



Arrêt du 22 mars 2016

Composition

Caroline Bissegger (présidente du collège),
Madeleine Hirsig-Vouilloz, Beat Weber, juges
Jeremy Reichlin, greffier.

Parties

1. Association A. _____,
2. B. _____,
recourants,

contre

**Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires
vétérinaires OSAV** Schwarzenburgstrasse 155,
3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Denrées alimentaires et objets usuels, cigarettes électriques,
cigarettes électroniques et e-cigarettes, Décision de portée
générale du 12 novembre 2015.

Faits :**A.**

Le 3 novembre 2015, le laboratoire cantonal de Thurgovie a déposé une requête auprès de l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (ci-après : OSAV) tendant au prononcé d'une décision de portée générale interdisant en Suisse l'importation commerciale et la mise sur le marché de cigarettes électriques, de cigarettes électroniques ou e-cigarettes contenant de la nicotine et fabriquées selon des prescriptions techniques étrangères (ci-après: les produits de vapotage contenant de la nicotine). Cette requête a été motivée par le fait que ces produits peuvent constituer un danger pour la santé humaine (OSAV pce 2, p. 3 à 10).

B.

B.a A la suite de cette requête, l'OSAV a rendu, en date du 12 novembre 2015, une décision de portée générale concernant les produits de vapotage contenant de la nicotine (OSAV pce 5, p. 165 et 166) dont le dispositif est le suivant :

"1. Mesures

Les cigarettes électriques, les cigarettes électroniques ou e-cigarettes qui remplissent les conditions visées à l'art. 16a, al. 1, LETC ne doivent pas être proposées à la vente, cédées à des tiers ou être importées à des fins professionnelles ou commerciales si elles ne remplissent pas les exigences fixées à l'art. 37, al. 3, ODAIOUs.

2. Retrait de l'effet suspensif

En cas de recours contre la présente décision de portée générale, l'effet suspensif du recours sera retiré en vertu de l'art. 55, al. 2, PA.

3. Voies de droit

Selon l'art. 50 PA, la présente décision peut faire l'objet d'un recours, dans les trente jours à compter de sa notification auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 Saint-Gall. Ledit recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; la décision attaquée ainsi que les pièces invoquées comme moyens de preuve sont jointes au recours (art. 52 PA)."

B.b L'OSAV a motivé cette décision en expliquant, tout d'abord, que la directive 2014/40/EU prévoyant des règles communes applicables aux cigarettes électroniques est entrée en vigueur dans l'union européenne le 19 mai 2014, mais que les Etats membres disposent d'un délai échéant au 20 mai 2016 pour transposer dite directive dans leur droit interne. Il s'ensuit que les exigences minimales de sécurité des produits ne peuvent pas, en l'état, être garanties. L'OSAV a ensuite rappelé que la quantité de nicotine contenue dans les produits de vapotage est équivalente à celle renfermée dans les produits du tabac de sorte que le risque de créer une dépendance est le même ; par ailleurs, ni la protection de la jeunesse ni le respect des restrictions de la publicité pour les produits du tabac (art. 18 OTab), ne peuvent être garantis en cas de mise sur le marché de ces produits. Enfin, l'OSAV a souligné que les produits de vapotage contenant de la nicotine n'entrent pas dans le champ d'application de la législation sur la protection contre la fumée passive si bien qu'il ne peut être exclu que les personnes exposées involontairement à la vapeur encourrent des risques. Sur cette base, l'OSAV a considéré qu'il existe un intérêt public prépondérant lié à la santé publique lequel justifie le prononcé de la décision de portée générale querellée (OSAV pce 5, p. 165 et 166).

B.c La décision de portée générale du 12 novembre 2015 a été publiée dans la Feuille fédérale n° 45 du 17 novembre 2015 (FF 2015 7090 ; TAF pce 11).

C.

C.a Par mémoire déposé le 16 décembre 2015 (timbre postal), l'association A._____ et B._____ (ci-après ensemble : les recourants) ont interjeté un recours à l'encontre de la décision de portée générale de l'OSAV du 12 novembre 2015 en concluant à la recevabilité du recours, à la restitution de l'effet suspensif et à l'annulation de la décision querellée (TAF pce 1, p. 16).

