

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE SUSPENSION

(Article L. 521-1 du code de justice administrative)

- POUR :**
- 1/ L'association SOVAPE, dont le siège social est situé au 88, avenue des Ternes à Paris (75017), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège dûment habilité à agir en justice ;**
 - 2/ L'association FEDERATION ADDICTION, dont le siège social est situé au 9, rue des Bluets à Paris (75011), prise en la personne de son représentant légal domicilié en ce qualité audit siège dûment habilité à agir en justice ;**
 - 3/ L'association RESPADD, dont le siège social est situé au 96, rue Didot à Paris (75014), prise en la personne de son représentant légal domicilié en ce qualité audit siège dûment habilité à agir en justice ;**
 - 4/ L'association SOS ADDICTIONS, dont le siège social est situé au 30, rue Gustave Courbet à Paris (75116), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège dûment habilité à agir en justice ;**
 - 5/ L'association TABAC ET LIBERTE, dont le siège social est situé au 12, rue Henry Montaut à Toulouse (31400), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège dûment habilité à agir en justice.**

CONTRE : L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes en tant qu'il a créé les articles L. 3513-4 et L. 3515-3, I, 11° du code de la santé publique (**Prod. 1**)

Les associations SOVAPE, FEDERATION ADDICTION, RESPADD, SOS ADDICTIONS et TABAC ET LIBERTE, exposantes, défèrent, dans cette mesure, l'article 1^{er} de l'ordonnance susvisée au juge des référés du Conseil d'Etat en vue d'obtenir la suspension de leur exécution, et ce, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la légalité de la décision faisant l'objet du recours introduit au fond (**Prod. 2**).

FAITS

I. Les associations SOVAPE, FEDERATION ADDICTION, RESPADD, SOS ADDICTIONS et TABAC ET LIBERTE, exposantes, ont pour objet de prévenir les risques et les méfaits des addictions pouvant être liées au tabagisme, en ayant notamment recours à des actions d'informations publiques.

Première cause de mortalité évitable en France, le tabagisme est en effet responsable de 90% des cancers du poumon et cause 78.000 décès par an dans notre pays (Prod. 3 : Laureen RIBASSIN-MAJED, Catherine HILL, « Trends in tobacco-attributable mortality in France », *The European Journal of Public Health*, May 9, 2015).

I-2 Au cours de ces dernières années, il a été constaté que de très nombreux fumeurs – 400.000 en France et entre 6 et 9 millions au sein de l'Union européenne – avaient réussi à arrêter leur consommation de tabac en ayant recours à la cigarette électronique, encore appelée e-cigarette ou vaporisateur (Prod. 4 : Résultats du Baromètre de santé INPES 2014, « Premiers résultats tabac et e-cigarette : caractéristiques et évolutions récentes », pp. 9 et 10 ; Prod. 5 : Konstantinos E. FARSALINOS *et al.*, « Electronic cigarette use in the European Union : analysis of a representative sample of 27 460 Europeans from 28 countries », *Addiction*, 2016).

Ce nouveau produit, dont la consommation s'est fortement répandue en Europe, fonctionne « à l'électricité sans combustion, [et est] destiné à simuler l'acte de fumer du tabac. Il produit un brouillard de fines particules, appelé communément "vapeur" ou "fumée artificielle", ressemblant visuellement à la fumée produite par la combustion du tabac. Cette "vapeur" peut être aromatisée (arôme de tabac, de menthe, de fruits, de chocolat, etc.) et contenir ou non de la nicotine » (Prod. 6 : Office français de prévention du tabagisme, « Rapport et avis d'experts sur l'e-cigarette », mai 2013, p. 28).

I-3 A ce jour, rien ne permet de démontrer que la cigarette électronique représente un risque pour la santé de l'utilisateur ou de son entourage.

A l'inverse, ainsi que le reconnaît l'Office français de prévention du tabagisme aux termes de son rapport précité, il est désormais établi que l'e-cigarette est un produit présentant des dangers « *infiniment moindres* » que la cigarette (Prod. 6, p. 72).

C'est fort de ce constat que les associations requérantes, à l'instar de nombreux professionnels de santé, considèrent les produits du vapotage comme un instrument indispensable à la prévention des risques liés au tabagisme.

I-4 Le 3 avril 2014, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2014/40/EU relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits de tabac et des produits connexes.

L'article 20, paragraphe 5, de cette directive invite les Etats à veiller notamment à ce que soit interdite toute « *communication commerciale* » ayant pour but ou pour effet, direct ou indirect, de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge.

Aux termes du I, 1° de l'article 216 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, le gouvernement a été autorisé, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires à la transposition de la directive 2014/40/EU précitée.

II. Par une ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016, le gouvernement a ainsi procédé à cette transposition et a apporté des modifications substantielles au code de la santé publique.

En particulier, son article 1^{er} prévoit que :

« *Le titre Ier du livre V de la troisième partie du code de la santé publique est remplacé par les dispositions suivantes :*

"Titre Ier

LUTTE CONTRE LE TABAGISME

Chapitre Ier
Information et prévention [...]

Art. L. 3513-4. – La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est interdite.

Ces dispositions ne s'appliquent pas :

1° Aux publications et services de communication en ligne édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs des produits du vapotage, réservés à leurs adhérents, ni aux publications professionnelles spécialisées dont la liste est établie par arrêté ministériel signé par les ministres chargés de la santé et de la communication ; ni aux services de communication en ligne édités à titre professionnel qui ne sont accessibles qu'aux professionnels de la production, de la fabrication et de la distribution des produits du vapotage ;

2° Aux publications imprimées et éditées et aux services de communication en ligne mis à disposition du public par des personnes établies dans un pays n'appartenant pas à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, lorsque ces publications et services de communication en ligne ne sont pas principalement destinés au marché communautaire ;

3° Aux affichettes relatives aux produits du vapotage, disposées à l'intérieur des établissements les commercialisant et non visibles de l'extérieur.

Toute opération de parrainage ou de mécénat est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur de produits du vapotage. [...]

Art. L. 3515-3.-I. – Est punie de 100 000 euros d'amende : [...]

11° Toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage en méconnaissance de l'interdiction prévue à l'article L. 3513-4 ; »

Les articles L. 3513-4 et L. 3515-3-1 introduits dans le code de la santé publique par l'article 1^{er} de l'ordonnance précitée du 19 mai 2016 ont donc pour effet d'interdire toute publicité, mais également, et beaucoup plus largement, toute propagande en faveur des produits du vapotage sous peine d'encourir une amende de 100.000 euros.

