

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Conseil d'État
1ère - 6ème chambres réunies
10 mai 2017

Mme Sabine Monchambert, rapporteur
M. Rémi Decout-Paolini, rapporteur public
SCP COUTARD, MUNIER-APAIRE, avocats Vu la procédure suivante :

1° Sous le n° 401536, par une requête et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 15 juillet 2016, 19 août 2016 et 8 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la fédération des fabricants de cigares et la société Coprova demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir 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'elle insère dans le code de la santé publique le I de l'article L. 3512-22 et le 10° du I de l'article L. 3515-3 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 401561, par une requête, un nouveau mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 18 juillet 2016, 15 février 2017 et 8 mars 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société E-Labo France et la société Smakq développement demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir 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'elle insère, dans le titre Ier du livre V de la troisième partie du code de la santé publique, un chapitre III relatif aux produits du vapotage ;

2°) subsidiairement, d'annuler les articles L. 3513-4 et L. 3513-12 du code de la santé publique issus de cette ordonnance ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

3° Sous le n° 401611, par une requête et un nouveau mémoire, enregistrés les 19 juillet 2016 et 8 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la fédération des fabricants de cigares demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir 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'elle insère dans le code de la santé publique le I de l'article L. 3512-22 et le 10° du I de l'article L. 3515-3 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

4° Sous le n° 401632, par une requête, un nouveau mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 19 juillet 2016, 13 février 2017 et le 16 mars 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (SEITA) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir 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 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

5° Sous le n° 401668, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire, un nouveau mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 20 juillet 2016, 7 septembre 2016, 23 février 2017 et 20 mars 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société British American Tobacco France demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir 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 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et son article 38 ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole ;
- la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 ;
- la décision d'exécution (UE) 2015/2183 de la Commission du 24 novembre 2015 ;
- la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 ;
- le code général des impôts ;
- le code de l'environnement ;
- le code de la propriété intellectuelle ;
- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 ainsi que la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016 ;
- l'ordonnance n° 2016-623 du 22 décembre 2016 ;
- le décret n° 2010-720 du 28 juin 2010 ;
- le décret n° 2016-1708 du 12 décembre 2016 ;
- l'arrêté du 19 mai 2016 relatif aux modalités d'inscription des avertissements sanitaires sur les unités de conditionnement des produits du tabac, des produits du vapotage, des produits à

fumer à base de plantes autres que le tabac et du papier à rouler les cigarettes ;
- les arrêts de la Cour de justice C-547/14 et C-477/14 du 4 mai 2016 ;
- le code de justice administrative et le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 ;

Vu les autres pièces du dossier ;
Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Sabine Monchambert, conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. Rémi Decout-Paolini, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la fédération des fabricants de cigares et de la société Coprova, et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société British American Tobacco France.

Vu la note en délibéré, enregistrée le 21 avril 2017, présentée par le ministre des affaires sociales et de la santé.

Considérant ce qui suit :

1. Sur le fondement de l'habilitation que lui conférait l'article 216 de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, le Gouvernement a, en vertu de l'article 38 de la Constitution, adopté l'ordonnance du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014 sur la fabrication, la présentation et la vente de produits du tabac et des produits connexes. Les requêtes visées ci-dessus étant toutes dirigées contre les dispositions de cette ordonnance, il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

Sur l'intervention, au soutien de la requête n° 401611, des sociétés J. Cortès France, Scandinavian Tobacco Group France et Villiger France :

2. Les sociétés J. Cortès France, Scandinavian Tobacco Group France et Villiger France justifient d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'ordonnance attaquée. Ainsi, leur intervention au soutien de la requête de la fédération des fabricants de cigares est recevable.

Sur les moyens dirigés contre l'ordonnance dans son entier :

En ce qui concerne l'absence d'étude d'impact :

3. S'il résulte des dispositions combinées des articles 8 et 11 de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution que les dispositions des projets de loi par lesquelles le Gouvernement demande au Parlement, en application de l'article 38 de la Constitution, l'autorisation de prendre des mesures par ordonnance doivent être accompagnées d'une étude d'impact, aucune disposition de cette loi ne prévoit que les projets d'ordonnance fassent l'objet d'une telle étude et il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier, à l'occasion du contrôle qu'il exerce sur la légalité d'une ordonnance prise sur ce fondement, la régularité de la procédure suivie au stade de l'adoption du projet de loi d'habilitation. Par suite, les requérantes, qui ne peuvent utilement se prévaloir de la méconnaissance de la circulaire du Premier ministre du 17 février 2011 relative à la

simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, ne sont pas fondées à soutenir que l'ordonnance attaquée serait illégale faute d'avoir été précédée d'une étude d'impact sur les options retenues pour la transposition de la directive du 3 avril 2014.

En ce qui concerne la consultation du Conseil d'Etat :

4. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution : " Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat (...) ". Lorsque le Gouvernement prend des mesures par ordonnance, le texte qu'il retient ne peut être différent à la fois du projet qu'il a soumis au Conseil d'Etat et du texte adopté par ce dernier. En l'espèce, il ressort des pièces produites par le ministre des affaires sociales et de la santé que l'ordonnance attaquée ne contient pas de dispositions qui différeraient à la fois du projet initial du Gouvernement et du texte adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des règles qui gouvernent l'examen par le Conseil d'Etat des projets d'ordonnance doit être écarté.

Sur les moyens dirigés contre l'article 1er de l'ordonnance en tant qu'il modifie les dispositions applicables aux caractéristiques des conditionnements des produits du tabac :

5. L'article 1er de l'ordonnance attaquée refond le titre Ier, consacré à la lutte contre le tabagisme, du livre V de la troisième partie du code de la santé publique. Au sein de ce titre, le chapitre II, consacré aux produits du tabac, comporte notamment une section 4, relative aux caractéristiques des conditionnements, qui comprend les articles L. 3512-20, L. 3512-21 et L. 3512-22, relatifs, pour le premier, à l'exigence de neutralité et d'uniformisation des conditionnements des cigarettes et du tabac à rouler et, pour les seconds, pris pour la transposition de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014, à l'étiquetage et aux avertissements sanitaires à apposer sur les unités de conditionnement de tous les produits du tabac. En outre, l'article L. 3512-26, également issu de l'ordonnance, prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application des dispositions de l'ensemble du chapitre.

I. En ce qui concerne les exigences de neutralité et d'uniformisation des conditionnements prévues à l'article L. 3512-20 :

6. Aux termes de l'article L. 3512-20 du code de la santé publique, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée : " Sans préjudice des dispositions de l'article 575 D du code général des impôts, les unités de conditionnement, les emballages extérieurs et les suremballages des cigarettes et du tabac à rouler, le papier à cigarette et le papier à rouler les cigarettes sont neutres et uniformisés ".

7. Ces dispositions reprennent celles du premier alinéa de l'article L. 3511-6-1 introduit dans le code de la santé publique par l'article 27 de la loi du 26 janvier 2016, en se bornant à ajouter une référence à l'article 575 D du code général des impôts destinée à clarifier leur combinaison avec celles relatives à la marque fiscale représentative du droit de consommation. Par l'article 2 de sa décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, le Conseil constitutionnel, après avoir notamment écarté les moyens tirés de l'atteinte au droit de propriété consacré par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 27 de la loi du 26 janvier 2016.