C.b A l'appui de leur écriture, les recourants ont exposé, s'agissant de la recevabilité du recours, que la décision attaquée entrave fortement l'accessibilité des vapoteurs et des fumeurs suisses à un outil de réduction des risques et des dommages liés à la consommation de nicotine. Selon eux, cet intérêt est digne de protection (TAF pce 1, p. 2).

En ce qui concerne l'association A._____, il est indiqué qu'en sa qualité d'association suisse indépendante et sans but lucratif de défense des inté-

rêts des vapoteurs, dont la plupart des membres sont vapoteurs, elle représente les consommateurs spécialement atteints dans leur droit d'accès aux produits de vapotage contenant de la nicotine (TAF pce 1, p. 2).

Concernant B. _____, il est indiqué qu'en sa qualité de vapoteur utilisant des produits de vapotage contenant de la nicotine, celui-ci est directement touché par la décision entreprise dans la mesure où elle limite fortement son droit d'accéder facilement à un produit avec lequel il s'est sevré du tabac et qui lui permet de ne pas recommencer à fumer (TAF pce 1, p. 2).

C.c Sur le fond, les recourants concluent à l'annulation de la décision querrellée. A l'appui de leurs conclusions, les recourants reprochent à l'autorité inférieure de s'être basée sur des faits inexacts et incomplets (TAF pce 1, p. 4). Ils contestent ensuite la différenciation des produits de vapotage fondée sur la présence ou non de nicotine dans la mesure où cette différenciation n'a, selon eux, aucune valeur sur le plan des prescriptions techniques et des exigences de sécurité des produits (TAF pce 1, p. 5 à 7). Les recourants font également griefs à l'autorité inférieure d'avoir faussement retenu l'existence d'un intérêt public prépondérant relevant de la protection de la santé (TAF pce 1, p. 7 à 13). Enfin, les recourants soutiennent que la base légale sur laquelle la décision querrellée a été prise est contraire à la loi et à la constitution (TAF pce 1, p. 13 à 15).

D.

Le 15 janvier 2016, les recourants ont versé une avance sur les frais de procédure présumés de Fr. 4'000.- (TAF pce 5).

E.

Invité à se déterminer sur la requête en restitution de l'effet suspensif formée par les recourants (TAF pce 3), l'O SAV a conclu à son rejet en renvoyant à deux avis émis dans le cadre des procédures C-7634/2015 et C-7997/2015 ainsi qu'à deux décisions incidentes rendues par le Tribunal administratif fédéral le 14 janvier 2016 dans le cadre de ces mêmes procédures (TAF pce 6).

F.

Sur invitation du Tribunal administratif fédéral (TAF pce 7), les recourants ont, par courrier du 12 février 2016, précisé les motifs en lien avec la recevabilité du recours interjeté le 16 décembre 2015 (TAF pce 8). En substance, les recourants ont persisté dans l'argumentation développée dans leur mémoire de recours en soulignant que tant l'association A. _____

que B. _____, étaient directement touchés par la décision de portée générale du 12 novembre 2015 si bien qu'ils disposaient, chacun individuellement, de la qualité pour recourir (TAF pce 8).

G.

Egalement invité à se déterminer sur la recevabilité du recours interjeté le 16 décembre 2015 (TAF pce 9), l'OSAV a, par courrier du 24 février 2016, réitéré ses conclusions tendant au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif expliquant en substance que les produits de vapotage contenant de la nicotine présentaient un danger pour la santé public (TAF pce 10). L'OSAV ne s'est toutefois pas déterminé sur la qualité pour recourir de l'association A. _____ ni sur celle de B. _____ (TAF pce 10).

Droit :

1.

1.1 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF).

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours respectivement des moyens de droit qui lui sont soumis, y compris en ce qui concerne la compétence, sans être lié par les conclusions et motifs des parties (art. 7 al. 1 et 62 al. 4 PA ; ATAF 2014/4, consid. 1.2 et référence citée ; ATAF 2009/43, consid. 1.1.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6711/2010 du 1^{er} décembre 2010, consid. 1.3.1; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n°50, p. 36 et référence citée).

