Le Conseil d'État annule le décret
interdisant la production et la commercialisation des *poppers*

Le Gouvernement, sous la signature du Premier ministre, a, le 20 novembre 2007, en matière de droit de la consommation – ce qui explique que le rapport préparatoire ait émané du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi –, pris un décret en Conseil d'État, publié au *Journal officiel* le 22 novembre et entré en vigueur dès le jour suivant, qui interdit la fabrication et l'importation, ainsi que la mise en vente ou la distribution, des produits contenant des nitrites d'alkyle et ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché. Excluant donc les spécialités pharmaceutiques, ce texte, qui remplace un précédent décret, du 26 mars 1990, moins restrictif, a eu pour objet l'interdiction totale de tous les produits contenant des nitrites, sous leurs différentes formes, destinés au consommateur, c'est-à-dire les *poppers*, utilisés par inhalation dans la recherche de leurs effets euphorisants ou aphrodisiaques – toute infraction exposant son auteur à la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (v. Code pénal, articles 131-13 et 131-41).

Il importe de préciser que le décret en cause, édicté dans un souci de protection de la santé des personnes, a été pris sur le fondement de l'article L. 221-3 du Code de la consommation, qui permet au Premier ministre d'interdire ou de réglementer, si besoin est, la production et la diffusion, sous ses différentes formes et aspects, de certains produits dangereux ou nocifs. La Commission de la sécurité des consommateurs, qui fut consultée dans la procédure d'élaboration du décret, a émis un avis favorable au projet, en l'assortissant toutefois de réserves.

La communauté gay s'étant émue de l'adoption d'une mesure aussi draconienne, avec le risque que des consommateurs ne se tournent vers certains produits plus dangereux, et les entreprises concernées voyant leur activité commerciale menacée, le Syndicat national des entreprises gaies (SNEG), représenté par son président, M. Gérard Siad, défendant les intérêts de ses adhérents, un distributeur, la société Men's Club, représentée par son gérant, M. Jean-François Chassagne, un producteur, la société France Conditionnement Création, et une association d'utilisateurs ont saisi le Conseil d'État – juridiction directement compétente, s'agissant d'un décret –, conjointement ou individuellement, de recours de deux ordres : trois recours pour excès de pouvoir, tendant à l'annulation du décret litigieux, bientôt assortis de deux requêtes en référé, demandant la suspension de son exécution (*cf. Gayside* n° 5, janvier 2009, pages 9 et 24, et le site www.sneg.org).

Par une ordonnance rendue le 29 février 2008 (n° 312707, *Syndicat national des entreprises gaies et autres*), le juge des référés du Conseil d'État a rejeté les requêtes en suspension d'exécution du décret, pour défaut d'urgence. Cette notion d'urgence, en matière de référé, est appréciée « objectivement et globalement », compte tenu de l'ensemble des intérêts en présence. En l'espèce, il a été jugé que l'atteinte portée à la situation des requérants, résultant de la cessation de l'activité de fabrication et/ou de distribution de

certaines entreprises, devait néanmoins céder le pas devant l'intérêt public, qui commande d'« interdire, dans l'intérêt de la sécurité des consommateurs, [ces] produits toxiques ».

Il restait donc à attendre le jugement de la requête au fond. À l'issue d'une instruction contradictoire de plus d'un an, l'affaire a été examinée lors de la séance du 25 mars 2009, présidée par M. Serge Daël, président adjoint de la Section du contentieux. La décision du Conseil d'État, rendue aux conclusions conformes de Mme Julie Burguburu, rapporteur public, est intervenue le 15 mai 2009 (n° 312449, *Société France Conditionnement Création et autres*) : le décret du 20 novembre 2007 est annulé.

Pour se convaincre de l'illégalité du décret, le Conseil d'État a procédé à un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps, il s'est interrogé sur le point de savoir si la situation justifiait que le Premier ministre fît usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 221-3 du Code de la consommation. Exerçant sur cette question un contrôle restreint, il a considéré, au vu des éléments du dossier faisant état des risques, parfois vecteurs d'accidents, que peut entraîner l'utilisation des produits contenant des nitrites, qu'il n'avait pas fait une appréciation manifestement inexacte de la gravité du danger que peuvent présenter ces produits.