Ce sont les dispositions dont la suspension est sollicitée, étant précisé que l'ordonnance du 19 mai 2016, qui a fait l'objet d'une publication au *Journal officiel* le lendemain (*JORF*, n° 0116, texte n° 27), n'a pas encore été ratifiée par le Parlement et revêt donc, à la date d'introduction du présent recours, une valeur réglementaire.

DISCUSSION

Sur l'intérêt à agir des associations exposantes

III. A titre liminaire, l'intérêt à agir des associations exposantes est incontestable dès lors que, ainsi qu'il a été précisé précédemment, celles-ci ont toutes pour objet de prévenir les risques et les méfaits des addictions, dont celles liées au tabagisme, notamment par le biais d'actions d'informations publiques.

Ainsi, l'article 2 des statuts de l'association SOVAPE prévoit, entre autres, que celle-ci a pour objet « *"d'agir et dialoguer" auprès des autorités, des professionnels de la santé, du tissu associatif, des acteurs économiques, des médias et de l'opinion publique pour défendre la réduction des risques et des méfaits du tabagisme dans les politiques publiques* » (Prod. 7).

De même, l'article 2 des statuts de l'association FEDERATION ADDICTION prévoit que celle-ci a notamment pour but de « *constituer un réseau de professionnel, accompagnant les usagers dans une approche médico psycho sociale et transdisciplinaire des addictions* » et de « *bâtir une expertise pour interpeller la société, grâce à sa capacité à mobiliser ses adhérents, à un dialogue permanent entre théorie et terrain, et à son implication dans les travaux menés dans le champ des addictions* » (Prod. 7).

L'article 2 des statuts de l'association RESPADD précise que celle-ci « *a pour objet, par tous moyens, d'inciter [ses] membres à promouvoir la prévention du tabagisme et des pratiques addictives au sein des établissements de santé et à favoriser la prise en charge des fumeurs et des addictions ainsi que l'éducation à la santé selon les méthodes scientifiquement reconnues* » (Prod. 7).

L'association SOS ADDICTION s'est pour sa part notamment fixée pour objet, aux termes de l'article 3 de ses statuts, d'« *alerter et d'éclairer l'opinion publique sur l'évolution des usages et comportements addictifs ; développer la recherche clinique en addictologie ; et diffuser des solutions de prévention, de réduction des risques et de soin des addictions* » (Prod. 7).

Enfin, aux termes de l'article 2 de ses statuts, l'association TABAC ET LIBERTE a pour but « *d'informer sur les addictions : tabagisme, cannabis et poly consommation des drogues licites et illicites ; de promouvoir et améliorer la politique de prévention et de traitement de ces addictions ; de proposer une information et une formation continue adaptée à chaque professionnel de santé, tout en assurant la compétence d'un réseau ; de faciliter l'accessibilité à l'information et à la formation par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication ; de participer à toutes actions de promotion de la santé (citoyens, scolaires, salariés...)* » (Prod. 7).

Or, ainsi qu'il le sera démontré (v., en particulier, point VII), les dispositions litigieuses de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 mai 2016 ont notamment pour effet de décourager toute action d'information visant les fumeurs majeurs souhaitant arrêter leur consommation de tabac par le recours aux produits du vapotage.

Dans ces conditions, l'intérêt à agir des associations exposantes est établi.

Sur l'urgence

IV. Les associations exposantes entendent démontrer que la condition d'urgence exigée par l'article L. 521-1 du code de justice administrative est satisfaite.

IV-1 A titre liminaire, il doit d'emblée être précisé qu'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 précité, à obtenir la suspension de dispositions issues d'une ordonnance prise par le gouvernement sur le fondement de l'article 38, et non encore ratifiée par le Parlement, est bien recevable (v. par ex. : CE, JR, 16 octobre 2015, n° 393.588, s'agissant d'un référé suspension introduit à l'encontre de l'ordonnance n° 2015-299 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ayant pour objet de transposer la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014).

IV-2 S'agissant ensuite de la caractérisation de l'urgence, celle-ci justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque son exécution porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un **intérêt public**, à la **situation du requérant** ou **aux intérêts qu'il entend défendre** (CE, Sect., 19 janv. 2001, *Conféd. nat. des radios libres*, n° 228.815, publié au recueil).

A cet égard, il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue (CE, Sect., 28 févr. 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Sté Sud-Est assainissement*, n^{os} 229.562, 229.563 et 229.721, publié au recueil).

L'urgence s'apprécie ainsi objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce (*Ibid.*).

En particulier, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'**une atteinte à la liberté d'expression, lorsqu'elle n'est pas raisonnablement limitée, peut, en soi, suffire à caractériser l'urgence à obtenir la suspension de l'acte administratif contesté** (v., par ex : CE, JR, 19 mars 2003, n° 254.524 : condition d'urgence non satisfaite en l'espèce compte tenu de « *l'objet limité* » de l'atteinte portée à la liberté d'expression du gendarme requérant).

Par ailleurs, la condition d'urgence est également réputée remplie lorsque l'acte administratif litigieux a pour effet d'**empêcher le requérant de participer à un évènement public imminent** (v. par ex : CE, JR, 24 novembre 2015, n° 394.200).

De même, l'urgence est systématiquement admise quand l'acte administratif dont il est demandé la suspension **a pour effet de mettre en cause l'existence même d'une association** (v. par ex, pour un rappel récent : CE, JR, 30 mars 2016, n° 397.890).

IV-3 En l'espèce, les dispositions dont il est demandé la suspension prévoient notamment l'interdiction de toute publicité ou propagande, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage sous peine d'encourir une amende de 100.000 euros.

IV-3.1 Or, et tout d'abord, de telles dispositions ont pour effet de porter une atteinte grave et immédiate à la situation des associations requérantes.

IV-3.1.1 Premièrement, et ainsi qu'il le sera plus amplement démontré au point VII, les dispositions litigieuses, en interdisant non seulement toute publicité, mais également toute « propagande » directe ou indirecte en faveur des produits du vapotage, ont aussi pour conséquence de prohiber toute forme de communication non-commerciale présentant sous un jour favorable les cigarettes électroniques.