8. Certes, l'ordonnance attaquée, par l'article L. 3512-21 qu'elle insère dans le code de la santé publique, a également pour objet de transposer l'article 13 de la directive du 3 avril 2014 qui interdit certains noms et marques commerciales, notamment s'ils contribuent à la promotion d'un produit du tabac ou incitent à sa consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques ou effets du produit. Toutefois, l'adoption de ces nouvelles dispositions résulte d'une exigence constitutionnelle de transposition en droit interne d'une directive européenne qui s'imposait déjà au Gouvernement, à l'échéance du 20 mai 2016, à la date à laquelle le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité à la Constitution des dispositions relatives à la neutralité et à l'uniformisation des conditionnements, dont l'entrée en vigueur était également prévue pour le 20 mai 2016. C'est d'ailleurs par l'article 216 de la même loi que le Gouvernement a été autorisé à prendre par ordonnance les mesures destinées à transposer la directive du 3 avril 2014. Dans ces conditions, contrairement à ce qui est soutenu, l'adoption des dispositions de l'article L. 3512-21 ne peut être regardée comme un changement des circonstances de nature à permettre un nouvel examen de la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 3512-20. Par suite, eu égard à l'autorité qui s'attache, en vertu de l'article 62 de la Constitution, aux décisions du Conseil constitutionnel, les moyens tirés de l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L. 3512-20 doivent être écartés.

II. En ce qui concerne les règles d'étiquetage des conditionnements définies par l'article L. 3512-21, considérées isolément ou en combinaison avec les exigences de neutralité et d'uniformisation des conditionnements :

9. Est invoquée, d'une part, la méconnaissance par l'article L. 3512-21 du code de la santé publique, issu de l'ordonnance attaquée et pris pour la transposition de l'article 13 de la directive du 3 avril 2014, le cas échéant pris en combinaison avec l'article L. 3512-20 du même code, des articles 2 et 17, de l'article 4 et de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est soutenu, d'autre part, que l'article 13 de la directive, le cas échéant pris en combinaison avec le paragraphe 2 de son article 24, méconnaît les articles 11, 16 et 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention et les principes de proportionnalité et de sécurité juridique.

10. Eu égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles : " La République participe à l'Union européenne constituée d'États 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 ", d'où découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de légalité et de constitutionnalité des dispositions d'une ordonnance assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où leur contenu découle nécessairement des obligations prévues par les directives, sans que le Gouvernement ne dispose de pouvoir d'appréciation. Si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit de l'Union européenne qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge de l'Union, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué. Dans l'affirmative, il y a

lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité des dispositions de l'ordonnance attaquée, de rechercher si la directive qui fait l'objet de la transposition est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit de l'Union. Il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit de l'Union garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions contestées.

Quant à la transposition de l'article 13 de la directive par les articles L. 3512-21 et L. 3512-26 issu de l'ordonnance attaquée :

11. L'article 13 de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014 dispose que : " 1. L'étiquetage des unités de conditionnement, tout emballage extérieur ainsi que le produit du tabac proprement dit ne peuvent comprendre aucun élément ou dispositif qui : / a) contribue à la promotion d'un produit du tabac ou incite à sa consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit ; les étiquettes ne comprennent aucune information sur la teneur en nicotine, en goudron ou en monoxyde de carbone du produit du tabac ; / b) suggère qu'un produit du tabac donné est moins nocif que d'autres ou vise à réduire l'effet de certains composants nocifs de la fumée ou présente des propriétés vitalisantes, énergisantes, curatives, rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie ; / c) évoque un goût, une odeur, tout arôme ou tout autre additif, ou l'absence de ceux-ci ; / d) ressemble à un produit alimentaire ou cosmétique ; / e) suggère qu'un produit du tabac donné est plus facilement biodégradable ou présente d'autres avantages pour l'environnement. / 2. Les unités de conditionnement et tout emballage extérieur ne suggèrent pas d'avantages économiques au moyen de bons imprimés, d'offres de réduction, de distribution gratuite, de promotion de type "deux pour le prix d'un" ou d'autres offres similaires. / 3. Les éléments et dispositifs qui sont interdits en vertu des paragraphes 1 et 2 peuvent comprendre notamment les messages, symboles, noms, marques commerciales, signes figuratifs ou autres ". Il résulte des dispositions de l'article 24 de la même directive que les Etats membres ne peuvent, pour des considérations relatives aux aspects réglementés par l'article 13, interdire ni restreindre la mise sur le marché des produits du tabac dès lors qu'ils sont conformes à la directive. Par suite, les dispositions de l'article 13 constituent des mesures d'harmonisation complète.

12. Il résulte clairement du paragraphe 1 de l'article 13 de la directive, réglementant l'étiquetage des unités de conditionnement des produits du tabac, qu'il a pour objet d'établir la liste limitative des éléments ou dispositifs interdits en raison de ce qu'ils suggèrent. A cet égard, le a) de cette énumération vise les seuls éléments ou dispositifs qui contribuent à la promotion d'un produit du tabac ou incitent à sa consommation par l'impression erronée qu'ils donnent quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit, y compris par le biais d'une information sur la teneur du produit en nicotine, en goudron ou en monoxyde de carbone du produit du tabac.

13. Il était loisible au Gouvernement, compte tenu de la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution, de prévoir, pour la transposition de l'article 13 de la directive, l'interdiction de deux catégories seulement d'éléments ou dispositifs, la première comprenant, d'une part, les éléments et dispositifs, précisés par voie de décret en Conseil d'Etat, qui contribuent à la

promotion d'un produit du tabac et, d'autre part, ceux qui incitent à sa consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions de ce produit, et la seconde recouvrant les éléments ou dispositifs qui ressemblent à un produit alimentaire ou cosmétique. En revanche, en renvoyant au pouvoir réglementaire, par le 5° de l'article L. 3512-26 du code de la santé publique, le soin de déterminer " les principales catégories d'éléments ou dispositifs contribuant à la promotion d'un produit du tabac qui sont interdits par application du 1° de l'article L. 3512-21 ", le Gouvernement a méconnu le caractère limitatif de l'énumération des éléments et dispositifs interdits en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 13 de la directive et, ce faisant, étendu illégalement le champ des interdictions qu'ils posent. Il y a lieu, en conséquence, d'annuler le 5° de l'article L. 3512-26 en tant qu'il comporte l'adjectif " principales ".

14. Sous cette réserve, les articles L. 3512-21 et L. 3512-26 du code de la santé publique, qui ne sont pas entachés d'incompétence négative, procèdent à une exacte transposition des dispositions de la directive.

Quant à la méconnaissance par l'article L. 3512-21 des droits et libertés garantis par la Constitution :

15. Le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression, invoqués par les sociétés requérantes, constituent des droits garantis par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces droits ont, au regard des moyens invoqués, une portée garantissant l'effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée. Dès lors, il y a lieu pour le Conseil d'Etat de rechercher seulement, ainsi qu'il y est d'ailleurs également invité, si l'article 13 de la directive ne contrevient pas à ces principes fondamentaux du droit de l'Union européenne.