Mais, dans un deuxième temps, par un considérant longuement motivé, il a observé que le dossier montre que les substances en cause ont une toxicité faible aux doses inhalées habituelles et que les quelques accidents relevés résultent en général d'usages anormaux ou associés à certains médicaments ou d'autres produits ; en outre, les statistiques sont incomplètes ou hétérogènes et aucune étude scientifique probante n'est produite. Dès lors, décidant d'exercer un contrôle approfondi, qui conduit à vérifier si la mesure d'interdiction totale était nécessaire, le Conseil d'État estime que « le Premier ministre a adopté une mesure excessive et disproportionnée au regard des risques que représente la commercialisation de ce produit pour la santé et la sécurité des consommateurs », l'article L. 221-3 précité prévoyant la possibilité de n'adopter que des restrictions partielles ou temporaires ou de réglementer le conditionnement ou le mode d'utilisation des produits.

Cet arrêt du Conseil d'État peut surprendre : si la légalité des mesures de police administrative est effectivement subordonnée à leur nécessité, la jurisprudence, quand sont en cause la santé ou la sécurité publiques, admet volontiers que l'ordre public ne puisse pas être sauvegardé par une mesure moins contraignante.

Toutefois, en l'espèce, la Haute juridiction a pu trouver une base textuelle (inattendue, car elle n'avait pas été invoquée au cours de l'instruction) à l'article L. 221-9 du Code de la consommation, lequel dispose précisément que « les mesures décidées en vertu des articles [précédents] doivent être proportionnées au danger présenté par les produits et les services ». Dès lors, en l'état des éléments versés au dossier, le décret attaqué devait être annulé.

Il me semble que doit se poser la question de savoir si, implicitement, le Conseil d'État n'aurait pas entendu condamner certains excès liés à l'intervention, en matière de santé publique, du principe de précaution. L'application de ce principe conduit en effet à prendre

des mesures de prévention ou d'interdiction pour éviter les risques liés à l'utilisation d'un produit, en raison non pas du danger ou de la nocivité que présenterait ce produit, mais du simple doute que l'on a sur son innocuité. C'est pourquoi je m'attendais à ce que le Conseil d'État renonce à prononcer l'annulation du décret.

Le juriste que je suis tient à rendre un hommage appuyé au SNEG pour la détermination dont il a fait preuve dans cette affaire, alors que l'issue du litige était incertaine. Le Conseil d'État l'a bien compris, qui a alloué, au titre des frais de procédure, une somme de 1500 € chacun au SNEG et à Men's Club.

Le décret du 20 novembre 2007 est donc irrévocablement annulé, devant être considéré comme n'ayant jamais existé. Deux conséquences essentielles en découlent. D'une part, le décret en Conseil d'État du 26 mars 1990 est automatiquement remis en vigueur, ce qui signifie que l'on retrouve le *statu quo ante* : l'interdiction des *poppers* reste limitée à deux substances (les nitrites de butyle et de pentyle) et vise seulement la vente et la distribution à titre gratuit des produits. D'autre part, toute illégalité étant fautive, les entreprises qui ont subi un préjudice financier en conséquence du respect du décret aujourd'hui annulé seront en droit d'en obtenir la réparation intégrale devant le tribunal administratif.

Que peut faire désormais le Gouvernement ? Il convient tout d'abord de faire litière de cette idée propagée par certains media, selon laquelle le décret litigieux serait intervenu à la suite d'une directive communautaire ; c'est une erreur, qui procède d'une lecture hâtive des visas du décret. Il est envisageable qu'un nouveau décret ou un arrêté ministériel soit adopté, en vue de réglementer le conditionnement des produits, en exigeant par exemple l'apposition de mentions relatives à leur mode d'utilisation et avertissant des dangers potentiels, ou afin d'interdire la vente des *poppers* aux mineurs. Il est fort possible aussi que les pouvoirs publics, après un tel désaveu, ne voient finalement aucune nécessité à remplacer le décret annulé par un nouveau texte.

Alain MEYET,
juriste,
administrateur de l'ASMF.