

CONSEIL D'ÉTAT

Section sociale

N ° 3 8 7 . 7 9 7

Mme GROSSET

Rapporteur

EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DU JEUDI 17 OCTOBRE 2013

DEMANDE D'AVIS

relative à l'interdiction de l'utilisation de la cigarette électronique dans les lieux à usage collectif

AVIS

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis portant sur les questions suivantes :

1. Les dispositions de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique et les mesures prises pour son application sont-elles applicables à la cigarette électronique ?
2. Si la limitation de l'usage de la cigarette électronique dans les lieux à usage collectif appelle une intervention du législateur, une extension sans adaptation des dispositions de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique à la cigarette électronique est-elle possible ?
3. Dans la négative, dans quelles limites et conditions le législateur pourrait-il imposer une restriction de l'usage de la cigarette électronique ?

Vu la Constitution, notamment son préambule et son article 34 ;

Vu la directive 2001/37/CE du 5 juin 2001 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac ;

Vu la directive 2003/33/CE du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac ;

Vu le code de la santé publique ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

A. Observations préalables

Sur les données relatives à la « cigarette électronique » et à son statut juridique

1. La cigarette électronique, encore appelée e-cigarette ou vaporisateur, est constituée d'un dispositif ressemblant à une cigarette, une pipe ou un cigare qui comprend une résistance, une cartouche de liquide contenant des arômes ou extraits, éventuellement de la nicotine et des solvants, une batterie et parfois une diode simulant visuellement la combustion. Elle peut être jetable ou rechargeable. Si comme la cigarette, elle peut contenir de la nicotine, elle est dépourvue de ses substances les plus nocives comme les goudrons et autres adjuvants cancérigènes. Lors de l'aspiration, le liquide mélangé à l'air inspiré est diffusé, selon le processus de l'aérosol, sous forme de gaz (appelé communément vapeur) qui est inhalé par l'utilisateur. La « fumée » est donc artificielle et constituée essentiellement de gaz. Ainsi, sous le vocable de cigarette électronique, il existe des produits nombreux et différents (avec ou sans nicotine, rechargeables ou non...). L'usage de la cigarette électronique se répand, depuis quelques années, en France, comme dans de nombreux pays, de façon très rapide. Pour l'instant, la réglementation de ce produit est balbutiante, selon les pays et la détermination de son statut juridique donne lieu à des hésitations.
2. En France, le statut juridique de la cigarette électronique est en cours de définition. Actuellement, la cigarette électronique est susceptible de recevoir une double définition :
 - soit elle est considérée comme un médicament au sens de l'article L. 5121-5 du code de la santé publique qui dispose que « *sont considérés comme médicaments les produits présentés comme supprimant l'envie de fumer ou réduisant l'accoutumance au tabac* ». L'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM) précise que ces produits doivent revendiquer une capacité d'aide au sevrage tabagique et contenir plus de 10 mg de nicotine avec une concentration supérieure ou égale à 20 mg/ml pour être regardés comme des médicaments et faire l'objet d'une demande d'autorisation de mise sur le marché.
 - soit, si elle ne répond pas à cette définition, elle est considérée comme un produit de consommation courante qui doit répondre aux obligations générales de sécurité des produits et aux normes particulières applicables aux substances qui le composent. Ainsi, lorsque les recharges contiennent 0,1 % de nicotine, substance considérée comme dangereuse par le règlement européen n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges, elles doivent respecter les règles d'étiquetage. Elles doivent également respecter les normes applicables à la compatibilité électromagnétique des appareils électriques.
3. Les réactions des principaux pays occidentaux concernés par la cigarette électronique sont très diverses. Certains ont aligné le régime de ce produit sur celui des médicaments (Autriche), certains l'assimilent au tabac (Belgique, Malte), d'autres n'ont pas encore tranché cette question : Allemagne, Espagne, Italie. Aucun pays n'a, à ce stade, adopté une législation propre à ce produit mais nombreux sont ceux qui y réfléchissent selon que ce produit remplit ou non une fonction thérapeutique (Royaume-Uni, États-Unis). L'Organisation mondiale de la santé (OMS) compte parmi les institutions qui ont réagi le plus précocement aux questions posées par la cigarette électronique. Appelée par les

parties signataires de la convention-cadre de lutte contre le tabac à répertorier les recherches en cours et à recenser les options possibles, l’OMS, par un communiqué du 9 juillet 2013, a estimé que « *tant que les cigarettes électroniques n’auront pas été considérées comme efficaces et sans danger et d’une qualité acceptable par un organisme national de régulation compétent, il est fortement conseillé aux consommateurs de ne pas utiliser ce type de produit.* »