Sous réserve des exceptions, non réalisées en l'espèce, prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît, selon l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions de l'OSAV peuvent être contestées par devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. d LTAF en combinaison avec les art. 16a al. 1, 19 al. 4, 19 al. 7, 20 al. 5 et 20a al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC, RS 946.51) et l'art. 14 al. 2 de l'ordonnance du 19 mai 2010 réglant la mise sur le marché de produits fabriqués selon des prescriptions techniques étrangères et la surveillance du marché de ceux-ci (OPPEtr, RS 946.513.8).

1.2 En l'occurrence, la décision de portée générale du 12 novembre a été rendue par l'OSAV, soit une autorité administrative fédérale dont les décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours par devant le Tribunal administratif fédéral, de sorte que le Tribunal de céans est compétent pour connaître du recours interjeté par les recourants le 16 décembre 2015 (TAF pce 1).

2.

2.1 Outre la compétence de l'autorité qui a rendu la décision querellée (cf. consid. 1 supra), la recevabilité d'un recours de droit administratif est soumise à la réalisation de 5 conditions cumulatives (art. 48 ss PA ; JÉRÔME CANDRIAN, op.cit., p. 66, N 97 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd. 2011, ch. 5.3.1.2, p. 624 ss et références citées). En premier lieu, le recourant doit avoir la capacité d'ester en justice et la qualité pour recourir. En second lieu, le recours doit être dirigé contre une décision au sens de l'art. 5 PA, étant précisé que les décisions de portée générale de l'OSAV fondées sur l'art. 19 LETC sont considérées comme telles (ATF 139 V 143, consid. 1.2 ; ATF 125 I 313, consid. 2a-b ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_104/2012 du 25 avril 2012, consid. 1.2 ; JULIE-ANTOINETTE STADELHOFER, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013 [CR-Concurrence], art. 19 LETC n° 16 p. 2295). En troisième lieu, le recours doit être interjeté dans les 30 jours suivants la notification de la décision attaquée (art. 50 PA applicable par renvoi des art. 20a al. 1 LETC et 37 LTAF). En quatrième lieu, la forme et le contenu du mémoire de recours doivent satisfaire aux exigences de l'art. 52 PA. Enfin, le recourant doit s'acquitter, en temps utile, de l'avance de frais requise (art. 63 al. 4 PA).

2.2 En l'occurrence, la décision de portée générale, qui est une décision au sens de l'art. 5 PA, a été publiée dans la Feuille fédérale du 17 novembre 2015 (TAF pce 11) de sorte que le recours, interjeté le 16 décembre 2015 (TAF pce 1), a été déposé en temps utile. Par ailleurs, les exigences décrites à l'art. 52 PA concernant la forme et le contenu du mémoire de recours ont été observées et les parties recourantes se sont acquittées, en temps utile, du montant de l'avance de frais (TAF pce 5).

Dans la mesure où le recours du 16 décembre 2015 a été formé par deux intéressés distincts (cf. TAF pce 1), il convient d'examiner, individuellement, la qualité pour recourir de B. _____ (cf. consid. 3.2 infra), puis celle de l'association A. _____ (cf. consid. 3.4 infra).

3.

3.1 Selon l'art. 48 al. 1 PA, la qualité pour recourir devant le Tribunal administratif fédéral appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (lettre a), est spécialement atteint par la décision attaquée (lettre b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (lettre c). Les trois conditions des lettres a à c de l'art. 48 al. 1 PA sont cumulatives et doivent être réunies au moment où l'arrêt est rendu (ATF 136 II 101, consid. 1.1 ; ATF 128 II 34, consid. 1b ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6771/2015 du 3 février 2016, consid. 1.3 ; FRANÇOIS BELLANGER, La qualité pour recourir, in : Le contentieux administratif, 2013, p. 121 et références citées).

