Le Conseil d'État rejette le référé-suspension à l'encontre du décret interdisant la fabrication et la vente des poppers

Par un décret en Conseil d'État du 20 novembre 2007, publié au *Journal officiel* le 22 novembre, le Gouvernement, sous la signature du Premier ministre et sur le rapport du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, a décidé d'interdire la fabrication et l'importation, ainsi que toute distribution et commercialisation, des produits contenant des nitrites d'alkyle ou leurs isomères destinés au consommateur et ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché.

Si ces nitrites sont utilisés dans de nombreux secteurs industriels, ils entrent spécialement dans la composition des produits euphorisants ou aphrodisiaques appelés *poppers*, dont l'interdiction est incontestablement l'objet de ce décret.

Le Syndicat national des entreprises gaies (SNEG), défendant les intérêts de ses membres, et la société Men's Club, qui a pour activité la distribution de ces produits, rejoints par une société productrice (France Conditionnement Création) et une association (le Rassemblement des amis de la sauge divinatoire et du poppers [*sic*]), ont contesté cette décision devant le juge administratif, dans le délai réglementaire de deux mois, en formant auprès du Conseil d'État – juridiction directement compétente, s'agissant d'un décret – un recours en annulation pour excès de pouvoir, bientôt assorti d'une requête en référé, tendant à la suspension de l'application du décret litigieux (procédure prévue à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative).

En attendant que le jugement au fond intervienne, dans quelques mois, le Conseil d'État a rapidement instruit la demande de suspension, qui a été examinée en moins d'un mois. Après avoir tenu une audience publique, le 27 février au matin, au cours de laquelle ont pu longuement s'exprimer les requérants et leurs avocats (M[e] François Boucard et M[e] Alain-François Roger, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation) et, en défense, le représentant du Gouvernement, le juge des référés (dans cette espèce, M. Philippe Martin, premier président adjoint de la Section du contentieux) a mis l'affaire en délibéré. Rendue dès le 29 février 2008, l'ordonnance de référé rejette les requêtes.

Pour bien comprendre le sens et la portée de cette décision juridictionnelle, il faut savoir que deux conditions de fond, cumulatives, doivent être satisfaites pour que la mesure de suspension d'une décision administrative puisse être accordée par le juge des référés : il faut, cela va de soi, faire état à bon droit d'« un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un *doute sérieux* quant à la légalité de la décision » attaquée ; mais il est requis, avant tout, de justifier de l'*urgence* qu'il y a à prononcer la suspension, en raison de l'atteinte grave et immédiate portée à la situation du requérant (le référé est en effet une procédure d'urgence). Néanmoins, la jurisprudence s'est fixée dans le sens d'une appréciation « objective et globale » de l'urgence, c'est-à-dire en tenant compte de l'ensemble des intérêts en présence : il est, dès lors, fréquent que l'intérêt public qui s'attache à l'exécution immédiate d'une décision administrative soit jugé devoir l'emporter sur les intérêts du requérant, en particulier lorsque le préjudice invoqué est purement financier.

En l'espèce, le juge des référés du Conseil d'État a été conduit à estimer que le préjudice résultant de l'arrêt de l'activité de fabrication et/ou de distribution des entreprises concernées devait céder le pas devant l'intérêt public qui commande d'« interdire, dans l'intérêt de la sécurité des consommateurs, des produits toxiques dont les effets hypotenseurs et vasodilatateurs peuvent entraîner des troubles physiologiques en cas d'usage intensif et répété » ; il a donc rejeté les conclusions à fin de suspension de l'exécution du décret du 20 novembre 2007

Que penser – d'un point de vue juridique, cela s'entend – de l'ordonnance qui a été rendue ? On notera que le défaut d'urgence n'avait pas paru évident au président, juge des référés, sinon il eût rejeté les requêtes sans engager d'instruction et sans tenir une audience publique, ainsi que le permet l'article L. 522-3 du Code de justice administrative. C'est vraisemblablement à la lecture du mémoire en défense du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi qu'il s'est laissé convaincre que l'interdiction totale des nitrites, présentés comme des substances dangereuses, était justifiée. Face à l'argumentation du Gouvernement, l'affirmation des requérants selon laquelle les produits en cause ne présentent aucun danger pour les consommateurs tenait plutôt de la pétition de principe. La position officielle n'était sans doute pas malaisée à adopter, dès lors qu'on observe que le seul dictionnaire d'usage courant qui accueille le mot « poppers » les qualifie de « toxique (isobutylnitrate) utilisé comme excitant et euphorisant » (*Dictionnaire Hachette*, éd. 2008) – bien que la substance mentionnée soit interdite dans la composition des poppers depuis un précédent décret du 26 mars 1990...

Sans doute, ainsi que le SNEG le signale sur son site Internet, « la dangerosité de certains poppers, et notamment ceux déjà importés et interdits auxquels on prête des effets cancérigènes, ne repose pas sur les nitrites, quels qu'ils soient, qui les composent, mais sur leur dégradation au contact de la chaleur et de la lumière ». Mais n'est-ce pas, finalement, admettre que ces substances sont potentiellement nocives ? À quoi s'ajoutent les risques cardiaques sérieux, qui peuvent être mortels, engendrés par l'association des poppers et du Viagra.

La presse gay a cru pouvoir tirer argument de ce que le ministre de la Santé, de la Jeunesse et des Sports n'avait pas été associé à l'élaboration du décret pour soutenir que ce texte ne constituerait pas une mesure de santé publique. Toutefois, comme il est indiqué dans les visas, le Premier ministre a pris ce décret sur le fondement de l'article L. 221-3 du Code de la consommation, lequel l'habilite, dans un souci de sécurité des consommateurs, à prévenir le danger ou la nocivité que présentent certains produits, en réglementant ou en interdisant les produits ou catégories de produits en cause. Le contreseing du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi se justifie par le fait que le secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme est délégué auprès de ce ministre.

En conclusion, l'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'État le 29 février 2008 est exempte de critiques. Certes, elle aurait pu être autre, en conséquence d'un raisonnement différent, si l'urgence avait été reconnue. Les requérants ont tardé à saisir le juge des référés, dix semaines après la publication du décret contesté : cela n'a-t-il pas joué en leur défaveur ? Par ailleurs, on peut s'étonner qu'ils aient cru bon d'avoir recours à un avocat aux Conseils, s'engageant ainsi dans une procédure coûteuse, alors qu'ils pouvaient présenter seuls leurs demandes, au besoin avec l'aide d'un avocat inscrit au barreau, ce type de requête étant dispensé du ministère d'avocat.

Tout acte de fabrication, d'importation, de distribution et de commercialisation de tous les poppers est donc désormais interdit, sous peine de s'exposer, outre la confiscation des produits, à une contravention de la cinquième classe, l'amende encourue étant, pour un exploitant personne physique, de 1500 € ou, en cas de récidive, de 3000 €, ces montants étant quintuplés si c'est une personne morale qui est poursuivie.

Pour autant, l'affaire est-elle entendue ? Je ne le pense pas. L'absence reconnue de l'urgence en référé a permis, à ce stade, de faire l'économie de l'examen de la légalité du décret. Il n'est pas exclu que le jugement de la requête au fond conduise à l'annulation du décret attaqué. J'y reviendrai dans un prochain article.

Les lecteurs intéressés peuvent prendre contact avec moi pour obtenir le texte de l'ordonnance et des informations complémentaires.

Alain MEYET,
juriste,
membre du conseil de l'ASMF.

Bon pour publication en l'état dans « la Lettre de l'A.S.M.F. ».

Le 6 mars 2008.

Alain MEYET