4. Au sein de l’Union européenne, la question du statut juridique de la cigarette électronique fait l’objet de discussions dans le cadre des négociations portant sur la modification de la directive 2001/37/CE sur les produits du tabac. Les États membres souhaitent parvenir à une position commune pour déterminer son statut juridique et ses conditions de vente. Par un vote du 8 octobre 2013, le Parlement européen a, pour sa part, exclu la qualification de produit dérivé du tabac pour la cigarette électronique et s’est prononcé en faveur du statut de bien de consommation courante, sauf dans les hypothèses où le produit présenterait des propriétés curatives. Le Parlement a voté l’interdiction des cigarettes électroniques dont le seuil en nicotine dépasserait celui de 30 mg/ml de nicotine, l’interdiction de la vente aux moins de 18 ans, l’interdiction de la publicité et l’instauration de règles d’étiquetage et de déclaration aux autorités compétentes des substances qui la composent.
5. En France, la vente et la publicité des cigarettes électroniques sont, à ce stade, libres. Seules les pharmacies ne peuvent vendre ce produit qui n’est pas inscrit sur la liste des médicaments fixée par les arrêtés ministériels des 15 février 2002, 30 octobre 2002 et 2 octobre 2006. Cependant, l’interdiction de la vente aux mineurs de ce produit a été adoptée par les deux assemblées dans le cadre de la discussion qui se poursuit du projet de loi relatif à la consommation. Si ce texte est définitivement adopté, il introduira pour la première fois le principe d’une définition de la cigarette électronique dans le code de la santé publique. Il prévoira, en outre, une dérogation à l’interdiction de vente aux mineurs, lorsque le produit revêt la qualité de médicament.
6. La question de l’encadrement de l’usage de la cigarette électronique se pose de façon d’autant plus prégnante que le nombre de ses consommateurs est aujourd’hui estimé à plus d’un million et que certaines entreprises se trouvent confrontées à la question de l’interdiction de l’usage de ces produits dans leur enceinte. L’interdiction de « vapoter » (c’est-à-dire de « fumer » des cigarettes électroniques) dans les lieux publics où il est déjà interdit de fumer est envisagée, dès lors que l’utilisation de la cigarette électronique dans ces lieux tendrait à banaliser le fait de fumer et s’inscrirait à rebours des politiques de lutte contre le tabagisme et que l’incertitude juridique actuelle générerait des risques de troubles à l’ordre public dans les transports et les entreprises. Le Gouvernement souhaite, par conséquent, interdire ou encadrer cet usage sans attendre la fin de la procédure de révision de la directive européenne relative aux produits du tabac.
7. La difficulté d’appréhender juridiquement la cigarette électronique tient à son caractère ambivalent et plurifonctionnel. Ambivalent, car ce produit pastiche la cigarette (il relève d’une forme de *tabagisme apparent*) mais revendique parallèlement une originalité conceptuelle et fonctionnelle, en se prévalant de son caractère quasi-inoffensif pour le consommateur et du plaisir de « vapoter ». Plurifonctionnel, car ce produit permettrait à certaines personnes de s’extraire de la dépendance tabagique, tout en étant recherché par d’autres qui n’ont pas d’addiction à la cigarette, pour l’attrait de la gestuelle et sa similarité avec la cigarette. Cette ambiguïté a conduit l’Office français de prévention du

tabagisme (OFT), à la suite d'une étude approfondie¹ de ce produit, à émettre 28 recommandations qui préconisent, d'une part, de ne pas interdire l'utilisation de la cigarette électronique avec ou sans nicotine et de ne pas freiner l'accès des fumeurs à cette cigarette mais aussi, d'autre part, de réglementer et de restreindre ses conditions de vente et d'utilisation. L'OFT propose, notamment, de créer une catégorie juridique de « produits évoquant le tabagisme » justifiant des restrictions dans les conditions de vente et ajoutant des obligations à la charge des fabricants. Il propose aussi d'interdire la vente aux mineurs et l'utilisation de ces produits dans les lieux où il est interdit de fumer. L'ambivalence de ce produit rend délicate son appréhension par le droit et, en particulier, par les principes qui protègent la liberté des personnes et qui reposent le plus souvent sur un raisonnement dual (autorisation /interdiction). La première difficulté est donc de savoir si la cigarette électronique présente suffisamment de similarités avec la cigarette traditionnelle pour se voir imposer les mêmes restrictions.

8. Avant d'examiner la possibilité d'aligner le régime d'interdiction de la cigarette électronique sur celui de la cigarette traditionnelle, il faut rappeler les traits saillants de la politique de lutte contre le tabagisme au cours de ces cinquante dernières années.