Quant à la compatibilité de l'article 13 de la directive avec les droits fondamentaux garantis par la charte de l'Union européenne et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

16. Tout d'abord, l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que : " 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. / 2. La propriété intellectuelle est protégée ". Quant à l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il prévoit que : " Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...) ". Le 3 de l'article 52 de la charte précise que : " Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ".

17. Il est jugé de façon constante par la Cour de justice de l'Union européenne que le droit de propriété garanti par la charte, dont fait partie le droit de propriété intellectuelle, n'est pas une prérogative absolue et que son exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union européenne. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété, à condition qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti.

18. Par un arrêt du 10 décembre 2002 *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, C-491/01, rendu à propos de l'article 7 de la directive 2001/37/CE du 5 juin 2001 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, la Cour de justice a jugé que s'il est vrai que cet article entraîne l'interdiction, limitée à l'emballage des produits du tabac, d'utiliser une marque qui incorpore un élément indiquant qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que les autres, il n'en demeure pas moins qu'un fabricant de produits du tabac peut continuer, malgré la suppression de cet élément descriptif sur l'emballage, à individualiser son produit par d'autres signes distinctifs et que la directive prévoit, en outre, un délai suffisant entre son adoption et la mise en application de l'interdiction qu'elle pose. Eu égard à l'objectif d'intérêt général poursuivi, elle en a déduit l'absence de violation du droit fondamental de propriété.

19. Ensuite, le 1 de l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que : " 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 frontières ". Quant à l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il prévoit 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. (...) / 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 mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...) à la protection de la santé (...) ".

20. Ainsi qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de justice du 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et a. c/ Secretary of State for Health*, C-547/14, la liberté d'expression et d'information protégée par l'article 11 de la charte, comme par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, couvre l'utilisation, par un entrepreneur, sur les emballages et les étiquettes des produits du tabac, de mentions telles que celles faisant l'objet de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40. Conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés consacrés par celle-ci doit être prévue par la loi, respecter leur contenu essentiel et ne saurait être admise, dans le respect du principe de proportionnalité, que si elle est nécessaire et répond effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. Si, par le même arrêt, la Cour de justice a constaté que l'examen de la question qui lui était renvoyée, portant notamment sur l'interdiction d'apposition sur l'étiquetage des unités de conditionnement, sur l'emballage extérieur, ainsi que sur le produit du tabac proprement dit, des éléments et des dispositifs mentionnés à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40, même lorsqu'ils comportent des

informations matériellement exactes, ne révélait aucun élément de nature à affecter la validité de cette disposition au regard de l'article 11 de la charte et du principe de proportionnalité, elle n'était pas saisie de la question de la validité, au regard des mêmes principes, du paragraphe 3 de l'article 13, qui mentionne les noms et marques commerciales parmi les éléments et dispositifs susceptibles d'être interdits.

21. En outre, selon l'article 16 de la Charte de l'Union : " La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ".

22. Par son arrêt du 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd c/ Secretary of State for Health*, C-477/14, la Cour de justice a dit pour droit que la protection conférée par l'article 16 de la charte comporte la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre. La liberté d'entreprise ne constituant pas une prérogative absolue, mais devant être examinée au regard de sa fonction dans la société, elle peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique. Toute limitation de l'exercice de cette liberté doit être prévue par la loi, respecter son contenu essentiel et, dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

23. Enfin, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, exige que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs. Lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés. Quant au principe de sécurité juridique, il exige, notamment, qu'une réglementation de l'Union européenne permette aux intéressés de connaître sans ambiguïté l'étendue de leurs droits et de leurs obligations afin d'être en mesure de prendre leurs dispositions en connaissance de cause.

24. En l'espèce, il résulte de la combinaison des dispositions des paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive du 3 avril 2014 que les Etats membres doivent interdire l'utilisation sur les unités de conditionnement, sur l'emballage extérieur, ainsi que sur le produit du tabac proprement dit, de certains éléments et dispositifs, dont les noms et marques commerciales, lorsque, en particulier, ils donnent aux consommateurs une impression erronée quant aux caractéristiques ou effets d'un produit, ressemblent à un produit alimentaire ou cosmétique ou suggèrent des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie, ce que le considérant 27 de cette directive illustre en évoquant des effets en termes de perte de poids, d'attractivité sexuelle, de statut social, de vie sociale ou de " qualités telles que la féminité, la masculinité ou l'élégance ". En outre, le 2 de l'article 24 de la directive permet aux Etats membres de maintenir ou d'instaurer, sous certaines conditions, de " nouvelles exigences, applicables à tous les produits mis sur son marché, en ce qui concerne la standardisation des conditionnements des produits du tabac ", pour les aspects qui ne sont pas harmonisés par la directive.

25. Ces dispositions soulèvent, en premier lieu, une question sérieuse d'interprétation des dispositions des 1 et 3 de l'article 13 de la directive, relative à la portée des interdictions qu'elles prévoient lorsque celles-ci sont susceptibles de s'appliquer à des marques et

pourraient conduire à en condamner l'usage sur les conditionnements de produits du tabac. En particulier, la question se pose de savoir si les dispositions de ces paragraphes doivent conduire à proscrire l'utilisation, sur les conditionnements, de noms de marque au seul motif qu'ils évoquent certaines qualités, telles celles évoquées par le considérant 27 de la directive, y compris, le cas échéant, lorsque la marque a acquis une notoriété qui l'a rendue indissociable du produit qu'elle désigne.

26. En deuxième lieu, en fonction de l'interprétation qu'il convient de donner aux paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive, l'appréciation de la validité de ces dispositions au regard du droit de propriété, de la liberté d'expression, de la liberté d'entreprise et des principes de proportionnalité et de sécurité juridique soulève également une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne. En particulier, si les interdictions prévues par les dispositions en cause de la directive répondent à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne, à savoir la protection de la santé, eu égard, d'une part, à la nocivité pour la santé de la consommation de tabac et de l'exposition à la fumée du tabac et, d'autre part, à la vulnérabilité des consommateurs de produits du tabac en raison de la dépendance engendrée par la nicotine, se pose la question de savoir, d'une part, si ces interdictions sont nécessaires, dans le respect du principe de proportionnalité, à la poursuite de cet objectif et, d'autre part, si elles sont suffisamment claires pour mettre les opérateurs en mesure de prendre leurs dispositions en connaissance de cause et si, le cas échéant, leur mise en oeuvre suppose l'instauration de procédures particulières, permettant aux importateurs et aux fabricants de connaître la position des autorités compétentes des Etats membres sur la conformité de leurs marques aux exigences de la directive, en leur offrant une occasion adéquate d'exposer leur cause.

27. En dernier lieu, en cas de réponse positive à la question posée au point précédent relative à la validité des paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive, le point de savoir à quelles conditions, relatives le cas échéant à l'absence de simultanéité des mesures ou aux délais à accorder aux opérateurs, un Etat membre peut, sans méconnaître le droit de propriété, les libertés d'expression et d'entreprise et le principe de proportionnalité, faire usage de la faculté qui lui est ouverte par le paragraphe 2 de l'article 24 de la directive pour imposer aux fabricants et importateurs la neutralité et l'uniformisation des conditionnements, soulève également une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne. En effet, dès lors que les unités de conditionnement sont uniformisées et que les seules mentions autorisées, outre les avertissements sanitaires, sont le nom de la marque, le nom de la dénomination commerciale, les coordonnées du fabricant et l'indication du nombre de cigarettes ou du poids du tabac à rouler contenus, excluant notamment l'usage des marques figuratives ou semi-figuratives, le fabricant qui ne peut plus, compte tenu des exigences découlant de l'article 13 de la directive, utiliser une marque nominative, ne peut individualiser son produit par d'autres signes distinctifs.

28. Il résulte de ce qui vient d'être dit que les questions énoncées aux points 25 à 27, qui sont déterminantes pour la solution du litige que doit trancher le Conseil d'Etat, présentent une difficulté sérieuse. Il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée, de surseoir à statuer sur les conclusions des requêtes de la société nationale d'exploitation des tabacs et allumettes et de la société British American Tobacco France qui tendent à l'annulation de l'article 1er de l'ordonnance du 19 mai 2016 en tant qu'il introduit dans le code de la santé publique les articles L. 3512-20 et L. 3512-21.

III. En ce qui concerne les règles relatives aux avertissements sanitaires à apposer sur les unités de conditionnement, définies au I de l'article L. 3512-22 du code de la santé publique :

Quant au choix opéré par l'ordonnance de soumettre les cigares et cigarillos aux mêmes obligations que les cigarettes :

29. En premier lieu, la directive du 3 avril 2014 a pour objet, dans ses articles 8, 9 et 10, de définir les avertissements sanitaires à apposer sur les produits du tabac, dont elle régit le contenu, la présentation et les règles d'apposition. Elle prévoit, par son article 11, une possibilité de dérogation pour l'étiquetage des produits du tabac à fumer autres que les cigarettes, le tabac à rouler et le tabac à pipe à eau, en définissant un régime moins contraignant, limitant le nombre et la taille des messages à apposer sur les conditionnements. Si le considérant 26 de cette directive justifie ce régime dérogatoire par le profil différent et le nombre plus limité des consommateurs et par la nature des habitudes de consommation, en estimant qu'il devrait continuer à être appliqué à ces produits tant qu'aucune évolution notable n'est constatée, il résulte clairement de l'article 11 de la directive que celui-ci ne soumet à aucun critère le recours à la dérogation qu'il définit et n'introduit aucune limite à la possibilité d'appliquer le régime de droit commun aux produits qu'il mentionne. Il en résulte qu'il était loisible au Gouvernement de choisir d'appliquer aux cigares et cigarillos le régime de droit commun de la directive et que doit, dès lors, être écarté le moyen tiré de ce que le Gouvernement aurait méconnu les objectifs de la directive en les soumettant aux mêmes règles, en matière d'étiquetage des produits, que les cigarettes. Compte tenu de l'objectif de santé publique qu'il a poursuivi, il ne résulte ni de la circonstance que d'autres Etats membres aient opté pour des solutions différentes, ni de celle que la consommation de cigares concernerait des clientèles différentes, moins touchées par l'addiction ou ne relevant pas, selon les requérants, du public prioritairement visé par la directive, que le Gouvernement aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne faisant pas usage de la faculté ouverte par la directive de prévoir un régime différencié d'avertissements sanitaires.

30. En deuxième lieu, il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée serait entachée d'incompétence négative, faute de déterminer les principes devant guider l'édiction, par le pouvoir réglementaire, de règles différenciées d'apposition des avertissements sanitaires selon les catégories de produits du tabac à fumer, ne peut qu'être écarté.

31. En troisième lieu, il est loisible au législateur ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance dans les limites de l'habilitation dont il dispose, d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 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.

32. Si les dispositions contestées imposent des sujétions nouvelles aux entreprises du secteur, qui devront adapter leurs parcs de machines à étiqueter et tenir compte de la grande variété des conditionnements de cigares et cigarillos, l'ordonnance attaquée a entendu renforcer la prise de conscience des consommateurs quant à la nocivité des produits du tabac, y compris autres que les cigarettes. Eu égard à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé ainsi poursuivi, qui ne se réduit pas aux seules actions de prévention en faveur des jeunes fumeurs, et compte tenu de la portée des contraintes qu'elles imposent et dont l'entrée en vigueur a d'ailleurs été différée pour les fabricants de cigares, les dispositions du I de

l'article L. 3512-22 ne sauraient être regardées comme portant à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée.

Quant à l'obligation d'apposer deux fois le message d'information sur certains conditionnements :

33. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la directive prévoit que chaque unité de conditionnement ainsi que tout emballage extérieur des produits du tabac à fumer porte un avertissement général qui peut être, au choix des Etats membres, soit " Fumer tue - Arrêtez maintenant ", soit " Fumer tue ". Le paragraphe 2 de cet article fait obligation d'apposer sur chaque unité de conditionnement ainsi que sur tout emballage extérieur de ces produits un message d'information ainsi libellé : " La fumée du tabac contient plus de 70 substances cancérigènes ". Le deuxième alinéa du paragraphe 3 du même article prévoit des modalités d'apposition de l'avertissement général et du message d'information spécifiques aux paquets de cigarettes et au tabac à rouler en paquets parallélépipédiques se présentant " sous la forme d'une boîte pliante à couvercle basculant, et dont la surface latérale se sépare donc en deux lors de l'ouverture du paquet ", en précisant que l'avertissement général doit, dans ce cas, également apparaître " sur la partie intérieure de la surface supérieure, visible lorsque le paquet est ouvert ".

34. Pour la transposition de ces dispositions, l'ordonnance dispose, aux termes du I de l'article L. 3512-22 qu'elle insère dans le code de la santé publique, que : " Les unités de conditionnement et les emballages extérieurs portent, dans les conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de la santé : / 1° Pour les produits du tabac à fumer : (...) / b) Un avertissement général ; / c) Un message d'information. Ce message est apposé deux fois lorsque ces produits sont conditionnés dans des boîtes pliantes à couvercle basculant ".

35. Contrairement à ce que soutient le ministre des affaires sociales et de la santé en défense, ces dispositions, qui sont entrées en vigueur dès le lendemain de leur publication eu égard à l'adoption et à la publication simultanées de l'arrêté du 19 mai 2016 qui a précisé les modalités d'inscription des avertissements sanitaires, ont reçu exécution à compter de cette entrée en vigueur, quand bien même les produits qui n'y étaient pas conformes pouvaient encore être mis à la consommation ou commercialisés dans les délais prévus par le II de l'article 6 de l'ordonnance. Par suite, la circonstance que, d'une part, l'administration a, dès le mois d'août 2016, indiqué que la dernière phrase du c) du 1° du I de l'article L. 3512-22 ne devait pas être appliquée et que, d'autre part, les dispositions des b) et c) de ce 1° ont été modifiées par l'ordonnance du 22 décembre 2016 relative à la lutte contre le tabagisme et à son adaptation et son extension à certaines collectivités d'outre-mer, qui, au demeurant, n'est pas devenue définitive, ne rend pas sans objet les conclusions tendant à leur annulation.

36. Eu égard à la confusion qu'elles opèrent entre l'avertissement général et le message d'information, ainsi d'ailleurs qu'à leur champ d'application plus large que celui de la disposition qu'elles visent à transposer, les dispositions du c) du 1° du I de l'article L. 3512-22 selon lesquelles : " Ce message est apposé deux fois lorsque ces produits sont conditionnés dans des boîtes pliantes à couvercle basculant " sont contraires à l'article 9 de la directive. Il y a lieu, en conséquence, d'annuler cette phrase.

37. Le moyen retenu suffisant à entraîner cette annulation, il n'est pas nécessaire d'examiner l'autre moyen dirigé contre les mêmes dispositions.

Quant à l'emplacement des avertissements sanitaires sur les unités de conditionnement et les emballages extérieurs :

38. Les dispositions de l'article L. 3512-22 renvoient à un arrêté du ministre chargé de la santé, ainsi qu'il était loisible au Gouvernement de le faire, la fixation des conditions dans lesquelles les unités de conditionnement et les emballages extérieurs portent les avertissements sanitaires qu'elles prévoient. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme, faute pour les dispositions critiquées de préciser l'emplacement de ces avertissements, ne peut qu'être écarté.

Sur les moyens dirigés contre l'article 1er de l'ordonnance en tant qu'il adopte des dispositions applicables aux produits du vapotage :

En ce qui concerne les moyens relatifs à la réglementation de la publicité dans les lieux de vente par l'article L. 3513-4 du code de la santé publique :

39. L'article L. 3513-4 inséré dans le code de la santé publique par l'ordonnance attaquée dispose à son premier alinéa que : " La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du vapotage est interdite ". Il prévoit toutefois, par exception, que cette interdiction ne s'applique pas, outre à certaines publications et à certains services de communication en ligne mentionnés à ses 1° et 2°, " 3° aux affichettes relatives aux produits du vapotage, disposées à l'intérieur des établissements les commercialisant et non visibles de l'extérieur ". Ces dispositions, qui procèdent à une recodification du 3° ajouté à l'article L. 3511-3 du même code par l'article 23 de la loi du 26 janvier 2016, doivent être interprétées, ainsi que le soutiennent les sociétés requérantes, comme ayant pour effet d'interdire, dans les lieux de vente, les affichettes relatives aux produits de vapotage qui seraient visibles de l'extérieur des établissements.

40. En premier lieu, si par les dispositions du paragraphe 5 de l'article 20 de la directive du 3 avril 2014, le législateur de l'Union européenne a interdit, sous certaines réserves, la publicité pour les cigarettes électroniques dans certains médias seulement, tels que les services de communication en ligne, la presse écrite, la radio et la télévision, ainsi que les actions de parrainage et de mécénat ayant un effet transfrontalier, il n'a entendu harmoniser ni les règles relatives aux environnements sans tabac, ni les modalités de vente sur les marchés nationaux, ni les modes de publicité dépourvus d'incidence transfrontalière. Il en résulte qu'il était loisible au législateur ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de choisir d'instaurer en matière de publicité par voie d'affichage des exigences non prévues par l'article 20 de la directive. Par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'interdiction de publicité dont les produits de vapotage font l'objet en vertu de l'article L. 3513-4 du code de la santé publique méconnaît les dispositions de la directive.

41. En deuxième lieu, il résulte des dispositions du code de la santé publique, telles qu'elles ont été modifiées par l'article 23 de la loi du 26 janvier 2016 puis recodifiées à droit constant par l'ordonnance attaquée du 19 mai 2016, que le législateur a, d'une part, en supprimant l'autorisation dérogatoire de publicité pour les produits du tabac sous forme d'affichettes disposées à l'intérieur des débits de tabac, entendu supprimer toute forme de publicité sur le lieu de vente pour ces produits et a, d'autre part, institué le régime dérogatoire mentionné ci-dessus en ce qui concerne les produits du vapotage. Eu égard à l'existence de ce régime plus

favorable, le moyen tiré de ce que les produits de vapotage feraient l'objet des mêmes interdictions de publicité que les produits du tabac, en méconnaissance des objectifs de la directive, ne peut qu'être écarté.

42. En dernier lieu, aux termes de l'article L. 581-1 du code de l'environnement : " Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser informations et idées, quelle qu'en soit la nature, par le moyen de la publicité, d'enseignes et de préenseignes, conformément aux lois en vigueur et sous réserve des dispositions du présent chapitre ". D'une part, si l'article L. 3512-4 du code de la santé publique excepte expressément les enseignes des débits de tabac de l'interdiction de propagande ou de publicité en faveur du tabac, cette exception se justifie par l'encadrement du droit à l'enseigne tel qu'il résulte de l'article 25 du décret du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés, qui prévoit que " le débitant indique la présence du débit, en façade de son point de vente tabac, par la mention " TABAC " et par la fixation d'au moins une enseigne spécifique de couleur rouge appelée " carotte " et, éventuellement, selon la configuration des lieux, d'une préenseigne ". D'autre part, l'interdiction définie par l'article L. 3513-4 ne portant que sur la propagande et la publicité, elle ne saurait, eu égard aux dispositions de l'article L. 581-1 du code de l'environnement précité et en l'absence de toute autre disposition législative, être interprétée comme faisant obstacle à ce que les établissements commercialisant des produits du vapotage puissent signaler la nature de leur activité par l'enseigne du lieu de vente. Dans ces conditions, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les dispositions de l'article L. 3513-4 interdiraient à un magasin vendant des produits du vapotage de le signaler en devanture et, de ce fait, seraient entachées d'erreur manifeste d'appréciation et méconnaîtraient le principe d'égalité, eu égard aux dispositions applicables aux enseignes des débits de tabac.

En ce qui concerne les moyens relatifs à l'obligation de notifier les produits de vapotage avant leur mise sur le marché, prévue par l'article L. 3513-10 du code de la santé publique :

43. Le 2 de l'article 20 de la directive du 3 avril 2014 prévoit, pour permettre aux Etats membres d'exercer leur contrôle, que : " Les fabricants et les importateurs de cigarettes électroniques et de flacons de recharge soumettent une notification aux autorités compétentes des États membres concernant tout produit de ce type (...) six mois avant la date prévue de mise sur le marché ", notification qui comporte notamment la liste de tous les ingrédients contenus dans le produit, assortie de données toxicologiques. Ces dispositions doivent être interprétées compte tenu de l'acte d'exécution auquel le paragraphe 13 du même article renvoie, ainsi que le permet l'article 291 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour assurer l'exécution d'un acte juridiquement contraignant de l'Union dans des conditions uniformes. A ce titre, les dispositions du 2 de l'article 5 de la décision d'exécution (UE) 2015/2183 de la Commission du 24 novembre 2015 établissant un modèle commun pour la notification des cigarettes électroniques et des flacons de recharge envisagent la transmission d'informations relatives à des produits ayant la même composition et la même présentation, en invitant les fabricants et importateurs à utiliser un numéro d'identification commun, en particulier en cas de transmission par différents membres d'un groupement d'entreprises, " indépendamment de la marque, du sous-type et du nombre de marchés sur lesquels ces produits sont placés ".