L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéal, matériel ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct et concret ; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision (ATF 130 V 560, consid. 3.4 ; ATF 125 V 339, consid. 4a ; ATF 123 V 113, consid. 4 ; ATF 122 II 174, consid. 2b). Ces exigences ont pour but d'exclure l'action populaire (notamment ATF 139 II 499, consid. 2.1 ; ATF 120 Ib 59, consid. 1 ; ATF 113 Ib 363, consid. 3c). Elles ont une portée particulière lorsque l'auteur du recours n'est pas le destinataire de la décision attaquée mais un tiers. En pareille situation, il faut une atteinte directe, une relation particulièrement proche avec l'objet du litige, pour que le recourant puisse invoquer un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (ATF 133 V 239 consid. 6.3, ATF 131 II 649 consid. 3.1, ATF 124 II 499 consid. 3b ; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 158 s.). Le recourant doit ainsi subir personnellement et immédiatement un préjudice à cause de l'acte attaqué. Celui qui ne se prévaut que d'un intérêt, ou de la défense de l'intérêt public exclusivement, sans une relation suffisamment proche avec l'objet de la contestation, ne peut avoir la qualité pour recourir (ATF 123 II 376, consid. 2 et références citées ; ISABELLE HÄNER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, ch. marg. 12 ad art. 48). Ainsi la qualité pour recourir est niée à l'administré qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate par la décision objet de la procédure (ATF 130 V 560, consid. 3.4 ; ATF 125 V 339, consid. 4a ; ATF 123 V 113, consid. 4 ; ATF 122 II 174, consid. 2b ; ATF 101 Ib 383, consid. 1 ; ATF 99 Ib 377, consid. 1b ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6519/2015 du 1^{er} février 2016, consid. 3.1 ; PIERRE MOOR, op.cit., ch. 5.7.2.1, p. 731-732).

La qualité pour recourir selon l'art. 48 PA se détermine selon des critères objectifs. Elle ne dépend pas de savoir à quel point un administré se sent subjectivement concerné et atteint dans ses droits. Il faut que le recourant soit touché plus que quiconque par la décision attaquée, et qu'il se trouve, avec l'objet de la contestation, dans un rapport spécial, digne d'être pris en considération. Cette relation spéciale n'existe pas du seul fait que le recourant s'intéresse spécialement à une question ou à un projet, pour des motifs idéaux ou par conviction personnelle (ATF 123 II 376, consid. 4b traduit in : JdT 1999 I p. 556 ; ATF 123 II 115, consid. 2b ; ATAF 2007/20, consid. 2.4 traduit in : JdT 2008 I p. 253).

S'agissant en particulier du recours dirigé contre les décisions de portée générale rendues par l'OSAV, le Tribunal fédéral a jugé que la qualité pour recourir, selon l'art. 48 al. 1 PA, n'est, en principe, pas reconnue aux consommateurs (ATF 124 II 499, consid. 3b ; ATF 123 II 376, consid. 4b traduit in : JdT 1999 I p. 556 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_348/2011 du 22 août 2011, consid. 2-3 et 2C_457/2011 du 26 octobre 2011, consid. 3-4). Un droit de recours leur est toutefois exceptionnellement reconnu lorsqu'un cercle précis de consommateurs subit une atteinte spécifique en raison de la mise en circulation d'une denrée alimentaire. Pour que cette exception s'applique dans un cas particulier, il est requis que le danger invoqué soit d'une certaine importance et sa réalisation suffisamment vraisemblable (ATF 124 II 499, consid. 3b ; ATF 123 II 376, consid. 4a traduit in : JdT 1999 I p. 556 ; ATF 123 II 115, consid. 2b ; ATAF 2007/20, consid. 2.5.3 traduit in : JdT 2008 I p. 253 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_457/2011 du 26 octobre 2011, consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-465/2011 du 28 mars 2012, consid. 2.3.5 ; cf. voir également DOMINIQUE GROSS, *Der Rechtsschutz von Dritten im Bereich des "Cassis-de-Dijon-Prinzips" für Lebensmittel*, in : sic! 2014, p. 136; PETER HÄNNI, ANDREAS STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, p. 578-579, N 1626-1628 ; JULIE-ANTOINETTE STADELHOFER, op. cit., art. 20a LETC n° 6-7 p. 2307 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd. 2013, p. 339, n° 959). Sur cette base, le Tribunal fédéral a nié la qualité pour recourir des consommateurs dans un arrêt rendu à propos d'une autorisation pour des denrées alimentaires à base de soja transgénique (ATF 123 II 376, consid. 4bb traduit in : JdT 1999 I p. 556). Le Tribunal fédéral a considéré que chaque consommateur a certes un intérêt à ce que des produits dangereux pour la santé, ou contrevenant à la législation sur les denrées alimentaires, ne soient pas mis sur le marché, mais ces seuls éléments ne créent pas la relation spéciale exigée par l'art. 48 al. 1 PA (ATF 123 II 376, consid. 4bb traduit in : JdT 1999 I p. 556). Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a également nié

