

**N° 459834 – Commune de Hyères-les-Palmiers**

**N° 459865 – Société Compagnie européenne de réalisations antiparasitaires (CERA)**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 8 mars 2023**

**Décision du 5 avril 2023**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public**

La commune d'Hyères-les-Palmiers a conclu le 15 février 2016 avec la société Compagnie européenne de réalisations antiparasitaires (CERA) un marché de fourniture d'un produit biocide anti-moustiques dénommé « Aquabac XT ».

La société Sumitomo Chemical Agro Europe, fournisseur de la société Bergon, candidate évincée à l'attribution du marché, a contesté devant le tribunal administratif de Toulon la validité du contrat, au moyen principal que l'offre retenue était irrégulière, le produit fourni ne disposant pas d'une autorisation de mise sur le marché.

Le tribunal a écarté ce moyen en estimant qu'étaient remplies les conditions permettant une utilisation temporaire du produit pendant une période transitoire préalable à son autorisation. La CAA de Marseille, par l'arrêt attaqué, a considéré que ce n'était pas le cas, que l'offre était irrégulière et le contrat illicite et en a donc prononcé l'annulation. D'où les deux pourvois qui viennent d'être appelés et qui émanent des parties au contrat, la commune d'une part, et la Société CERA d'autre part.

L'intérêt pour agir de la société Sumitomo devant les juges du fond n'est pas contestée devant vous mais vous pourriez, d'office, vous interroger à cet égard. Il ne fait toutefois pas de doute que c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé qu'elle justifiait être lésée de manière suffisamment directe et certaine par le contrat dès lors que l'offre du candidat évincé reposait sur le produit qu'elle lui avait fourni (voyez à cet égard votre décision du 14 octobre 2015, *Région Réunion*, n° 391183, au Recueil p.347).

Notons également d'emblée que, comme l'a relevé la cour, il n'y avait plus lieu de se prononcer sur les conclusions tendant à la résiliation du marché, son exécution ayant pris fin à la fin de l'année 2019 mais que cette circonstance ne fait pas obstacle à l'éventuelle

annulation du contrat (CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, n° 413584, au Recueil p. 63).

Les nombreux moyens qui sont soulevés s'articulent autour de deux grandes questions. La première est celle de la validité du contrat, qui nécessite de se plonger dans la complexe réglementation européenne encadrant l'utilisation des produits biocides. La seconde question est de déterminer les conséquences à tirer de l'éventuelle invalidité du contrat, et c'est cette question qui fera, pensons-nous, tout l'intérêt de votre décision.

Mais il nous faut donc, en bonne logique, commencer par la première question. Les deux pourvois critiquent les motifs par lesquels la cour a considéré que le produit fourni n'était pas légalement utilisable et qu'en conséquence l'offre retenue par la commune d'Hyères méconnaissait le règlement de la consultation, qui exigeait la production d'une autorisation de mise sur le marché. La cour a implicitement considéré, à raison nous semble-t-il et ce n'est d'ailleurs contesté par aucune des parties, que le règlement de la consultation doit être lu comme exigeant que le produit puisse être légalement utilisé, que ce soit parce qu'il dispose d'une autorisation de mise sur le marché ou parce qu'il peut bénéficier d'une disposition qui l'en dispense.

Il est constant que le produit fourni n'avait pas fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) lorsque l'offre de la CERA a été instruite et que la commune a attribué le marché, au printemps 2016. Ce n'est que le 30 juin 2016 que ce produit a finalement obtenu une AMM, mais celle-ci a été annulée par un jugement du 28 juin 2018 du TA de Paris, confirmé en appel par un arrêt, devenu définitif, du 21 février 2019. Une nouvelle AMM a finalement été obtenue le 19 août 2019, quelques mois seulement avant la fin de l'exécution du marché.

