non-smokers) should be imposed in order to avoid future penetration of EC use to this population».

Dans cette même perspective, l'arrêté attaqué a, par ailleurs, pour conséquence de porter atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination, puisque les sociétés plus importantes résisteront plus facilement à cette réglementation tandis que les plus petites sociétés, financièrement et stratégiquement plus faibles, seront contraintes de quitter ce secteur d'activité sans qu'un système mieux adapté à cette réalité économique et à la capacité financière et fonctionnelle de ces sociétés n'ait été envisagé. En étant soumises au même cadre légal, les grandes et les plus petites sociétés subissent un traitement non différencié, ce sans aucune justification raisonnable et alors qu'elles présentent des caractéristiques essentiellement différentes".

D. Dernier mémoire des parties requérantes

Les parties requérantes estiment que les mêmes raisons que celles qui justifient leur intérêt au recours fondent également leur intérêt au présent moyen.

À titre d'exemple, elles insistent sur le fait que ces nouvelles conditions "auxquelles les cigarettes électroniques et leurs recharges doivent satisfaire" imposent entre autres d'inscrire la liste complète des ingrédients ainsi que leur poids (pourcentage) sur les flacons ou emballages, que l'obligation de notification implique

également de dévoiler la recette du produit puisqu'elle devra contenir la liste de tous les ingrédients contenus dans le produit avec leurs quantités et que ces informations seront ensuite diffusées sur un site internet en vue d'informer les consommateurs, ce qui engendrera le risque de voir les recettes dévoilées aux concurrents. Elles estiment qu'il en va d'un risque très important pour la confidentialité des recettes propres à chaque produit et qu'un tel risque pourrait donc dissuader les fabricants de commercialiser leur produit sur le territoire qui lui impose de telles contraintes et par conséquent priver les consommateurs de l'accès à une série de produits.

Elles considèrent qu'elles ont bien intérêt au moyen qui développe de manière spécifique l'impact sur les consommateurs des contraintes imposées aux personnes commercialisant et fabriquant la cigarette électronique. Elles font valoir que le Conseil d'État est très ouvert pour reconnaître l'intérêt au recours contre un acte réglementaire et qu'il doit donc en être de même pour l'appréciation de l'intérêt au moyen.

Sur le fond du moyen, quant au principe de précaution auquel a recours la partie adverse pour justifier une telle réglementation contraignante, elles précisent que ce principe ne peut servir de prétexte pour écarter un produit sans indices scientifiques sérieux et concluants suffisants qui iraient en ce sens et constatent qu'en l'espèce, c'est de manière purement péremptoire que la partie adverse affirme que la cigarette électronique est aussi nocive que le tabac, ou à peine moins, et qu'elle amènera sans doute les jeunes, de manière insidieuse, à consommer davantage de produits du tabac. Elles soulignent que l'objectif du principe de précaution – qui devrait viser en l'espèce à éviter les risques trop élevés ou irréversibles pour la santé publique – est ici dévoyé par la volonté de l'autorité de faire perdre toute crédibilité à la cigarette électronique au profit de la légitimité des produits du tabac.

Elles font valoir que l'autorité choisit en réalité d'ignorer les nombreuses études contradictoires fondées sur des chiffres tangibles qui démontrent qu'au contraire la cigarette électronique aide à arrêter la consommation du tabac et qui établissent que leur nocivité est sans commune mesure avec les produits du tabac puisqu'il est avéré que le tabac, via la combustion de la cigarette et l'exhalation de fumée, rejette dans l'atmosphère des produits tels que le monoxyde de carbone, le goudron, l'ammoniac, ou d'autres composants nocifs tant pour le fumeur que pour son environnement et que ce n'est pas le cas de la cigarette électronique qui ne rejette pas de la fumée issue d'une combustion mais de la vapeur.

Elles soutiennent que l'application du principe de précaution est soumise à une série de conditions préalables et que la nécessité de prendre "des précautions" doit se justifier *a minima* et ne peut faire obstacle à la commercialisation d'un produit dont le risque d'impact sanitaire est limité – voire manifestement inexistant – au même titre qu'un produit dont l'impact sanitaire est avéré et important et ce d'autant plus lorsque l'objectif sous-jacent est en réalité d'imposer des restrictions, sans raison légitime, qui dans les faits rendront difficile, voire impossible, l'accès à la consommation d'un produit, ce au profit d'un secteur d'activité concurrent. Elles insistent sur le fait que la cigarette électronique subit désormais, et par le biais entre autres de l'acte attaqué, les mêmes contraintes et limitations que les produits du tabac alors qu'elle est, avec certitude, 95% de fois moins nocive que ces derniers. Elles estiment que cette surrégulation et assimilation ne se justifient pas et entravent inutilement ce secteur d'activité ainsi que ses consommateurs.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse observe que les obligations critiquées par les parties requérantes sont les suivantes:

- obligation de notification ;
- obligations en matière d'avertissements sanitaires ;
- obligation de payer une redevance lors de la notification.

Elle relève qu'il s'agit là d'obligations ne concernant que les personnes exerçant des activités commerciales liées à la vente, l'importation et la fabrication de cigarettes électroniques et des flacons de recharges y relatifs.

Elle rappelle que l'intérêt au moyen doit être direct et certain et ne voit pas comment ces obligations limiteraient directement l'offre présentée aux consommateurs de cigarette électronique ou encore, comment celles-ci donneraient une image négative de ces produits. Elle souligne que les magasins commercialisant les produits relatifs à la cigarette électronique n'ont de cesse de se multiplier en Belgique depuis plusieurs mois.

Elle constate, de plus, que l'affirmation selon laquelle les obligations précitées pourraient dissuader les fabricants ou importateurs de cigarettes électroniques à commercialiser leurs produits en Belgique est purement hypothétique, ce lien de cause à effet n'étant aucunement démontré et ce d'autant plus que l'ensemble des obligations imposées par l'arrêté attaqué découlent directement de la directive

2014/40/UE, de sorte que ces mêmes obligations seront applicables dans l'entièreté de l'Union européenne et qu'il paraît peu probable que les fabricants et les importateurs de cigarettes électroniques renoncent à ce marché suite à l'application des obligations pointées par les parties requérantes.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Tel qu'il est formulé dans la requête, le second moyen reproche à l'arrêt royal du 28 octobre 2016 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce des cigarettes électroniques d'imposer aux fabricants et importateurs de cigarettes électroniques un cadre légal très restrictif tant en termes de notification des produits nouveaux ou modifiés que d'avertissements devant figurer sur les unités de conditionnement de ces produits. Le moyen est, plus particulièrement, dirigé contre l'obligation de notification payante préalable à la mise dans le commerce de produits de la cigarette électronique ainsi que les obligations en termes de conservation et de communication de certaines données (article 3 de l'arrêt) ainsi que contre les obligations en matière d'avertissement et d'information devant figurer sur les produits mis dans le commerce (article 5 de l'arrêt).

Le fait qu'un requérant justifie d'un intérêt à son recours n'implique nullement qu'il justifierait automatiquement d'un intérêt à invoquer tous les moyens qu'il estime utiles. Il lui appartient, en effet, d'avoir un intérêt direct et concret au moyen invoqué.

Comme les parties requérantes le reconnaissent, les obligations imposées par l'arrêt attaqué en matière de notification ou d'avertissement concernent les professionnels de la cigarette électronique comme les fabricants ou les importateurs. Elles ne causent, dès lors, pas de grief direct aux parties requérantes et ce d'autant plus que celles-ci ne soutiennent nullement que ces obligations auraient une portée insuffisante ou incomplète pour assurer l'information et la protection des consommateurs, mais reprochent, au contraire, à l'arrêt attaqué d'imposer des contraintes trop importantes en la matière.

Les parties requérantes soutiennent, toutefois, que ces obligations constituent des entraves au commerce de la cigarette électronique qui auront pour conséquence d'affecter l'importance, la qualité et le prix de l'offre, ce qui inévitablement nuira au choix des consommateurs de ce produit et notent également que les consommateurs souffriront, en outre, de la perte de l'offre proposée par les

plus petites sociétés qui seront les premières touchées et qui ne résisteront probablement pas à une telle réglementation.

Cette argumentation repose sur le présupposé - non autrement établi - du comportement qui pourrait éventuellement être adopté par certains professionnels du secteur et des conséquences qui pourraient tout aussi éventuellement en découler pour les consommateurs. L'intérêt au moyen qui est ainsi invoqué par les parties requérantes est indirect et hypothétique.

Le second moyen est, dès lors, irrecevable.

VII. Indemnité de procédure

Dans ses écrits de procédure, la partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 840 euros sans justifier la raison pour laquelle il conviendrait de lui accorder un montant supérieur au montant de base. À l'audience, elle a indiqué qu'il s'agissait d'une erreur de montant. Il y a donc lieu de lui accorder une indemnité de procédure limitée au montant de base.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge des parties requérantes, à concurrence d'un tiers chacune.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont également mis à charge des parties requérantes, à concurrence de 200 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
douze octobre deux mille dix-huit par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{me} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
M. Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.