Sur la genèse de la lutte contre le tabagisme

9. Au motif que la dissuasion serait, pour les produits du tabac, plus efficace qu'une prohibition, la France a fait le choix, comme la quasi-totalité des pays occidentaux, de ne pas interdire sa consommation. Par conséquent, la lutte contre la consommation de tabac se résume en un durcissement constant de la législation visant à restreindre le tabagisme actif puis le tabagisme passif, les Gouvernements successifs tablant sur la modification progressive et positive des comportements. La législation sur le tabac, en partie issue de la directive 2001/37/CE susmentionnée, a défini le tabac de façon extensive. Ses conditions de vente sont encadrées strictement (monopole des douanes et des débitants de tabac, interdiction de la vente à distance, de la vente aux mineurs, des paquets de moins de 20 cigarettes, de certaines cigarettes aromatisées, fixation des prix, fiscalité dissuasive). Le fait de fumer est strictement encadré, puisqu'il est interdit dans les lieux à usage collectif fermés et couverts, les moyens de transport collectif et les établissements destinés à l'accueil, la formation ou l'hébergement des mineurs. La violation de ces interdictions est pénalement sanctionnée. Enfin, la publicité directe ou indirecte du tabac et de sa consommation est prohibée.
10. Si la proportion de fumeurs réguliers a baissé depuis les années 60 dans la population masculine, passant de 45 % à 35 %, la proportion des femmes qui fument a augmenté, passant de 10 à 22 %. Au total, la France compte 15 millions de fumeurs : 31,5 % des adolescents fument ; de même 30 % des adultes de 18 à 75 ans sont des fumeurs quotidiens. Le tabac est la première cause de mortalité évitable en France. En quelques années, le nombre de « patients traités » pour sevrage tabagique est passé de 500 000 en 1998 à plus de 2 millions en 2003 et 2004. Ce nombre fluctue depuis lors entre 1,5 millions et un peu plus de deux millions. En 2012, le nombre de « patients traités » approche les 2,4 millions. Les institutions françaises ne disposent pas pour l'instant de données sur le nombre de fumeurs qui cesseraient de fumer grâce à l'utilisation de la cigarette électronique.

¹ « Rapport et avis d'experts sur l'e-cigarette » de l'Office français de prévention du tabagisme, mai 2013.

B. Sur la question n° 1 : Les dispositions de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique et les mesures prises pour son application sont-elles applicables à la cigarette électronique ?

11. L'article L. 3511-7 interdit non pas l'usage de tabac dans les lieux affectés à un usage collectif, mais plus largement le fait de *fumer* dans ces lieux. En effet, il dispose : « *Il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment scolaire, et dans les moyens de transport collectif, sauf dans les emplacements expressément réservés aux fumeurs* ». En outre, les produits du tabac mentionnés à l'article L. 3511-1 du code de la santé publique² sont définis moins par leur contenu qu'en raison de leur fonction. Ils sont en effet constitués de l'ensemble des produits destinés à être fumés, même s'ils ne contiennent pas de tabac. En l'absence de définition dans les textes de l'action consistant à fumer et d'une définition inclusive des produits du tabac dans le code de la santé publique ou le code général des impôts³, il convient de se référer à l'acception commune de la notion de *fumer* qui désigne le fait de brûler du tabac et d'aspirer la fumée qui s'en dégage par la bouche⁴. La cigarette électronique ne reposant pas sur un processus de combustion (et pouvant, en outre, être ou non composée de nicotine), il n'est pas possible, en l'état actuel de la législation, de considérer, sans risque juridique, que les textes relatifs à l'interdiction de fumer peuvent s'appliquer à la cigarette électronique. Le Conseil d'État du Luxembourg a d'ailleurs déjà pris la même position. Le Conseil d'État répond donc par la négative à la première question.

C. Observations préalables aux questions 2 et 3 : Le cadre juridique de l'usage de la cigarette électronique

12. Si le fait de fumer n'est pas, en soi, une liberté constitutionnellement garantie, ce comportement ou mode de consommation constitue une manifestation des libres choix de la personne qui sont garantis dans leur ensemble par le Conseil constitutionnel au titre de la liberté personnelle qui découle des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (décisions n° 99-411 DC du 16 juin 1999 relative à la loi sur la sécurité routière et n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi portant création

² L'article L. 3511-1 du code de la santé publique dispose : « *Sont considérés comme produits du tabac les produits destinés à être fumés, prisés, mâchés ou sucés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac, ainsi que les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux, au sens du troisième alinéa (2°) de l'article 564 decies du code général des impôts. Est considéré comme ingrédient toute substance ou tout composant autre que les feuilles et autres parties naturelles ou non transformées de la plante du tabac, utilisés dans la fabrication ou la préparation d'un produit du tabac et encore présents dans le produit fini, même sous une forme modifiée, y compris le papier, le filtre, les encres et les colles. Les fabricants et importateurs de produits du tabac doivent soumettre au ministère chargé de la santé une liste de tous les ingrédients et de leurs quantités utilisés dans la fabrication des produits du tabac, par marque et type, dans des conditions définies par arrêté du ministre chargé de la santé.* »

³ L'article 564 decies du code général des impôts dispose : « *Sont assimilés aux tabacs manufacturés : 1°) Les produits destinés à être fumés, prisés ou mâchés, même s'ils ne sont que partiellement constitués de tabac ; 2°) Les cigarettes et produits à fumer, même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux.* »

⁴ Définition du dictionnaire Larousse en ligne.

de la couverture maladie universelle). Aux termes de l'article 4 de la Déclaration : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». Le principe de protection de la santé publique édicté par le 11^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « *la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* » permet, en raison de la nocivité pour soi et pour les tiers de la fumée de tabac, de restreindre la liberté de fumer en interdisant cette pratique dans les lieux collectifs et fermés. Si le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer directement sur la constitutionnalité du dispositif limitant l'usage du tabac aux lieux ouverts ou à usage non collectif, il a néanmoins été saisi de la question de la constitutionnalité de l'interdiction de la publicité directe ou indirecte du tabac instituée par la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme dite Loi Evin. Par sa décision n° 90-283 DC du 9 janvier 1991, il a jugé que l'atteinte portée au droit de propriété d'une marque concernant le tabac ou les produits du tabac était justifiée par « le principe constitutionnel de protection de la santé publique ». Au regard de l'ensemble des dispositions de la loi, il a en effet considéré que l'atteinte portée par la loi à ce droit fondamental était proportionnée et justifiée par l'intérêt général de la mesure. Ainsi, si la Constitution confère au législateur une marge de manœuvre importante pour apporter des limitations à la liberté personnelle, c'est à la condition que ces restrictions soient nécessaires, proportionnées et justifiées par d'autres principes ou objectifs de valeur constitutionnelle. Ces restrictions peuvent être ainsi justifiées par des raisons tenant à la protection de la santé publique, à la tranquillité publique ou à la sécurité publique. Le Conseil constitutionnel vérifie, à cet égard, que la conciliation entre ces objectifs s'opère de façon équilibrée et censure les atteintes manifestement disproportionnées. La Cour européenne des droits de l'homme adopte la même analyse (arrêts Hachette Filipacchi presse automobile et Dupuy contre France n° 13353/05 du 5 juin 2009).

13. Si le principe de précaution au sens de l'article 5 de la Charte de l'environnement ne s'applique pas par lui-même et directement au domaine de la santé publique, il appartient aux autorités compétentes en matière sanitaire, dans le cadre de l'obligation de prévention des risques qui leur incombe, d'édicter des règles permettant de prévenir par des mesures appropriées les menaces pour la santé publique, même non encore totalement avérées, à condition que les restrictions apportées aux libertés ne soient pas disproportionnées.
14. Dans le présent avis, la question se pose donc de savoir si, en l'état *des données scientifiques disponibles*, le risque occasionné par l'usage de la cigarette électronique est suffisamment avéré pour permettre au législateur d'étendre à ce produit l'interdiction de fumer dans tous les lieux affectés à un usage collectif et dans les moyens de transport collectif, telle qu'elle est instituée par l'article L. 3511-7 du code de la santé publique, et, dans la négative, de savoir dans quelle mesure l'usage de la cigarette électronique peut être interdit dans certains lieux particuliers (établissements accueillant des mineurs, transports collectifs, lieux de travail).

D. Sur la question n° 2 : Si la limitation de l'usage de la cigarette électronique dans les lieux à usage collectif appelle une intervention du législateur, une extension sans adaptation des dispositions de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique à la cigarette électronique est-elle possible ?

15. La question posée est celle de savoir si le législateur peut étendre les restrictions générales apportées à la faculté de fumer la cigarette traditionnelle à l'usage de la cigarette électronique sans se heurter à des exigences de nature constitutionnelle ou conventionnelle.

16. Il convient de rechercher le fondement juridique qui justifierait l'interdiction d'un tel produit dans tous les lieux où il est aujourd'hui interdit de fumer (aussi bien les établissements scolaires, les cafés, restaurants que les bureaux individuels et les espaces collectifs de travail, les moyens de transport public, les halls et les quais de gare, ...). Trois fondements possibles peuvent être invoqués à l'appui d'une telle interdiction : la nocivité de la cigarette électronique pour la santé (a) ; l'incitation à fumer du tabac qu'induirait son usage (b) ; les risques d'atteinte à l'ordre public qui s'attacheraient à cet usage (c).

a) Sur le fondement de l'atteinte directe à la santé publique

17. A la lumière des études peu nombreuses qui sont disponibles sur la cigarette électronique, deux constats peuvent être faits. D'une part, les analyses sur les dangers ou les intérêts thérapeutiques de ce produit ne sont pas assez documentées pour apporter des réponses claires aux questions qui se posent. D'autre part, la seule certitude pour l'instant partagée par l'ensemble des institutions sanitaires (OFT, ANSM, Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency - MHRA -⁵) est que ce produit, *en l'état des données acquises de la science* et hormis les hypothèses de malfaçon ou de mésusage, est beaucoup moins dangereux que la cigarette. Des interrogations subsistent toutefois sur les risques pour le consommateur engendrés notamment par l'inhalation du propylène glycol, l'addiction à la nicotine et, par ailleurs, sur la capacité d'un tel produit à contribuer au sevrage tabagique. S'agissant des risques que le gaz émis par la cigarette électronique représenterait pour les tiers, ils ne sont à ce jour pas démontrés et aucun élément n'est de nature à justifier une inquiétude concernant ce que l'on pourrait appeler le « vapotage » passif. Cependant, tant l'OMS que l'OFT sollicitent une interdiction de « vapoter » (c'est-à-dire de « fumer » des cigarettes électroniques) dans l'ensemble des lieux où il est interdit de fumer.

18. Dans le domaine de la santé, l'impératif de prévention des risques impose aux autorités publiques ayant connaissance d'un risque avéré pour la santé humaine de prendre les mesures nécessaires à la protection de la population. Le Conseil d'État a ainsi reconnu à plusieurs reprises la responsabilité de l'État pour ne pas avoir pris, dès lors qu'il en avait connaissance, des mesures suffisantes pour protéger la population de risques sérieux (CE, Assemblée, 9 avril 1993, Mme D., à propos des transfusions sanguines, ou CE, Assemblée, 13 juillet 1962, Ministre de la santé contre Sieur Lastrajoli, au sujet des vaccinations obligatoires). En l'état, *les données acquises de la science ne permettent pas*

⁵ Équivalent de l'ANSM au Royaume-Uni qui, dans un communiqué de presse du 12 juin 2013, a rappelé que les cigarettes électroniques actuellement sur le marché ne correspondent pas aux standards de sécurité, de qualité et d'efficacité.

de considérer que l'usage de la cigarette électronique représente un risque avéré pour la santé de l'utilisateur ou d'autrui et de justifier des mesures d'interdiction aussi générales que celles prévues par la loi Evin et le décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif. Il n'existe pas en effet, à ce stade, d'éléments suffisamment probants et sérieux concernant la dangerosité de l'usage de la cigarette électronique en particulier pour autrui pour limiter son usage au même titre que la cigarette traditionnelle. Si l'OMS et l'OFT recommandent un encadrement strict de l'usage de la cigarette électronique en raison des risques indéterminés qu'elle induirait et de l'absence de preuve de l'innocuité d'un tel produit, cette indétermination ne constitue pas un motif suffisant, au plan juridique, pour justifier une restriction de la liberté personnelle aussi large que celle qui résulte de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique et des textes pris pour son application ou à sa suite.

b) Sur le fondement de l'atteinte indirecte à la santé publique

19. L'OFT, au même titre que l'OMS, soutient que l'usage de la cigarette électronique serait indirectement dangereux pour la santé de l'homme car, par un effet d'image ou de mode, il banaliserait l'usage de la cigarette traditionnelle, dont la dangerosité est établie. La politique de lutte contre le tabagisme repose, comme le rappelle la convention-cadre de l'OMS du 21 mai 2003, notamment sur un travail de « *modification des perceptions socioculturelles et environnementales concernant l'acceptabilité de la consommation de produits de tabac, et l'exposition à la fumée de tabac (...)* ». D'après cette analyse, il existerait un risque sérieux que le développement de l'usage de la cigarette électronique vienne infléchir l'ensemble des actions menées pour lutter contre le tabagisme. Le « vapoteur » (« fumeur » de cigarette électronique), par son seul comportement, viendrait ainsi affaiblir la politique visant à marginaliser le fumeur et sa conduite porterait indirectement atteinte à la santé publique. Il faut rappeler que si l'interdiction de la publicité du tabac a été admise par le Conseil constitutionnel, c'est notamment en raison de l'incitation à fumer qu'une telle publicité induit. La question se pose par conséquent de savoir si une atteinte, aussi large que celle découlant de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique, peut être apportée à la liberté de « vapoter » au motif que le fait de « vapoter » constituerait une incitation à un comportement dangereux pour la santé publique.
20. Deux arguments conduisent à répondre par la négative à cette question. En premier lieu, il n'existe à ce jour aucune étude démontrant que l'usage de la cigarette électronique banalise la consommation de tabac, fragilise l'interdiction de fumer ou qu'une telle consommation constituerait, pour une part significative de la population, la première marche vers le tabagisme. En second lieu, il est délicat de considérer que le fait de « vapoter » incite à consommer du tabac en raison du lien indirect, voire de l'antinomie entre ces deux produits. Si la cigarette électronique entend pasticher la cigarette, elle s'en détache fortement en raison de sa faible toxicité pour l'utilisateur qui constitue d'ailleurs son principal atout commercial. Il serait en outre pour le moins paradoxal d'interdire à toute la population et dans tous les lieux collectifs et fermés l'usage de la cigarette électronique sur le fondement de son caractère incitatif à consommer du tabac, alors que de nombreux usagers l'utilisent, à tort ou à raison, non pour s'en rapprocher mais, au contraire, pour s'en détacher. Si notre droit admet, avec parcimonie, l'interdiction de comportements directement incitatifs, même à l'égard d'agissements licites⁶, , de telles prohibitions

