N°s 431983 432035 435970
SEITA

1ère et 4ème chambres réunies
Séance du 21 octobre 2020
Lecture du 16 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Sur les 6 000 milliards de cigarettes vendues chaque année dans le monde, **12 % seraient issues d'un commerce illicite**[1]. Ce trafic massif de tabac soulève des enjeux de santé publique, en ce qu'il favorise la consommation de produits moins encadrés, des enjeux de sécurité dans la mesure où ces ventes viennent alimenter des réseaux souvent liés à la criminalité organisée, et des enjeux de fiscalité – les ventes « sous le manteau » entraînant un fort manque à gagner pour les Etats, dans un contexte où, s'agissant de la France, 82 % du prix d'un paquet de cigarettes est constitué de taxes.

C'est en réaction à ce constat préoccupant que la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac a imposé aux Etats-parties, dont la France, d'instaurer un système de suivi et de traçabilité de tous les produits du tabac fabriqués ou importés sur leur territoire. C'est dans le prolongement de cette convention, à laquelle elle est elle-même partie, que l'Union européenne s'est saisie de ce sujet au travers **de la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014**. En matière de sécurité, le cadre juridique européen exige ainsi que chaque unité de conditionnement comporte un dispositif de sécurité infalsifiable constitué d'au moins cinq types d'éléments authentifiants[2]. Ce dispositif a fait l'objet d'une première transposition au travers de l'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016. Pour mettre les douanes en mesure de procéder aux vérifications requises tout en limitant les coûts supportés par l'Etat, le législateur national[3] a pris de lui-même l'initiative, en 2018, d'obliger les fabricants et importateurs de produits du tabac

[1] https://www.franceculture.fr/emissions/le-choix-de-la-redaction/tracabilite-des-cigarettes-lunion-europeenne-na-pas-resiste-au-lobby-du-tabac
[2] Art. 16 de la directive 2014/40/UE, art. 3 de la décision d'exécution (UE) 2018/576, art. L. 3512-25 du CSP
[3] Par amendement adopté sans réelle discussion à l'occasion de l'examen de la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

à fournir gratuitement les équipements nécessaires à la détection des éléments authentifiants aux administrations chargées de les contrôler, en renvoyant à un décret en Conseil d'Etat l'encadrement de cette sujétion (6° de l'article L. 3512-26). **En un mot, le législateur a imposé une sorte de « taxation en nature » au dernier alinéa du III de l'article L. 3512-25 du code de la santé publique (CSP).**

Sans attendre l'édiction de ce décret, le directeur général des douanes et droits indirectes (DGDDI) a envoyé un premier courrier le 27 février 2019 aux fabricants et importateurs de tabac qui, entre autres objets, leur indiquait les équipements à fournir pour le 30 avril 2019[4]. A cette occasion, il a également précisé que cette liste était évolutive et que l'obligation législative visait non seulement la fourniture du matériel, mais aussi son renouvellement, sa maintenance, l'éventuel remplacement de pièces, ainsi que les besoins en matière d'installation, d'information, de formations et d'extension de garantie. **Pour le dire trivialement, les douanes exigeaient donc une solution « clé en main » avec service après-vente.** Dans une seconde lettre datée du 25 avril qui faisait suite à une demande d'éclaircissements formée par plusieurs industriels du tabac, le DGDDI a été conduit à préciser sa vision des choses en indiquant que, dans le silence des textes, les modalités de répartition des coûts induits étaient laissées à la discrétion des fabricants et importateurs – en suggérant néanmoins « *qu'une forme de mutualisation (…) permettrait (…) de remplir plus certainement cette obligation législative à un coût maîtrisé pour l'ensemble des parties prenantes concernées* ».

Mécontente de cette liste de courses à rallonges, la Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (SEITA) **a attaqué dans cette mesure ces deux courriers puis, par une troisième requête, elle a contesté le refus ministériel de les abroger**. A cette occasion, elle a soulevé une QPC à l'encontre du III de l'article L. 3512-25 du CSP, que vous avez transmise au Conseil constitutionnel. Ce dernier, par une décision rendue le 24 janvier 2020[5], a jugé ces dispositions conformes à la Constitution. Vous devez désormais statuer sur la légalité des courriers. Dans cette perspective, il vous faudra passer par deux étapes successives.

