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

MONSIEUR LE PRESIDENT

DE LA SECTION DU CONTENTIEUX

CONSEIL D'ETAT

Référé-suspension (Art. L.521-1 du CJA)

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.

FAITS

I.- Aux termes de l'article 2 de ses statuts (**production n°1**), le SNEG, exposant, 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* ».

Le même article ajoute que « *le SNEG a pour mission de représenter et de défendre les intérêts de ses membres* ».

La société MEN'S CLUB, également exposante, a pour seule 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* ».

Les exposants ont contesté ce décret par un recours en annulation enregistré le 22 janvier 2008 au greffe du Conseil d'Etat sous le numéro 312.454 (**production n°4**).

Par la présente requête, ils viennent saisir le juge des référés du Conseil d'Etat d'une demande tendant à ce qu'en application des dispositions de l'article L.521-1 du code de justice administrative, il ordonne la suspension de l'exécution du décret litigieux.

DISCUSSION

II. Sur l'urgence

II.1 - Aux termes de l'article L.521-1 du code de justice administrative, « *quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

Si l'article R.522-1 dudit code impose au demandeur de « *justifier de l'urgence de l'affaire* », c'est-à-dire de démontrer que la décision contestée préjudice de manière grave et immédiate aux intérêts qu'il défend (CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, requête n°228815 ; AJDA.2001, p. 150), le Conseil d'Etat a cependant identifié des hypothèses où l'urgence était « *présumée* », car résultait de l'objet-même de la décision attaquée.

Tel est ainsi le cas d'une décision refusant le renouvèlement d'un tire de séjour (Sect. 14 mars 2001, *AMEUR*, RFDA.201, p. 673), d'une décision de préemption lorsqu'elle est contestée par l'acquéreur évincé (13 novembre 2002, *M. HOURDIN*, requête n°248851 ; BJDU 6/2002, p. 460), d'une décision de dissolution d'une personne morale (11 juillet 2001,

Chambre des métiers de la HAUTE CORSE, n°235001 ; 28 décembre 2005, *Syndicat intercommunal de LENS-AVION*, requête n°283249), ou encore d'un arrêté de permis de construire (27 juin 2001, *Commune de MEUDON*, rec. T. p. 1115 ; 15 juin 2007, *M. ARNAUD*, requête n°300208 ; BJDU 3/2007, concl. C. DEVYS).

Cette présomption doit jouer en l'espèce, compte tenu de l'objet même du décret du 20 novembre 2007.

II.2- En tout état de cause, on soulignera que l'entrée en vigueur du décret a pour effet d'interdire à la société MEN'S CLUB, ainsi qu'aux entreprises membres du SNEG et concernées par ce texte, de poursuivre la fabrication, la distribution et la commercialisation des produits « POPPERS » tant qu'elles n'auront pas sollicité -et obtenu- une autorisation de mise sur le marché.

Ainsi, pour l'heure, la société MEN'S CLUB en particulier, qui réalise la totalité de son chiffre d'affaires en commercialisant les produits en cause (**production n°5** : comptes de résultat 2007) et emploie trois salariés à temps plein, doit, purement et simplement, cesser son activité, alors même que ses produits ont toujours été en vente libre, sous réserve que leur composition respecte les dispositions du décret n°90-274 du 26 mars 1990[1], c'est-à-dire sous réserve qu'ils ne contiennent pas des « *nitrites de butyle et de pentyle ou leurs isomères* ».

Le décret attaqué préjudicie donc de manière grave et immédiate aux intérêts financiers de la société MEN'S CLUB, de telle sorte que la condition d'urgence se trouve remplie en l'espèce (cf. par ex. : CE, Sect., 25 avril 2001, *SARL JANFIN*, Rec. p. 197 ; 11 février 2005, *BARRE*,

[1] Etant en outre précisé que les formules des produits commercialisés par la société MEN'S CLUB sont, en tant que de besoin, déposées et contrôlées au centre antipoison de l'Hôpital FERNAND WIDAL (**production n°6**).

DA 2005, n°125 ; 17 mai 2006, *Société PPN SA*, requête n°292666[2] ; 8 août 2007, *Société PHYTHERON 2000*, requête n°307563).

III.- <u>Sur l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du décret</u>

III.1 - <u>En premier lieu</u>, 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.

---

[2] Selon cet arrêt : « *Considérant que la société requérante fait valoir qu'elle a pour seule activité la vente du produit en cause et que la décision prise par l'administration lui crée de graves difficultés en entraînant une baisse très importante de son chiffre d'affaires ainsi que des charges particulières liées au remboursement des commandes de produits qui ne pourront être vendus et aux frais des opérations de retrait ; qu'elle porte, ainsi, atteinte de manière grave et immédiate à sa situation ; qu'il appartient, il est vrai, au juge des référés d'apprécier l'urgence objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce ; que notamment, l'objectif de protection de la sécurité des consommateurs constitue un intérêt public qui doit être confronté aux intérêts particuliers affectés par la décision administrative en cause ; que, toutefois, il n'est pas contesté que le produit « SECURITY FEEL BETTER » ne comporte par lui-même aucune nocivité ; que, par ailleurs, l'administration ne fait état d'aucun incident ou accident dont l'origine pourrait être imputée à ce produit qui, ainsi qu'il l'a été dit plus haut, est commercialisé en FRANCE depuis dix ans et a fait l'objet en 1998 et 2000 de procédures introduites par les services de la répression des fraudes auprès de l'autorité judiciaire qui n'ont eu aucune suite ; qu'ainsi, la condition d'urgence exigée ... doit être regardée comme remplie* ».