Le débat entre les parties, depuis la première instance jusque devant vous, porte donc sur la question de savoir si le produit, faute d'AMM, peut bénéficier des différentes dispositions transitoires du règlement (UE) n° 528/2012 du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, dispositions qui prévoient, sous certaines conditions, la possibilité d'utiliser à titre dérogatoire ces produits biocides le temps que la Commission achève l'examen de toutes les substances actives déjà sur le marché – examen commencé en 1998 sous l'empire de la directive 98/8/CE qui avait précédé le règlement - et le temps, aussi, que les nouvelles substances actives et les nouveaux produits biocides soient autorisés. Bien évidemment, la difficulté est qu'un acheteur peut facilement constater la production d'une AMM mais qu'il est autrement plus compliqué de déterminer si un produit remplit les conditions posées par le règlement européen pour être utilisé à titre transitoire.

Nous ne nous livrerons heureusement pas à une présentation détaillée de ce règlement, qui prévoit une procédure en deux temps, les substances actives des produits biocides devant être

approuvées par l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA) avant que les produits biocides eux-mêmes puissent se voir octroyer une AMM. Mais il nous faut vous dire quelques mots, donc, des dispositions transitoires permettant à un produit biocide d'être dispensé d'AMM.

Le règlement distingue deux cas de figure.

Le premier est celui d'un produit biocide contenant une substance active qui était déjà sur le marché à la date du 14 mai 2000 - date d'entrée en vigueur de la directive - et qui était inscrite au programme d'évaluation mis en place avec la directive. En ce cas, par dérogation aux articles imposant une AMM, l'article 89 du règlement permet aux Etats membres de continuer à appliquer à ce produit leurs procédures nationales d'accès au marché pendant trois ans à compter de l'approbation de la substance active, ou pendant un an si l'approbation est refusée. Nous n'en disons pas davantage sur ce premier cas de figure : ce n'est pas sur ce terrain que se situe l'arrêt de la cour, qui ne fait l'objet devant vous d'aucun moyen de cassation qui tirerait argument de ce premier dispositif transitoire.

Le deuxième dispositif transitoire vous intéressera davantage. Il concerne, tout d'abord, les produits biocides pour lesquels une demande d'autorisation a été déposée et dont l'évaluation n'est pas terminée au 1<sup>er</sup> septembre 2013. En ce cas, l'article 91 du règlement prévoit que la demande ne bascule pas dans le système mis en place par le règlement mais que l'évaluation continue sous l'empire de l'ancien système, celui de la directive. Quant à l'article 92 du règlement, il régit, lui, le cas des produits biocides pour lesquels une autorisation ou un enregistrement a été accordé, dans le cadre prévu par la directive, avant cette même date du 1<sup>er</sup> septembre 2013. Ces produits « *peuvent continuer à être mis à disposition sur le marché et utilisés, sous réserve, le cas échéant, de toutes conditions d'autorisation ou d'enregistrement prévues au titre de ladite directive, jusqu'à la date d'expiration de l'autorisation ou de l'enregistrement ou jusqu'à son annulation* ».

Enfin il faut, pour compléter le panorama, évoquer l'article 95 du règlement, relatif aux « mesures transitoires concernant l'accès aux dossiers des substances actives ». Cet article prévoit la création par l'ECHA d'une liste de toutes les substances actives pour lesquelles un dossier a été accepté ou validé par un État membre, cette liste comportant également, pour chaque substance active, les noms des fournisseurs de cette substance et des fournisseurs des produits biocides contenant cette substance. L'article prévoit également, de façon transversale, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2015, une condition nécessaire – mais non suffisante – à la mise sur le marché d'un produit biocide : le fournisseur du produit ou de la substance active que ce produit contient doit figurer sur la liste que nous venons d'évoquer.

Ce cadre normatif étant posé, qu'a jugé la cour, que lui est-il reproché et que pouvez-vous dire de ces reproches ?

La cour a tout d'abord considéré, au point 13 de son arrêt, que le produit biocide fourni par la CERA ne remplissait pas les conditions posées par les mesures transitoires des articles 91 et 92 du règlement, aux motifs d'une part que la demande d'autorisation du produit datait du 6 septembre 2013 (alors que ces articles concernent les produits ayant fait l'objet d'une demande ou d'une autorisation avant le 1<sup>er</sup> septembre 2013), d'autre part que la substance active du produit ne figurait pas sur la liste des substances actives approuvées par la Commission européenne.