[4] En l'occurrence 4500 loupes à fort grossissement (dites « compte-fils ») et un spectromètre de masse permettant de déceler l'un des éléments identifiants – à savoir le traceur moléculaire non apparent
[5] N° 2019-821 QPC

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La première concerne **votre compétence pour connaître de ces décisions.** Précisons d'abord que ce point n'est pas tranché par votre décision de renvoi, dans la mesure où vous vous reconnaissez la faculté de statuer sur la transmission d'une QPC avant de renvoyer l'affaire à la juridiction administrative compétente[6]. En l'occurrence, la difficulté est de déterminer si les décisions attaquées peuvent être regardées comme **des actes réglementaires**. L'interrogation ne naît pas de l'identité du signataire[7] mais des actes eux-mêmes, tant il est vrai que leur forme peut faire douter de leur caractère général et impersonnel. En effet, le courrier du 27 février 2019 est adressé à « mesdames et messieurs les fabricants et importateurs de cigarettes à rouler » et il se conclut par une formule de politesse, tandis que le courrier du 25 avril constitue une réponse à la demande d'éclaircissements envoyée par certaines sociétés et par la SEITA.

Pour autant, nous vous proposons d'aller **au-delà de ces apparences** pour admettre votre compétence.

D'une part, il nous semble que la première décision du 27 février 2019 **s'assimile à ce que Jean Lessi qualifiait d'« acte à double visage »**, c'est-à-dire un acte « *désignant un tiers en particulier mais s'adressant derrière lui à des tiers définis abstraitement* »[8]. C'est cette logique consistant à apprécier le caractère ou non réglementaire de l'acte à partir de l'identité de son **destinataire principal** qui vous conduit, par exemple, à reconnaître ce caractère à une admission d'un médicament au remboursement[9] – laquelle produit surtout des effets sur les assurés sociaux – tandis que l'autorisation de mise sur le marché (AMM) revêt un caractère individuel[10], dès lors qu'elle déploie ses effets avant tout à l'égard du laboratoire concerné (v. conclusions J. Lessi précitées). Or, à cette aune, il ne faut pas vous arrêter ici à la forme épistolaire, qui implique des destinataires limitativement désignés. En réalité, **le directeur a bien entendu s'adresser à l'ensemble des acteurs du secteur concerné**, c'est-à-dire à tous ceux qui entraient dans le champ d'application de l'obligation législative : son

[6] CE, 03-06-2019, *Mme V..*, n° 424377, B
[7] Le DGDDI ayant reçu une délégation régulière (CE, 16-12-1987, *CFDT Interco*, n° 60577, B / il s'agit ici de combiner le décret n° 2005-850 du 27-07-2005 et le décret de nomination du DGDDI daté du 2 février 2017)
[8] Conclusions sur : CE, Section, 01-07-2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n°s 393082-524, A
[9] CE, 22-03-1968, *Société des Laboratoires Beytout*, n° 66842, B
[10] CE, 11 juin 1958, *Caisse générale de sécurité sociale des Alpes-Maritimes*, p. 342

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

objet est donc défini de façon impersonnelle, sans considération des personnes qui devront le respecter.

D'autre part, ce courrier nous semble aussi revêtir **un caractère général** puisqu'il se contente de fixer globalement les matériels qui devront être fournis, sans nullement individualiser la part impartie à chaque fabricant.

Au total, ces caractéristiques permettent à nos yeux **d'assimiler ce premier courrier à un acte réglementaire**[11], tandis que le second courrier litigieux peut être regardé – compte tenu de ses termes – comme un rejet du recours gracieux formé contre ce premier acte par certaines des entreprises concernées ; aussi, vous pourrez en connaître par la voie de la connexité.