⁶ Notamment l'interdiction de la provocation au suicide ou de la provocation d'un mineur à consommer habituellement de façon excessive de l'alcool.

portent sur des comportements à la fois actifs et intentionnels. Si la cigarette électronique peut peut-être constituer, chez certains jeunes, une porte d'entrée vers le tabagisme, une telle hypothèse ne suffit pas, en l'état des données scientifiques disponibles, à justifier un alignement général du régime juridique de ce produit sur celui de la cigarette. Un tel raisonnement qui avait conduit le Gouvernement à créer une taxe sur les boissons énergisantes au motif que très souvent, mélangées avec de l'alcool, elles favorisaient l'alcoolisme des jeunes a été invalidé par le Conseil constitutionnel, qui a jugé que cette taxe n'était pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi (décision n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012).

c) Sur le fondement du risque de trouble à l'ordre public

21. Le Conseil constitutionnel admet qu'il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie). La question se pose donc de savoir si, dans un souci de sauvegarde de la tranquillité publique, l'usage de la cigarette électronique pourrait être interdit au même titre que l'interdiction de fumer. Il pourrait sans doute être soutenu que, pour éviter tous débordements ou manifestations de mécontentement, suscités par les différences de réglementation entre ces produits dans un même espace, l'alignement des deux régimes juridiques serait nécessaire. Quelques difficultés, notamment dans les transports en commun, ont été signalées et pourraient de fait suggérer un strict encadrement de l'usage de la cigarette électronique. Ces menaces ne paraissent toutefois pas suffisantes pour justifier une interdiction générale. En premier lieu, le critère de l'atteinte à la tranquillité publique est, le plus souvent, utilisé par le Conseil constitutionnel aux côtés du critère de la sécurité publique, qui est bien plus apte à justifier des restrictions générales aux libertés (décisions n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010 sur la loi relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage et n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure). Par ailleurs, si le Conseil constitutionnel a été conduit à recourir au critère du trouble à la tranquillité publique entendue largement comme comprenant le « bon ordre » ou les « exigences minimales de vie en société » notamment dans sa décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 rendue sur la loi relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, il a pris soin, pour justifier cette interdiction, de se fonder également sur le danger que représentent pour la sécurité publique de telles pratiques, et d'ailleurs également sur d'autres considérations. En outre, le Conseil d'État, lorsqu'il est conduit à se prononcer sur la légalité de mesures de police administrative, juge avec constance qu'une mesure de restriction aux libertés, doit être strictement nécessaire et proportionnée à la menace de trouble à l'ordre public. En l'espèce, la gêne occasionnée par le « vapoteur » provient du gaz exhalé qui peut provoquer une nuisance visuelle et olfactive et ainsi incommoder des personnes se trouvant à proximité. Le risque qu'un tel comportement cause une gêne importante dans l'ensemble des lieux mentionnés à l'article L. 3511-7 du code de la santé publique ne peut être tenu pour établi. L'atteinte à la salubrité publique ne pouvant en l'occurrence être invoquée, la seule atteinte à la tranquillité publique, même entendue largement comme incluant le « bon ordre » ou encore « les exigences minimales de vie en société », paraît insuffisante pour fonder une interdiction générale. Ainsi, à l'instar des nuisances sonores que peut provoquer un téléphone portable, la gêne que pourrait occasionner l'usage de la cigarette électronique dans l'ensemble des lieux publics couverts et fermés ne permet pas, à elle seule, de justifier une atteinte générale à cette liberté. Le

savoir-vivre ne saurait, à lui seul, être assimilé à l'ordre public. Quant à l'atteinte directe à la sécurité publique, elle ne peut a fortiori être invoquée à l'appui d'un projet d'alignement du régime de la cigarette électronique sur celui de l'interdiction de fumer.

22. Le Conseil d'État fait, en outre, observer que les sanctions pénales réprimant l'interdiction de fumer dans les lieux publics, seraient, en tout état de cause, en cas d'extension de cette législation à l'usage de la cigarette électronique, disproportionnées.
23. Le Conseil d'État, en réponse à la deuxième question de la demande d'avis, estime par conséquent qu'aucun des fondements susceptibles de justifier l'alignement de l'interdiction de « vapoter » sur celle de fumer ne suffit, à ce stade, à permettre une telle extension sans risque juridique. La rareté des données scientifiques sur la nocivité pour la santé de la cigarette électronique et sur le risque que ce comportement favorise la consommation ultérieure de tabac ne permet pas de considérer qu'une interdiction aussi générale ne s'exposerait pas à un risque constitutionnel. Cependant, le Conseil d'État attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité, en application de l'impératif de prévention des risques susrappelé, de poursuivre les études et évaluations relatives aux effets de la cigarette électronique en maintenant une vigilance constante et de veiller à la qualité des produits qui circulent sur le marché en assurant une surveillance et des contrôles rigoureux. Il appartiendra au Gouvernement, en fonction de ces travaux, de réévaluer l'existence d'un risque lié à l'usage de ces produits et de prendre, le cas échéant, les mesures appropriées.