De sorte que **la liberté d'expression des associations requérantes se voit ainsi considérablement restreinte.**

En effet, celles-ci se voient dissuadées de communiquer des informations relatives à l'intérêt de la cigarette électronique dans la lutte contre le tabagisme, notamment lors du mois sans tabac prévu en novembre 2016 (Prod. 8 : Sovape, « Projet pour le mois sans tabac »).

Elles sont ainsi contraintes de retirer de leurs sites internet tout article susceptible de tomber sous le coup de cette interdiction, à l'instar de nombreux professionnels ayant fermé leurs pages dédiées à ce produit sur les réseaux sociaux (Prod. 9).

De même, **elles sont obligées de renoncer à différents projets :**

- Ainsi en va-t-il, par exemple, du « Sommet de la Vape », conférence annuelle dont la dernière édition s'est tenue le 9 mai 2016 et qui nécessite d'ores et déjà de mobiliser différentes ressources pour assurer sa bonne tenue en 2017 (réservation des locaux, invitation et défraiement des experts invités, etc) ;
- Ainsi en va-t-il, également, de la mise en place d'un service intitulé « Vape Info Service » destiné à répondre à toutes questions relatives à la cigarette électronique et dont la phase de démarrage devait avoir lieu en octobre 2016 (Prod. 10 : Présentation du projet « Vape info service »).

IV-3.1.2 Deuxièmement, et toujours s'agissant de l'atteinte grave et immédiate portée à la situation des associations requérantes, il doit être souligné que **l'association SOVAPE se voit menacée dans son existence même.**

Compte tenu, en effet, de son objet particulier visant expressément à promouvoir le recours aux cigarettes électroniques comme méthode permettant de diminuer et d'arrêter sa consommation de tabac, les différentes actions menées par cette association pourraient en effet être considérées comme une forme de « propagande », au sens des dispositions litigieuses, et être ainsi passibles d'une amende de 100.000 euros .

C'est donc bien la raison d'être et, par conséquent, la survie même de l'association SOVAPE, qui se voit immédiatement remise en question.

IV-3.1.3 Troisièmement, et plus généralement, les dispositions litigieuses ont encore pour effet de porter une atteinte grave et immédiate à la situation des associations requérantes en ce qu'elles les **placent dans une situation d'insécurité juridique certaine.**

En effet, le fait, pour celles-ci, de continuer à communiquer publiquement des informations relatives à l'intérêt du vapotage dans la lutte contre le tabagisme **les expose désormais à tout moment à une amende de 100.000 euros d'amende.**

Une sanction aussi lourde, si elle était effectivement prononcée, aurait ainsi pour conséquence immédiate de mettre un terme à l'existence de l'association ainsi condamnée.

IV-3.2 Par ailleurs, et ensuite, les dispositions dont il est demandé la suspension portent également **gravement et immédiatement atteinte à un intérêt public défendu par les associations requérantes, à savoir la lutte contre les méfaits du tabagisme.**

En effet, comme il le sera en particulier précisé aux point VII.6-1 et s., il est désormais solidement établi, d'une part, qu'à supposer même

qu'elle puisse comporter certains dangers pour la santé, la cigarette électronique est en tout état de cause infiniment moins nocive que la cigarette traditionnelle, et, d'autre part, que le recours au vapotage a permis à de très nombreux fumeurs de mettre un terme à leur consommation de tabac.

Or, en interdisant toute forme de publicité et de propagande, directe ou indirecte, en faveur de la cigarette électronique, les dispositions contestées ont bien pour effet de décourager toute communication relative aux avantages d'un tel produit et, par voie de conséquence, de porter atteinte à la lutte contre les méfaits du tabagisme, dont le Conseil constitutionnel a reconnu qu'elle faisait partie des « *exigences de la protection de la santé publique, qui ont valeur constitutionnelle* » (Cons. Const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, cons. 15).

IV-4 Il résulte ainsi de ce qui précède que les dispositions litigieuses ont clairement pour effet de porter une atteinte grave et immédiate à la situation des associations requérantes ainsi qu'à l'intérêt public de la lutte contre le tabagisme qu'elles entendent défendre.

L'urgence à obtenir la suspension des dispositions litigieuses est ainsi incontestable.

Sur l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées

En ce qui concerne la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution

V. En premier lieu, les dispositions contestées de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 mai 2016 sont illégales en ce qu'elles méconnaissent l'article 88-1 de la Constitution dont découle l'obligation de transposition fidèle des directives européennes.

V-1 En effet, aux termes de cet article :

« *La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.* »

De ces dispositions, le Conseil constitutionnel a déduit que :

« *La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* » (Cons. Const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, cons. 7).

Ainsi que le rappelle par ailleurs le *Guide de légistique* élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat Général du Gouvernement :

« *La transposition doit être fidèle et complète par rapport au texte de la directive éclairé par ses considérants ».*

A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a clairement jugé que la transposition en droit interne d'une directive ne pouvait aller au-delà de ce que celle-ci exige, **les interdictions qu'elle prévoit devant être textuellement reproduites** (v. par ex. : CJCE, 27 avril 1988, *Commission c. France*, aff. 252/85, § 19).

De même, lorsqu'une directive énumère les conditions de mise en œuvre d'une règle, les mesures nationales de transposition ne peuvent introduire des conditions supplémentaires (v. par ex : CJCE, 23 novembre 1989, *Parfumerie Fabrik*, aff. 150/88, § 17).

V-2 En l'espèce, le paragraphe 5 de l'article 20 de la directive 2014/40/UE du Parlement et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, prévoit que :

« 5. *Les États membres veillent à ce que :*

a) les communications commerciales dans les services de la société de l'information, dans la presse et dans d'autres publications imprimées, qui ont pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge, soient interdites, à l'exception des publications destinées exclusivement aux professionnels du commerce des cigarettes électroniques ou des flacons de recharge et des publications imprimées et éditées dans des pays tiers et non principalement destinées au marché de l'Union ;

b) les communications commerciales à la radio, qui ont pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge, soient interdites ;

c) toute forme de contribution publique ou privée à des programmes de radio ayant pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge soit interdite ;

d) toute forme de contribution publique ou privée à un événement, à une activité ou en faveur d'un individu ayant pour but ou pour effet direct ou indirect de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge et concernant plusieurs États membres ou se déroulant dans plusieurs États membres ou ayant d'autres effets transfrontaliers soit interdite ;

e) les communications audiovisuelles commerciales relevant de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil (19) soient interdites pour les cigarettes électroniques et les flacons de recharge. »

Il résulte ainsi du texte même de cet article que le législateur européen a entendu se limiter, en adoptant cette directive, à interdire **toute publication d'information à vocation commerciale** portant sur les produits du vapotage et ce, afin de mettre un terme aux disparités entre les pratiques et les droits nationaux en matière de publicité et de parrainage pour cigarettes électroniques, lesquelles « *font obstacle à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services, et constituent un risque non négligeable de distorsion de la concurrence* » (cons. 43 de la directive 2014/40/UE).

