SCP F. THOUIN-PALAT
Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de Cassation
9 bis, rue Chernoviz 75016 PARIS
Tél. : 01.53.92.07.70
Fax : 01.53.92.07.77

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

RECOURS

POUR : **1. Le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES GAIES (SNEG), association régie par la loi du 1er juillet 1901, dont le siège est situé 12, rue des Filles du Calvaire - 75003 PARIS, représentée par son président en exercice, domicilié en cette qualité audit siège ;**

2. La SOCIETE MEN'S CLUB, société à responsabilité limitée dont le siège est situé 10, rue de la Verrerie – 75004 PARIS, représentée par son gérant en exercice, domicilié en cette qualité audit siège.

Ayant la SCP F. THOUIN-PALAT pour Avocat au Conseil d'Etat

CONTRE : **Le décret n°2007-1636 du 20 novembre 2007 relatif aux produits contenant des nitrites d'alkyle aliphatiques, cycliques, hétérocycliques ou leurs isomères destinés au consommateur et ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché.**

Par le présent recours pour excès de pouvoir, le SNEG et la société MEN'S CLUB défère à la censure du Conseil d'Etat le décret précité et en sollicite l'annulation pour les motifs de fait et de droit ci-après énoncés.

FAITS

I.- Aux termes de l'article 2 de ses statuts (**production n°1**), le SNEG a pour mission de « *réunir des personnes physiques et morales exploitant des entreprises dont l'activité et les services sont destinés principalement à une population qui manifeste son intérêt pour des biens et des services liés au mode de vie des homosexuel(le)s* ».

La société MEN'S CLUB a, quant à elle, pour activité la fabrication et la commercialisation des produits dénommés « TRIP », « HOT », « MOVE », « GATE », « WESH » et « SMALL » (**production n°2**), qui contiennent des nitrates d'alkyle et sont couramment appelés « POPPERS ».

Par un décret du 20 novembre 2007 (**production n°3**), contresigné par le ministre de l'économie, le Premier ministre a interdit « *la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la détention en vue de la vente ou de la distribution à titre gratuit, la mise en vente, la vente ou la distribution à titre gratuit des produits contenant des nitrites d'alkyle aliphatiques, cycliques ou hétérocycliques et leurs isomères destinés au consommateur et ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché* ».

C'est la décision attaquée.

DISCUSSION

II.- Sur l'illégalité externe du décret

II.1 - En premier lieu, l'article L.221-3 du code de la consommation donne compétence au Premier ministre pour fixer, « *par produits ou catégories de produits, les conditions dans lesquelles la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la vente, la distribution à titre gratuit, la détention, l'étiquetage, le conditionnement, la circulation des produits ou le mode d'utilisation de ces produits sont interdits ou réglementés* ». Il prévoit également que le décret pris sur le fondement de ce texte doit intervenir, « *en Conseil d'Etat* », après avis de la commission de sécurité des consommateurs instituée à l'article L.224-1 du code de la consommation.

Or, il ressort des pièces du dossier que ladite commission a été consultée le 14 décembre 2006 soit près d'un an avant la date à laquelle le Premier ministre a signé le décret présentement contesté. Il est pourtant à peine besoin de préciser qu'un « *délai raisonnable* » doit précéder la consultation de la commission de la décision dont le projet lui a été soumis. Ceci est d'autant plus vrai que les connaissances scientifiques et les comportements des consommateurs évoluent rapidement.

Aussi, le décret du 20 novembre 2007 ne peut-il être regardé comme ayant été régulièrement intervenu, eu égard à l'ancienneté de la consultation de la commission de sécurité des consommateurs.

II.2- En deuxième lieu, l'article 22 de la Constitution dispose que « *les actes du Premier Ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution* », c'est-à-dire par les ministres « *qui seront compétents pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte* » (CE, Ass., 27 avril 1962, *SICARD*, rec. p. 279).

Or, le décret soumettant à des autorisations de mise sur le marché, notamment la fabrication, la vente et la distribution des produits dits « POPPERS », dans un but de protection de la santé des personnes (article L 221-1 du Code de la consommation) nécessitera, pour son exécution, des mesures prises par le ministre en charge de la santé.

Dans ces conditions, la ministre de la santé, de la jeunesse et des sports aurait dû contresigner le décret attaqué, faute de quoi son annulation s'impose.

II.3- <u>En troisième lieu</u>, le Premier ministre ne tient d'aucun texte la compétence pour soumettre à une autorisation de mise sur le marché des produits « *contenant des nitrites d'alkyle aliphatiques, cycliques ou hétérocycliques et leurs isomères* », dès que lors les produits et préparations soumis à autorisation de mise sur le marché (AMM) sont définis par les dispositions législatives du code de la santé publique. C'est-à-dire que seul le législateur a compétence pour déterminer quels produits - ou types de produits- doivent faire l'objet d'une autorisation préalable avant d'être fabriqués ou distribués.

III. – <u>Sur l'illégalité interne du décret</u>

III.1 - <u>En premier lieu</u>, selon le rapport d'activité du Conseil d'Etat pour l'année 2006, « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles... Pour savoir ce que prescrit la loi, il ne suffit pas qu'elle soit matériellement accessible. Il s'agit certes là d'une exigence essentielle, et la publication de la norme, qui est destinée à la rendre accessible, constitue d'ailleurs*

une condition de son opposabilité. Mais il faut aussi que la norme soit intelligible » (rapport, pp. 281 et 282).

Le principe de sécurité juridique constitue un principe général du droit communautaire (CJCE, 6 avril 1962, *BOSCH*, Affaire n°13-61 ; 7 février 1991, *TAGARAS*, affaire n°18/89), un objectif à valeur constitutionnelle (CC, 16 décembre 1999, DC n°99-421 ; 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, DC n°05-530), ainsi qu'un principe général du droit que l'Assemblée du Conseil d'Etat a consacré par son arrêt du 24 mars 2006 *Société KPMG et autres*, ainsi résumé au recueil :

> « *Il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle. Il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées. Les dispositions de la loi du 1er août 2003 de sécurité financière relatives à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes, dont la mise en œuvre est assurée par le code de déontologie approuvé par le décret du 16 novembre 2005, ont, en raison des impératifs d'ordre public sur lesquels elles reposent, vocation à s'appliquer aux membres de la profession ainsi réglementée et organisée sans que leur effet se trouve reporté à l'expiration du mandat dont les intéressés ont été contractuellement investis. Toutefois, à défaut de toute disposition transitoire dans le décret, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique. Annulation du décret en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires relatives aux mandats de commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur* ».

Au cas présent, depuis que le décret n°90-274 du 26 mars 1990 a défini, en creux, le contenu des produits « POPPERS » en interdisant leur fabrication à base de nitrites de butyle, les professionnels du secteur utilisent les nitrites d'alkyles.

Depuis plus de sept ans, ils ont ainsi développé un savoir-faire et investi dans la recherche-développement dans le but d'offrir aux consommateurs des produits de qualité, inoffensifs et offrant l'effet euphorisant escompté.

Aussi, le décret attaqué ne peut-il, subitement, décider qu'à compter « *du premier jour suivant celui de sa publication au Journal officiel* », seront soumis à autorisation de mise sur le marché « *la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la détention en vue de la vente ou de la distribution à titre gratuit, la mise en vente, la vente ou la distribution à titre gratuit des produits contenant des nitrites d'alkyle aliphatiques* ». L'exécution immédiate de ce décret suppose en effet que les fabricants et les distributeurs notamment procèdent à la destruction immédiate et totale de leur stock, sauf à s'exposer à des sanctions pénales, dans l'attente de l'instruction de leur dossier de demande d'autorisation de mise sur le marché.

Le décret du 20 novembre 2007 ne pouvait s'abstenir de prévoir des mesures transitoires réglant la mise en œuvre de l'obligation d'obtention d'une AMM, en particulier s'agissant des produits déjà fabriqués et actuellement proposés à la vente.

III.2- En tout état de cause, l'obligation de prévoir des mesures transitoires résulte du Code de la consommation.

En effet, si l'administration peut suspendre la fabrication, l'importation, l'exportation et la mise sur le marché d'un produit, c'est uniquement en présence d'un danger grave ou immédiat, ainsi qu'il résulte de l'article L 221-5 du Code de la consommation. Seul un tel danger permet de justifier la brutalité de la mesure.

Au cas précis, le décret, dont les effets se produisent avant même que les intéressés puissent demander l'autorisation de mise sur le marché prévue par le texte, a bien pour effet de suspendre la mise sur le marché des produits concernés, et ce, dès l'entrée en vigueur du décret, c'est à dire sans aucun délai. Il faut un danger grave ou imminent pour qu'une telle mesure soit prise, ainsi que l'exige l'article L. 221-5 précité.

Or, un tel danger n'existe pas au cas précis. Les produits en cause n'ont jamais été réglementés sans qu'il en ait résulté un quelconque danger pour la santé publique.

Et surtout, en présence d'un danger grave ou imminent, le décret n'aurait pas prévu la possibilité d'autoriser la mise sur le marché des produits en cause.

A ce titre encore, le décret mérite d'être annulé.

III.3- En second lieu, le décret attaqué est entaché d'une erreur de droit et d'une erreur d'appréciation, en ce qu'aucune raison objective ne justifiait que la fabrication ou la vente de « POPPERS » soit soumise à une AMM, cependant que ces produits ne présentent aucun danger pour les consommateurs.

En réalité, il semblerait que le décret du 20 novembre 2007 est motivé par la circonstance que l'association « POPPERS – VIAGRA » présenterait des risques pour la santé.

Mais, il est à peine besoin de préciser qu'une telle circonstance, à la supposer exacte, n'est pas de nature à justifier la soumission de la fabrication des « POPPERS » à une autorisation de mise sur le marché et ce, d'autant moins que le décret ne précise pas à quel titre les « POPPERS » devraient être soumis à un régime d'autorisation, et selon quelle procédure spécifique leur commercialisation pourrait être autorisée.

Le texte ne précise même pas l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation de mise sur le marché.

A tous égards, l'annulation du décret d'impose.

PAR CES MOTIFS et tous autres, les exposants concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat :

ANNULER le décret attaqué, avec toutes conséquences de droit.

PRODUCTIONS :

1. Statuts du SNEG
2. Extraits K *bis* de la société requérante
3. Décret n°2007-1636 du 20 novembre 2007.

SCP F. THOUIN-PALAT
Avocat au Conseil d'Etat