44. Les dispositions de l'article L. 3513-10 introduites dans le code de la santé publique par l'ordonnance attaquée en vue d'assurer la transposition du 2 de l'article 20 de la directive du 3 avril 2014 exigent des fabricants et importateurs qui mettent sur le marché des produits du vapotage contenant de la nicotine, le dépôt d'un dossier de notification " par marque et par

type de produit " six mois au moins avant la mise sur le marché de ces produits. Si les dispositions de la directive imposent la notification de tout produit avant sa mise sur le marché, sans faire mention de la ou des marques sous lesquelles il est commercialisé, le Gouvernement n'a pas méconnu les objectifs de la directive, qui visent à garantir un contrôle effectif du contenu des produits du vapotage, en imposant une notification par marque, qui est mieux à même de lui permettre de veiller au respect de l'obligation de notification et peut être opérée au moyen du numéro d'identification commun prévu par la décision d'exécution du 24 novembre 2015.

En ce qui concerne les moyens relatifs aux droits définis à l'article L. 3513-12 du code de la santé publique :

45. Aux termes du dernier alinéa du 2 de l'article 20 de la directive du 3 avril 2014 : " Les États membres peuvent percevoir des redevances proportionnelles auprès des fabricants et des importateurs pour la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations qui leur sont soumises ".

46. L'article L. 3513-12 introduit dans le code de la santé publique par l'ordonnance attaquée prévoit que : " Toute notification mentionnée à l'article L. 3513-10 donne lieu au versement, au profit de l'établissement public mentionné par cet article, d'un droit pour la réception, le stockage, le traitement, et l'analyse des informations, dont le montant est fixé par décret, dans la limite de 7 600 euros. / Ces droits sont recouverts selon les modalités prévues pour le recouvrement des créances des établissements publics administratifs de l'Etat ". L'obligation faite aux fabricants et importateurs de notifier les produits du vapotage contenant de la nicotine répond, ainsi que le mentionne le considérant 36 de la directive du 3 avril 2014, au souci d'assurer " un degré élevé de protection de la santé publique ". En conséquence, le contrôle des produits soumis à l'obligation de notification, qui vise à la fois à permettre aux Etats membres de veiller au respect des exigences de la directive relatives notamment à la teneur maximale des produits en nicotine et à l'innocuité des autres ingrédients, à mieux informer le consommateur sur la composition et les risques de ces produits et à améliorer les connaissances scientifiques des administrations nationales et européennes en vue de faire évoluer, le cas échéant, la réglementation, ne constitue pas un service rendu pouvant donner lieu à la perception d'une redevance. Dans ces conditions, les droits prévus à l'article L. 3513-12 du code de la santé publique revêtent, ainsi qu'il est soutenu, la nature d'un prélèvement fiscal.

47. En premier lieu, si le 2 de l'article 20 de la directive autorise seulement les Etats membres à percevoir des " redevances proportionnelles " auprès des fabricants et des importateurs, pour la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations qui leur sont soumises au titre de l'obligation de notification, le Gouvernement pouvait faire usage de cette faculté en instaurant un prélèvement ayant, au regard du droit national, une nature fiscale, dès lors que les taux de ce prélèvement respectaient l'exigence de proportionnalité au coût des tâches incombant à l'administration du fait de cette notification. Par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'institution d'un prélèvement fiscal par l'article L. 3513-12 méconnaîtrait les objectifs de la directive.

48. En deuxième lieu, il résulte du 1° du I de l'article 216 de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé que le Gouvernement a été autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la loi, les mesures relevant du domaine de la loi qui ont pour objet de transposer la directive 2014/40/UE et, le

cas échéant, les mesures nécessaires à la mise en oeuvre des actes délégués et des actes d'exécution prévus par la même directive. En conséquence, le Gouvernement était tenu, eu égard au caractère contraignant des dispositions du 2 de l'article 20 de la directive instaurant la notification des cigarettes électroniques et des flacons de recharge, d'adopter les dispositions nécessaires à leur transposition. S'il n'était pas tenu d'instaurer un prélèvement à l'occasion de la mise en place de cette procédure, l'instauration de droits pour la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations, permise par le dernier alinéa du 2 de l'article 20 de la directive, découle directement de sa transposition et entraine ainsi dans le champ de l'habilitation conférée par la loi au Gouvernement. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 216 de la loi du 26 janvier 2016 doit être écarté.

49. En troisième lieu, alors même que le droit institué par l'article L. 3513-12 du code de la santé publique a le caractère d'un prélèvement fiscal, le Gouvernement ne pouvait, sans méconnaître l'exigence, résultant de l'article 20 de la directive, de proportionnalité des redevances à percevoir auprès des fabricants et importateurs pour la réception, le stockage, le traitement et l'analyse des informations, se borner à renvoyer à un décret le soin d'en fixer le montant sans déterminer le plafond du barème de ce droit à un niveau qui ne soit pas manifestement déraisonnable au regard de cette exigence. En l'espèce, les sociétés requérantes soutiennent, par des allégations sérieuses, que le montant de 7 600 euros fixé par l'ordonnance attaquée est manifestement excessif, en faisant notamment valoir les caractéristiques des produits du vapotage, reposant sur une gamme étendue de produits dont certains diffèrent peu les uns des autres. En se bornant à soutenir en défense que le montant de 295 euros retenu par le décret du 12 décembre 2016 pris pour l'application de ces dispositions est proportionné au regard des coûts qu'impose à l'administration l'analyse des dossiers de notification, le ministre des affaires sociales et de la santé n'apporte pas d'éléments de nature à justifier le montant de 7 600 euros retenu par l'ordonnance. Dans ces conditions, il y a lieu d'annuler l'article L. 3513-12 du code de la santé publique en tant qu'il fixe à un niveau supérieur à 500 euros la limite dans laquelle le montant du droit qu'il crée peut être déterminé. S'il est également soutenu que le coût des opérations à mener varie de façon très importante selon qu'est notifié un produit ayant la même composition qu'un produit déjà notifié, un produit qui n'en diffère que par la teneur en nicotine ou un produit dont la composition diffère par ses autres ingrédients, le Gouvernement, agissant par voie d'ordonnance, pouvait en revanche se borner à prévoir la limite dans laquelle le barème du nouveau droit serait fixé, en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de fixer ce droit, par catégories de produits ou d'opérations, en fonction du coût des opérations à conduire, en particulier en cas de notification d'un même produit sous plusieurs noms de marque.

50. En quatrième lieu, l'article L. 3512-19 inséré dans le code de la santé publique par l'ordonnance attaquée soumet les déclarations auxquelles sont tenus les fabricants et les importateurs de produits du tabac, en matière d'ingrédients et d'émissions de leurs produits, au versement d'un droit " pour la réception, le stockage, le traitement, l'analyse et la publication des informations, ainsi que pour la vérification des mesures visées à l'article L. 3512-16 et des études visées à l'article L. 3512-17 ". Par suite, les sociétés requérantes ne sont, en tout état de cause, pas fondées à soutenir que les dispositions de l'ordonnance créeraient une distorsion de concurrence au détriment des produits du vapotage et au profit des cigarettes.

51. En dernier lieu, le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi.

Sur les moyens dirigés contre l'article 1er de l'ordonnance en tant qu'il prévoit des dispositions pénales :

En ce qui concerne les sanctions concernant les unités de conditionnement, les emballages extérieurs et l'étiquetage des produits du tabac proprement dit :

52. Aux termes de l'article 34 de la Constitution : " La loi fixe les règles concernant : (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables (...) ". Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation 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 pour exclure l'arbitraire.

53. Le I de l'article L. 3515-3 inséré dans le code de la santé publique par l'ordonnance attaquée punit d'une peine de 100 000 euros d'amende, ayant le caractère d'une peine correctionnelle, la méconnaissance de différentes prescriptions qu'elle prévoit.

54. En premier lieu, sous réserve de ce qui a été dit au point 13, les dispositions de l'article L. 3512-21 du code de la santé publique relatives aux éléments et dispositifs interdits dans l'étiquetage des unités de conditionnement en raison de ce qu'ils suggèrent ou évoquent, combinées avec celles de l'article L. 3512-26 du même code, définissent de manière suffisamment précise les éléments constitutifs de l'infraction pénale réprimée par les 8° et 9° du I de l'article L. 3515-3 du même code.

55. En second lieu, le 10° du I de l'article L. 3515-3 du code de la santé publique sanctionne le fait de vendre, distribuer ou offrir à titre gratuit des produits du tabac ou du papier à rouler les cigarettes dans des unités de conditionnement et des emballages extérieurs méconnaissant les obligations fixées en matière d'avertissements sanitaires prévues à l'article L. 3512-22 du même code. D'une part, en utilisant l'expression " d'avertissements sanitaires ", ces dispositions font nécessairement référence, conformément d'ailleurs à la définition donnée par la directive du 3 avril 2014 au point 32 de son article 2, aux trois catégories d'avertissements prévus par l'article L. 3512-22, à savoir l'avertissement sanitaire combiné avec une photographie, l'avertissement général et le message d'information. D'autre part, si l'article L. 3512-22 renvoie à un arrêté du ministre chargé de la santé la détermination du contenu et des modalités d'inscription des avertissements sanitaires qu'il prévoit, ce renvoi porte sur des points techniques qui ne modifient pas le champ d'application de la loi pénale. Enfin, il résulte de la présente décision que les dispositions relatives à l'obligation d'apposer une seconde fois un message d'information lorsque les produits sont conditionnés dans des boîtes pliantes à couvercle basculant sont annulées et ne peuvent, dès lors, faire l'objet d'une sanction pénale.

56. Par suite, les moyens tirés de la méconnaissance par l'ordonnance du principe de légalité des délits et des peines et de l'étendue de sa compétence doivent être écartés.

En ce qui concerne les sanctions concernant les produits du vapotage :

57. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 23 de la directive du 3 avril 2014 : " Les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ces sanctions. Les sanctions prévues sont effectives, proportionnées et dissuasives (...) ".

58. Contrairement à ce qui est soutenu, le Gouvernement n'a pas méconnu les objectifs de la

directive du 3 avril 2014 en punissant d'amendes de même montant les infractions aux dispositions applicables aux produits du tabac et les infractions de même nature aux dispositions applicables aux produits du vapotage.

Sur les moyens dirigés contre l'article 2 de l'ordonnance modifiant l'article 572 du code général des impôts :

59. Selon l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété. Le droit de propriété, qui est au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, inclut le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France.

60. L'article 2 de l'ordonnance attaquée complète le régime d'homologation des prix de détail des produits du tabac défini par l'article 572 du code général des impôts en prévoyant que l'arrêté conjoint des ministres chargés de la santé et du budget qui homologue le prix d'un produit, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, " mentionne la marque et la dénomination commerciale des produits du tabac à la condition que ces dernières respectent les dispositions de l'article L. 3512-21 du code de la santé publique ".

61. S'il incombe aux Etats membres, eu égard au paragraphe 3 de l'article 23 de la directive du 3 avril 2014, de déterminer le régime des sanctions applicable aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la directive, ces dispositions n'excluent pas la possibilité pour les Etats membres, à qui il revient, en vertu du paragraphe 2 de ce même article, de veiller " à ce que les produits du tabac et les produits connexes non conformes à la présente directive, y compris aux actes d'exécution et aux actes délégués qui y sont prévus, ne soient pas mis sur le marché ", de définir les modalités propres à assurer le respect des obligations qui découlent de la directive.

62. Toutefois, en se bornant à imposer aux ministres chargés de la santé et du budget, signataires de l'arrêté d'homologation des prix, qu'ils mentionnent la marque et la dénomination commerciale des produits du tabac à la condition que ces dernières respectent les dispositions de l'article L. 3512-21 du code de la santé publique, l'article 2 de l'ordonnance attaquée a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles s'exerce ce contrôle a priori, qui peut conduire à l'interdiction de faire usage de marques dont les fabricants sont propriétaires et qui touche, dès lors, aux principes fondamentaux du régime de la propriété. En ne définissant pas les modalités essentielles d'exercice de ce pouvoir et en ne prévoyant pas de régime transitoire applicable aux marques existantes, le Gouvernement n'a entouré d'aucune garantie le contrôle des marques et des dénominations commerciales qu'il a instauré. Par suite, les requérantes sont fondées à soutenir que le Gouvernement, agissant dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, est resté, sur ce point, en-deçà de la compétence de l'autorité investie du pouvoir de prendre des mesures relevant du domaine de la loi.

63. En conséquence, il y a lieu d'annuler les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance attaquée. Le moyen retenu suffisant à entraîner cette annulation, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres moyens dirigés contre les mêmes dispositions.

Sur les moyens dirigés contre l'article 6 de l'ordonnance, relatif aux dispositions transitoires, et sur la méconnaissance du principe de sécurité juridique :

64. Aux termes du II de l'article 6 de l'ordonnance attaquée : " Excepté les cigares, les produits non conformes aux dispositions de la présente ordonnance peuvent être mis à la consommation jusqu'au 20 novembre 2016 et commercialisés jusqu'au 1er janvier 2017. / Pour les cigares, les produits non conformes aux dispositions de la présente ordonnance peuvent être commercialisés jusqu'au 20 mai 2017 ".

En ce qui concerne la méconnaissance de la directive du 3 avril 2014 :

65. L'article 30 de la directive du 3 avril 2014 dispose que : " Les États membres peuvent autoriser jusqu'au 20 mai 2017 la mise sur le marché des produits suivants dès lors qu'ils ne sont pas conformes à la présente directive : / a) les produits du tabac fabriqués ou mis en libre circulation et étiquetés conformément à la directive 2011/37/CE avant le 20 mai 2016 (...) ". Ces dispositions, contrairement à ce qui est allégué, ne prévoient pas un délai supplémentaire d'un an qui serait de droit au bénéfice des fabricants concernés, pour leur permettre d'organiser leurs modes de production afin de se conformer à la réglementation nouvelle, mais se bornent à ouvrir aux Etats la faculté d'impartir aux fabricants et importateurs un délai maximal d'un an pour écouler le stock d'emballages et de produits finis non conformes à leurs nouvelles obligations.

66. D'une part, s'il incombait au Gouvernement de prendre, dans la mesure où des motifs de sécurité juridique l'exigeaient, des mesures transitoires pour l'entrée en vigueur des dispositions de transposition de la directive du 3 avril 2014, une période transitoire ne pouvait, en principe, légalement avoir pour effet de donner aux opérateurs des délais excédant ceux prévus par la directive elle-même. En fixant au 20 novembre 2016 la date butoir pour la mise à la consommation des produits du tabac non conformes à la directive, le Gouvernement a adopté des dispositions plus favorables aux opérateurs que celles prévues par l'article 30 de la directive précitée, applicables aux seuls produits du tabac fabriqués ou mis en libre circulation avant le 20 mai 2016. Aucune des circonstances invoquées n'est de nature à caractériser l'existence d'un motif impérieux susceptible de justifier, à la date de l'ordonnance attaquée, un délai allant au-delà de celui retenu par le Gouvernement pour la mise à la consommation de produits non conformes à la directive.

67. D'autre part, en retenant, au titre des dispositions transitoires, une date antérieure à celle du 20 mai 2017 pour la commercialisation des produits autres que les cigares, le Gouvernement a poursuivi un objectif de protection de la santé publique en relation avec les objectifs retenus par la directive. Il ne ressort pas des pièces des dossiers qu'au regard de cet objectif, une atteinte excessive ait été portée aux intérêts invoqués par les requérantes.

68. Il suit de là que le moyen tiré de la méconnaissance des objectifs de la directive du 3 avril 2014 par l'article 6 de l'ordonnance attaquée doit être écarté.

En ce qui concerne le principe d'égalité :

69. Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur, ou le Gouvernement habilité sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit.

70. S'il est vrai que l'article 6 contesté prévoit des dates limites de commercialisation des

produits non conformes différentes selon qu'il s'agit de cigares ou de cigarillos, les requérants ne contestent pas que, ainsi que l'indique le ministre dans son mémoire en défense, les deux catégories de produits se caractérisent, en règle générale, par des modalités de fabrication différentes et par des prix plus élevés pour les premiers, qui induisent un taux de rotation des stocks plus lent. Dans ces conditions, en prévoyant un régime d'application dans le temps des dispositions critiquées différent pour les cigares et les cigarillos, le Gouvernement a instauré une différence de traitement en rapport direct avec l'objet des dispositions contestées. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe de sécurité juridique eu égard à la date d'intervention de l'ordonnance :

71. Le paragraphe 1 de l'article 29 de la directive du 3 avril 2014 dispose que : " Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 20 mai 2016 (...) ".

72. Le Gouvernement a adopté l'ordonnance attaquée le 19 mai 2016, soit la veille du terme du délai imparti par l'article 29 de la directive dont elle assure la transposition. Toutefois, il résulte des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance contestée, rappelées ci-dessus au point 64, que le Gouvernement a aménagé des délais pour la mise à la consommation et la commercialisation des produits non conformes, permettant aux fabricants d'adapter leur système de production aux nouvelles obligations. Par suite, doit être écarté le moyen tiré de ce que le Gouvernement aurait méconnu le principe de sécurité juridique en prenant l'ordonnance attaquée le 19 mai 2016.

Sur les conséquences à tirer de ce qui précède :

73. Il résulte de tout ce qui précède que les requérantes sont fondées à demander l'annulation, d'une part, de l'article 1er de l'ordonnance attaquée du 19 mai 2016 en tant que le c) du 1° du I de l'article L. 3512-22 qu'il insère dans le code de la santé publique comporte la phrase " Ce message est apposé deux fois lorsque ces produits sont conditionnés dans des boîtes pliantes à couvercle basculant ", en tant que le 5° de l'article L. 3512-26 comporte l'adjectif " principales " et en tant que l'article L. 3513-12 fixe à un niveau supérieur à 500 euros la limite dans laquelle le barème du droit qu'il crée peut être déterminé et, d'autre part, l'article 2 de cette même ordonnance. Ces dispositions sont divisibles des autres dispositions de l'ordonnance attaquée.

74. Il y a lieu de surseoir à statuer sur les conclusions aux fins d'annulation des requêtes de la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes et de la société British American Tobacco France en tant qu'elles portent sur l'article 1er de l'ordonnance attaquée en ce qu'il introduit dans le code de la santé publique les articles L. 3512-20 et L. 3512-21, jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée sur les questions préjudicielles mentionnées aux points 25 à 27.

75. En revanche, pour le surplus, les requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'ordonnance du 19 mai 2016.

Sur les conclusions relatives aux frais exposés par les parties à l'occasion du litige :

76. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat, sur le

fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, une somme de 750 euros à verser tant à la fédération des fabricants de cigares qu'à chacune des sociétés Coprova, E-Labo France et Smakq développement.

77. En revanche, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par les sociétés J. Cortès France, Scandinavian Tobacco Group France et Villiger France, intervenantes, qui n'ont pas la qualité de partie à l'instance.

78. Enfin, il est sursis à statuer sur les conclusions de la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes et de la société British American Tobacco France présentées au même titre.

DECIDE :

Article 1er : L'intervention des sociétés J. Cortès France, Scandinavian Tobacco Group France et Villiger France est admise.

Article 2 : Sont annulés, d'une part, l'article 1er de l'ordonnance 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 que le c) du 1° du I de l'article L. 3512-22 qu'il insère dans le code de la santé publique comporte la phrase " Ce message est apposé deux fois lorsque ces produits sont conditionnés dans des boîtes pliantes à couvercle basculant", en tant que le 5° de l'article L. 3512-26 comporte l'adjectif " principales " et en tant que l'article L. 3513-12 fixe à un niveau supérieur à 500 euros la limite dans laquelle le barème du droit qu'il crée peut être déterminé et, d'autre part, l'article 2 de cette ordonnance.

Article 3 : Il est sursis à statuer sur les conclusions des requêtes de la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes et de la société British American Tobacco France qui tendent à l'annulation de l'article 1er de l'ordonnance du 19 mai 2016 en tant qu'il introduit dans le code de la santé publique les articles L. 3512-20 et L. 3512-21 et sur leurs conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée sur les questions suivantes :

1. Les dispositions des paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles proscrivent l'utilisation, sur les unités de conditionnement, sur les emballages extérieurs et sur les produits du tabac, de tout nom de marque évoquant certaines qualités, quelle que soit sa notoriété '

2. En fonction de l'interprétation qu'il convient de donner aux paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive, leurs dispositions, en tant qu'elles s'appliquent aux noms et marques commerciales, respectent-elles le droit de propriété, la liberté d'expression, la liberté d'entreprise et les principes de proportionnalité et de sécurité juridique '

3. En cas de réponse positive à la question précédente, à quelles conditions un Etat membre peut-il, sans méconnaître le droit de propriété, les libertés d'expression et d'entreprise et le principe de proportionnalité, faire usage de la faculté qui lui est ouverte par le paragraphe 2 de l'article 24 de la directive pour imposer aux fabricants et importateurs la neutralité et l'uniformisation des unités de conditionnement et emballages extérieurs '

Article 4 : L'Etat versera tant à la fédération des fabricants de cigares qu'à chacune des sociétés Coprova, E-Labo France et Smakq développement une somme de 750 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions des sociétés J. Cortès France, Scandinavian Tobacco Group France et Villiger France présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le surplus des conclusions des requêtes est rejeté.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à la fédération des fabricants de cigares, à la société Coprova, à la société E-Labo France, à la société Smakq développement, à la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, à la société British American Tobacco France, à la société J. Cortès France, à la société Scandinavian Tobacco Group France, à la société Villiger France, au Premier ministre, à la ministre des affaires sociales et de la santé et au greffe de la Cour de justice de l'Union européenne.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances et au garde des sceaux, ministre de la justice.