Votre propre compétence étant acquise, il vous faut désormais vous pencher sur la seconde question, qui tient cette fois à la **compétence de l'auteur de l'acte**. Sur ce point, nous sommes pour notre part convaincu que le directeur ne pouvait édicter ce contenu réglementaire.

D'une part, en effet, la délégation du ministre de l'action et des comptes publics ne saurait lui donner compétence. Vous le savez, en effet, les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire d'application des lois, **sauf à ce qu'un texte législatif ou un décret leur aient donné ce pouvoir**[12]. Ici, force est de constater que la loi n'a nullement habilité le ministre ; au contraire, nous l'évoquions, la seule référence au pouvoir réglementaire prend la forme d'un renvoi à un décret en Conseil d'Etat[13], aux fins de déterminer les conditions d'application de l'obligation imposée aux fabricants et importateurs.

D'autre part, si le ministre cherche à vous convaincre que la première lettre relèverait de l'application du **pouvoir réglementaire reconnu au chef de service**[14] en vertu de votre jurisprudence *Jamart*, une telle argumentation ne

[11]Du reste, même si le directeur fixe une date butoir pour la livraison des équipements requis, la lecture du courrier montre que cette obligation de mise à disposition **est** pensée comme permanente, ce qui se traduit notamment par le fait que les entreprises auront à en assurer la maintenance. A cette aune, le courrier fait donc écho à la définition que donnait Jacques Rigaud de l'acte réglementaire comme étant celui « *dont la première application n'épuise pas le contenu* ».

[12] V. *Contentieux administratif*, R. Odent, tome I, p. 264. Pour la jurisprudence classique sur ce sujet, v. CE, Section, 23-05-1969, Société « Distillerie Braibant et Cie », p. 264. Et pour un exemple récent, v. CE, 03-07-2009, *Syndicat national Force Ouvrière des personnels de préfecture et Masquelet*, n°s 309925 311886, B

[13] V. pour un précédent concernant, déjà, le directeur général des Douanes : CE, 06-12-1993, *Ministre du budget c/ Mlle Malhouitre*, n° 121878, B

[14] Sur la reconnaissance d'un pouvoir Jamart à un directeur d'administration centrale, v. CE, 13-11-1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile et Union syndical de l'aviation civile C.G.T*, n°s 83177 83702, B

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

saurait vous retenir. En effet, comme l'explique le président Stirn, ce tempérament prétorien « *ne peut s'exercer que pour régir l'administration dans son fonctionnement intérieur. En aucun cas, en revanche, il ne peut conduire à fixer des règles nouvelles opposables aux administrés* »[15]. Or, en l'occurrence, si le courrier litigieux a *in fine* vocation à contribuer au bon fonctionnement de l'administration des douanes, il n'en demeure pas moins que son objet consiste, avant toute chose, **à faire peser une lourde obligation sur des acteurs extérieurs**[16][17].

Vous devrez donc annuler dans cette mesure le premier courrier et, par suite, le rejet du recours gracieux ainsi que le refus ministériel de les abroger. Votre décision pourrait aussi être l'occasion d'apporter **trois utiles précisions** pour guider le travail futur de l'administration.

Premièrement, vous pourriez incidemment faire état de ce que **le Premier ministre est tenu de prendre le décret en Conseil d'Etat prévu par la loi**. En effet, le dernier alinéa du III de l'article L. 3512-25 du CSP est, en l'état, manifestement inapplicable faute que le pouvoir réglementaire soit intervenu, dans les formes requises, pour préciser[18] les contours de cette obligation entièrement nouvelle[19][20].

Deuxièmement, vous pourriez vous montrer explicite pour éviter que **votre censure pour incompétence soit mal interprétée**. En effet, dans notre esprit, si les modalités selon lesquelles les fabricants et importateurs doivent contribuer à cette obligation relèvent nécessairement, compte tenu des termes de la loi, du décret en Conseil d'Etat, ce dernier pourrait en revanche opportunément déléguer au ministre le soin de définir la liste des équipements à fournir pour éviter à l'administration concernée d'avoir à solliciter vos sections consultatives

[15] *Les sources constitutionnelles du droit administratif – Introduction au droit public*, B. Stirn, 7e édition, LGDJ, p. 100
[16] V. pour un précédent en ce sens : CE, 30-09-2011, *Comité d'action syndicale de la psychiatrie et autres*, n°s 337334 337389, B
[17] En tout état de cause, précisons également ici que le pouvoir réglementaire *Jamart* ne saurait permettre à un directeur d'administration centrale de prendre des mesures pour lesquelles un texte – en l'occurrence la loi – a imposé une formalité particulière, à savoir le décret en Conseil d'Etat (CE, Section, 08-01-1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*, n° 17270, A ; CE, Assemblée, 30-06-2000, *Association « Choisir la vie » et autres*, n° 216130, A)
[18] Sur la prise en compte de la précision de la loi : CE, 28-05-2003, *Creton et autres*, n° 247492, B
[19] V. sur la prise en compte de ce caractère nouveau : CE, 21-03-2008, *Société Megaron*, n° 310173, B
[20] A cet égard, nous sommes convaincu que vous seriez amenés à censurer le refus de prendre cet acte dès lors que la loi a été promulguée voilà deux ans, de sorte que le délai raisonnable que vous reconnaissez habituellement au pouvoir réglementaire pour prendre les textes d'application d'une loi est désormais largement dépassé (Pour un exemple : CE, 27-07-2005, *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et autres*, n° 270327, B)

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

à la moindre modification de ces éléments, passablement techniques et sujets à évolutions.

Troisièmement, vous pourriez enfin en profiter pour préciser la consistance de l'obligation prévue par le législateur. Nous l'avons dit, le Parlement a prévu que les acteurs concernés devaient fournir les seuls « **équipements nécessaires** ». Or, compte tenu de l'objet des dispositions en cause, celles-ci doivent être interprétées strictement, ce qui à nos yeux emporte deux conséquences. D'une part, la seule mention des « équipements » nous semble **faire obstacle à l'approche retenue par le DGDDI** dans sa lettre, qui dilatait le champ de l'obligation jusqu'aux prestations de service associées aux équipements. D'autre part, en cas de contentieux, il faudra que l'administration soit en mesure de démontrer que les équipements qu'elle réclame sont bien nécessaires à la détection des éléments authentifiants, et que les quantités et les spécifications requises n'excèdent pas ses besoins, ce qui suppose notamment de tenir compte des matériels dont l'administration dispose déjà. Insistons ici sur le fait qu'il n'est pas illogique que les acteurs du tabac contribuent au bon déroulement des contrôles dès lors qu'ils y trouvent eux aussi un intérêt ; en effet les 360 tonnes de tabac de contrebande saisies en 2019 par la douane française limitent d'autant la concurrence déloyale. Pour autant, ces dispositions législatives n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de permettre aux douanes **de se constituer opportunément un trésor de guerre**[21].

PCMNC :

- **A l'annulation du courrier du 27 février 2019 en tant qu'il fait application du dernier alinéa du III de l'article L. 3512-25 du CSP ;**
- **A l'annulation du courrier du 25 avril 2019 et de la décision du 16 septembre 2019 du ministre de l'action et des comptes publics ;**
- **Au rejet du surplus des conclusions ;**
- **A ce que l'Etat verse à la SEITA une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA, et au rejet des conclusions qu'il a présentées sur ce même fondement.**

[21] A titre d'exemples, on peut ainsi nourrir quelques doutes quant à la nécessité pour les douanes de disposer de 4 500 compte-fils, soit un nombre équivalant au quart des effectifs de cette administration. De même, en cas de litige, il faudra que l'administration soit en mesure de justifier la nécessité de recourir à des matériels plus sophistiqués que ceux proposés par les industriels – en l'occurrence, des modèles de compte-fils fonctionnant avec des batteries rechargeables et non à piles, pour un écart de prix allant de 1 à 5.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.