SCP THOUIN-PALAT & BOUCARD
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

R

N° 312.454

CONTENTIEUX D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE AMPLIATIF

POUR : 1. Le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES GAIES (SNEG)
2. La SOCIETE MEN'S CLUB

Avant la SCP THOUIN-PALAT - BOUCARD pour Avocat au Conseil d'Etat

CONTRE : **1. Le Premier ministre**
2. Le Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi

Observations au soutien de la requête n° 312.454, dirigée 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, 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 », qui contiennent des nitrates d'alkyle et sont couramment appelés « POPPERS ».

Par un décret du 20 novembre 2007, 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

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 la sécurité des consommateurs instituée à l'article L.224-1 du code de la consommation.

Or, il ressort des pièces du dossier, d'une part, que ladite commission a rendu son avis le 14 décembre 2006, d'autre part, que sa saisine date de juin 2006 et, enfin, que les pièces au vu desquelles elle s'est prononcée sont toutes antérieures à l'année 2004.

Le délai « *déraisonnable* » séparant la consultation de la commission de la sécurité des consommateurs de l'édiction du décret attaqué et l'ancienneté des données présentées à ladite commission, rendent manifestement irrégulier le décret du 20 novembre 2007.

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).

En l'occurrence, le décret interdit 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). Son article 3 abroge le décret n°90-274 du 26 mars 1990 qui fixait la composition des poppers autorisés et qui était contresigné par le ministre de la santé

Il aurait donc dû également porter ce contreseing, faute de quoi il se trouve entaché d'un vice de forme substantiel.

II.3- <u>En troisième lieu</u>, il ressort des visas du décret du 26 novembre 2007 qu'en application de la « *directive 98/34/CE modifiée du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information* », le Gouvernement a adressé une « *notification n°2007/0208/F [le] 20 avril 2007 ... à la Commission des Communautés européennes* ».

a) Or, cette directive n'était pas applicable en l'espèce puisqu'elle codifie et abroge la directive <u>83/189/CEE</u>, en prévoyant deux procédures d'information, l'une dans le domaine des normes (spécifications techniques volontaires) et l'autre dans celui des réglementations techniques (spécifications techniques obligatoires) relatives aux produits industriels, agricoles et de la pêche.

En réalité, la notification qui devait être adressée à la commission et la procédure d'information à respecter, étaient celles prévues par la **directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, portant refonte de la directive 92/59/CEE du Conseil du 29 juin 1992**, dont les articles L.221-3 et suivants du code de la consommation sont la transposition.

Aussi, en s'abstenant de faire application de ce texte communautaire et en particulier de ses articles 11 et suivants, le premier ministre a-t-il pris sa décision au terme d'une procédure irrégulière.

b) En tout état de cause, la procédure de notification instituée par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 n'a pas été respectée en l'espèce.

On rappellera que selon l'article 8 al.1 § 4 de cette directive : « *lorsque le projet de règle technique vise en particulier la limitation de la commercialisation ou de l'utilisation d'une substance, d'une préparation ou d'un produit chimique, pour des motifs de santé publique ou de protection des consommateurs ou de l'environnement,* ***les États membres communiquent également soit un résumé, soit les références des données pertinentes relatives à la substance, à la préparation ou au produit visé et celles relatives aux produits de substitution connus et disponibles,*** *dans la mesure où ces renseignements seront disponibles, ainsi que les effets attendus de la mesure au regard de la santé publique ou de la protection du consommateur et de l'environnement, avec une analyse des risques effectuée, dans des cas appropriés, selon les principes généraux d'évaluation des risques des produits chimiques tels que visés à l'article 10, paragraphe 4, du règlement (CEE) n°793/93 du Conseil (8) dans le cas d'une substance existante ou à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 67/548/CEE du Conseil (9) dans le cas d'une nouvelle substance* ».

Force est de constater que la notification du projet de décret[1] ne satisfait pas à ces exigences car le projet n'était accompagné d'aucune donnée, même sommaire, relative aux produits de substitution connus, d'aucune étude concernant les effets attendus de la mesure au regard de la santé publique, ou les risques du poppers conformément à la méthodologie imposée par la directive.

---

[1] Cette notification est disponible à l'adresse internet suivante : http://ec.europa.eu/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYear=2007&inum=208&lang=FR&sNLang=FR

A quoi l'on ajoutera qu'il existe des différences significatives entre le projet notifié aux instances communautaires et le décret édicté par le Premier ministre.