E. Sur la question n° 3 : Dans la négative, dans quelles limites et conditions le législateur pourrait-il imposer une restriction de l'usage de la cigarette électronique ?

24. A l'instar des textes relatifs à l'interdiction de fumer qui évoquent les moyens de transport collectif, les lieux de travail et les établissements accueillant des mineurs, la question se pose de savoir si la faculté de « vapoter » peut également être restreinte dans ces trois espaces. La situation particulière de ces lieux conduit à rechercher si les fondements d'une interdiction qui ont été précédemment écartés ne peuvent être appréhendés de façon différente ou si d'autres fondements peuvent justifier de telles restrictions.

a) Les établissements accueillant des mineurs

25. Il résulte du régime de l'interdiction de fumer dans les lieux à usage collectif que si cette prohibition repose, à titre principal, sur la volonté de lutter contre le tabagisme passif, le caractère très étendu de l'interdiction de fumer dans les établissements accueillant des mineurs démontre qu'un objectif plus large et d'une autre nature lui est, dans ce cadre précis, assigné. L'interdiction, au sein de ces établissements, de fumer dans tous les lieux mêmes non couverts et de créer des emplacements réservés aux fumeurs et l'interdiction générale faite aux mineurs d'accéder à des emplacements réservés démontrent la volonté de la puissance publique de protéger la santé du mineur contre lui-même et de faire des endroits où séjournent les mineurs, des lieux d'exemplarité. Accompagné de l'interdiction de vente de tabac à tous les mineurs, de l'interdiction de certaines cigarettes aromatisées et de l'instauration de zones géographiques de non-implantation des débits de tabac, résultant de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, l'ensemble de ces mesures de restriction s'insère

dans le *corpus* des règles de droit qui garantissent, dans notre société, une protection particulière des mineurs et qui trouvent leur fondement notamment dans le préambule de la Constitution de 1946 et la convention de New-York relative aux droits de l'enfant. Si le Conseil constitutionnel admet que le législateur puisse restreindre certaines libertés au titre des mesures de protection particulières instituées au bénéfice des mineurs (décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 à propos des jeux d'argent et de hasard) et si le Conseil d'État admet, de longue date, que des mesures de police puissent être prises à l'encontre de la personne au bénéfice de qui la protection est édictée (CE, 4 juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve et Millet), de telles limitations ne peuvent être apportées que si la mesure de protection est justifiée par un danger réel ou sérieux.

26. Pour instituer une interdiction de « vapoter » dans les seuls établissements pour mineurs, il faut que l'usage de la cigarette électronique, pour cette population, constitue un risque réel ou tout du moins sérieux pour leur santé ou que cette consommation risque de constituer une première étape vers le tabagisme.

Sur la nocivité de la cigarette électronique pour les mineurs

27. Dans son étude précitée, l'OFT précise que l'on peut craindre, en raison de la forte addiction que la nicotine génère chez le consommateur de tabac, un risque d'addiction de l'usager de la cigarette électronique contenant cette substance. Or, ce risque de dépendance doit s'apprécier avec d'autant plus de rigueur qu'il concerne un mineur non fumeur. La dangerosité de la nicotine contenue dans les cartouches de cigarettes électroniques tient également aux risques liés à son mauvais usage (ingestion et contact cutané). Il convient donc de protéger les mineurs, notamment les jeunes enfants, de tout contact avec ces substances.

Sur l'incitation des mineurs à consommer du tabac qu'induirait l'usage de la cigarette électronique

28. Si le risque que l'usage de la cigarette électronique constitue une étape vers le tabagisme n'est pas établi à l'égard de la population prise dans son ensemble et surtout des fumeurs qui utilisent ce produit à titre de produit de sevrage, le risque d'une banalisation, voire d'un réel engouement, doit être examiné avec la plus grande attention en ce qui concerne la seule population des mineurs, particulièrement exposée aux conduites addictives et aux phénomènes de mode. La cigarette électronique est d'ailleurs déjà très populaire sur internet et les réseaux sociaux⁷. Un tel risque a conduit le Parlement national, dans le projet de loi relatif à la consommation, et le Parlement européen, dans la directive « produits de tabac », à adopter des dispositions interdisant la vente des cigarettes électroniques aux mineurs. L'ensemble de ces raisons conduit le Conseil d'État à estimer que le législateur peut, sans risque constitutionnel, interdire l'usage de la cigarette électronique dans les établissements accueillant des mineurs. L'objectif particulier de protection de la santé des mineurs doit en effet conduire à une appréhension plus large des exigences de la prévention.

29. Sur la question de savoir si le législateur peut, au nom de la protection particulière des mineurs, interdire l'usage de la cigarette électronique aux personnes majeures présentes au sein de l'établissement, le Conseil d'État considère que l'exemplarité nécessaire à une

⁷ Étude précitée de l'OFT, p. 121 et suivantes.

protection efficace de la santé des mineurs et la nécessité de fixer au sein des établissements des interdictions claires permettant leur respect par le plus grand nombre peut justifier une interdiction générale au sein de ces lieux. Pour autant, il peut être loisible au législateur de réserver des lieux spécifiques pour les personnels encadrant les mineurs.

b) Les lieux de travail et les moyens de transport collectif

30. Des raisons particulières tenant aux exigences du bon déroulement du travail ou des conditions de transport peuvent aussi, dans certaines conditions, justifier des mesures d'interdiction de l'usage de la cigarette électronique.
31. Concernant les moyens de transport collectif, leurs contingences particulières justifient que des restrictions soient édictées pour permettre aux voyageurs des déplacements dans de bonnes conditions. La promiscuité et le confinement de nombreux individus dans un espace réduit parfois pendant de longues durées, permettent déjà aux autorités compétentes, dans un souci de sauvegarde de la tranquillité publique, d'interdire certains comportements qui pourraient déranger les autres voyageurs et occasionner des troubles. Le décret du 22 mars 1942, pris en application de la loi du 15 juillet 1845, relatif à la police des chemins de fer, interdit notamment par son article 74 tout usage d'appareil ou instrument sonore (téléphone portable, radio, transistors). De même dans les transports aériens, les raisons de sécurité et de confinement conduisent la majorité des compagnies aériennes à interdire un tel usage durant les vols. Les mêmes motifs peuvent justifier que le législateur restreigne l'usage de la cigarette électronique dans tous les modes de transport collectif. Afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté de « vapoter » et en l'absence de tout danger avéré pour la santé publique, il appartiendrait au législateur de limiter cette interdiction aux espaces fermés dans lesquels la gêne est réelle et de permettre, dans la mesure du possible, le « vapotage » dans certains espaces réservés.
32. Concernant les lieux de travail, si l'employeur peut toujours, dans le cadre du règlement intérieur, justifier, dans les conditions fixées par l'article L. 1321-2 du code du travail, des mesures particulières de restriction lorsque le « vapotage » est incompatible avec les activités de l'entreprise, il est également loisible au législateur, pour des raisons similaires à celles évoquées au sujet des transports collectifs (promiscuité, longueur du temps partagé dans le même espace et confinement dans un espace réduit) et afin de garantir à l'ensemble des personnels d'une entreprise la possibilité de travailler dans de bonnes conditions, de restreindre la liberté de « vapoter » dans tous les espaces clos et collectifs. Cette restriction, afin de ne pas risquer d'être jugée disproportionnée, devrait prévoir l'aménagement d'espaces réservés à l'usage de la cigarette électronique, comme c'est déjà le cas pour la cigarette traditionnelle.
33. Concernant les autres lieux à usage collectif (cafés, restaurants, établissements de loisirs), une interdiction générale paraît, en l'état des connaissances scientifiques, disproportionnée. Cependant, si un risque de confusion apparaissait entre la cigarette électronique et la cigarette traditionnelle, de sorte que le respect de l'interdiction de fumer dans ces lieux serait compromis, il appartiendrait au Gouvernement de prendre, au titre de la réglementation du produit, les mesures nécessaires pour éviter tout risque de confusion de la cigarette électronique avec la cigarette traditionnelle.

34. Le Conseil d'État, qui considère qu'il est loisible au législateur d'apporter des restrictions à la liberté de « vapoter » sans que toutefois, en l'état des données scientifiques disponibles, cette interdiction ne puisse être aussi générale que celle qui s'applique à la cigarette traditionnelle, réitère son observation (cf. § 23) que le présent avis est rendu dans un contexte incertain quant à l'évaluation scientifique des effets de la cigarette électronique. Cet avis tire les conséquences juridiques de cette incertitude et s'accompagne de la recommandation de poursuivre les évaluations relatives à ce produit en maintenant une vigilance constante et de veiller à la qualité des produits mis sur le marché en exerçant une surveillance et des contrôles rigoureux.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'Assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du jeudi 17 octobre 2013.

Signé : Le vice-président du Conseil d'État, M. Jean-Marc Sauvé
Le rapporteur, Mme Marie Grosset
Le secrétaire général du Conseil d'État, M. François Sénors et la secrétaire de la section sociale, Mme Muriel Le Duc

POUR EXTRAIT CERTIFIÉ CONFORME

Le secrétaire général du Conseil d'État

François SÉNORS