La commune et la société CERA soutiennent tout d'abord que la demande d'autorisation aurait en réalité été déposée non pas le 6 septembre mais le 30 août 2013, avant l'échéance fatidique du 1<sup>er</sup> septembre donc. Mais nous ne saurions reprocher à la cour, sur ce point, d'avoir dénaturé les pièces du dossier ou de s'être fondée sur des faits matériellement inexacts : certes, la société CERA peut donner le sentiment de s'être ravisée dans la note en délibéré qu'elle a produite devant la cour mais, jusqu'alors, c'est elle-même qui avait indiqué à plusieurs reprises dans ses écritures avoir déposé sa demande le 6 septembre 2013. Le tribunal avait d'ailleurs, avant la cour, retenu lui aussi cette date. Par ailleurs, un débat entre les parties a certes eu lieu sur le point de savoir si une substance active équivalente à celle du produit fourni aurait été inscrite sur la liste des substances actives approuvées, mais, au vu du caractère pour le moins flou, notamment sur les dates d'inscription, de ce débat, qui ne portait au surplus que sur la possibilité de raisonner par équivalence, il nous semble impossible de considérer que la cour aurait dénaturé les faits en écrivant que la substance active du produit ne figurait pas sur la liste. Et, dès lors que les moyens de dénaturation sont infondés, c'est à bon droit que la cour a pu juger que le produit de CERA ne pouvait pas bénéficier du régime transitoire des articles 91 et 92 du règlement.

Au point 14 de son arrêt, la cour a ensuite jugé que le fait que la société CERA ait figuré, au titre de la substance active de son produit, sur la liste dressée par l'ECHA en application de l'article 95 du règlement ne pouvait pas valoir autorisation de mise sur le marché dès lors que cet article n'a ni pour objet ni pour effet de conférer une telle autorisation aux personnes figurant sur la liste. Les requérantes contestent, par des moyens d'erreur de droit, la portée ainsi donnée par la cour à l'article 95 du règlement : elles considèrent que l'inscription sur la liste prévue par cet article permet la mise sur le marché à titre transitoire. Mais nous ne partageons pas cette lecture. L'article 95 a certes posé, avec l'exigence d'inscription sur la liste, une nouvelle condition à la mise sur le marché mais il n'a pas introduit un cas supplémentaire de dérogation, qui conduirait d'ailleurs à autoriser tout produit biocide dont le fournisseur figure sur la liste visée, alors que cette liste regroupe tous les fournisseurs dont les produits font l'objet d'une demande de mise sur le marché ou, pour les plus anciens, de réexamen.

Enfin, les moyens d'insuffisance de motivation ne nous paraissent pas non plus fondés.

En premier lieu, et contrairement à ce qui est soutenu, la cour a répondu au point 19 de son arrêt au moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la société Bergon, candidate évincée.

En second lieu, la cour a pu ne pas répondre au moyen tiré de l'article 52 du règlement européen, article qui octroie un « délai de grâce » au produit dont l'AMM a été remise en cause par la Commission ou par l'autorité compétente en lui permettant de poursuivre sa commercialisation pendant 180 jours. Le moyen était inopérant à plusieurs titres, puisque le produit ne disposait pas d'une AMM à la signature du contrat, ne l'a obtenue que quelques mois plus tard et que cette AMM a été annulée non par une des autorités administratives listées par l'article, mais par une décision du juge administratif.

Vous pourrez donc, si vous nous suivez, écarter tous les moyens relatifs à la validité du contrat et en venir à la deuxième question que pose l'affaire, les conséquences qu'il convient de tirer du vice dont est entaché ce contrat.

La Cour a prononcé l'annulation du marché au motif qu'en « *retenant l'offre de la société CERA alors que celle-ci ne disposait, à la date de l'attribution du marché, d'aucune autorisation de mise sur le marché pour le produit « Aquabac XT », la commune de Hyères-les-Palmiers a méconnu de manière flagrante la réglementation applicable aux produits biocides destinée notamment à protéger la santé publique et la biodiversité. Dans les circonstances de l'espèce, eu égard aux objectifs poursuivis par la réglementation applicable, le contenu du contrat résultant de l'offre de la société CERA et de l'acceptation par la commune de Hyères-les-Palmiers doit être regardé comme illicite* ».

