BRS AVOCATS | Bd des Philosophes 9 CH - 1205 Genève | Tél. +41 22 320 12 12 Fax +41 22 320 13 31 | www.brsavocats.ch www.brslaw.ch

AVIS DE DROIT

relatif à la Lettre d'information n° 146
de l'Office fédéral de la santé publique

Etabli le vendredi 24 avril 2015
sur requête de l'association
Helvetic Vape

A. LES ÉLÉMENTS DE LA CIRCULAIRE CONCERNÉS

1. Le 13 septembre 2010, l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP) a adressé aux chimistes cantonaux et à l'Administration fédérale des douanes une Lettre d'information n° 146, intitulée *« Cigarettes électriques, cigarettes électroniques, cigarettes virtuelles »*[1].

2. A teneur de cette circulaire, les cigarettes électroniques et les liquides de recharge pour lesdites cigarettes doivent, *« faute d'une législation spécifique »*[2], être considérés, dès lors qu'ils formeraient une *« unité fonctionnelle »*[3], comme des objets usuels au sens de la Loi sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAl[4]).

3. Sur la base de ce raisonnement, l'OFSP, apparemment sur délégation de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAlOUs[5]) prétend interdire la mise sur le marché et l'importation des liquides de recharge pour cigarettes électroniques contenant de la nicotine et limiter leur importation par les particuliers à 150 ml de liquide par période de 60 jours[6].

B. LA QUESTION POSÉE

4. Helvetic Vape, association dont le but est la défense et la promotion des intérêts des utilisateurs de vaporisateurs personnels (cigarettes électroniques), conteste l'interdiction de mise sur le marché et d'importation commerciale des liquides de recharge contenant de la nicotine.

5. Elle considère en effet que ces interdictions sont contraires aux principes notamment de l'égalité de traitement (entre les utilisateurs de vaporisateur personnel et les fumeurs de tabac ; entre ceux qui ont accès à internet et peuvent de la sorte aisément commander des liquides nicotinés et les personnes non connectées ; ainsi qu'entre les personnes qui peuvent se rendre aisément en région frontalière pour acheter des liquides de recharge avec nicotine et celles qui n'en ont pas la possibilité), de la liberté personnelle et de la liberté économique.

6. Elle considère également que cela va à l'encontre de la politique, encouragée par la Confédération, de réduction des risques dans le domaine des dépendances et provoque un marché noir.

---

[1] OFSP, Lettre d'information n° 146, p. 1.
[2] OFSP, Lettre d'information n° 146, p. 1.
[3] OFSP, Lettre d'information n° 146, p. 4.
[4] RS 817.0.
[5] RS 817.02.
[6] OFSP, Lettre d'information n° 146, p. 2.

7. Helvetic Vape souhaite dès lors savoir si la Lettre d'information n° 146 de l'OFSP, à l'instar de la chaîne de délégation législative figurant aux articles 14 al. 2 LDAl et 37 al. 3 ODAlOUs, sont conformes au droit suisse.

C. DÉFINITIONS DES TERMES UTILISÉS DANS LE PRÉSENT AVIS

8. Aux fins de clarifier les présentes écritures, le terme *« vaporisateur personnel »* sera utilisé pour désigner l'objet composé d'un atomiseur, d'un réservoir et d'une batterie et le terme *« liquide »* pour désigner le liquide de recharge pour les vaporisateurs personnels, avec ou sans nicotine.

D. ANALYSE JURIDIQUE

a. Les dispositions légales applicables

9. Les interdictions formulées par la Lettre d'information n°146 de l'OFSP touchent à de nombreuses dispositions légales.

10. D'emblée, ainsi que le relève l'OFSP à bon droit, on retient que les vaporisateurs personnels et les liquides ne sont pas soumis à l'ordonnance sur le tabac (OTab), en raison de l'absence de processus de combustion dans le fonctionnement des vaporisateurs personnels. Le liquide ne peut donc pas être réglementé en tant que « *succédané de tabac* » au sens de l'article 2 let. 2 OTab[7].

11. De même, l'OFSP considère que les diverses normes régissant les produits pharmaceutiques ne trouvent pas application, en tant les vaporisateurs personnels ne contiennent pas de produits destinés exclusivement aux soins thérapeutique, ni ne sont considérés comme des produits de sevrage ou présentés comme tels aux yeux du public.

12. L'examen de ces deux champs législatifs peut toutefois être écarté de la présente analyse juridique, en tant que l'interdiction d'importation commerciale et de commercialisation des liquides contenant de la nicotine se fondent exclusivement sur la LDAl, son ordonnance d'application et les directives adoptées par l'OFSP.

13. C'est donc principalement sur les règles de la LDAl et de l'ODAlOUs que se fondera la présente analyse.

[7] OFSP, Lettre d'information n° 146, p. 5.

b. Prémisses : But et champ d'application de la LDAl

14. Aux termes de son article premier, la LDAl prétend notamment protéger les consommateurs contre les denrées alimentaires et les objets usuels pouvant mettre la santé en danger (let. a) et assurer la manutention des denrées alimentaires dans de bonnes conditions d'hygiène (let. b).

15. A lecture du Message concernant la loi sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 30 janvier 1989, l'on relève que l'article 1 LDAl, se présente comme une « *directive à caractère de programme qu'il convient de suivre dans l'application de la loi. La protection des consommateurs contre les denrées alimentaires et les objets usuels pouvant mettre effectivement ou potentiellement la santé en danger constitue la première priorité* »[8]. A ce titre, le Conseil fédéral note que « *l'éventualité d'une mise en danger doit déjà être prise en compte. L'objectif selon lequel il y a lieu de se protéger contre la « menace pesant sur la santé » est élargi par rapport à la protection contre « une atteinte à la santé ». En d'autres termes, le risque d'une atteinte doit déjà être exclu* »[9].

16. Cela étant, cette loi ne doit porter « *atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie des producteurs et vendeurs que dans la mesure requise pour protéger la santé des consommateurs [...]. Dans ces limites, l'intérêt public veut que la restriction à la liberté économique du particulier s'exerce dans un esprit libéral. Ce n'est que dans les cas où des intérêts publics importants sont en jeu qu'il convient d'intervenir et d'imposer des restrictions* »[10].

17. A relever encore que la LDAl et ses ordonnances et directives d'exécution tendent à s'appliquer aux professionnels (producteurs ; vendeurs ; importateurs ; etc.) de la branche considérée et, partant, à laisser intacte la « *responsabilité propre du particulier* »[11]. C'est ainsi notamment que l'article 2 al. 4 let. a LDAl précise que la loi ne s'applique pas aux denrées alimentaires et objets usuels destinés à l'usage personnel, son champ d'application étant notamment circonscrit à la fabrication (art. 2 al. 1 let. a LDAl), à la distribution (art. 2 al. 1 let. a LDAl), à l'importation et au transit (art. 2 al. 1 let. c) des denrées alimentaires et des objets usuels.

18. Le Message précise à cet égard que « *les prescriptions étatiques n'entravent pas, mais ne protègent pas spécialement non plus le consommateur lorsqu'il produit et importe pour ses besoins particuliers* »[12].

---

[8] Message du Conseil fédéral in FF 141, p. 873.
[9] Message du Conseil fédéral in FF 141, p. 873.
[10] Message du Conseil fédéral in FF 141, p. 869.
[11] Message du Conseil fédéral in FF 141, p. 869.
[12] Message du Conseil fédéral in FF 141, p. 875.

c. Les vaporisateurs personnels et les liquides sont-ils des objets usuels au sens de l'art. 5 LDAl ?

1. Fonctionnement du vaporisateur personnel

19. Un vaporisateur personnel se présente sous la forme d'un objet constitué d'un atomiseur, d'un réservoir et d'une batterie. En tant que tel, le vaporisateur personnel est un objet solide indépendant, qui ne contient aucun liquide, avec ou sans nicotine.

20. Le liquide, destiné à être versé dans le réservoir, est vendu dans un flacon sécurisé indépendant. Il est composé essentiellement de propylène glycol, de glycérol, d'arômes et pour certains, de nicotine.

21. Afin de faire fonctionner le vaporisateur personnel, les utilisateurs versent le liquide de leur choix dans le réservoir et enclenchent la cigarette électronique. Le liquide est alors amené par capillarité vers une résistance qui le chauffe modérément.

22. Les molécules du liquide ainsi chauffées créent un aérosol qui condense la vapeur d'eau présente dans le flux d'air induit par l'aspiration de l'utilisateur et génèrent un nuage visible, selon un procédé et un résultat analogue aux machines à brouillard que l'on trouve fréquemment dans des établissements publics tels que les salles de concert ou les boites de nuit.

23. L'on peut déjà constater que l'OFSP se méprend sur le fonctionnement et l'utilisation des vaporisateurs personnels. A lecture de le Lettre d'information n° 146, l'on constate en effet que l'OFSP assimile, en maints endroits, les vaporisateurs personnels vendus sans liquide, destinés à être remplis par l'utilisateur avec un liquide indépendant acheté séparément et les vaporisateurs personnels vendus avec une cartouche pré-remplie de liquide, interchangeable ou non, qui constituent une fraction infime du matériel vendu aujourd'hui. Et cette méprise entraîne nécessairement des effets sur l'analyse juridique à laquelle il se prête.

2. Interprétation de l'art. 5 LDAl

24. L'art. 5 LDAl, qui définit les *« objets usuels »*, prévoit qu'*« on entend par objets usuels et biens de consommation (objets usuels) au sens de la présente loi les objets qui ne sont pas présentés comme produits thérapeutiques et qui entrent dans l'une des catégories de produits suivantes :*

    a. [...].
    b. « produits de soins corporels et cosmétiques, ainsi qu'objets qui, par l'usage auquel ils sont destinés, entrent en contact avec les muqueuses buccales.
    c. [...] »

25. A titre liminaire, notons que l'expression *« qui entrent dans l'une des catégories suivantes »* signifie indéniablement que les catégories listées dans cette disposition sont exhaustives. En outre, aucune extension de cette définition n'est envisageable en raison de l'absence de toute délégation législative spécifique.

Le Message du Conseil fédéral indique ainsi, dans cette ligne, que l'article 5 énumère des catégories de marchandises illustrées par des exemples. « *Il s'agit de l'ensemble des objets ou des biens destinés à la consommation qui peuvent présenter un danger pour la santé de l'homme, que ce soit par l'absorption, les effets mécaniques et chimiques sur l'organisme, ou le passage de substances nuisibles dans les denrées alimentaires ou l'environnement* »[13].

C'est ainsi que ni le Conseil fédéral ni le juge ne sauraient être autorisés à établir de nouvelles catégories d'objets usuels. Cela étant, dès lors que chacune des catégories est illustrée de manière exemplative, rien ne les obligerait à se restreindre aux exemples cités, chacune des catégories pouvant donc être interprétée extensivement.

26. Au sujet de la terminologie légale, l'on relève que l'article 5 LDAl utilise le terme *« objet usuel »* en tant que générique servant à qualifier autant les « *objets* », au sens courant du terme, que les biens de consommation.

Les différentes lettres de l'art. 5 LDAl utilisent par ailleurs les termes *« objet »* et *« produits »*, tous deux étant désignés comme des « *objets usuels* », le second devant assurément être considéré comme un *« bien de consommation »*, soit un bien pouvant être consommé tout ou partiellement lors de son usage par l'utilisateur final.

27. La formulation de la première phrase de l'article 5 LDAl n'est pas heureuse et peut prêter à confusion. Aussi, pour plus de clarté, nous nous référerons, dans le présent avis, aux *« objets »* et aux « *produits* », par opposition au terme générique *« objet usuel »* qui les englobe tous deux.

28. Selon le dictionnaire LAROUSSE, un objet est une *« chose concrète, perceptible par la vue, le toucher »*, soit *« une chose solide considérée comme un tout, fabriqué par l'homme et destiné à un certain usage »* [14].

Le même dictionnaire définit le produit comme une *« substance que l'on utilise pour l'entretien, les soins ou un usage particulier »* ou, particulièrement dans le domaine de la chimie, *« d'un corps résultant d'une opération »* [15]. Dans ce cas, il se peut que le bien visé revête la forme d'un liquide, contrairement au cas de l'objet.

---

[13] Message du Conseil fédéral in FF 141, p. 877.

[14] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/objet/55366#6Q68DFka8Jh6rEdT.99.

[15] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/produit/64136#W1foYBc2h3BhoUz4.99.

29. La lettre b de l'art. 5 LDAl, qui fait ici litige, prévoit que les *« produits de soins corporels et cosmétiques, ainsi que les objets qui, par l'usage auquel ils sont destinés, entrent en contact avec les muqueuses buccales »* sont des « *objets usuels* ».

Le législateur utilise ici précisément le terme *« objet »* (et non le terme *« objet usuel »*) et l'oppose au terme *« produit »*, en référence aux produits cosmétiques ou de soins corporels, soit des liquides ou des corps résultant d'une opération consistant très clairement dans des biens dits de consommation. Il est ainsi évident que le législateur entendait faire usage des mots dans leur acception courante, utilisant le terme produit pour englober tous les soins corporels ou cosmétiques, même liquides, et celui d'objet pour désigner les biens solides formant un tout.

30. L'interprétation littérale de cette disposition ne laisse que peu de place au doute. En effet, le législateur a procédé à une distinction claire entre les *« produits »* et les *« objets »*. Or, comme l'exprime distinctement cette disposition, seuls les « *produits cosmétiques* » et les « *produits de soins corporels* » font partie du champ d'application incluant les liquides.

Pour le reste, il s'agit bien d'objets, soit de choses solides qui, en tant qu'elles peuvent, par leur usage courant, entrer en contact avec les muqueuses, doivent être considérés comme des objets usuels.

31. Cette distinction est confirmée par les autres lettres de cette disposition. Il est en effet manifeste, à leur lecture, que le terme « objet » est utilisé en référence aux choses solides, à l'exclusion des liquides.

Ainsi, lorsque la loi parle, en lettre c, d'*« autres objets »*, elle donne pour exemple les bracelets de montre, les perruques et les bijoux. De même en lettre d, elle parle d' *« objets destinés à l'usage des enfants »* et donne, à titre d'exemple, les jouets, le matériel didactique ainsi que le matériel de peinture et de dessin. Elle utilise ainsi toujours le terme « *objet* » dans son sens commun, soit en tant que chose solide.

3. Conséquence de l'interprétation de l'article 5 LDAl sur la qualification des vaporisateurs personnels

32. Ainsi que décrit ci-dessus, le « *vaporisateur personnel* » est l'objet indépendant constitué de l'accumulateur et de l'atomiseur, ce dernier étant lui-même composé d'un réservoir et d'un embout.

33. Il s'agit donc d'une chose solide, soit d'un objet au sens de l'art. 5 LDAl. Compte tenu de son utilisation commune, il est porté à la bouche de son utilisateur, de sorte qu'il entre en contact avec les muqueuses de ce dernier.

34. Il s'agit donc bien d'un objet usuel soumis à la LDAl et à ses règlements d'exécution.

4. Conséquence de l'interprétation de l'article 5 LDAl sur la qualification des liquides

35. Le liquide est, comme son nom l'indique, une solution liquide, composée de différents produits faisant tous l'objets de réglementations spécifiques en droit suisse, soit directement, soit par la reprise du droit européen.

36. Le liquide est donc un produit indépendant, qui n'est, si ce n'est dans son usage, aucunement lié au vaporisateur personnel.

37. Il est souligné que le fait que l'un de ses composants soit, dans sa forme pure, interdit à la commercialisation en Suisse, n'autorise pas les autorités sanitaires à considérer, pour cette seule raison, que le liquide en tant que tel doit être soumis à la LDAl.

38. En effet, en tant que liquide, il n'est pas un objet mais un produit, qui n'est ainsi pas visé par la lettre b. de l'art. 5 LDAl. Il n'entre par ailleurs dans aucune autre des catégories, exhaustives, de l'art. 5 LDAl.

39. Une première conclusion s'impose donc : le liquide, ne pouvant être considéré ni comme un objet usuel, ni bien sûr comme une denrée alimentaire (art. 3 LDAl) – produit nutritif – ni même comme un composant ou un additif (art. 4 LDAl) – substance utilisée dans la fabrication de produits nutritifs -, n'est pas et ne peut pas être soumis à la LDAl et à ses ordonnances d'exécution, sinon à procéder à une interprétation extensive de la notion « d'objet usuel », que la loi n'autorise pas.

d. <u>De la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl et de l'article 37 ODAlOUs</u>

40. Sur la base d'une compétence de substitution, fondée sur l'article 14 al. 2 LDAl, le Conseil fédéral a édicté une disposition, l'article 37 ODAlOUs, qui semble être comprise par l'OFSP comme une extension de la définition de l'objet usuel, en ce sens que le simple fait d'ajouter le liquide (qui n'est pas un objet usuel) au vaporisateur personnel (qui est un objet usuel) aurait pour effet de faire également dudit liquide un objet usuel, en tant qu'il formerait alors un tout fonctionnel avec le vaporisateur personnel.

41. Cette interprétation, en tant qu'elle se fonderait sur l'article 37 ODAlOUs, est erronée. Par ailleurs, conformément aux développements qui vont suivre, l'article 37 ODAlOUs ne respecte pas la délégation législative de l'article 14 LDal.

1. Les compétences du Conseil fédéral dans le cadre de la LDAl

42. Selon l'art. 163 al. 1 Cst., seule l'Assemblée fédérale est en principe compétente pour édicter des dispositions fixant des règles de droit.

43. Toutefois, le Conseil fédéral peut également être appelé à légiférer sous la forme d'ordonnances, sur la base de l'art. 182 al. 2 Cst. ou en vertu d'une délégation de l'Assemblée fédérale, au sens des art. 164 al. 2 et 182 al. 1 Cst.

44. Selon le Tribunal administratif fédéral[16], les ordonnances du Conseil peuvent être ainsi classées en plusieurs catégories : On distingue notamment entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution. Les premières, fondée sur l'art. 182 al. 2 Cst., ont uniquement pour vocation de concrétiser la loi, par exemple en en précisant les modalités pratiques. Les deuxièmes découlent d'une délégation législative et contiennent des normes dites primaires.

    Dans les deux cas, le principe de la légalité doit être respecté, selon des modalités différentes selon que l'on se trouve dans le cadre d'une ordonnance fondée sur l'art. 182 al. 2 Cst. ou sur une délégation législative.

1.1. Compétence générale d'exécution

45. Ainsi que le prévoit l'art. 182 al. 2 Cst., le Conseil fédéral *« veille à la mise en œuvre de la législation, des arrêtés de l'Assemblée fédérale et des jugements rendus par les autorités judiciaires fédérales ».*

46. En application de la jurisprudence susmentionnée[17], le Conseil fédéral a donc la compétence générale d'édicter des ordonnances d'exécution, ce qui signifie qu'il est en droit d'adopter des règles dites secondaires, comme étant dépendantes des normes législatives qu'il entend exécuter ou préciser. Selon le Tribunal administratif fédéral[18], *« les ordonnances d'exécution concrétisent la loi pour en faciliter la mise en œuvre. (...). Ces règles dites « secondaires » contenues dans les ordonnances d'exécution doivent rester dans le cadre établi par la loi, qu'elles peuvent préciser mais non compléter.* Il ajoute[19] que *« les principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs limitent le droit du Conseil fédéral d'adopter d'édicter des ordonnances d'exécution par quatre règles. En premier lieu, l'ordonnance d'exécution doit se rapporter à la même matière que celle qui fait l'objet de la loi qu'elle exécute. Ensuite, elle ne peut ni abroger, ni modifier cette loi. En troisième lieu, elle doit rester dans le cadre tracé et la finalité poursuivie par la loi et se contenter de préciser la réglementation dont celle-ci contient le fondement. Enfin, l'ordonnance d'exécution ne doit pas imposer au citoyen de nouvelles obligations qui ne*

[16] Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 août 2014, A-2032/2013, considérants 2.3.1 – 2.3.2.
[17] *Idem.*
[18] Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 août 2014, A-2032/2013, considérants 2.3.2.1.
[19] *Idem.*

sont pas prévues par la loi, et ceci même si ces compléments sont conformes au but de la loi ».

47. L'art. 37 al. 1 LDAl, qui prévoit que *« le Conseil fédéral arrête les dispositions d'exécution »*, est ainsi un simple rappel, en tant que tel inutile, de cette compétence générale du Conseil fédéral.

48. Sur ce fondement, il est donc établi que le Conseil fédéral ne saurait aucunement ni étendre le champ d'application de la loi qu'il doit appliquer et exécuter, ni bien sûr proscrire des comportements ou restreindre, au-delà du cadre légal, l'utilisation des produits et objets définis en tant qu'objets usuels par l'article 5 LDAl.

1.2. Compétence déléguée de substitution

49. En application des articles 164 al. 2 et 182 al. 1 Cst, l'Assemblée fédérale peut toutefois déléguer au Conseil fédéral la compétence d'adopter des règles de droit primaires, qui créent des droits et obligations pour le particulier.

50. Selon la jurisprudence[20], *« la délégation de compétences législatives horizontale* [est soumise] *au respect de quatre conditions qui ont elles-mêmes valeur constitutionnelle. De manière générale, une délégation administrative est admissible lorsqu'elle* [1] *n'est pas exclue par la Constitution fédérale ;* [2] *figure dans une loi formelle fédérale ou cantonale ;* [3] *se limite à une matière déterminée et bien délimitée ;* [4] *énonce elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à réglementer ».*

1.3. De la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl

51. L'article 14 LDAl est ainsi formulé : « *lors de leur emploi conforme à leur destination ou habituellement présumé, les objets usuels ne doivent pas mettre la santé en danger* » (al. 1) ; « *Le conseil fédéral peut fixer à cet effet des exigences auxquelles doivent satisfaire les objets usuels et leur étiquetage ainsi que restreindre ou interdire l'emploi de certaines matières* » (al. 2).

52. Cet article entend donc poser comme règle fondamentale que les objets usuels, soit ceux définis comme tels à l'article 5 LDAl, ne doivent pas mettre la santé en danger.

53. Et c'est dans ce strict cadre, soit celui des objets usuels, que le Conseil fédéral est invité à fixer des exigences auxquelles ils doivent satisfaire ou interdire l'emploi de certaines matières.

---

[20] ATF 134 I 322 consid. 2.4 ; Arrêt TAF A/2032/2013 c. 2.3.2.2)

54. L'interprétation systématique de cet article confirme donc que seuls les objets usuels sont visés par cette disposition, à l'exception évidente des objets ou des produits qui n'intègrent pas spécifiquement l'une ou l'autre des catégories visées à l'article 5 let a à f LDAl.

55. C'est ainsi que le Conseil fédéral, s'il peut proscrire l'emploi de certaines matières intervenant dans la composition d'un objet usuel ou fixer des règles sur leur fabrication ou leur emploi, ne saurait aucunement passer outre les catégories de l'article 5 LDAl pour créer, cela même pour des raisons défendables ou non de politique de santé publique, de nouvelles catégories d'objets usuels.

56. L'exécutif fédéral peut donc de toute évidence proscrire les peintures contenant du plomb. De même qu'il est en droit d'interdire l'utilisation de substances qui, dès lors qu'elles entrent dans la composition d'un produit ou d'un objet, auraient pour effet de mettre en danger la santé des consommateurs. Cette compétence lui est donnée parce qu'il intervient, dans ce cadre et conformément à la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl, dans le processus même de fabrication d'un objet usuel.

57. La délégation législative de l'article 14 al. 2, dès lors qu'elle n'est pas interdite par la Constitution fédérale, figure dans une loi formelle, i. e. qu'elle a été adoptée par le parlement, qu'elle se limite à une matière bien délimitée et énonce elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à réglementer, est donc parfaitement conforme à la jurisprudence rappelée ci-avant.

58. Il reste toutefois à déterminer si l'article 37 ODAlOUs respecte le cadre fixe et délimité posé par l'article 14 al. 2 LDAl.

1.4. Analyse de l'article 37 ODAlOUs au regard de la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl

59. L'article 37 ODAlOUs prescrit ce qui suit :

« [1] *Les objets qui, du fait de l'usage prévu ou en raison d'utilisations prévisibles, entrent en contact avec la peau, le système pileux et capillaire, les muqueuses buccales ou les organes génitaux externes (vêtements, bijoux, perruques, brosses à dents, cure-dents, fils dentaires, couverts, langes, sucettes de puériculture, etc.) ne doivent céder de substances qu'en quantités sans danger pour la santé humaine.*

[2] *Il est permis d'ajouter à ces objets des substances aromatisantes, parfumantes ou désodorisantes.*

[3] *Il est interdit de leur ajouter des substances conférant des effets pharmacologiques, p. ex. de la nicotine ou un désinfectant.* »

60. L'on relève, en premier lieu, que le premier alinéa de l'article 37 ODAlOUs s'inscrit parfaitement dans le cadre de la délégation législative, en tant qu'il prévoit que les composants des objets qui y sont désignés ne doivent comporter des substances que dans des quantités non nuisibles pour la santé humaine.

Par ce biais, le Conseil fédéral ne crée aucune catégorie nouvelle d'objets usuels. Il se contente d'interférer, dans la ligne des pouvoirs qui lui ont été accordés par le législatif, dans la composition des objets usuels, aux fins de parer, conformément au but premier de la LDAl, aux atteintes possibles à la santé.

61. La réponse pourrait être identique en ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article 37 ODAlOUs, cela même si, pour y parvenir, il seyait d'interpréter cette disposition de manière restrictive, aux fins de considérer les « *substances aromatisantes, parfumantes ou désodorisantes* » comme participant pleinement de la composition même de l'objet.

Rappelons en effet que le pouvoir réglementaire du Conseil fédéral est, dans ce cadre, strictement limité à « *l'interdiction de certaines matières* » (art. 14 al. 2 LDAl) entrant dans le processus de fabrication des objets usuels.

Une telle interprétation se trouve toutefois à l'extrême limite de ce qui pourrait être admis. En effet, les substances visées, soit des substances d'agrément, sont de fait largement plus ajoutées au produit final, aux fins que leur goût et/ou leur odeur soient agrémentés, qu'intégrés à la composition même de l'objet usuel.

En tant que tel, il pourrait être conclu que l'article 37 al. 2 ODAlOUs va donc au-delà de la délégation législative.

La question peut toutefois largement être laissée ouverte, dès lors que le troisième alinéa, qui seul fait débat en l'espèce, outrepasse quant à lui très clairement les compétences conférées à l'exécutif.

62. A lecture de l'article 37 al. 3 ODAlOUs, l'on relève que la première partie de la phrase, soit le fait d' « *interdire de leur [aux objets usuels] ajouter des substances conférant des effets pharmacologiques* », pourrait être interprétée de manière conforme à la délégation législative, ce pour autant que ces substances, à l'instar de celles parfumantes ou aromatisantes, interviennent dans la composition intrinsèque de l'objet.

Mise en rapport avec les exemples donnés par le Conseil fédéral, soit notamment la « *nicotine* », on constate toutefois que l'exécutif n'avait alors pas en tête l'interdiction d'un produit participant de la composition de l'objet usuel, mais bien, cela apparemment dans le seul but de légiférer dans le domaine des cigarettes électroniques, d'interdire un produit *externe*, sans rattachement aucun avec l'objet auquel il pourrait être destiné.

63. La norme primaire ainsi posée par le Conseil fédéral et son administration, dès lors qu'elle va au-delà de la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl, est donc parfaitement contraire à l'article 5 LDAl.

64. L'article 37 al. 3 ODAlOUs ne se contente en effet pas de préciser l'une ou l'autre des catégories d'objets usuels, objets ou produits, désignés à l'article 5 LDAl. Il crée de fait une catégorie nouvelle, soit les produits contenant de la nicotine, aux fins de les soumettre à son pouvoir réglementaire.

65. Ce faisant, le Conseil fédéral interfère dans le processus législatif et démocratique et crée une norme primaire sans délégation topique du pouvoir législatif, se permettant de surcroît de postuler l'interdiction d'un produit, la nicotine, par ailleurs dûment autorisée à la vente en sa qualité de composant des cigarettes traditionnelles.

66. En tant que l'article 37 al. 3 ODAlOUs passe outre les compétences conférées par l'article 14 al. 2 LDAl, l'interdiction qu'il prescrit n'a aucune valeur juridique, de telle sorte qu'il peut être considéré comme de nul effet au vu de son inconstitutionnalité et que l'utilisation de nicotine, dans les produits de recharges des vaporisateurs personnels, est, en Suisse, dûment et sans limite autorisée.

e. <u>De la validité de la Lettre d'information n° 146 de l'OFSP</u>

67. Aux termes de l'article 37 al. 2 LDAl, « *Le Conseil fédéral peut déléguer aux offices fédéraux concernés la compétence d'édicter des dispositions de nature principalement technique ou administrative* ».

68. D'emblée, l'on peut conclure, dès lors que la Lettre d'information n° 146 de l'OFSP s'inscrit dans le cadre des prescriptions du Conseil fédéral et découle directement de l'article 37 al. 3 ODAlOUs, dont il a été rappelé qu'il est sans valeur juridique aucune, que dite lettre ne peut pas déployer d'effets juridiques.

69. Il sied toutefois de pousser plus avant la présente analyse en relevant que le pouvoir réglementaire des offices fédéraux est très strictement borné à l'adoption de normes techniques ou administratives. Et cela signifie, à l'évidence, que l'OFSP, à l'instar d'autres offices intervenant dans le processus d'exécution des lois fédérales, ne saurait en aucune hypothèse adopter des normes primaires.

70. Or, force est de constater, dans le présent cas, que l'Office fédéral de la santé publique ne se contente nullement – à retenir, ce qui est faux, que la norme de l'article 37 al. 3 ODAlOUs aurait une quelconque validité - de rester dans le cadre posé par le Conseil fédéral.

71. Bien au contraire, il postule 1) l'interdiction en Suisse de toute commercialisation de liquides nicotinés, 2) l'interdiction en Suisse de toute importation à titre professionnel de liquides nicotinés et, 3) des limitations à l'importation en matière d'usage personnel de liquides nicotinés.

72. A ces trois égards, l'Office fédéral concerné outrepasse clairement ses compétences, étant rappelé que les normes qu'il pose constituent bien des normes primaires, allant donc plus loin que les prescriptions de l'ODAlOUs qui, pour sa part, ne respecte déjà pas la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl.

73. Par surcroît, si le Conseil fédéral autorise bien le DFI, soit pour lui l'OFSP, à « *fixer des exigences s'appliquant aux objets destinés aux nourrissons ou aux enfants en bas âge* » (art. 38 ODAlOUs), rien n'est toutefois dit sur les objets usuels qui peuvent entrer en contact avec les muqueuses buccales.

74. C'est ainsi qu'il doit être considéré que l'OFSP, dans sa Lettre d'information n° 146, s'accapare un pouvoir réglementaire qu'il n'a pas et qui ne lui a pas été valablement délégué.

75. Car en proscrivant l'importation professionnelle et la commercialisation de liquides nicotinés, sur le constat erroné que les vaporisateurs personnels et les liquides de recharge formeraient une « *unité fonctionnelle* », l'OFSP crée une nouvelle catégorie d'objets usuels, pourtant exhaustivement énumérés à l'article 5 LDAl.

76. Soulignons-le une fois encore : les vaporisateurs personnels, en tant qu'objets usuels, sont autorisés à l'utilisation et à la vente en Suisse. De même que sont évidemment autorisés les produits non nicotinés. Similairement toutefois, les produits contenant de la nicotine, dès lors qu'ils n'intègrent pas le cadre des produits visés par l'article 5 LDAl, doivent être considérés comme dûment autorisés.

77. Pourtant, l'OFSP en arrive à la conclusion ubuesque et juridiquement infondée que l'amalgame d'un objet – le vaporisateur personnel - et d'un produit – le liquide -, pourtant tous deux autorisés, serait alors interdit.

78. L'interdiction de la commercialisation et de l'importation professionnelle de liquides nicotinés n'a donc aucune valeur juridique, de telle sorte qu'il est à considérer que ce produit peut être librement importé et distribué en Suisse.

79. Cet avis est conforté par le fait que l'importation à titre individuel est, quant à elle, autorisée. A cet égard, l'OFSP, cela même si les règles qu'il prétend adopter n'ont pas de valeur juridique, admet que l'usage personnel de produits nicotinés n'est pas nuisible pour la santé humaine. Et l'on ne saurait donc imaginer que ce qui n'est pas nuisible pour un particulier le deviendrait par le seul fait qu'il dérive d'un comportement collectif.

80. Relevons enfin, ainsi que le rappelle pourtant légitimement l'OFSP, que la Loi sur les denrées alimentaires n'a pas vocation à s'appliquer aux particuliers, conformément à l'article 2 al. 4 let. a LDAl qui précise que la loi ne s'applique pas aux objets usuels destinés à l'usage personnel.

81. Pourtant, malgré ce rappel, l'OFSP intervient bel et bien dans l'espace de liberté des particuliers qui, néanmoins et aux termes du Message du Conseil fédéral, devait être

laissée intacte[21]. En effet, l'Office se permet de prescrire des quantités limites liées à l'importation, à titre privé, de liquides de recharge contenant de la nicotine (150ml par période de 60 jours)[22].

82. Ce faisant, l'OFSP pose non seulement une règle primaire dépassant le cadre de sa compétence de pure exécution, mais interfère encore et surtout dans le processus législatif, prétendant limiter et circonscrire des comportements individuels, ce que la LDAl n'autorise nullement.

83. Les interdictions et limitations prévues dans la Lettre d'information n° 146 de l'OFSP sont donc sans valeur juridique.

*****

[21] Message du Conseil fédéral, in in FF 141, p. 869.
[22] OFSP, Lettre d'information n° 146, p. 5.

En bref, les conclusions suivantes peuvent être tirées de la présente analyse :

- Le vaporisateur personnel est un objet usuel au sens de l'article 5 LDAl ;
- Le liquide de recharge est un produit qui n'entre pas dans les catégories de l'article 5 LDAl, ni dans celles des denrées alimentaires ou des additifs ;
- L'article 14 al. 2 LDAl autorise le Conseil fédéral à restreindre ou à interdire l'usage de certaines matières participant de la composition intrinsèque des objets usuels ;
- L'article 37 al. 3 ODAlOUs va au-delà de la délégation législative de l'article 14 al. 2 LDAl. Il pose sans droit une norme primaire, soit l'interdiction de la nicotine, qui n'est, pour cette raison, pas conforme au droit suisse ;
- Les interdictions et limitations prescrites par la Lettre d'information n° 146 de l'OFSP n'ont aucune valeur juridique, dès lors qu'elles se fondent sur l'article 37 al. 3 ODAlOUs, lui-même dénué de fondements légaux, et qu'elles prétendent s'appliquer à des comportements individuels qui ne sont pas visés par la LDAl.

Genève, le 24 avril 2015

Jacques ROULET, avt