la qualité pour recourir à un particulier qui invoquait les risques pour l'approvisionnement en eau liés à la construction et à la mise en exploitation d'une ligne de chemin de fer. Le Tribunal fédéral a considéré que les consommateurs en eau potable n'étaient pas concernés au premier chef par une éventuelle atteinte aux réserves d'eau souterraines (ATF 120 Ib 431, consid. 1). De la même manière, le Tribunal administratif fédéral a nié la qualité pour recourir à des utilisateurs potentiels d'un médicament (en l'occurrence des apiculteurs) dans un arrêt rendu à propos d'une autorisation pour un médicament à usage vétérinaire (ATAF 2007/20 traduit in : JdT 2008 I p. 253). Dans cette affaire, le Tribunal administratif fédéral a considéré que les utilisateurs potentiels d'un médicament pour animaux ainsi que les tiers qui pourraient être indirectement atteints pas d'éventuels effets du produits ne sont pas personnellement touchés d'une manière suffisante et n'ont pas une relation étroite digne de protection avec l'objet du litige (ATAF 2007/20, consid. 2.5.3 traduit in : JdT 2008 I p. 253 et références citées).

Selon la jurisprudence, il appartient au recourant d'établir tous les éléments de fait permettant de conclure à la recevabilité du recours lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (ATF 133 II 249, consid. 1.1 ; ATF 122 II 97, consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_390/2010 du 17 mai 2011, consid. 2.2; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4884/2012 du 29 juillet 2013, consid. 3.2.2 ; FRANÇOIS BELLANGER, op.cit., p. 119 et références citées).

Enfin, dans la mesure où il s'agit d'une condition *sine qua non* de recevabilité, l'absence de qualité pour recourir entraîne l'irrecevabilité du recours (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^{ème} éd. 2015, p. 481 et références citées ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6519/2015 du 1^{er} février 2016, consid. 3.1).

3.2 En l'occurrence, B._____ soutient, dans le cadre du recours déposé le 16 décembre 2015, qu'en sa qualité de vapoteur utilisant des produits de vapotage contenant de la nicotine (c'est-à-dire en tant que consommateur de tels produits), il est directement touché par la décision entreprise en ce qu'elle limite fortement son droit d'accéder facilement à un produit avec lequel il s'est sevré du tabac et qui lui permet de ne pas recommencer à fumer (TAF pces 1, p. 2 et 8, p. 2-3).

Cette conception ne saurait être suivie. En effet, B._____ perd de vue que la décision attaquée a pour objet l'interdiction de vendre, de céder à

des tiers et d'importer à des fins professionnelles ou commerciales des cigarettes électriques, des cigarettes électroniques ou e-cigarettes contenant de la nicotine et réalisant les conditions visées à l'art. 16a, al. 1 LETC, si elles ne remplissent pas les exigences fixées à l'art. 37, al. 3, de l'ordonnance du 23 novembre 2005 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIUOs, RS 817.02) (OSAV pce 5, p. 165-166). C'est ici le lieu de souligner que l'adoption de ces mesures fait directement suite à la demande formée par la société C._____ et tendant à ce qu'il soit constaté que ses produits de vapotage contenant de la nicotine seraient conformes aux exigences de l'art. 16a LETC de sorte que le prononcé d'une décision de portée générale fondée sur l'art. 19 al. 7 LETC serait superflu (OSAV pce 2, p. 7-10 et pce 3, p. 11-22). Ces mesures visent ainsi à prohiber en Suisse l'importation commerciale et la mise sur le marché de cigarettes électriques, de cigarettes électroniques ou e-cigarettes contenant de la nicotine et fabriquées selon des prescriptions techniques étrangères (OSAV pce 2, p. 7-10 et pce 3, p. 165-166). En revanche, et contrairement à ce que soutient le recourant, le but visé par ces mesures n'est pas d'interdire ou de limiter aux consommateurs l'usage privé des produits de vapotage contenant de la nicotine. De cette manière, les destinataires de ces mesures (c'est-à-dire le cercle de personnes directement touché par ces mesures) sont toutes les personnes ou entités juridiques qui ont pour activité professionnelle, l'importation et/ou la commercialisation de ce type de produit en Suisse, à l'instar de la société C._____, mais non les consommateurs de ces produits.