Les requérantes soutiennent que l'irrégularité d'une offre et l'utilisation par le titulaire du marché d'un produit non autorisé ne sont pas des causes d'illicéité du contrat de sorte que la cour aurait commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits. Votre contrôle de cassation sur les conséquences qu'il convient de tirer, pour le contrat, des vices dont il est entaché va en effet jusque-là (CE, 10 février 2016, *Société SMC2 et autres*, n° 382148 et 382154, aux Tables pp. 825-835-911).

Il n'est pas besoin de vous rappeler que l'illicéité du contenu du contrat est un des rares vices qui, dans le cadre d'un recours « *Tarn-et-Garonne* » (CE, Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, p. 70), peut conduire à ce que le juge prononce l'annulation du contrat. Mais vous avez, par votre décision *Cerba* du 9 novembre 2018 (*Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, n° 420654 et 420663, au Recueil p. 407) donné une définition restrictive de cette notion de contenu illicite du contrat : « *Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être*

*regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* ». La limitation des cas d'illicéité du contenu du contrat aux cas les plus graves est à la mesure des effets de ce vice, qui est d'ordre public, et entraîne non seulement l'annulation du contrat mais fait également obstacle à ce que le juge ordonne la reprise des relations contractuelles (CE, 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Sté Espace Habitat construction*, n° 349099, aux Tables pp. 695-696-700), impose en principe à la personne publique cocontractante de faire droit à une demande de résiliation du contrat (CE Section, 3 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, au Recueil p. 209) et doit conduire la juridiction arbitrale internationale à écarter le contrat (CE Assemblée, 9 novembre 2016, *Sté Fosmax LNG*, n° 388806, au Recueil p. 466).

Vous avez donc précisé que l'illicéité du contenu du contrat ne recouvre pas toute contrariété d'un élément de l'offre retenue avec une norme supérieure non plus que toute méconnaissance d'une règle de droit à laquelle pourrait conduire l'exécution du contrat. Seules sont visées les violations de la loi qui s'étendent à l'ensemble du contrat ou à ses caractéristiques essentielles, de sorte que l'exécution du contrat constitue par elle-même une violation de la loi. En revanche, dès lors que l'obligation instituée par le contrat n'est pas, par elle-même, interdite par une norme supérieure, un vice de l'offre retenue ne sera pas constitutif d'une illicéité du contrat. C'est ainsi, par exemple, que vous avez jugé, dans l'affaire *Cerba*, que la méconnaissance de l'obligation de mentionner certaines taxes applicables aux prestations objet du marché ne constituait pas une illicéité. De la même façon, la circonstance que le titulaire d'un contrat n'ayant pas pour objet l'occupation du domaine public mais dont le lieu de réalisation se situe sur une dépendance du domaine public ne dispose pas d'un titre l'autorisant à occuper cette dépendance n'a pas pour effet de rendre illicite le contenu du contrat (CE, 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entreposage de grains*, n° 427216, aux Tables p. 830).

Il nous semblerait vain, pour apprécier si le contenu d'un contrat est ou pas illicite, de chercher à distinguer l'offre technique de l'attributaire, d'une part, de l'objet du contrat, d'autre part. Le contrat, en effet, nous semble indissociable de l'offre retenue au terme de la procédure de mise en concurrence : une fois retenue par l'acheteur public, cette offre acquière elle-même une valeur contractuelle. En réalité, ce que doit faire le juge, c'est un tri entre les éléments du contrat - ou de l'offre acceptée devenue contrat - selon leur portée : seuls ceux qui déterminent l'objet même des obligations contractuelles sont susceptibles, s'ils méconnaissent une norme supérieure, d'entraîner l'annulation du contrat.

Au cas d'espèce, nous n'avons guère de doute : le présent litige porte sur un marché de fourniture dont l'objet même est la fourniture d'un produit qui ne dispose pas de l'autorisation de mise sur le marché nécessaire à sa commercialisation.

Nous aurions peut-être pu davantage hésiter s'il s'était agi d'un marché de services prévoyant l'usage d'un produit non autorisé. Sans doute aurait-il fallu, en pareil cas, apprécier la place des prestations faisant usage de ce produit dans le contrat ou encore l'importance du choix du produit dans l'exécution du contrat. Nous relevons d'ailleurs que vous avez jugé – même si c'est par un arrêt inédit d'une chambre jugeant seule – à propos d'un marché de prestations de fauchage et de débroussaillage, que l'absence d'autorisation des personnels de la société attributaire à manipuler des produits biocides n'entachait pas la régularité de l'offre (CE, 18 février 2022, *Toulouse Métropole*, n° 457578).

Mais, dans l'affaire en cause aujourd'hui, les choses sont bien plus simples : l'objet même du contrat est l'acquisition d'un produit qui ne pouvait être vendu. Nous vous proposons donc de confirmer que son contenu est illicite. Vous seriez ainsi cohérent, par ailleurs, avec la jurisprudence de la Cour de cassation dont la chambre commerciale, par un arrêt du 25 juin 2013, publié au Bulletin, a jugé qu'a un objet illicite la vente d'un fichier contenant des données à caractère personnel qui n'avait pas été déclaré auprès de la Commission nationale informatique et libertés (Cass. Com., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-17.037, Bull. 2013, IV, n° 108).

Signalons que nous pensons qu'une telle illicéité du contenu du contrat n'est pas par nature irrégularisable et qu'il y avait d'ailleurs place, au cas d'espèce, pour un débat sur une régularisation partielle du contrat du fait de l'octroi au produit Aquabac XT, en cours d'exécution du marché, d'une AMM. En effet, comme nous vous l'avons dit, si la première AMM du produit, obtenue quelques mois après l'attribution du marché, a fait l'objet d'une annulation contentieuse, le produit disposait, pour les derniers mois de l'exécution du marché, d'une seconde AMM, obtenue le 19 août 2019. La situation nous semble à cet égard comparable – *mutatis mutandis* - à celle que vous avez rencontrée dans votre décision *Association Le Comité d'aménagement du VIIème arrondissement et Association Les Amis du Champ de Mars* (20 juillet 2021, n° 444715, inédite) : de la même façon que le relèvement par décret de la jauge du « Grand Palais éphémère » a pu régulariser le contrat de concession de travaux qui, à l'origine, méconnaissait cette jauge, il nous semble que l'octroi d'une AMM à un produit biocide en cours d'exécution du marché de fourniture fait disparaître l'illicéité du contrat conclu alors que le produit n'avait pas encore d'AMM. Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'une régularisation à laquelle le juge peut inviter les parties, dès lors que celle-ci dépend d'un tiers – le pouvoir réglementaire ou l'autorité compétente en matière d'AMM – mais il s'agit bien d'une régularisation. Nous pensons donc qu'il aurait sans doute été possible, dans le présent litige, de n'annuler le contrat que pour la période précédant l'AMM du 19 août 2019. Mais, il aurait fallu, pour cela que le moyen soit soulevé. Or, ni devant vous, ni devant les juges du fond il n'a été soutenu par la commune ou par la CERA que le marché avait été régularisé par cette AMM, ce qui est d'ailleurs assez compréhensible dès lors que cela n'aurait permis de sauver que les derniers mois du marché sans remettre en cause l'annulation des 2 ans et demi qui avaient précédé.

Vous ne pourrez donc rien dire d'une éventuelle régularisation partielle du contrat et vous contenterez d'écarter les moyens dont vous êtes saisis, sans qu'il vous soit besoin de recourir à la substitution de motifs suggérée en défense.

PCMNC :

- Au rejet des pourvois
- A ce que la commune d'Hyères-les-Palmiers et la société CERA versent chacune la somme de 1 500 euros à la société Sumitomo Chemical Agro Europe au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative