

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 90.614 du 30 octobre 2000

A.94.787/VI-15.637

En cause : **la S.A. MIO,**
rue des Grands prés 194
4032 Liège,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Protection de
la Consommation, de la Santé
publique et de l'Environnement,
ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
rue Capitaine Crespel 2-4
1050 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 23 août 2000 par la Société anonyme MIO, qui demande la suspension de l'exécution de "l'Arrêté royal portant retrait et interdiction de la mise sur le marché des coupes de crème glacée de la marque «MIO», modèle «PINGU», adopté le 7 mai 2000 par le Ministre de la Protection de la Consommation" avec condamnation de la partie adverse "à une astreinte unique de 1.000.000 de francs en cas d'inexécution de la décision à intervenir";

Vu la requête introduite simultanément par la même requérante, qui demande l'annulation du même acte;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu le rapport de M. NIHOUL, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 17 octobre 2000 fixant l'affaire à l'audience du 30 octobre 2000 à 11.00 heures;

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

Rapport fait par M. LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me JASPAR, loco Me MARON, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. NIHOUL, Auditeur;

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

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

1. Par un contrat de licence signé avec la SPRL BMC-Licencing, la demanderesse a obtenu à partir du 1^{er} mars 1997, la licence pour produire et distribuer, en Belgique, au Luxembourg, en France et en Allemagne, les coupes de crème glacée de marque "MIO", modèle "PINGU".

Selon la demanderesse, d'autres sociétés auraient obtenu la même licence que celle qui lui a été octroyée pour "d'autres Etats, membres ou non, de l'Union européenne" (sic). Ainsi, la société UNILEVER aurait été

autorisée "à produire et à distribuer les coupes de crème glacée de marque «UNILEVER», modèle «PINGU», sur les territoires du Portugal et de l'Espagne", ainsi qu'en Belgique, à Anvers, avec l'accord de la demanderesse. Cet élément qui est également repris dans l'avis de la Commission de la sécurité des consommateurs n'est toutefois étayé ni par les annexes à la demande de suspension, ni par le dossier administratif.

2. Le 12 juillet 1999, les autorités compétentes du Royaume-Uni de Grande-Bretagne ont adressé au Ministère des Affaires économiques un courrier faisant état d'un accident provoqué par une crème glacée "PINGU".

Il ressort de ce courrier qu'une enquête a été menée par les services britanniques compétents et que la demanderesse a, à leur demande, fait réaliser en 1998 des tests sur le produit "PINGU" dont la conclusion est que ce produit ne présente pas toutes les garanties de sécurité.

3. A la suite de cette mise en garde, le service Sécurité des produits du Ministère des Affaires économiques a avisé la demanderesse, par lettre recommandée du 11 août 1999, qu'il avait commencé une enquête relative à la sécurité du produit "Coupes de crème glacée PINGU" sur la base de la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs :

" (...)

Bien que ce produit ne soit pas un jouet, je considère que ce produit est conçu de telle manière qu'il soit attractif pour des enfants à des fins ludiques et que, dès lors, ce produit doit atteindre un niveau de sécurité comparable à celui de la norme EN71-sécurité des jouets".

D'après les résultats de notre enquête, il apparaît que ce produit ne satisfait pas aux exigences du point 3.2.2.2. de la norme EN71-1 sécurité des jouets : partie 1 : propriétés mécaniques et physiques.

Dès lors, le produit ne répond pas à l'obligation générale de sécurité de la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs.

Je vous prie de bien vouloir me faire connaître les mesures que vous allez prendre afin de régulariser cette situation.

Dans l'attente d'une réaction de votre part avant le 31 août 1999, je mets en oeuvre la procédure afin de retirer le produit du marché et d'interdire la mise sur le marché sur base de la loi précitée".

4. Par lettre du 26 août 1999, la demanderesse a répondu ce qui suit :

" Je note dès à présent que vous reconnaissez que le produit «PINGU» n'est pas un jouet mais que vous estimez que la norme EN 71 (sécurité des jouets) lui est applicable.

Ma cliente s'étonne vivement de la similitude que vous faites entre le dessert glacé «PINGU» et les jouets destinés à des enfants de moins de trois ans.

En effet, la norme EN71 - en son point 3.2.2.2. est applicable aux enfants de moins de trois ans.

Le produit "PINGU" est en réalité un «impulse», c'est-à-dire un produit à consommer sur place dans des endroits tels que des campings, plaines de jeux, plaines de sports, piscines, etc., destinés à des enfants plus âgés.

En toute logique, un enfant de moins de trois ans ne pourrait tenir d'une main un récipient d'une température de -15° à -20° et de l'autre une cuillère lui permettant de manger la glace contenue.

En outre, vous aurez vraisemblablement été informés que toutes précautions ont été prises avant de mettre ce produit sur le marché.

Vous aurez constaté qu'est imprimée sur la casquette du "PINGU" ainsi que sur la boîte d'emballage, la mention selon laquelle le produit ne peut être donné à des enfants de moins de trois ans.

Enfin, il y a dans le commerce bon nombre de produits similaires au produit "PINGU" et qui porte également la même mention.

Certains de ces produits qui renferment des gadgets ou petits jouets (type "KINDER") me semblent d'ailleurs bien plus dangereux que le "PINGU".

Ils sont pourtant en vente libre puisqu'ils portent également la mention "ne pas donner aux enfants de moins de trois ans".

Dans ce contexte, il n'y a à mon sens, pas lieu d'interdire la vente "PINGU".

Cette interdiction pourrait d'ailleurs être considérée comme étant discriminatoire ...".

5. Le 1er septembre 1999, le service sécurité des produits du ministère des Affaires économiques a demandé un avis à la Commission de la sécurité des consommateurs à propos de "la coupe de crème glacée "PINGU" de la marque "MIO".

Dans cette demande, le service en cause a précisé que, bien que le produit ne soit pas à considérer comme un jouet, il considérait que, pour satisfaire à l'obligation générale de sécurité de la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs, le niveau de sécurité devait être comparé à celui prévu par la norme NEN 71-1 concernant la sécurité des jouets.

En ce qui concerne la mention "Interdit aux enfants de moins de trois ans" et l'avertissement selon lequel "le nez de la figurine peut se détacher. Ne convient pas aux enfants de moins de 36 mois", le service précité a fait valoir que l'avertissement sur la casquette ne mentionne aucune raison, que l'avertissement sur la boîte ne peut être lu par l'utilisateur final du fait que les coupes de crème glacée sont vendues dans le commerce de détail (vendeur de glace) sans cette mention et que le produit est manifestement destiné aux enfants de moins de 36 mois du fait que la figurine "PINGU" est issue d'un film d'animation qui est destiné à cette catégorie de téléspectateurs.

6. Le 30 novembre 1999, la commission de la sécurité des consommateurs s'est réunie et a entendu les représentants de la demanderesse.

Le 13 décembre 1999, la commission de la sécurité des consommateurs a émis l'avis suivant :

" Vu la demande d'avis du Ministère des Affaires économiques du 1^{er} septembre 1999;

Vu la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs;

Vu la norme NBN-EN 71-1 relative à la sécurité des jouets - Propriétés mécaniques et physiques notamment :

6.2. "les jouets pouvant être dangereux pour des enfants de moins de 36 mois doivent porter un marquage, par exemple : "ne convient pas aux enfants de moins de 36 mois" avec une brève indication, qui peut aussi apparaître dans les notices d'emploi, sur les risques spécifiques amenant à cette restriction.

Ce marquage ne s'applique pas aux jouets qui, du fait de leur fonction, leurs dimensions, caractéristiques, propriétés ou autres motifs valables ne conviennent pas aux enfants de moins de 36 mois".

Vu la norme NBN EN 71-6 relative à la sécurité des jouets - symbole d'avertissement graphique pour indiquer la catégorie d'âge;

Vu le procès-verbal de la réunion de la Commission de la sécurité des consommateurs tenue le 30 novembre 1999 et au cours de laquelle les représentants de la firme MIO ont été entendus;

Considérant que, en vertu de la Directive 88/378/CEE relative à la sécurité des jouets, la coupe de crème glacée ne doit pas être considérée comme un jouet mais qu'elle est attirante pour les enfants (aussi pour ceux de moins de 3 ans) et invite les enfants à jouer (échange de la casquette);

Considérant que le produit, qui selon les producteurs ne convient pas aux enfants de moins de 3 ans, représente le personnage «PINGU» issu d'un dessin animé qui s'adresse précisément aux enfants de cet âge et valorise donc le caractère attrayant du personnage pour cette catégorie d'âge;

Considérant que le nez se détache facilement;

Considérant que l'avertissement sur la casquette n'indique pas les risques spécifiques amenant à cette restriction;

Considérant que l'avertissement indiqué sur la boîte ne peut pas être lu par le consommateur final étant donné que les coupes de crème glacée sont vendues séparément dans le commerce de détail (marchand ambulant);

Considérant que le risque (danger d'étouffement pour les enfants de moins de 36 mois) que présente la coupe de

crème glacée n'est pas immédiatement perceptible par le consommateur;

Considérant que le produit en question est vendu dans différents états membres européens;

Considérant que le produit est également introduit sur le marché belge par un autre fabricant, à savoir UNILEVER, de sorte qu'une interdiction de mise sur le marché belge du produit sous sa forme actuelle aurait un caractère discriminatoire;

Considérant que des essais ont été effectués en laboratoire pour coller le nez de la figurine. Les différentes sortes de colle utilisées ne permettent pas de fixer suffisamment le nez au reste de la figurine;

La Commission de la sécurité des consommateurs émet l'avis suivant :

Le produit faisant l'objet du présent avis, ainsi que les produits semblables mis sur le marché par d'autres fabricants, doivent non seulement porter le marquage «Interdit aux enfants de moins de 3 ans» mais doivent en outre indiquer, de manière lisible, visible et indélébile, le risque amenant à cette restriction «avertissement : le nez du personnage peut se détacher - Danger d'étouffement»";

7. Cet avis a été transmis le 18 janvier 2000 à la Ministre de la Protection de la Consommation et le 17 avril 2000 au conseil de la demanderesse.

8. La demanderesse a précisé que dès qu'elle avait été en possession de l'avis de la Commission de la sécurité des consommateurs, elle avait ajouté aux mentions préexistantes sur la casquette du personnage PINGU, soit "interdit aux enfants de moins de trois ans" la précision suivante : "le nez de «PINGU» peut se décoller - danger d'étouffement".

9. Un arrêté royal a été pris le 7 mai 2000 "portant retrait et interdiction de la mise sur le marché des coupes de crème glacée de la marque «MIO», modèle «PINGU»" rédigé comme suit :

" Vu la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs notamment l'article 4,

Considérant que les coupes de crème glacée de la marque «MIO», modèle «PINGU», n'offrent pas les garanties de sécurité que le consommateur peut attendre.

Considérant que ce produit valorise le caractère attractif du personnage «PINGU» pour des enfants de moins de trois ans.

Considérant que le nez de ce produit peut se détacher sans effort et que des enfants de moins de trois ans peuvent s'étouffer en avalant ce nez;

Considérant que la mise sur le marché de ce produit doit être interdite explicitement;

Vu l'avis de la Commission de la Sécurité des consommateurs donné le 13 décembre 1999;

Sur la proposition de Notre Ministre de la Protection de la consommation,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1er. La mise sur le marché des coupes de crème glacée de la marque «MIO» modèle «PINGU» est interdite.

Article 2. Le produit visé à l'article 1er doit être retiré du marché.

Article 3. le présent arrêté entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

Article 4. Notre ministre ayant la consommation dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté".

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cet arrêté royal a été publié au Moniteur belge le 24 juin 2000 et porté à la connaissance du conseil de la demanderesse par lettre du 29 juin 2000.

11. La partie adverse affirme avoir "notifié officiellement à la Commission européenne qu'elle avait décidé d'interdire le «PINGU» sur le territoire belge (...) en vue d'informer les partenaires de l'Union européenne de ce qu'un produit présente des anomalies du point de vue de la sécurité".

Elle produit également une note dont il ressort qu'en Autriche, le même produit a été considéré comme

"dangereux pour la santé en raison du bec facilement détachable qui peut être cause d'étouffement. Il a été retiré du marché dans toute l'Autriche";

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant qu'en vue de justifier le risque de préjudice grave, difficilement réparable, la requérante fait valoir qu'elle est exposée à un préjudice d'ordre pécuniaire, à un préjudice touchant à l'organisation de ses stocks et à sa structure financière, à un préjudice lié au risque de retrait de la licence que lui a accordée la BMC-LICENSING, et à un préjudice d'ordre commercial;

Considérant qu'aux fins d'établir le risque de préjudice d'ordre pécuniaire, la requérante fait valoir que l'application de l'acte attaqué la met dans l'impossibilité d'écouler sur le marché un important volume de produits finis qu'elle détient en stock et qu'elle évalue à la somme approximative d'un million; qu'elle affirme que ces produits étant par définition périssables, ils seraient à jamais perdus si elle devait attendre le prononcé d'un arrêt d'annulation de l'acte attaqué; qu'elle ajoute que force lui a été d'enjoindre aux distributeurs de ne pas vendre les produits litigieux, ce qui l'expose à des actions en remboursement;

Considérant qu'en vue d'établir le risque de préjudice touchant à l'organisation de ses stocks et à sa structure financière, la requérante fait valoir que l'application de l'acte attaqué perturbe la gestion de ses

stocks au point de menacer sa structure financière déjà affectée par le chiffre d'affaires déplorable qu'elle a réalisé durant la saison du fait des mauvaises conditions climatiques;

Considérant qu'en vue d'établir le risque de préjudice lié au retrait de sa licence, la requérante affirme que l'article 5 de la convention de licence combiné avec l'annexe 1 l'oblige à un tirage minimum des produits de licence d'un montant de 300.000 francs par mois et qu'en cas de méconnaissance de cette obligation, la société BMC est autorisée, en application de l'article 6 de la même convention, à résilier unilatéralement le contrat et à lui réclamer des dommages et intérêts, sans préjudice des actions judiciaires en résolution et dommages intérêts qu'elle pourrait également intenter;

Considérant qu'en vue d'établir le risque de préjudice d'ordre commercial, la requérante soutient qu'elle va devoir avertir tous ses clients de ce que le produit incriminé est retiré du marché, ce qui ne manquera pas de lui valoir un discrédit que ne pourra réparer l'allocation d'éventuels dommages et intérêts; qu'elle ajoute que la suspension de l'acte attaqué se justifie d'autant plus que la commission de sécurité des consommateurs a déjà considéré dans un avis du 13 décembre 1999 que la seule adjonction de la mention "Avertissement : le nez du personnage peut se détacher - Danger d'étouffement" suffit à garantir la sécurité des consommateurs;

Considérant que la partie adverse fait observer que les préjudices dont se prévaut la requérante sont d'ordre financier, que de tels préjudices sont par nature toujours réparables après éventuel arrêt d'annulation, réserve faite du cas dans lequel ils condamneraient celui qui en est victime à la faillite ou à la déconfiture civile, que la requérante ne prétend pas et en tout cas n'établit pas que l'acte attaqué la contraindrait à la

faillite, qu'elle est en mesure de fabriquer et de commercialiser d'autres produits que ceux qui font l'objet de l'acte attaqué et que ses stocks ne sont pas en péril puisque les produits visés ne seront périmés qu'en juin 2002; qu'elle ajoute que la requérante n'est pas recevable à se prévaloir de la lenteur de la procédure en annulation en vue d'établir le risque de préjudice grave et difficilement réparable et affirme que le risque de résiliation de la convention de licence au tort de la requérante est d'autant moins établi dans le cas d'espèce que celle-ci pourrait se prévaloir de la force majeure pour justifier la non exécution de ses obligations, qu'elle soutient encore que la requérante elle-même reconnaît que si sa structure financière est menacée, on ne peut y voir la conséquence directe de l'acte attaqué, mais celle de mauvaises conditions climatiques; que la partie adverse conclut que le risque de préjudice allégué n'est ni grave ni difficilement réparable;

Considérant qu'"à titre éminemment subsidiaire", la partie adverse observe encore que les préjudices allégués par la requérante sont dérisoires par rapport au préjudice qui résulterait de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, laquelle créerait un danger beaucoup plus important pour les enfants;

Considérant que le préjudice allégué par la requérante est d'ordre essentiellement financier; qu'un tel préjudice est par nature réparable, réserve faite du cas, qui n'est ni établi ni même allégué en l'espèce, où il prend une proportion telle qu'il menace celui qui s'en dit victime de faillite ou de déconfiture ou l'oblige, à tout le moins, à cesser la majeure partie de ses activités lucratives; que la requérante ne fournit aucune donnée chiffrée permettant d'apprécier ce que la perte éventuellement due à l'interdiction de la mise sur le marché du stock de coupes de crème glacée "PINGU" représente dans l'ensemble de sa production, se limitant à évaluer cette

perte à 1 million de francs; que, faute de fournir ces mêmes données chiffrées, elle rend impossible toute appréciation du risque de résiliation de la convention de licence pour défaut de vente du quota fixé, du risque de condamnation à des dommages et intérêts et du risque d'action en remboursement auxquels elle pourrait être exposée; que, dans ces conditions, le préjudice allégué ne peut être considéré comme grave et difficilement réparable;

Considérant que faute de satisfaire à l'une des conditions fixées par l'article 17, § 1er, alinéa 1er, précité, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

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

M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat, président f.f.
M. HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

P. HARMEL.

P. LEWALLE.