B._____, en sa qualité de consommateur de produits de vapotage contenant de la nicotine, n'est ainsi pas le destinataire de la décision de l'OSAV du 12 novembre 2015 mais un tiers intéressé. Dans cette perspective, l'intérêt invoqué par B._____, à savoir la limitation de son droit d'accéder facilement à des produits de vapotage contenant de la nicotine (TAF pces 1, p. 2 et 8, p. 2-3), n'est qu'une conséquence (théorique) indirecte des mesures adoptées par l'OSAV. De cette manière, la décision querellée ne touche le recourant, au mieux, que par "*ricochet*", ce qui n'est pas suffisant au regard de la jurisprudence précitée pour lui reconnaître un intérêt digne de protection.

De plus, la restriction d'accès aux produits de vapotage contenant de la nicotine induite, selon le recourant, par la décision querellée, n'est ni établie par les pièces figurant à la procédure, ni démontrée par B._____ dans ses écritures. Au contraire, depuis 2010, soit bien avant que la décision querellée ait été rendue (cf. Lettre d'information n°146 de l'Office fédéral de la santé publique du 13 septembre 2010 disponible sur le site

<http://www.blv.admin.ch/themen/04678/04802/04923/index.html?lang=fr>), l'importation de produits de vapotage contenant de la nicotine par des particuliers pour un usage personnel est tolérée par l'administration fédérale des douanes jusqu'à une limite de 150 ml ou 150 recharges par envoi (cf. Notice pour l'importation d'e-cigarettes pour la revente et pour l'usage personnel établie par l'administration fédérale des contributions le 1^{er} mai 2015, disponible sur le site <http://www.ezv.admin.ch/dokumentation/04618/04623/04624/index.html?lang=fr>; voir également le site de l'Office fédéral de la santé publique consacré aux cigarettes électroniques <http://www.bag.admin.ch/themen/drogen/00041/14572/index.html?lang=fr>). Or, contrairement à ce que soutient le requérant, rien ne permet d'établir que la décision querellée aura pour conséquence de rendre désormais impossible ou plus difficile, l'importation de produits de vapotage contenant de la nicotine dans les limites fixées par l'administration des douanes. En d'autres termes, la décision querellée ne limite en rien la possibilité pour B._____ d'importer des produits de vapotage contenant de la nicotine, pour son usage privé, dans les limites précitées.

B._____ soutient encore que la décision querellée le touche dans une mesure et avec une intensité plus grande que les autres administrés compte tenu du fait qu'elle lui rend plus difficile l'accès à un produit "*avec lequel il s'est sevré du tabac et qui lui permet de ne pas recommencer à fumer*" (TAF pces 1, p. 2, 8, p. 2-3). En réalité, l'intérêt invoqué ici par B._____ relève de considérations personnelles purement subjectives et idéales qui ne sont pas en relation spéciale et étroite avec l'objet de la contestation. Le même raisonnement s'applique lorsque B._____ soutient avoir un intérêt "*à ce que l'OSAV, et plus généralement l'administration fédérale, s'appuie sur les connaissances scientifiques actuelles plutôt que sur des peurs infondées [...]*" (TAF pce 8, p. 3) respectivement "*à ce que les produits de vapotage soient réglementés rapidement d'une manière cohérente*" (TAF pce 8, p. 4). Là encore, l'intérêt invoqué par B._____ relève de considération purement idéale et générale sans qu'il n'existe de relation spéciale et étroite avec l'objet de la contestation.

Le Tribunal administratif fédéral retient encore que rien dans la procédure n'indique que B._____ ferait commerce, à titre professionnel, de produits de vapotage contenant de la nicotine ni qu'il ferait partie d'un cercle précis de consommateurs subissant une atteinte spécifique en raison de la mise en circulation d'une denrée alimentaire. S'agissant de cette dernière hypothèse, et même à croire que B._____ fasse partie d'un cercle précis de consommateurs (soit le cercle des consommateurs de produits de vapo-

tage contenant de la nicotine), force est de constater que la décision querrellée ne modifie en rien la possibilité d'importer et/ou d'utiliser, à des fins privées, des produits de vapotage contenant de la nicotine. Par ailleurs et dans la mesure où la législation sur les produits contenant de la nicotine s'applique pleinement aux produits de vapotage contenant de la nicotine, l'importation à titre professionnel de ces produits était déjà interdite auparavant, ce que la décision querrellée n'a fait que constater. En conséquence, le cercle des consommateurs en question ne subit pas d'atteinte d'une certaine importance et dont la réalisation est suffisamment vraisemblable conformément à ce qu'exige la jurisprudence.

En définitive, compte tenu de la nature des intérêts invoqués, c'est dans le débat politique, et plus particulièrement dans le cadre des discussions liées à l'adoption du nouveau projet de loi sur les produits du tabac (lequel devrait également inclure les produits de vapotage contenant de la nicotine), que B._____ devra faire valoir ses préoccupations (cf. à ce propos voir notamment <http://www.bag.admin.ch/themen/drogen/00041/14741/index.html?lang=fr>).

Au regard de ce qui précède, force est de constater que B._____ ne dispose pas d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 48 al. 1 PA si bien que la qualité pour recourir à l'encontre de la décision de portée générale du 12 novembre 2015 doit lui être niée. En conséquence, le recours interjeté par B._____ le 16 décembre 2015 doit être déclaré irrecevable.

3.3 Les associations constituées conformément aux art. 60 à 79 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) et qui ont valablement acquis la personnalité juridique sont, dans leur relation avec l'état, des sujets de droits comme les autres (ANNE-SYLVIE DUPONT, Les associations en procédure civile et administrative, in : La personne morale et l'entreprise en procédure, 2014, n°32, p. 180). De cette manière, les associations disposent de la qualité pour recourir si une loi fédérale le prévoit expressément (art. 48 al. 2 PA). En dehors de cette possibilité, la jurisprudence du Tribunal fédéral a également jugé qu'une association jouissant de la personnalité juridique est autorisée à former un recours de droit administratif lorsqu'elle est touchée, comme n'importe quel autre administré, dans ses intérêts dignes de protection (ATF 137 II 40, consid. 2.6.4 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_56/2015 du 18 septembre 2015, consid. 3.1).

De même, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, une association peut être admise à agir par la voie du recours administratif dans l'intérêt de ses membres (recours dit corporatif égoïste) pour autant qu'elle

ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (ATF 137 II 40, consid. 2.6.4 ; ATF 130 I 26, consid. 1.2.1 ; ATF 128 II 24, consid. 1 ; ATF 122 I 70, consid. 1b ; ATF 121 II 39, consid. 2d ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_390/2010 du 17 mai 2011, consid. 2.1-2.2°; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3755/2008 du 20 octobre 2008, consid. 3°; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^{ème} éd. 2013, p. 65-66 n. marg. 2.82-2.83 ; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, n° 1384, p. 455-456). Si les conditions susmentionnées sont cumulativement réunies, l'association dispose d'un droit d'action qui lui est propre et qui se superpose aux droits individuels des membres concernés (ANNE-SYLVE DUPONT, *op.cit.*, n°46, p. 184).

3.4 En l'occurrence, A. _____ est une association à but non lucratif régie par les art. 60 ss CC ainsi que par ses statuts daté du 25 avril 2015 (annexes TAF pce 8). Il n'existe aucune base légale de droit fédéral qui reconnaisse expressément à l'association A. _____ le droit de recourir à l'encontre de la décision de portée générale rendue par l'OSAV le 12 novembre 2015. De la même manière, l'association A. _____ ne recourt pas dans son intérêt propre (cf. TAF pces 1, p. 2 et 8, p. 1-2) si bien qu'il convient d'examiner si les conditions du recours corporatif égoïste sont réalisées.

A teneur de l'art. 2 des statuts de A. _____, l'association a pour but "*de défendre et promouvoir les intérêts des utilisateurs de vapoiseurs personnels (cigarettes électroniques)*" (annexes TAF pce 8). Par ailleurs, l'association est composée "*d'utilisateurs majeurs de produits de vapotage ou de personnes de leur entourage*" (TAF pce 8, p. 1), sans toutefois que soit précisé le nombre exact de membre affilié.