Pourtant, l'article 8 al. 1 § 3 de la directive dispose que « *les États membres procèdent à une nouvelle communication [...] s'ils apportent au projet de règle technique, d'une manière significative, des changements qui auront pour effet de modifier le champ d'application, d'en raccourcir le calendrier d'application initialement prévu, d'ajouter des spécifications ou des exigences ou de rendre celles-ci plus strictes* ».

Or, le projet initialement notifié à la Commission prévoyait l'interdiction précise des « *poppers contenant des nitrites d'alkyle aliphatiques, cycliques ou hétérocycliques et leurs isomères* », cependant que le décret attaqué prévoit l'interdiction 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-à-dire que, contrairement au projet de décret, le texte final ne limite plus l'interdiction aux seuls « *aphrodisiaques récréatifs* », mais vise la totalité des produits industriels contenant ces composés chimiques : colorants, lessives, produits pharmaceutiques, etc.

Pour cette raison également, l'annulation du décret s'impose.

II.4 - <u>En quatrième lieu,</u> l'article 18 de la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 énonce que :

« Toute décision adoptée en vertu de la présente directive et restreignant la mise sur le marché d'un produit, ou imposant son retrait ou son rappel, doit être motivée d'une manière adéquate. Elle est notifiée dès que possible à la partie concernée et indique les voies de recours prévues par les dispositions en vigueur dans l'État membre en cause et les délais dans lesquels les recours doivent être présentés.

Dans la mesure du possible, les parties concernées ont la possibilité de soumettre leur point de vue avant l'adoption de la mesure. Si une consultation n'a pas eu lieu préalablement, en raison de l'urgence des mesures à prendre, elle doit être effectuée en temps opportun après la mise en application de la mesure.

Les mesures imposant le retrait d'un produit ou son rappel prennent en considération le souci d'inciter les distributeurs, les utilisateurs et les consommateurs à contribuer à la mise en œuvre de ces mesures.

2. Les États membres veillent à ce que toute mesure prise par les autorités compétentes et qui restreint la mise sur le marché d'un produit ou en impose le retrait ou le rappel puisse faire l'objet d'un recours devant les juridictions compétentes...».

Si, compte tenu de son caractère réglementaire, le décret du 26 novembre 2007 n'avait pas à être motivé en application des dispositions de la loi du 11 janvier 1979, il devait cependant, d'une manière ou d'une autre, comporter une « *motivation adéquate* »[2] en application de la directive précitée.

[2] Tel est par exemple le cas d'une déclaration d'utilité publique : la loi du 11 janvier 1979 n'impose pas sa motivation mais les stipulations de l'article 9 de la directive n°85/337/CE du 27 juin 1985 imposent à son

Ainsi par exemple jugé par le Conseil d'Etat, à propos d'un arrêté portant suspension de la mise sur le marché et ordonnant le retrait de certains jouets et articles de puériculture destinés à être mis en bouche par les enfants de moins de trente-six mois :

> « *Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 8 de la directive n°92/59/CEE du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits :* "Lorsqu'un Etat membre prend ou décide de prendre des mesures urgentes pour empêcher, limiter ou soumettre à des conditions particulières la commercialisation ou l'utilisation éventuelle, sur son territoire, d'un produit ou d'un lot de produits en raison d'un risque grave et immédiat que ce produit ou ce lot de produits présentent pour la santé et la sécurité des consommateurs, il en informe d'urgence la Commission européenne (...)" ; *et qu'aux termes de l'article 14 :* "1. Toute décision adoptée en vertu de la présente directive et restreignant la mise sur le marché d'un produit déterminé ou imposant son retrait du marché doit être motivée d'une manière adéquate (...)" ;
>
> *Considérant qu'au nombre des décisions ainsi visées figurent les mesures réglementaires par lesquelles les ministres compétents en vertu de l'article L.221-5 du code de la consommation interdisent ou restreignent la mise sur le marché d'un produit ; **que l'obligation de motivation, qui résulte des objectifs de l'article 14 de la directive précitée, s'impose indépendamment de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs** ; que l'arrêté attaqué comporte l'énoncé des considérations de droit et de fait qui lui servent de fondement ; que, par suite, le moyen tiré de*

---

auteur de « *porter à la connaissance du public une information supplémentaire explicitant les motifs et les considérations qui l'ont fondée* », de sorte que l'arrêté déclaratif « *d'utilité publique [doit être] accompagné d'un document qui expose les motifs et les considérations justifiant le caractère d'utilité publique de l'opération* » (13 novembre 2006, *Commune de* SERNHAC, requête n°282487).

son défaut de motivation ne saurait être accueilli » (CE, 28 juillet 2000, *Association « Force ouvrière consommateurs » et autres*, requêtes n°s 212115 et 212135).

Cette jurisprudence est directement transposable en l'espèce où l'absence de motivation du décret attaqué conduira le Conseil d'Etat à en prononcer l'annulation.

III. – Sur l'illégalité interne

III.1 - En premier lieu, le décret méconnaît le principe de sécurité juridique car il ne comporte pas de mesures transitoires.

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 ».

Dans son rapport d'activité pour l'année 2006, le Conseil d'Etat a donné les précisions suivantes :

« *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).

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 dix-huit ans, ils ont développé un savoir-faire et investi dans la recherche afin 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 interdis de manière générale, absolue et définitive « *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.

Le décret du 20 novembre 2007 ne pouvait s'abstenir de prévoir des mesures transitoires, **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]).

---

[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*

L'on observera que l'interdiction d'un produit prétendument dangereux n'est pas incompatible avec l'édiction de mesures transitoires.

Par exemple, le décret 2007-665 du 2 mai 2007, qui interdit notamment la fabrication, la vente ou la distribution à titre gratuit de certains appareils à laser non destinés à un usage professionnel, prévoit, en son article 8, qu'il entrera en vigueur dans le délai d'un mois à compter de sa publication, tout en précisant que :

> *« les appareils ayant fait l'objet d'une première mise à disposition à titre gratuit ou onéreux avant cette date et qui ne satisfont pas aux dispositions de ce décret peuvent continuer à être mis à disposition pendant un délai d'un an courant à compter de la date de son entrée en vigueur».*

De même, en application du décret 2006-18 du 4 janvier 2006 relatif à l'insécurité des barbecues utilisant des combustibles solides, ceux-ci ont pu être commercialisés pendant une période de six mois courant à compter de la date d'entrée en vigueur de ce décret, laquelle date a été fixée au premier jour du quatrième mois suivant sa publication au Journal Officiel (article 5 de ce décret).

Au cas précis, il n'y avait aucune urgence à interdire des produits qui ont toujours été commercialisés, et dont l'autorisation de vente a été implicitement mais nécessairement réitérée en 1990, lorsque l'autorité réglementaire a interdit les seuls poppers contenant des nitrites de butyle.

---

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 ».

L'interdiction généralisée des produits contenant du nitrite d'alkyle paraissait d'autant moins urgente que l'administration s'est fondée sur un avis de la commission de la sécurité des consommateurs daté du 14 décembre 2006 ; l'administration aura donc attendu plus d'un an avant de prendre la mesure contestée, ce dont il résulte qu'il n'y avait aucune urgence excluant que des mesures transitoires soient prévues.

b) En tout état de cause, l'obligation de prévoir des mesures transitoires découle également 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 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 d'ailleurs explique que les produits en cause n'aient jamais été réglementés, le Premier ministre ne pouvait légalement en "geler" la fabrication, la commercialisation et la distribution.

III.2 – En deuxième lieu, une mesure de police portant une « interdiction générale et absolue » est « *ordinairement présentée comme illégale* » (R. CHAPUS, droit administratif général, T.1, 10ème édition, n°800). Elle peut cependant, à titre exceptionnel, être justifiée si l'ordre public, en l'occurrence la santé publique, ne peut être assuré que par cette interdiction générale (par ex. : CE, 7 juillet 1993, *CAZORLA* et 21 janvier 1994, *Commune de DAMMARIE-LES-LYS*, D. 1994, SC p. 112).

Au cas présent, il ne fait guère de doute que la mesure en cause est disproportionnée au regard du but recherché qui aurait notamment pu être atteint par des opérations de prévention, des obligations d'information, d'étiquetage, des limitations des possibilités de commercialisation, des contrôles *a priori*, voire *a posteriori*, des produits en cause ; toutes ces mesures étant du reste préconisées par la directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits avant toute interdiction.

L'analyse de la CSC sur la mesure d'interdiction mérite d'être rappelée :

> *« les poppers sont des dérivés nitrés « hallucinogènes » aux yeux de certains, « psycho-stimulants » pour d'autres, « stupéfiants » aux yeux de l'OFDT mais pas aux termes de la loi, produits liés aux pratiques homosexuelles ou produits récréatifs, notamment de « ravers ». Ils ont une toxicité faible aux doses inhalées habituelles, mais peuvent entraîner des troubles physiologiques à doses fortes et/ou répétées. Rappelons ici à la suite de Paracelse que « c'est la dose qui fait le poison ».*
>
> *« **Les effets toxiques observés sont relativement rares mais mal mesurés**. Ils peuvent parfois être graves (en association avec des produits du types Viagra®). L'impact en terme de santé publique est sans commune mesure avec les effets de l'alcoolisme ou du tabagisme, mais les pouvoirs publics ont une légitimité à chercher à en prévenir les risques.*
>
> *« **Etendre cette interdiction à l'ensemble de cette classe de produits chimiques** et non plus la limiter à deux substances **est-elle une mesure propre à limiter les accidents tels qu'ils ont été rapportés par le CEIP de Marseille** ?*

« - Peut-être pour une catégorie d'usagers simplement curieux d'expériences nouvelles, jeunes le plus souvent, qui ne chercheront pas activement à se procurer les produits interdits par des voies détournées.

« - Probablement pas pour les autres profils de consommateurs.

« Comme pour toutes les tentations addictives, les consommations et plus généralement les conduites à risques, la question se pose de l'efficacité des politiques répressives, ou en tout cas uniquement répressives.

« En effet, il semble malaisé de protéger efficacement les citoyens contre eux-mêmes par la répression ou la contention comme on peut le faire pour des enfants en bas âge. Une telle option peut aboutir à des effets contraires par une recherche active d'un espace de liberté et par le plaisir de transgresser des interdits. Une politique de santé publique adulte et démocratique sera plutôt basée sur la diffusion des savoirs objectifs sur les facteurs de risques et fera appel aux pulsions de vie des intéressés et au sens de la responsabilité qui en découle. Se maintenir en bonne santé, gérer son « capital santé » est une démarche personnelle de chaque jour dont les habitudes commencent tôt dans la vie.

« Aussi, des actions d'information destinées aux jeunes sur les dangers des poppers, et de bien d'autres produits, pourraient-elles être intensifiées. Ces actions à long terme constituent des investissements beaucoup plus lourds qu'une simple interdiction dont on sait que, comme en d'autres domaines (tabac, alcool, cannabis, etc ...) elle sera de peu d'efficacité.

« Enfin, un produit interdit devient plus rare, plus cher, et donne lieu à un trafic organisé qui se développe en marge de tous contrôles et études : contrôle de qualité des produits, études épidémiologiques des usages, des conséquences et des comportements. Le phénomène devient souterrain et la collectivité perd d'autant prise sur ses implications ».

Au vu de ces considérations, l'on comprend mal pourquoi la commission a émis un avis favorable au projet, même si elle a assortit son avis de « *réserves* » qui, en définitive, en limitent grandement la portée.

On observera d'ailleurs que les prévisions de la Commission de la sécurité des consommateurs se sont révélées exactes : depuis que l'interdiction du Poppers en France est entrée en vigueur, ce produit se vend massivement sur Internet, ainsi qu'il résulte des impressions de pages de sites web produites par les exposants (Prod. 5).

Ceci étant, le ministre ne manquera sans doute pas d'invoquer les rarissimes accidents recensés à la suite d'une mauvaise utilisation du poppers (accidents qui sont bien inférieurs aux accidents domestiques liés à une mauvaise utilisation de tel produit de nettoyage par exemple) pour tenter d'en justifier l'interdiction générale et absolue[4]. Mais il suffira au Conseil d'Etat d'examiner ces accidents censés établir la dangerosité d'un produit commercialisé depuis plus de 18 ans, de prendre en compte l'analyse de la commission de la sécurité des consommateurs et les préconisations de la directive du 3 décembre 2001, pour constater qu'une interdiction absolue n'est pas, de toute évidence, la seule mesure susceptible de prévenir les potentiels dangers liés à l'usage de poppers.

---

[4] Il faut insister sur la circonstance, au risque de se répéter, que le poppers, dans sa composition actuelle, existe depuis l'entrée en vigueur du décret n°90-274 du **26 mars 1990** qui a interdit les nitrites de butyle, mais autorisé les nitrites d'alkyle. **Il y a donc 18 ans que ce produit est régulièrement utilisé par des consommateurs avertis** (0,6% de la population) **et fabriqué de manière industrielle**. Quant aux accidents évoqués par le ministre et répertoriés dans le tableau figurant en page 13 de l'avis de la commission de la sécurité, ils sont rares et concernent, avant tout, des inflammations de la muqueuse du

III.3 – En tout état de cause, à supposer que le décret n'ait pas à être motivé et que la mesure litigieuse soit justifiée par les intoxications recensées dans le rapport de la commission de la sécurité des consommateurs, alors la décision attaquée serait entachée d'une **violation de l'article L 221-1 du Code de la consommation.**

En effet, cet article énonce que :

« 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 ».

Par ailleurs, l'article L 221-4 du même Code dispose que :

« les services ne satisfaisant pas à l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L 221-1 sont interdits ou réglementés dans les conditions posées par l'article L 221-3 ».

C'est en application de ce dernier texte, l'article L 221-3 du Code de la consommation, qu'a été pris le décret attaqué.

Par conséquent, l'autorité réglementaire ne pouvait interdire les poppers que pour autant qu'ils ne satisfaisaient pas à l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L 221-1 du Code de la consommation.

---

nez ne présentant aucun danger. Les douze cas « *sévères* » portent sur des patients ayant avalé la totalité d'un flacon, ou reçu du poppers dans l'œil, ou encore inhalé à fort doses du poppers contenant des nitrites de pentyle ou de butyle et donc interdit à la consommation.

Autrement dit encore, les poppers ne pouvaient être interdits que si l'atteinte à la sécurité et à la santé des personnes qu'on leur prête résultait de conditions normales d'utilisation ou en tout cas de conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel.

Or, nombre d'accidents recensés par la commission de la sécurité des consommateurs sont survenus à la suite d'une consommation de poppers dans des conditions anormales : ainsi en va-t-il des 252 cas d'intoxications volontaires, du cas dans lequel le poppers a été avalé et enfin les hypothèses dans lesquelles le produit est consommé en association avec du viagra®.

Enfin, il faut préciser que le caractère prétendument toxique du poppers ne résulte d'aucune étude scientifique mais uniquement de statistiques dont la commission de la sécurité des consommateurs a elle-même relevé le caractère incomplet (cf. le rapport p. 11, note de bas de page n° 5) ou, de déclarations d'inconnus faites sur un blog ne présentant aucune garantie.

En définitive, le caractère toxique du poppers ne repose pas sur autre chose que l'idée approximative que s'en fait l'administration.

L'interdiction générale et absolue des poppers n'apparaît donc pas justifiée.

III.4 - En dernier lieu, le décret est illégal en ce qu'il interdit l'**exportation** de produits contenant des nitrites d'alkyle.

En application du principe de territorialité des lois, les autorités françaises ne peuvent édicter des dispositions qui auraient vocation à s'appliquer hors du territoire national. Par exemple, un préfet n'est pas compétent pour interdire l'incinération de déchets en haute mer, au-delà de la limite des eaux territoriales (CE 5 juin 1981, Rec. p.244).

Au cas précis, le décret produit bien des effets extraterritoriaux, dans la mesure où il interdit la vente, par des entreprises françaises, de produits contenant du nitrite d'alkyle à l'étranger. Et corrélativement, il a pour effet d'interdire aux ressortissants d'Etats étrangers d'importer des poppers de fabrication française.

En outre, et en tout état de cause, l'exportation de ces produits n'est nullement justifiée par le risque d'atteinte à la santé publique alléguée par l'administration, puisque, et dès lors qu'ils n'ont pas vocation à être consommés sur le territoire français, leur exportation, même des entreprises françaises, n'est susceptible de créer le moindre risque pour la sécurité ou la santé des personnes.

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

PAR CES MOTIFS et tous autres, les exposants persistent dans leurs précédentes conclusions et y ajoutant :

CONDAMNER l'Etat à payer à chacun des exposants la somme de 5.000 € en application des dispositions de l'article L 761-1 du Code de justice administrative.

PRODUCTION :

4 - Notification du projet du décret à la Commission européenne
5 - Impressions de pages de sites commercialisant du poppers.

SCP THOUIN-PALAT & BOUCARD
Avocat au Conseil d'Etat