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.

III.2- <u>En deuxième lieu</u>, 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.

III.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.4 - <u>En quatrième lieu et sur le fond</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, 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 ».

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 bientôt huit ans, ils ont 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.

a) 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 la délivrance d'une 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 autorisation de mise sur le marché, **en particulier s'agissant des produits déjà fabriqués et actuellement proposés à la vente** (cf. par ex. : CE, 7 août 2007, *AFORS TELECOM*, requête n°298436, à mentionner aux Tables : jugé que le décret n°2006-358 du 24 mars 2006

imposant aux opérateurs de télécommunications la fourniture, sur réquisition administrative ou judiciaire, de renseignements relatifs à leurs abonnés, n'était pas illégal en ce qu'il n'était pas assorti de dispositions transitoires, dès lors que ses dispositions contestées ne sont entrées en vigueur qu'au 1er septembre 2006 ; cf. égal. 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, requête n°304888[3]).

L'absence de mesures transitoires s'avère d'autant plus grave que :

- du fait de l'entrée en vigueur immédiate du texte, les intéressés n'ont même pas la possibilité de recourir à la faculté que leur reconnaît pourtant le décret lui-même, à savoir commercialiser les produits en cause avec une autorisation de mise sur le marché : en effet, l'interdiction prend effet avant même que l'autorisation nécessaire ait pu être requise ;

- le texte ne précise pas l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation (cf. infra, § III.5).

b) En tout état de cause, l'obligation de prévoir des mesures transitoires résulte du code de la consommation.

---

[3] Selon cet arrêt : « *Considérant que les dispositions des arrêtés attaqués [relatifs aux concours interne et externe pour les emplois de conseiller des affaires étrangères, de secrétaire des affaires étrangères (cadre général), de secrétaire des affaires étrangères (cadre d'Orient) et de secrétaire de chancellerie] introduisent des nouveautés substantielles dans les épreuves de ces concours, qui exigent un travail long et spécifique ; que si ces modifications ont pour objet d'adapter le recrutement de fonctionnaires à l'évolution des métiers diplomatiques et consulaires, il n'est pas soutenu que des motifs d'intérêt général exigeraient leur application immédiate ; qu'en contraignant les candidats à modifier les matières sur lesquelles doit porter leur préparation, dans des conditions susceptibles de les affecter de manière inégalitaire, ces arrêtés causent, de ce fait, à ces candidats des perturbations excessives par rapport à l'objectif poursuivi ; qu'ainsi, en ne prévoyant pas le report, d'une année à tout le moins, de l'entrée en vigueur de ces arrêtés, afin de permettre aux candidats de disposer d'un délai raisonnable pour s'y adapter, le ministre des affaires étrangères a méconnu le principe de sécurité juridique ; que le syndicat requérant est, dès lors, fondé à demander l'annulation de ces arrêtés, mais seulement en tant qu'ils ne comportent pas de mesures transitoires relatives aux concours susmentionnés* ».

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 et obtenir 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.

Or, il faut un danger grave ou imminent pour qu'une telle mesure soit prise, ainsi que l'exige l'article L.221-5 précité. Dès lors qu'un tel danger n'existe pas en l'espèce, ce qui explique pourquoi les produits en cause n'ont jamais été réglementés, le Premier ministre ne pouvait légalement en "geler" la fabrication, la commercialisation et la distribution.

D'ailleurs, on observera que si un danger grave ou imminent au sens de l'article L.221-5 avait réellement existé, 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 apparaît entaché d'erreur de droit, de sorte que sa suspension s'impose.

III.5 – En dernier 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 autorisation de mise sur le marché, cependant que ces produits ne présentent aucun danger pour les consommateurs.

En réalité, il semblerait que le décret du 20 novembre 2007 soit 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, ni selon quelle(s) procédure(s) spécifique(s) leur commercialisation pourrait être autorisée.

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

A tous égards, la suspension de l'exécution du décret s'impose.

PAR CES MOTIFS et tous autres, les exposantes concluent qu'il plaise à Monsieur le Président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat :

SUSPENDRE l'exécution du décret attaqué ;

CONDAMNER l'Etat à leur verser, chacun, la somme de 3.500 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

PRODUCTIONS :

1. Statuts du SNEG
2. Extraits K *bis* de la société requérante
3. Décret n°2007-1636 du 20 novembre 2007
4. Requête au fond enregistrée sous le n° 312.454
5. Compte de résultats de la société MEN'S CLUB pour 2007
6. Attestation de dépôt au centre antipoison de l'hôpital Fernand WIDAL

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