En revanche, l'association A. _____ n'établit pas que la majorité de ses membres, ou du moins un grand nombre d'entre eux est directement touché par la décision querellée. De la même manière, l'association A. _____ n'établit pas non plus que la majorité de ses membres, ou du moins un grand nombre d'entre eux se trouverait dans une relation spéciale et étroite avec l'objet du litige, digne d'être prise en considération. En effet, comme exposé auparavant (cf. consid. 3.2 supra), les membres de l'association A. _____, y compris B. _____, ne sont touchés qu'indirectement

par la décision entreprise. Par ailleurs, les intérêts invoqués par l'association A._____, en particulier l'atteinte au droit d'accéder à des produits de vapotage contenant de la nicotine et la nécessité d'adopter une réglementation cohérente de ces produits, relèvent de considérations idéales et personnelles qui ne se trouvent pas en relation spéciale et étroite avec la décision de portée générale objet de la présente procédure. Partant, les membres de l'association ne disposent pas, individuellement, d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 48 al. 1 let. b et c PA.

A nouveau, au vu de la nature des intérêts invoqués, c'est dans le cadre du débat politique, et plus particulièrement dans le cadre des discussions liées à l'adoption du nouveau projet de loi sur les produits du tabac (lequel devrait également inclure les produits de vapotage contenant de la nicotine), que l'association A._____ devra faire valoir ses préoccupations (cf. à ce propos voir notamment <http://www.bag.admin.ch/themen/drogen/00041/14741/index.html?lang=fr>).

En conséquence, les conditions fixées par la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'admission du recours corporatif égoïste (cf. consid. 3.3 supra) ne sont pas réalisées en l'espèce si bien que le recours interjeté par l'association A._____ le 16 décembre 2015 doit également être déclaré irrecevable.

4.

Dans la mesure où les recours interjetés par B._____ et par l'association A._____ sont irrecevables (cf. consid. 3.2 et 3.4 supra), la demande en restitution de l'effet suspensif, qui est subordonnée à un recours pendant, est sans objet (arrêt du Tribunal fédéral 5A_856/2012 du 23 novembre 2012).

5.

5.1 Conformément à l'art. 63 al. 1 PA, en règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. Les frais de procédure sont calculés en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2] applicable par renvoi de l'art. 63 al. 5 PA). Les frais de procédure peuvent être remis totalement ou partiellement lorsque pour des motifs ayant trait au litige ou à la partie en

cause, il ne paraît pas équitable de mettre les frais de procédure à la charge de celle-ci (art. 6 let. b FITAF).

A teneur de l'art. 64 al. 1 PA (en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF) l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés.

5.2 En l'occurrence, compte tenu de l'ensemble des circonstances et en particulier de la technicité de la cause, le Tribunal de céans arrête les frais judiciaires à Fr. 2'000.- et les mets à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement (art. 6a FITAF).

Les frais judiciaires sont compensés par le montant de l'avance de frais de Fr. 4'000.- versé par les recourants le 15 janvier 2016 (TAF pce 5) et le solde de Fr. 2'000.- est remboursé aux recourants dès l'entrée en force du présent arrêt.

Vu l'issue du litige, aucun dépens n'est alloué (art. 7 al. 3 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les recours interjetés par l'association A. _____ et par B. _____ le 16 décembre 2015 sont irrecevables.

2.

La requête en restitution de l'effet suspensif est sans objet.

3.

Les frais judiciaires sont arrêtés à Fr. 2'000.- et sont mis à la charge de l'association A. _____ et B. _____, pris conjointement et solidairement.

4.

Les frais judiciaires sont compensés par l'avance de frais versée. Le solde de Fr. 2'000.- est remboursé à l'association A. _____ et à B. _____ dès l'entrée en force du présent arrêt.

5.

Aucun dépens n'est alloué.

6.

Le présent arrêt est adressé :

- à l'association A. _____ (Acte judiciaire) ;
- à B. _____ (Acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. FF 2015 7090 ; Recommandé) ;

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La présidente du collège :

Le greffier :

Caroline Bissegger

Jeremy Reichlin

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :