Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

DIRECTION GENERALE DE LA CONCURRENCE,
DE LA CONSOMMATION ET DE LA REPRESSION DES FRAUDES
59, BD VINCENT AURIOL TELEDOC 031
75703 PARIS CEDEX 13

B2DR080211 gays.doc
Réf : dossier n° 2008/02/8682

Affaire suivie par M. RIGAULT
Bureau B2 : Pratiques restrictives de concurrence et affaires juridiques
Téléphone : 01 44 97 30 89
Télécopie : 01 44 97 30 00
Mel. : b2@dgccrf.finances.gouv.fr

Bureau C2 : Sécurité et réseaux d'alerte
Mel. : c2@dgccrf.finances.gouv.fr

CONSEIL D'ETAT
20.02.2008 312707
CONTENTIEUX

PARIS, LE 20 FEV. 2008

Le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi

à

Monsieur le Président de la Section du Contentieux du
Conseil d'État
3ème sous-section
1 Place du Palais Royal
75100 PARIS CEDEX 01

ISL

RÉFERE-SUSPENSION

Objet : Requête en référé-suspension n°312707 Syndicat national des entreprises gaies ; Société Men's club. Mémoire enregistré au greffe le 06/02/2008.

N/Réf. : Bureau B 2 –Pratiques restrictives de concurrence et affaires juridiques – Dossier 07TA08

Vous trouverez ci-dessous mes observations sur le mémoire cité en objet.

1. FAITS ET PROCEDURE

Les produits dits « poppers » sont des préparations à base de nitrites d'alkyle et contenant une base parfumante, qui se présentent sous forme de petites fioles et sont utilisés pour leurs propriétés euphorisantes et aphrodisiaques. Ils sont notamment commercialisés dans les sex-shops et sur Internet sous de multiples dénominations telles que « poppers » ou « parfums d'ambiance ». Les nitrites d'alkyle qu'ils contiennent sont des substances dangereuses qui ont des effets hypotenseurs et vasodilatateurs et peuvent entraîner la mort par collapsus. C'est pourquoi il s'est avéré nécessaire de réglementer la mise sur le marché de ces produits. Il convient de préciser toutefois que les poppers ne répondent pas à la définition du médicament, par présentation ou par fonction, ainsi que l'a jugé la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 24 avril 2002 (joint en annexe).

Les « poppers » étaient, jusqu'à la publication du décret n° 2007-1636 du 20 novembre 2007, soumis aux dispositions du décret n° 90-274 du 26 mars 1990 relatif aux produits dits « poppers » contenant des nitrites de butyle, de pentyle ou leurs isomères. Il était ainsi interdit de vendre ou de distribuer à titre gratuit au public des poppers à base de ces substances. Les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes étaient habilités pour rechercher les infractions à ces dispositions qui étaient punies par des contraventions de la 5ème classe.

L'adoption de ces mesures d'interdiction a eu pour effet de favoriser le développement de poppers contenant des nitrites d'alkyle autres que les nitrites de butyle ou de pentyle mais aussi dangereux que ces derniers. Il a donc été décidé d'étendre le champ d'application du décret n° 90-274 afin d'interdire la mise sur le marché de tous les produits poppers, quelle que soit la nature des nitrites d'alkyle qu'ils contiennent.

Ainsi, le décret n° 2007-1636 du 20 novembre 2007, publié au Journal officiel du 22 novembre 2007, abroge le décret n° 90-274 et étend le champ d'application des dispositions applicables aux produits poppers sur les deux points suivants :

-les nitrites d'alkyle interdits ne sont plus uniquement les nitrites de butyle, de pentyle et leurs isomères mais l'ensemble des nitrites d'alkyle aliphatiques, cycliques et hétérocycliques et leurs isomères, ce qui permet de couvrir l'ensemble des nitrites d'alkyle entrant dans la composition des poppers ;

-l'interdiction est étendue, s'appliquant aussi bien à la vente et à la distribution à titre gratuit qu'à la fabrication, l'importation, l'exportation, l'offre, la détention en vue de la vente ou la distribution à titre gratuit et la mise en vente.

Par ailleurs, compte tenu du fait que les produits précités peuvent être mis sur le marché sous d'autres dénominations que celle de « poppers », le nouveau texte ne vise plus uniquement les « *produits dits 'poppers'* » comme c'était le cas du décret n° 90-274, mais l'ensemble des produits destinés au consommateur et contenant des nitrites d'alkyle.

De plus, afin d'écarter du champ d'application de l'interdiction les médicaments à base de nitrites d'alkyle qui sont soumis à une réglementation spécifique, le décret ne vise pas les produits qui bénéficient d'une autorisation de mise sur le marché, comme les médicaments.

Contrairement à ce qu'il est soutenu par les requérants, il n'est donc pas question de soumettre les poppers contenant des nitrites *utilisés en dehors du cadre médical* à une autorisation de mise sur le marché mais de les interdire purement et simplement. Le décret n° 2007-1636 est pris sur la base de l'article L.221-3 du code de la consommation qui dispose :

«Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission prévue à l'article L. 224-1 [La commission de la sécurité des consommateurs]:

1° Fixent, en tant que de besoin, 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 ;

2° Déterminent les conditions d'hygiène et de salubrité que doivent observer les personnes qui participent à la fabrication, à la transformation, au transport, à l'entreposage, à la vente des produits ou qui assurent des prestations de services ;

3° Peuvent ordonner que ces produits soient retirés du marché ou rappelés en vue de leur modification, de leur remboursement total ou partiel ou de leur échange, et prévoir des obligations relatives à l'information des consommateurs. Ils peuvent également ordonner la destruction de ces produits lorsque celle-ci constitue le seul moyen de faire cesser le danger ;

4° Précisent les conditions selon lesquelles seront mis à la charge des fabricants, importateurs, distributeurs ou prestataires de services, les frais afférents aux dispositions de sécurité à prendre en vertu de la réglementation ainsi édictée. »

Les agents de la DGCCRF sont habilités à rechercher et à constater les infractions à ce décret qui sont punies par des contraventions de la 5ème classe.

Les requérants demandent la suspension du décret n° 2007-1636 du 20 novembre 2007 et le versement à chacun d'entre eux de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2. RECEVABILITE

Les requérants ne peuvent justifier d'un intérêt à agir

Le Syndicat national des entreprises gaies ne démontre pas en quoi l'interdiction d'un produit dangereux, à l'origine de plusieurs centaines d'accidents (dont 1 mortel) signalés aux autorités sanitaires, lèse les intérêts de ses adhérents. Même si les consommateurs de poppers sont en majorité des homosexuels, le texte contesté n'est pas dirigé expressément contre les entreprises de ce secteur. L'objet social de l'association, centré sur la défense des entreprises ayant des liens avec les homosexuels, ne lui permet pas d'attaquer une mesure à caractère général, destinée à préserver la sécurité des consommateurs.

Enfin, l'intérêt à agir étant apprécié en fonction des conclusions, le syndicat ne démontre pas en quoi ses propres intérêts seraient lésés de façon grave et immédiate au point de ne pouvoir attendre une décision sur le fond dans des délais normaux.

Quant à la société Men's club, elle ne peut faire valoir aucun droit légitime à mettre sur le marché des produits dont le caractère néfaste pour la santé n'est pas contestable, les intérêts purement financiers devant s'effacer devant l'intérêt général. L'article L. 221-1 du code de la consommation précise en effet :

« Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes. »

L'entreprise en cause commercialisant des produits ne respectant pas cette condition essentielle, elle ne peut donc se prévaloir de ses propres turpitudes.

Le Conseil d'Etat reconnaîtra donc le caractère irrecevable de la requête.

3. SUR LE FOND

Selon 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.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. »

Il sera justifié ci-après qu'il y a urgence à appliquer les dispositions du décret contesté et que l'existence d'un doute sérieux ne peut être démontrée.

A-L'urgence à suspendre la décision n'est pas établie

Dans votre décision n°229562 du 28 février 2001, Société Sud-Est assainissement c/ Préfet des Alpes-Maritimes, vous avez jugé que *« l'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ; »*

Le juge des référés doit mettre en balance les effets de la mesure prise par l'Administration et les effets de la mesure que le requérant lui demande de prendre. Selon les conclusions du Commissaire du gouvernement Alain Seban, le juge administratif des référés doit s'assurer que « l'urgence à suspendre est contrebalancée par l'urgence à poursuivre ».

Or, les arguments avancés par les intéressés ne sont pas probants.

Il n'y a pas d'urgence présumée

Pour arguer de l'urgence présumée à suspendre, les requérants citent des décisions tirées de votre jurisprudence, auxquelles ils comparent de façon surprenante l'interdiction des nitrites : refus de renouvellement de titre de séjour, de permis de construire, décision de préemption...Or, dans la mesure où l'urgence n'est pas appréciée de manière théorique par rapport à un type d'actes ou à une catégorie de situations, c'est bien au requérant de démontrer cette urgence, qui est rarement présumée (CE, 23 mars 2001, Société Lidl, en annexe).

Le retard mis par les requérants à saisir le juge des référés contredit la prétention qu'il existe une urgence

La société Men's club fait valoir qu'elle est désormais dans l'obligation de cesser ses activités, entièrement consacrées à la production de poppers. Toutefois, la requérante a attendu 2 mois et demi avant de saisir le juge des référés. De toute évidence, sa lenteur à saisir la justice s'accorde mal avec ses prétentions.

Le fait que la société Men's club ait subi un préjudice financier n'est pas un motif suffisant pour suspendre la décision

Aussi, Men's club s'étant elle-même placée dans une situation de dépendance vis-à-vis d'un seul type de produit ne saurait exciper de sa passivité pour réclamer l'interdiction d'une mesure indispensable au respect de l'obligation générale de sécurité vis-à-vis de nos concitoyens.

Votre jurisprudence montre que vous n'avez pas hésité à valider la suspension pour une durée d'un an de la commercialisation et de l'usage de produits ayant occasionné la mort d'un enfant, alors que la société distributrice ne commercialisait qu'un seul produit (n° 239445, ordonnance de référé du 30/11/2001, Sarl LP DIFFUSION, à propos de la suspension des « surfbike »).

La réalité de l'urgence ne sera donc pas retenue.

Il y a au contraire urgence à appliquer les dispositions du décret du 20 novembre 2007

Les nitrites sont des substances dangereuses

Le juge des référés trouvera en annexe une abondante documentation constituée de correspondances émanant de la direction générale de la santé, de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC) et de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) prouvant que les pouvoirs publics étaient dans l'obligation d'agir.

Le rapport de la Commission de la sécurité des consommateurs (page 14) montre qu'un nombre significatif d'accidents a été notifié aux Centres d'évaluation et d'information sur la pharmacodépendance (CEIP) : au nombre de 76 par le CEIP de Marseille et 2 par celui de Toulouse, entre janvier 1999 et juin 2004. En région Ile-de-France, l'Observatoire régional de la santé fait état « d'intoxications répétées, avec des comas » dans le courant de l'année 2004. En ce qui concerne la période antérieure à 1999, 310 cas ont été observés. Ces chiffres ne concernent que les cas qui ont été signalés, il n'est donc pas exclu que les chiffres réels soient plus élevés. Le rapport (page 3) fait également allusion à la pratique consistant, dans certaines discothèques, à diffuser des poppers à l'insu des assistants, sous prétexte de désodorisation. Or, on sait que l'inhalation de poppers, associée à l'utilisation de certains médicaments (Viagra) ou chez la femme enceinte, est formellement déconseillée (cf. rapport précité, page 7).

L'interdiction totale des nitrites est parfaitement justifiée

L'interdiction générale et absolue d'une activité ou d'un produit constitue une mesure de police et doit donc être proportionnée au risque encouru. L'administration est dans l'obligation de justifier que cette interdiction était le seul moyen d'éviter le danger (pour une illustration récente du contrôle qu'opère le juge administratif dans ce domaine : Conseil d'Etat n°292615, 7 février 2007, Société PPN SA, en annexe).

En l'espèce, de simples mises en garde assorties d'avertissements sur les dangers encourus, portées sur l'étiquette, n'auraient pas été suffisantes.

Outre le fait que la diffusion des produits est parfois réalisée à l'insu des consommateurs, comme il a été dit ci-dessus, les effets observés sur plusieurs années ont montré la réalité du danger, même à des doses modérées. S'agissant d'une substance inhalée, il est de plus très difficile de quantifier le seuil au delà duquel un risque grave est encouru, contrairement à un produit se présentant sous la forme de pastilles, de granules ou de liquide, facile à doser.

Enfin, une insécurité juridique existait avant la publication du décret contesté, du fait que l'AFSSAPS et le juge judiciaire se sont opposés sur le statut juridique des poppers, ce dernier leur déniant toute qualité de médicament par fonction. Des commerçants auraient pu profiter de cette zone d'ombre pour commercialiser plus facilement leurs produits, sans avoir à supporter les contraintes liées au statut de médicament.

Il ne fait donc pas de doute que, dans l'intérêt de la santé publique, le décret doit être appliqué.

B-LE DOUTE SERIEUX QUANT A LA LEGALITE DU DECRET NE PEUT ÊTRE DEMONTRE

1) Légalité externe

Les conditions de consultation de la Commission de la sécurité des consommateurs ont été régulières

Les requérants soutiennent que le délai de onze mois entre la consultation de la CSC, le 14 décembre 2006 et la publication du décret du 20 novembre 2007 est trop important et vicie la procédure, en raison de l'évolution rapide des connaissances scientifiques et des habitudes de consommation.

Or, le moyen pourrait être opérant si un long délai séparait la consultation de l'entrée en vigueur du texte. Ce n'est pas le cas en l'espèce, compte tenu du temps nécessaire pour procéder à l'ensemble des consultations préalables. De surcroît, les requérants n'apportent aucune précision permettant de contrôler le bien fondé de leurs affirmations quant aux connaissances scientifiques nouvelles et aux nouveaux modes de consommation qui rendraient obsolète l'avis de la CSC.

Le moyen n'est pas fondé.

La signature du ministre chargé de la santé n'était pas obligatoire

La signature du ministre chargé de la santé n'était pas obligatoire, sachant que l'exécution du décret critiqué, pris pour l'application du code de la consommation, ne nécessite par elle-même l'intervention d'aucune mesure réglementaire ou individuelle du ministre de la santé. Ainsi que vous l'avez jugé dans votre décision n° 298436 du 7 août 2007, AFORS Télécom : « *Considérant qu'en vertu de l'article 22 de la Constitution : « Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution » ; que l'exécution du décret critiqué, pris pour l'application de l'article L. 34 du code des postes et des communications électroniques, ne nécessite par elle-même l'intervention d'aucune mesure réglementaire ou individuelle du ministre de la défense ; qu'ainsi, le décret a pu être légalement pris par le Premier ministre sans le contreseing de ce ministre ;* »

Les requérants se méprennent sur le sens du décret, qui n'exige pas que les poppers utilisés à des fins récréatives soient munis d'une autorisation de mise sur le marché (AMM). Ce sont uniquement les utilisations des nitrites à des fins médicamenteuses qui nécessitent une AMM, dans les conditions de droit commun applicables aux médicaments.

En revanche, ce sont bien les agents du ministère de l'économie et notamment ceux de la DGCCRF qui sont habilités à opérer les vérifications quant à l'interdiction de fabrication, importation, exportation...des nitrites, supprimées par le décret contesté.

Le moyen sera rejeté.

Le Premier ministre était bien compétent pour édicter le décret contesté

Comme il a été exposé dans mon chapitre 1er, le décret n° 2007-1636 a été pris sur la base de l'article L.221-3 du code de la consommation. Le Premier ministre, investi du pouvoir réglementaire général par la Constitution, était donc compétent pour procéder par décret en Conseil d'Etat.

Le moyen n'est pas fondé.

2) Légalité interne

Le principe de sécurité juridique n'a pas été violé par l'absence de mesures transitoires

Selon les requérants, les mesures transitoires seraient indispensables à chaque changement de réglementation s'appliquant aux entreprises, pour leur permettre d'écouler leur stock et de se mettre en conformité avec la nouvelle réglementation.

Or, le principe de sécurité juridique, qui implique que soient prises des mesures transitoires, ne peut être appliqué sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt général et de la composante de l'ordre public que constitue la sécurité des consommateurs.

Dès lors qu'un danger grave a été identifié de façon certaine, ainsi que le prouvent les données observées sur plusieurs années, il serait anormal de laisser une situation perdurer, au risque que de nombreuses personnes soient intoxiquées. L'instruction du dossier ayant déjà nécessité un certain délai, l'entrée en vigueur de la mesure ne pouvait être retardée au delà du raisonnable, sauf à mettre en cause les pouvoirs publics en cas de décès ou de préjudice important subi par un consommateur dont l'Etat serait rendu responsable.

Contrairement à ce que prétendent les intéressés, le décret contesté n'est pas intervenu brutalement : il a été précédé de nombreuses consultations et notamment celle d'une association de médecins homosexuels. Les sociétés concernées et leur syndicat, qui ont vraisemblablement assuré une veille juridique dans leur secteur d'activité, ont eu le temps de procéder à une diversification de leur production en prévision d'une décision des pouvoirs publics qui apparaissait quasiment certaine.

L'erreur de droit résultant d'une modification brutale de la réglementation n'est donc pas démontrée et le moyen sera rejeté.

Sur l'illégalité de l'existence d'une autorisation de mise sur le marché

Le moyen exposé résultant d'une mauvaise compréhension du texte, dès lors que seuls les médicaments à base de nitrites sont concernés, ce moyen sera rejeté.

Je conclus donc au rejet de la requête.

Pour le ministre et par délégation,
La sous-directrice chargée de la politique de la concurrence

Virginie BEAUMEUNIER

ANNEXES

1) Arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 24 avril 2002

2) CE 23 mars 2001, Société LIDL

3) CE 7 février 2007, PPN SA

4) Avis de la CSC du 14/12/2006

5) Dossier constitué par le ministère de la Santé :
   - avis de l'Afssaps du 26/11/1999
   - lettre de l'Afssaps du 23/07/2004
   - lettres du ministre chargé de la santé des 3/01/2005 et 12/05/2005

6) CE, ordonnance de référé du 30/11/2001, Sarl LP DIFFUSION