Or, les dispositions contestées de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 prévoient, pour leur part, que :

« La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est interdite.

Ces dispositions ne s'appliquent pas :

1° Aux publications et services de communication en ligne édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs des produits du vapotage, réservés à leurs adhérents, ni aux publications professionnelles spécialisées dont la liste est établie par arrêté ministériel signé par les ministres chargés de la santé et de la communication ; ni aux services de communication en ligne édités à titre professionnel qui ne sont accessibles qu'aux professionnels de la production, de la fabrication et de la distribution des produits du vapotage ;

2° Aux publications imprimées et éditées et aux services de communication en ligne mis à disposition du public par des personnes établies dans un pays n'appartenant pas à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, lorsque ces publications et services de communication en ligne ne sont pas principalement destinés au marché communautaire ;

3° Aux affichettes relatives aux produits du vapotage, disposées à l'intérieur des établissements les commercialisant et non visibles de l'extérieur.

Toute opération de parrainage ou de mécénat est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur de produits du vapotage. »

Ces dispositions, en prévoyant non seulement l'interdiction de la publicité mais également **de toute « propagande »** en faveur des produits du vapotage **vont bien au-delà des objectifs de la directive 2014/40/UE**.

En effet, si la notion de « publicité » renvoie sans ambiguïté à toute forme de promotion commerciale, la « propagande », pour sa part, doit s'entendre, **beaucoup plus largement**.

Selon la définition qu'en donne le Larousse (version en ligne), celle-ci consiste ainsi en une « **action systématique exercée sur l'opinion pour lui faire accepter certaines idées ou doctrines, notamment dans le domaine politique ou social** ».

Dès lors, le recours à ce terme, bien plus général que celui de publicité, a nécessairement pour effet d'**empêcher toute forme de communication, y compris non commerciale**, en faveur du vapotage.

C'est d'ailleurs déjà ce que relevait le professeur Jean-Christophe GALLOUX s'agissant de la législation interdisant toute publicité ou propagande en faveur du tabac, lorsqu'il écrivait, aux termes d'un article paru en 1998, que :

*« On peut observer que la **définition extensive donnée de la propagande ou de la publicité par le texte français, puisqu'elle vise aussi bien la propagande que la publicité directe ou indirecte dans les conditions de l'art. 355-26, va bien au-delà de la définition couramment adoptée pour le terme publicité.***

L'interdiction de la publicité indirecte va très loin, comme le prouvent les jurisprudences récentes en la matière (...).

*On peut à bon droit en déduire que **ce n'est pas strictement la publicité commerciale qui est visée mais également une grande partie du débat d'intérêt public sur la consommation de tabac qui se trouve ainsi interdit.***

*Il est permis par exemple de citer toute publicité comparative sur les effets de tel ou tel produit, la publication de toute étude sur les différents types de consommation... **Tout un pan du débat général sur le tabagisme se trouve ipso facto évacué du forum public** ». (J.-C.. GALLOUX, « Le tabac est-il interdit d'expression en France », Recueil Dalloz, 1998, p. 613).*

La crainte relayée par le professeur GALLOUX est d'autant plus fondée en l'espèce que, ainsi que cela sera développé aux points VII-6.1 et s., il est désormais solidement établi, **d'une part**, que le vapotage a des effets infiniment moins nocifs que ceux du tabac et, **d'autre part**, que le recours à la cigarette électronique peut constituer un moyen

efficace pour diminuer, ou arrêter sa consommation de cigarettes traditionnelles.

V-3 Ainsi, en ne se bornant pas à interdire la publicité commerciale en faveur du vapotage, mais en prohibant également toute forme de « propagande », laquelle recouvre également la communication non-commerciale – et notamment purement informative –, les dispositions contestées de l'article 1^{er} de l'ordonnance vont bien au-delà de ce que prévoit la directive 2014/40/UE.

Dès lors, elles ont été adoptées en méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution d'où découle l'obligation de transposition fidèle d'une directive européenne.

De ce premier chef, la suspension des dispositions contestées s'impose.

En ce qui concerne la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, du principe de clarté de la loi, du principe de sécurité juridique ainsi que de celui de la légalité des délits et des peines

VI. En deuxième lieu, les dispositions litigieuses de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 mai 2016 sont également illégales en ce qu'elles portent atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, au principe de clarté de la loi, au principe de sécurité juridique ainsi qu'à celui de légalité des délits et des peines.

VI-1 En effet, en droit, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi constituent un objectif de valeur constitutionnelle (Cons. Const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, cons. 13).

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs jugé que :

« Le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des

droits de l'homme et du citoyen de 1789, imposent [au législateur], afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (Cons. Const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, cons. 9).

C'est ainsi, par exemple, qu'il censure des dispositions « ambiguë[s] » (Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, parag. 12) ou imprécises et pouvant donner lieu à plusieurs interprétations (par ex : Cons. Const., 10 juillet 1985, décision n° 85-191 DC, cons. 5).

De plus, le Conseil d'Etat a rappelé, aux termes de son Rapport public de l'année 2006 que :

« Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable.

Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles. » (Rapport 2006, p. 281).

VI-2. En outre, et toujours en droit, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que :

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

Le Conseil constitutionnel a jugé à cet égard que :

« [I]l résulte de ces dispositions que le législateur est tenu de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ;

Que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions » (v. par ex. :

Cons. Const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, cons. 10 ; v. également : Cons. Const., 18 janvier 1985, n° 84-183 DC, cons. 12).

VI-3 En l'espèce, ainsi qu'il a été rappelé précédemment, les dispositions litigieuses prévoient notamment que :

« Art. L. 3513-4. – La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est interdite [...] »

Est punie de 100 000 euros d'amende : [...]

11° Toute propagande ou publicité, directe, ou indirecte, en faveur des produits du vapotage en méconnaissance de l'interdiction prévue à l'article L. 3513-4. »

Or, force est de constater que si le terme « publicité » renvoie très clairement, ainsi qu'il a été dit au point V, à toute communication à visée commerciale, celui de « propagande », pour sa part, ne fait l'objet d'aucune définition juridique précise.

Nul doute que l'emploi de ce terme par les dispositions contestées ne constitue pas une simple redondance par rapport à la notion de publicité, et qu'il doit être compris comme revêtant une portée beaucoup plus large, ainsi que souligné précédemment.

Pour autant, en l'absence de toute définition, le recours à cette notion de « propagande » dont il est précisé au surplus qu'elle peut être « directe ou indirecte », ne permet certainement pas aux citoyens de « déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable », selon la formule employée par le Conseil d'Etat (Rapport de 2006 précité).

Ainsi par exemple, compte tenu de l'ambiguïté de ce terme, il est notamment impossible à un professionnel de santé de savoir avec certitude s'il peut, ou non, évoquer publiquement l'intérêt du vapotage pour les fumeurs souhaitant réduire ou arrêter leur consommation de tabac.

De même, et toujours à titre d'illustration, le caractère équivoque et imprécis de cette notion ne permet pas davantage de savoir si elle est

ou non de nature à recouvrir le témoignage d'un ancien fumeur ayant arrêté sa consommation de tabac grâce au vapotage.

Une telle ambiguïté, source d'insécurité juridique, est d'autant plus grave que la méconnaissance de l'interdiction ainsi posée est passible d'une amende extrêmement lourde de 100.000 euros.

VI-4 Il résulte ainsi de ce qui précède que, compte tenu de l'absence de toute définition juridique du terme « propagande » et de son caractère à tout le moins imprécis, les dispositions contestées méconnaissent bien l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le principe de clarté de la loi, le principe de sécurité juridique ainsi que celui de légalité des délits et des peines.

De ce chef, encore, leur suspension est acquise.

En ce qui concerne la méconnaissance du droit à la liberté d'expression et de communication

VII. En troisième lieu, les dispositions attaquées de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 mai 2016 sont encore entachées d'illégalité, en ce qu'elles méconnaissent le droit à la liberté d'expression et de communication garanti tant par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

VII-1 En effet, en droit, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel juge de manière constante que :

- D'une part, « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* » (v. par ex : Cons. Const., 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, cons. 5 ; Cons. Const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, cons. 5 ; Cons. Const., 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, cons. 6 ; Cons. Const., 11 octobre 1984, n° 84-181 DC, cons. 37).
- D'autre part, « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (v. par ex : Cons. Const., 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC, cons. 30 ; Cons. Const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, cons. 3 ; Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 QPC, cons. 15).

Contribuant à « *la clarté du débat démocratique* » et au « *respect du principe de prééminence du droit* » (Michel VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, juin 2012), la liberté d'expression et de communication a vocation à bénéficier tant aux personnes privées qu'aux personnes morales, dont les associations (v. par ex : Cons. Const., 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, cons. 7).

Le Conseil constitutionnel a en outre également expressément admis que la publicité participe de la liberté d'expression constitutionnellement protégée (Cons. Const., 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC, cons. 31 ; Cons. Const., 29 juillet 1994, n° 94-345 DC, cons. 10).

VII-2 Par ailleurs, et encore en droit, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des 12 13 mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »*

VII-2.1 Sur le fondement de ces stipulations, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que :

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.

*Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, **elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent** : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" » (CEDH, 23 avril 2015, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, n^{os} 21279/02 et 36448/02, § 45).*

La Cour de Strasbourg a également considéré que le bénéfice de l'article 10 de la Convention vaut aussi bien pour une personne physique que pour une personne morale (CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, n^o 12726/87, § 47).

De plus, elle a précisé que :

« [Les informations à caractère commercial] ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10 § 1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression » (CEDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GMBH et Klaus Beermann c. Allemagne*, n^o 10572/83, § 26).

La Cour a encore jugé sur ce point que :

« L'article 10 garantit la liberté d'expression à "toute personne"; **il ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché** (...); une différence de traitement à cet égard pourrait, le cas échéant, tomber sous le coup de l'article 14 » (CEDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, n° 15450/89, § 35).

VII-2.2 En outre, et s'agissant des restrictions pouvant éventuellement être apportées à la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle également de manière constante que :

« Telle que la consacre l'article 10, [la liberté d'expression] est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une **interprétation étroite**, et **le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante** (...)

L'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 § 2, implique un **"besoin social impérieux"**.

Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. » (CEDH, 23 avril 2015, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., § 45).

En particulier, elle a précisé que :

« L'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans deux domaines : celui du discours politique et **celui des questions d'intérêt général**.

Partant, **un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général** » (CEDH, 23 avril 2015, *Morice c. France*, n° 29369/10, § 125 ; v. également, en ce sens : CEDH, 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, n° 58148/00, § 43 et s.).

Il résulte de ce qui précède que, **dès lors qu'une information relève d'un sujet d'intérêt général, les restrictions apportées à la liberté d'expression ne sauraient, en principe, être admises, et ce, alors même**

que cette information aurait pour effet indirect de générer un effet publicitaire prohibé.

Ainsi par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment jugé, s'agissant d'un vétérinaire sanctionné disciplinairement à la suite de la parution d'un article de presse traitant de l'absence, à Hambourg, d'un service de nuit vétérinaire et, par ailleurs, particulièrement élogieux à l'égard de la clinique du requérant, que :

« Il se peut que ces informations aient eu un effet publicitaire pour la clinique du Dr Barthold et aient embarrassé des collègues, mais en l'occurrence un tel effet se révèle fort accessoire au regard du contenu principal de l'article comme de la nature de la question à soumettre au grand public.

L'injonction du 24 janvier 1980 ne ménage pas un juste équilibre entre les deux intérêts en jeu : pour la cour d'appel hanséatique, il y a intention d'agir à des fins de concurrence, au sens de l'article 1 de la loi de 1909, dès lors qu'elle ne s'efface pas entièrement derrière d'autres mobiles (...).

Un critère aussi rigide dans la manière d'aborder le problème de la publicité des professions libérales ne cadre pas avec la liberté d'expression.

Son application risque de décourager les membres de ces professions de contribuer à la discussion publique des questions concernant la vie de la collectivité, pour peu que pareille contribution ait des chances de passer pour produire quelque effet publicitaire. » (CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, n° 8734/79, § 58).

VII-3 De plus, et encore en droit, il doit être rappelé qu'aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne :

*« La liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] figure parmi **les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire.** »* (CJCE, 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-353/89)

La Cour de Luxembourg a également estimé que la liberté d'expression peut être invoquée à l'encontre d'une restriction ou d'une interdiction publicitaire (v. par ex. : CJCE, 23 octobre 2003, *RTL Television*, aff. C-245/0).

Par ailleurs, reprenant à son compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle a rappelé que :

*« Si le principe de la liberté d'expression est expressément reconnu par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et constitue un fondement essentiel d'une société démocratique, il résulte toutefois du libellé du paragraphe 2 de cet article que cette liberté est susceptible de faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général, pour autant que ces dérogations sont prévues par la loi, inspirées par un ou plusieurs buts légitimes au regard de ladite disposition et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi (voir arrêt du 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, Rec. p. I-3025, point 50).*

Il est constant que le pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités compétentes, s'agissant de la question de déterminer où se trouve le juste équilibre entre la liberté d'expression et les objectifs susvisés, est variable pour chacun des buts justifiant la limitation de ce droit et selon la nature des activités en jeu.

Quand l'exercice de la liberté ne contribue pas à un débat d'intérêt général et que, au surplus, on se trouve dans un contexte dans lequel les États membres ont une certaine marge d'appréciation, **le contrôle se limite à un examen du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence.**

*Il en va ainsi de l'usage commercial de la liberté d'expression, notamment dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité » (CJCE, 2 avril 2009, *Damgaard*, aff. C-421/07, § 26 et 27 ; v. également, par ex : CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, § 51).*

VII-4 Enfin, toujours en droit, et s'agissant plus particulièrement des produits du vapotage, le Conseil d'Etat a rendu un avis aux termes duquel il a estimé que :

« En l'état, les données acquises de la science ne permettent pas de considérer que l'usage de la cigarette électronique représente un risque avéré pour la santé de l'utilisateur ou d'autrui et de justifier des mesures d'interdiction aussi générales que celles prévues par la loi Evin et le décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif.

Il n'existe pas en effet, à ce stade, d'éléments suffisamment probants et sérieux concernant la dangerosité de l'usage de la cigarette électronique en particulier pour autrui pour limiter son usage au même titre que la cigarette traditionnelle. » (CE, Section sociale, Avis, 17 octobre 2013, n° 387.797).

VII-5 Il résulte ainsi de ce qui précède :

- D'une part, que la liberté d'expression et de communication, qui bénéficie aux personnes morales dont les associations, trouve également à s'appliquer aux informations à caractère commercial ;
- D'autre part, que si une telle liberté peut faire l'objet de restrictions, celles-ci doivent répondre à un besoin social impérieux et être proportionnées à l'objectif poursuivi ;
- De troisième part, que dès lors qu'une information relève d'un sujet d'intérêt général, les limites apportées à la liberté d'expression ne sauraient, en principe, être admises, et ce, alors même que cette information aurait pour effet indirect de générer un effet publicitaire prohibé ;
- Enfin, que les données acquises de la science ne permettent pas de considérer que l'usage de la cigarette électronique représente un risque avéré pour la santé de l'utilisateur ou d'autrui,

de sorte que rien ne justifie des mesures d'interdiction aussi générales que celle concernant la cigarette traditionnelle.

VII-6.1 En l'espèce, ainsi qu'il a été dit, les dispositions litigieuses de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 mai 2016 interdisent la propagande ou la publicité, directe, ou indirecte, en faveur des produits du vapotage sous peine d'une amende de 100.000 euros.

Or, **aucun besoin social impérieux ne vient justifier une interdiction aussi générale et absolue.**

En effet, ainsi qu'il l'a été rappelé, le Conseil d'Etat a estimé que rien ne permet de considérer, à ce jour, que l'usage de la cigarette électronique représente un risque avéré pour la santé de l'utilisateur ou d'autrui.

A tout le moins, ainsi que le souligne l'Office français de prévention du tabagisme (OFPT) aux termes d'un rapport de mai 2013 relatif à l'e-cigarette, il est désormais clairement établi que :

*« L'e-cigarette, bien fabriquée et bien utilisée, est en elle-même **un produit qui présente des dangers infiniment moindres que la cigarette**, mais les dangers ne sont pas totalement absents » (Prod. 6, p. 72).*

Par ailleurs, ainsi que précisé aux termes de ce même rapport :

*« D'après les données disponibles, **l'exposition des non-fumeurs apparaît plus faible que celle liée au tabagisme passif car sans particules, monoxyde de carbone ou cancérigènes.** » (Prod. 6, p. 182)*

Il est ainsi incontestable que les risques pour la santé présentés par la consommation de cigarettes électroniques est incomparablement plus faible, et pour l'utilisateur, et pour autrui, que ceux générés par la consommation de tabac.

Et pourtant, **les dispositions litigieuses ont pour effet d'appliquer aux cigarettes électroniques le même régime d'interdiction générale que celui prévalant en matière de publicité pour les cigarettes traditionnelles.**

Dès lors que le degré de nocivité de ces deux produits n'est objectivement et manifestement pas comparable, une interdiction aussi générale et absolue est donc en tout état de cause **totalemment disproportionnée** par rapport à l'objectif poursuivi.

VII-6.2 Plus encore, compte tenu de leur imprécision, et de l'interprétation particulièrement large susceptible d'être donnée au terme « propagande » ainsi qu'il a été souligné précédemment, les dispositions contestées de l'article 1^{er} de l'ordonnance prise le 19 mai 2016 peuvent également avoir pour effet de dissuader toute forme de communication non commerciales, dont l'objectif n'est pas de vendre **mais bien d'informer le public, et plus particulièrement les consommateurs de tabac, sur les produits du vapotage.**

VII-6.2.1 En effet, les dispositions litigieuses sont par exemple susceptibles d'empêcher le témoignage public d'anciens fumeurs ayant arrêté la consommation de tabac en recourant aux produits du vapotage dès lors que celui-ci aurait bien pour effet indirect la promotion de tels produits.

De même, elles reviennent à décourager toute action d'information visant les fumeurs majeurs souhaitant arrêter leur consommation de tabac par le recours aux produits du vapotage.

Et ce, alors qu'**il est pourtant établi qu'un fumeur vapoteur diminue en moyenne sa consommation de tabac de 8,9 cigarettes par jour, les produits de vapotage ayant permis à 400.000 personnes en France et à plus de 6 millions d'européens de mettre un terme à leur consommation de tabac** (Prod. 4 et 5).

A cet égard, l'Office français de prévention du tabagisme, après avoir rappelé que la fumée du tabac était à l'origine du décès de 73.000 personnes en France par an, relève expressément que :

« A court terme, l'e-cigarette est très probablement favorable pour la réduction des dommages liés au tabac si elle s'adresse essentiellement à des fumeurs dépendants. [...]

Un certain nombre de fumeurs s'arrêtent et d'autres réduisent leur consommation avec e-cigarette allégeant probablement le poids du tabac à court et à moyen terme, sous réserve que l'utilisation de l'e-cigarette ne soit que provisoire avant un arrêt complet » (Prod. 6, p. 182).

De même, un rapport commandé par l'institution anglaise Public Health, et paru en août 2015, souligne que :

« [B]est estimates show **e-cigarettes are 95% less harmful to your health than normal cigarettes**, and when supported by a smoking cessation service, **help most smokers to quit tobacco altogether**. » (Prod. 11, « E-cigarettes: an evidence update », A report commissioned by Public Health England, août 2015, p. 5)

[Trad. Libre : « Les estimations les plus fiables démontrent que les cigarettes électroniques sont 95% moins nocives pour la santé que les cigarettes traditionnelles et qu'elles permettent à la plupart des fumeurs, lorsqu'ils sont accompagnés, d'arrêter leur consommation de tabac »].

Il ressort également d'un article publié le 30 novembre 2015 dans le *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* que :

« [N]os résultats montrent un net gradient de l'augmentation de la fréquence des consommateurs de E-cig en fonction du nombre de paquets-années fumés.

Il apparaît donc que **la E-cig ne semble pas être une voie d'entrée dans le tabagisme mais qu'elle est plutôt associée à une volonté de cesser de fumer ou de réduire sa consommation de tabac** » (Prod. 12 : Marcel GOLDBERG *et. al*, « Utilisation de la cigarette électronique et du tabac : premières données de la cohorte Contances », *Bull. Epidemiol. Hebd.*, 2014).

L'Organisation mondiale de la santé, elle-même, a également admis, aux termes d'un rapport d'août 2016, que :

« If the great majority of tobacco smokers who are unable or unwilling to quit would switch without delay to using an alternative source of nicotine with lower health risks, and eventually stop using it,

this would represent a significant contemporary public health achievement. » (Prod. 13, OMS, « Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control », August 2016, parag. 5).

[Trad. Libre : « *Si la grande majorité des fumeurs qui ne peuvent pas ou ne veulent pas arrêter de fumer optait sans délai pour une autre source de nicotine comportant des risques moins importants pour la santé, et cessait finalement de l'utiliser, cela représenterait une avancée importante de santé publique* »].

Un tel constat est partagé par de nombreux professionnels de santé.

Ainsi par exemple, le professeur Bertrand DAUTZENBERG, pneumologue à La Pitié-Salpêtrière et président de l'Office français de prévention du tabagisme constate que la cigarette électronique « *bouleverse complètement la donne de la guerre au tabac* », ajoutant que :

« *Fumer, c'est un peu comme prendre l'autoroute à contresens. Vapoter, c'est rouler à 140km/h au lieu de 130km/h* » (Prod. 14 : « Un pneumologue avocat du vapotage », *Le Monde*, 3 mars 2014).

De même, le pneumologue Gérard MATHERN affirme que :

« *En termes de santé publique, lutter contre une pratique qui se solde par 78 000 morts par an est primordiale.*

Or, les études récentes montrent que près d'un million de personnes se sont arrêtées de fumer grâce à la cigarette électronique.

Sachant que deux fumeurs sur trois meurent de leur tabagisme, on peut estimer que ce dispositif a permis de sauver près de 660 000 vies en peu d'années » (Prod. 15 : *1000 messages pour la vape*, Recueil de témoignages de plus de mille français sur le blog de Marisol Touraine entre le 24 novembre et le 4 décembre 2015, p. 8).

Le toxicologue Pierre ROUZAUD fait valoir pour sa part que :

« Le tabacologue reconnaît à l'e-cigarette le mérite d'avoir permis à de nombreux fumeurs d'arrêter de fumer. La cigarette électronique fait aujourd'hui partie de mon arsenal thérapeutique » (Prod. 15).

Dans le même sens, le psychiatre addictologue Alain MOREL souligne que :

« Entre vapoter et fumer, il y a une différence radicale : la réduction des risques et des milliers de vies sauvées. Aucune politique de santé publique ne peut les traiter de la même façon » (Prod. 15).

VII-6.2.2 Par ailleurs, outre l'importance fondamentale d'un débat public portant sur l'efficacité de la cigarette électronique en matière de lutte anti-tabac, leurs utilisateurs ont, eux aussi, besoin de pouvoir disposer d'une information fiable en la matière, compte tenu de l'évolution et de l'amélioration constante des produits du vapotage.

Or, les dispositions litigieuses ont également pour effet de priver les « vapoteurs » de cette information, ceux-ci n'étant dès lors plus en mesure de s'assurer du caractère optimal de leur consommation.

VII-7 Il résulte ainsi de ce qui précède :

- D'une part, que dès lors que rien ne permet de considérer, à ce jour, que la cigarette électronique représente un risque avéré pour la santé de l'usager ou d'autrui, les dispositions litigieuses ne répondent à aucun besoin social impérieux ;
- D'autre part, qu'à supposer même que la cigarette électronique présente certains dangers pour la santé, ceux-ci sont infiniment moindres que ceux générés par la consommation du tabac, de sorte que les dispositions contestées, en prévoyant la même interdiction générale et absolue de toute publicité que celle applicable aux produits du tabac, est à tout le moins disproportionnée ;
- Enfin et en tout état de cause, que ces dispositions sont susceptibles d'avoir pour effet d'empêcher la tenue d'un débat d'intérêt général pourtant fondamental en matière de santé

publique en ce qu'elles découragent toute communication d'informations relatives au vapotage, à ses effets, à son intérêt en matière de lutte anti-tabac et ses améliorations techniques.

Ainsi, les dispositions litigieuses de l'article 1^{er} de l'ordonnance précitée méconnaissent incontestablement le droit à la liberté d'expression et de communication, tel que garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

De ce chef encore, leur suspension est certaine.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe de la liberté d'entreprendre

VIII. En quatrième lieu, les dispositions attaquées de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 mai 2016 sont également illégales en ce qu'elles méconnaissent le principe de la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

VIII-1 En effet, en droit, cet article dispose que :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. ».

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a accordé **valeur constitutionnelle au principe de la liberté d'entreprendre** (Cons. Constit., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, parag. 16).

Par ailleurs, et s'agissant des restrictions pouvant éventuellement être apportées à cette liberté, il a jugé que :

« *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (Cons. Const., 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC cons. 14 ; v. également, par ex. : Cons. Const., 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC, cons. 4 ; Cons. Const., 14 janvier 2016, n° 2015-515, cons. 5 ; Cons. Const., 29 mai 2015, n° 2015-470, cons. 4).

A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que l'interdiction de toute publicité en faveur du tabac prévue par l'article 3 de la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme ne portait pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté d'entreprendre en ce que, notamment, une telle prohibition « *est fondée sur les exigences de la protection de la santé publique, qui ont valeur constitutionnelle* » (Cons. Const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, cons. 15).

De même, pour estimer que l'interdiction de la publicité en faveur du tabac dans les débits de tabac introduite par l'article 23, I, 2° de la loi du 26 janvier 2016 ne portait pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté d'entreprendre des buralistes, le Conseil constitutionnel a également relevé que le législateur a « *poursuivi l'objectif de protection de la santé* » (Cons. Const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, cons. 11).

Aux termes du commentaire de cette décision, les services du Conseil constitutionnel ont précisé à ce sujet que :

« *Eu égard aux données disponibles relatives aux conséquences de la consommation de tabac en matière de santé publique et compte tenu du contrôle restreint exercé par le Conseil constitutionnel, l'exigence constitutionnelle de protection de la santé publique permettait de justifier les atteintes au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre résultant de l'article 27 de la loi déférée* ». (Commentaire de la décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, p. 13)

VIII-2 Il résulte ainsi de ce qui précède :

- D'une part, que le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre peut se voir limiter pour des motifs liés à des exigences constitutionnelles ou à l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ;
- D'autre part, que si le Conseil constitutionnel a considéré que l'interdiction de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du tabac ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, c'est parce qu'une telle prohibition poursuit un objectif de protection de la santé justifié au regard des données disponibles relatives aux conséquences de la consommation de tabac.

VIII-3 En l'espèce, ainsi qu'il a été précisé précédemment (v. point VII-4), « *les données acquises de la science ne permettent pas de considérer que l'usage de la cigarette électronique représente un risque avéré pour la santé de l'utilisateur ou d'autrui* » (CE, Section sociale, Avis, 17 octobre 2013, précité).

En conséquence, rien ne démontrant à ce jour que les produits du vapotage puissent avoir un quelconque effet nocif sur la santé de leurs usagers ainsi que sur celle de leur entourage, l'interdiction générale et absolue de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur de la cigarette électronique prévue par les dispositions litigieuses **n'est aucunement nécessaire pour poursuivre l'objectif de protection de la santé publique**.

En tout état de cause, et ainsi qu'il a également été précisé (v. point VII-6 et s.), il est constant que la cigarette électronique est un produit présentant des dangers « *infinitement moindres* » que la cigarette traditionnelle (OFPT, Rapport précité, p. 72) de sorte que rien ne justifie que la première fasse l'objet des mêmes restrictions que la seconde (CE, Section sociale, Avis, 17 octobre 2013, précité).

Dès lors, en ayant pour effet d'imposer aux produits du vapotage un régime juridique aussi prohibitif, en matière de publicité, que celui applicable aux produits du tabac, les dispositions litigieuses sont, à

tout le moins, **largement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.**

De sorte qu'elles ont clairement méconnu le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, notamment des fabricants, des distributeurs et des vendeurs de produits du vapotage, étant souligné qu'une telle illégalité fait bien indirectement grief aux associations requérantes qui souhaitent pouvoir continuer à promouvoir publiquement le recours à la cigarette électronique comme un instrument dans la lutte contre le tabagisme.

A cet égard, également, la suspension des dispositions contestées est acquise.

PAR CES MOTIFS, les associations exposantes concluent à ce qu'il plaise au juge des référés du Conseil d'Etat :

- **SUSPENDRE** l'exécution de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes en tant qu'il a créé les articles L. 3513-4 et L. 3515-3, I, 11° du code de la santé publique ;

- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 4.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Productions :

- 1- Ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes ;
- 2- Recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes en tant qu'il a créé les articles L. 3513-4 et L. 3515-3, I, 11° du code de la santé publique ;
- 3- Laureen RIBASSIN-MAJED, Catherine HILL, « Trends in tobacco-attributable mortality in France », *The European Journal of Public Health*, May 9, 2015;
- 4- Résultats du Baromètre de santé INPES 2014, « Premiers résultats tabac et e-cigarette : caractéristiques et évolutions récentes » ;
- 5- Konstantinos E. FARSALINOS *et al.*, « Electronic cigarette use in the European Union : analysis of a representative sample of 27 460 Europeans from 28 countries », *Addiction*, 2016, extraits ;
- 6- Office français de prévention du tabagisme, « Rapport et avis d'experts sur l'e-cigarette », mai 2013, extraits ;
- 7- Statuts des associations requérantes ;
- 8- Présentation du projet pour le mois sans tabac en novembre 2016 porté par l'association SOVAPE ;
- 9- Communiqué du Petit Vapoteur – Fermeture de sa page Facebook ;
- 10- Présentation du projet « Vape Info Service » porté, notamment, par les associations SOVAPE, TABAC ET LIBERTE,

FEDERATION ADDICTION, SOS ADDICTION et
RESPADD ;

- 11- « E-cigarettes: an evidence update », A report commissioned by Public Health England, août 2015, extraits ;
- 12- Marcel GOLDBERG *et. al*, « Utilisation de la cigarette électronique et du tabac : premières données de la cohorte Contances », *Bull. Epidémiol. Hebd.*, 2014, extraits ;
- 13- OMS, « Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control », August 2016, extraits ;
- 14- « Un pneumologue avocat du vapotage », *Le Monde*, 3 mars 2014 ;
- 15- *1000 messages pour la vape*, Recueil de témoignages de plus de mille français sur le blog de Marisol Touraine entre le 24 novembre et le 4 décembre 2015.