



AIDUCE  
Monsieur Brice LEPOUTRE  
28 rue Colbert  
91560 CROSNE

Madame Marisol Touraine  
Ministre des Affaires sociales  
et de la Santé  
14, avenue Duquesne  
75350 PARIS 07 SP

**PAR LETTRE RECOMMANDEE AVEC  
ACCUSE DE RECEPTION**

**Objet : Recours gracieux relatif à l'ordonnance n°2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/EU sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes**

Madame la Ministre,

J'interviens auprès de vous en qualité de Président de l'Association Indépendante Des Utilisateurs de Cigarettes Electroniques (AIDUCE), laquelle est régie par les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 (*pièce n°1* : statut de l'AIDUCE). Constituée le 18 janvier 2013, l'AIDUCE a notamment pour mission d'informer les consommateurs de cigarettes électroniques et de défendre leurs intérêts auprès des pouvoirs publics. A ce jour, elle rassemble 2.929 adhérents.

Aux termes de l'article 216 de la loi n°2014-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, le gouvernement a été autorisé à prendre par ordonnance, avant le 26 janvier 2017, les dispositions nécessaires à la transposition de la directive 2014/40/EU du Parlement européen 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 de tabac et des produits connexes.

Par une ordonnance n°2016-623 du 19 mai 2016 signée du Président de la République et contresignée par le Premier Ministre et les Ministres concernés, le gouvernement a ainsi transposé la directive précitée, en apportant de nombreuses modifications au Code de la santé publique.

A notre meilleure connaissance, aucune disposition législative expresse n'a ratifié cette ordonnance de telle sorte qu'elle n'a à ce jour qu'une valeur réglementaire.

Aussi, sans préjudice d'éventuels recours contentieux et dans un souci de dialogue, l'AIDUCE entend par la présente soumettre à votre gracieuse appréciation l'illégalité manifeste de plusieurs dispositions tenant aux « produits du vapotage ».

En effet, si la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014 définit des règles générales à l'échelle de l'Union, il appartient aux Etats membres de définir des règles particulières conformes aux principes généraux du droit de l'Union et aux libertés fondamentales par les droits internes.

A ce titre, vous constaterez que les dispositions relatives à « la propagande ou la publicité » en faveur des produits de vapotage ont détourné les objectifs définis par la directive (1) au point de porter une atteinte manifeste aux droits du public à l'information et à la sécurité juridique (2).

#### 1. Le détournement des objectifs définis par la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014

Au point 43 du préambule de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014, le législateur européen a présenté l'esprit de la réglementation applicable à la publicité en faveur des produits du vapotage :

**« Les disparités entre les droits et les pratiques nationaux en matière de publicité et de parrainage pour les cigarettes électroniques 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. En l'absence de mesures plus poussées au niveau de l'Union, lesdites disparités sont susceptibles de s'accroître dans les années à venir, compte tenu également de l'expansion du marché des cigarettes électroniques et des flacons de recharge. Il est donc nécessaire d'harmoniser les dispositions nationales en matière de publicité et de parrainage des produits ayant des effets transfrontaliers, en prenant pour base un niveau élevé de protection de la santé humaine. Les cigarettes électroniques peuvent devenir le point d'entrée d'une dépendance à la nicotine et favoriser au bout du compte la consommation de tabac traditionnel, dans la mesure où elles imitent et banalisent l'action de fumer. C'est la raison pour laquelle il y a lieu d'adopter une approche restrictive en ce qui concerne la publicité pour les cigarettes électroniques et les flacons de recharge ».**

Il résulte de cette disposition le double objectif suivant :

- Limiter le risque de distorsion de la concurrence et d'entraves aux libertés de circulation des marchandises et à la libre prestation de service au sein du marché intérieur ;
- Eviter de favoriser indirectement la consommation de tabac traditionnel.

En conséquence, la directive prévoit au point 5 de l'article 20 que les Etats 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 ».

Au total, les objectifs définis par la directive se limitent à l'interdiction de campagnes publicitaires à des fins commerciales ou d'opérations de promotion susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires. Ils ne visent en aucun cas d'éventuelles campagnes d'information ou de sensibilisation à la consommation de produits du vapotage, en lieu et place de produits de tabac.

A l'inverse, l'ordonnance n°2016-623 du 19 mai 2016 consacre une approche extensive de la notion de « publicité » lui associant le terme de « propagande » et précisant que ces deux catégories juridiques doivent être entendues au sens large de façon « directe ou indirecte ».

Une telle approche excède manifestement l'esprit et la lettre de la directive européenne et porte de surcroît une atteinte disproportionnée à nos libertés fondamentales.

## **2. L'atteinte au droit du public à l'information et à la sécurité juridique**

Aux termes des nouvelles dispositions de l'article L.3513-4 du Code de la santé publique :

*« 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 ».*

En outre, le nouvel article L.3515-3, I, § 11 dispose :

*« I.-Est punie de 100 000 euros d'amende (...)*

*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 ».*

Il résulte de la combinaison de ces dispositions une atteinte manifeste aux droits du public à l'information et à la sécurité juridique.

- Le droit du public à l'information

Le droit du public à l'information est le corollaire du principe général de la liberté de communication, lui-même issu du principe plus général de liberté d'expression.

Il se présente en droit positif sous différents aspects :

- Un principe à valeur constitutionnelle (Décision n°82-141 du 27 juillet 1982 sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des Droits et du Citoyen de 1789) ;
- Un principe à valeur supra-législative, notamment à travers l'article 10 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ;
- Un principe général du droit lié à l'interprétation réalisée par la Cour de cassation de l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication (*Cass. 1ère civ. 6 février 1993, n°93-17670*).

En outre, la jurisprudence du Conseil d'Etat affirme dans un considérant de principe que :

*« L'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés (...) **que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées** ».*

(CE, juge des référés, 9 janvier 2014 – n°374508)

En l'espèce, l'interdiction de principe de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est manifestement disproportionnée et inadaptée à l'objectif poursuivi de protection de la santé publique.

En effet, en adoptant une approche aussi extensive, l'ordonnance n°2016-623 du 19 mai 2016 a généralisé l'interdiction à des pratiques non commerciales dont l'objectif n'est pas de vendre mais d'informer le public et plus particulièrement les consommateurs de tabac traditionnel sur les produits du vapotage. C'est l'une des missions essentielles de l'AIDUCE dont il convient de rappeler qu'elle est une organisation par nature non lucrative.

Rédigé ainsi, l'article L.3513-4 interdit par exemple :

- Le témoignage public d'anciens fumeurs ayant arrêté la consommation de produits de tabac par le recours aux produits du vapotage,
- Les recommandations sur les bonnes pratiques en vue d'assurer un fonctionnement correct et optimal des dispositifs,
- La recommandation de produits du vapotage plus performants car répondant aux normes existantes ou en cours de mise en place (AFNOR)
- Les actions d'information et de mise à disposition de kits gratuits pour tous fumeurs majeurs souhaitant arrêter leur consommation de tabac par le recours aux produits du vapotage,
- Le droit des consommateurs à être informés de l'existence des produits, de leurs caractéristiques, des moyens de les acquérir, et de leurs prix.

L'étendue de cette interdiction est d'autant plus disproportionnée qu'il est aujourd'hui acquis que les produits du vapotage ont permis à 400.000 personnes (donnée INPS de 2014) de mettre un terme à leur consommation de tabac et que la littérature scientifique la plus récente fait valoir que la cigarette électronique est un « *produit de réduction des risques idéal* » du fait d'une délivrance de nicotine optimale que l'utilisateur adapte à son propre ressenti (Collège royal des médecins du RU du 28 avril 2016).

Au total, les dispositions précitées apparaissent totalement contre-productives dans une logique de réduction des risques propres à la consommation de tabac et portent donc une atteinte disproportionnée au droit du public à l'information.

- Le droit à la sécurité juridique et à la prévisibilité de la loi pénale

La sécurité juridique constitue un principe général du droit de l'Union européenne lequel implique « *une exigence de clarté, de précision et de prévisibilité des effets de la règle de droit* » (Cour de Cassation, rapport du bureau européen 27 octobre 2015).

En outre, dans son rapport public pour l'année 2006, le Conseil d'Etat a rappelé 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** ».*

Enfin, outre la consécration des objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, lesquels « *imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* », la jurisprudence du Conseil constitutionnel affirme :

*« Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 :*

*« la loi ne doit établir que des peines strictement évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » ; que l'article 34 de la Constitution dispose : « la loi fixe les règles concernant ... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables... » ; **qu'il résulte de ces dispositions que le législateur est tenu de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, 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 ;»***

(Déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. n° 10)

En l'espèce, la notion de « propagande » dont il est précisé qu'elle doit s'entendre de manière « directe ou indirecte » excède non seulement très largement les règles définies par la directive européenne mais surtout ne renvoie à aucune catégorie juridique suffisamment claire et précise pour déterminer les comportements qu'elle recouvre.

Ainsi, crée-t-elle une insécurité juridique majeure, d'autant plus grave que le non respect de l'article L3513-4 du Code de la santé publique est assorti d'une sanction pénale extrêmement lourde de 100.000 euros d'amende.

Les justiciables sont donc exposés à un risque significatif d'arbitraire dans l'incrimination et répression des comportements susceptibles d'entrer dans le champ d'application des dispositions précisées.

Il en résulte une atteinte manifeste aux principes de la sécurité juridiques et de la légalité des délits et des peines.

\* \* \*

C'est pourquoi, l'AIDUCE a l'honneur de solliciter au titre du présent recours gracieux la réformation des articles L3513-4 et L3515-3I. §11 du Code de la santé publique, afin que les comportements incriminés et réprimés excluent :

- ✓ La diffusion d'informations destinées notamment aux consommateurs de tabac sur la limitation des risques par le recours aux produits de vapotage.
- ✓ La diffusion d'informations sur les caractéristiques, la disponibilité, les prix, et les modalités d'utilisation des différents produits du vapotage.
- ✓ La mise à disposition de matériel gratuit pour tous fumeurs majeurs souhaitant arrêter leur consommation de tabac par le recours aux produits du vapotage.

Je vous remercie par avance de l'attention que vous accorderez à la présente et vous prie de croire, Madame la Ministre, à l'expression de ma respectueuse considération.

Pour l'AIDUCE  
Le Président  
Brice LEPOUTRE