

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

La présente affaire illustre bien les dérives d'une action administrative soumise aux diktats de la communication politique.

Vous savez que, jusqu'à récemment, la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques faisait l'objet d'un encadrement par la directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991. Cette directive a été abrogée et remplacée par le règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009, qui est entré en application le 14 juin 2011. L'annexe I de la directive fixait la liste des substances actives autorisées, c'est-à-dire celles qui, ayant fait l'objet d'une évaluation au niveau communautaire, notamment au regard de leurs effets sur la santé humaine et l'environnement, pouvaient entrer dans la composition des produits phytopharmaceutiques. La bifenthrine, substance chimique qui présente des effets insecticides et acaricides, ne faisait pas partie des substances actives autorisées, mais elle était au nombre des substances actives présentes sur le marché deux ans après la notification aux Etats membres de la directive de 1991, ce qui veut dire que ces derniers pouvaient, par dérogation, continuer à autoriser les produits phytopharmaceutiques comportant cette substance, dans l'attente de son examen par la Commission européenne.

Il faut, pour comprendre le litige, suivre attentivement la succession des événements.

La Commission européenne a finalement achevé la procédure d'examen de la bifenthrine et elle a refusé son inscription sur la liste des substances actives autorisées. En application de cette décision du 30 novembre 2009, les Etats membres devaient abroger les autorisations de mise sur le marché (AMM) qu'ils avaient pu délivrer aux produits phytopharmaceutiques contenant cette substance.

En conséquence, le ministre chargé de l'agriculture a publié au Journal officiel du 24 mars 2010 un avis aux fabricants, distributeurs et utilisateurs de la substance active bifenthrine par lequel il annonçait le retrait de ces AMM au 30 mai 2010. Pour permettre l'écoulement des stocks des produits déjà commercialisés mais pas encore distribués par les revendeurs ou utilisés par les agriculteurs, ce même avis fixait au 30 novembre 2010, soit six mois plus tard, la date limite d'écoulement des stocks à la distribution de ces produits et au 30 mai 2011, soit un an plus tard, la date limite d'écoulement des stocks à l'utilisation.

Les décisions individuelles de retrait des AMM, datées du 31 mai 2010, ont ensuite été notifiées aux fabricants. Elles faisaient état d'un délai d'écoulement des stocks à la

distribution finalement fixé au 28 février 2011, soit trois mois de plus par rapport à la date limite envisagée dans l'avis du 24 mars 2010. Le délai pour écouler les stocks à l'utilisation n'était quant à lui pas modifié.

Le gouvernement français, tout en tirant les conséquences de la décision de la Commission européenne, ne s'est pas résolu à ce que les choses restent en l'état : dès le mois de juillet 2010, il a communiqué à la Commission un rapport d'évaluation se concluant par une proposition d'introduction de la bifenthrine à l'annexe I de la directive de 1991... Notons, même si personne ne vous en dit rien dans cette affaire, que la démarche du Gouvernement a finalement été couronnée de succès, puisque la bifenthrine est inscrite depuis juillet 2012 sur la liste des substances actives autorisées par la réglementation européenne¹.

A ce stade, il est nécessaire d'opérer un léger retour en arrière dans la chronologie des événements. L'article 31 de la loi (n° 2009-967) du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, article consacré à l'agriculture, avait fixé pour objectif, notamment, « de retirer du marché, en tenant compte des substances actives autorisées au niveau européen, les produits phytopharmaceutiques contenant les quarante substances les plus préoccupantes en fonction de leur substituabilité et de leur dangerosité pour l'homme, trente au plus tard en 2009, dix d'ici à la fin 2010 ».

Ces objectifs fixés par la loi dite « Grenelle I » étaient ambitieux, à tel point que le ministre de l'agriculture a dû faire la chasse aux substances qualifiées par la loi de programmation de « préoccupantes ». Il a publié au Journal officiel, le 30 décembre 2010 seulement, un « avis aux fabricants, distributeurs et utilisateurs de produits phytopharmaceutiques concernant le retrait des préparations contenant les substances actives considérées comme préoccupantes et les délais d'écoulement octroyés pour leur distribution et leur utilisation »². Par cet avis, le ministre annonce qu'après diverses consultations, « neuf substances actives attendues dans le cadre des travaux du Grenelle de l'environnement » ont été considérées comme préoccupantes. Suit un tableau mentionnant neuf substances actives, chacune associée à un « délai à la distribution » et un « délai à l'utilisation ». Le ministre annonce ensuite que les AMM des produits contenant l'une ou l'autre de ces neuf substances actives seront retirées au plus tard le 31 janvier 2011. Il précise que les décisions de retrait pourront prévoir des délais pour l'écoulement des stocks à la distribution et à l'utilisation dans la limite des dates indiquées dans un deuxième tableau. Celui-ci consiste en une longue liste de produits phytopharmaceutiques désignés sous leurs noms commerciaux, associés à leur substance active (l'une des neuf désignées dans le premier tableau), ainsi qu'à des dates-limites d'écoulement des stocks à la distribution d'une part, à l'utilisation d'autre part.

Ce qui surprend dans cet avis, c'est que la bifenthrine figure dans le premier tableau parmi les neuf substances actives désignées comme « préoccupantes ». En revanche, aucun produit phytopharmaceutique ne comportant la bifenthrine en tant que substance active ne figure dans le second tableau. Cela, à tout le moins, est cohérent, puisque les AMM correspondantes avaient déjà été retirées depuis le 31 mai 2010 en application de la décision de la Commission européenne refusant d'inscrire la bifenthrine sur la liste des substances actives autorisées...

¹ Voir le règlement d'exécution (UE) n° 582/2012 du 2 juillet 2012 portant approbation de la substance active bifenthrine.

² NOR: AGRG1033278V, JORF du 30 décembre 2010, p. 23301.

Vous le comprenez, le ministre de l'agriculture devait afficher des résultats point trop éloignés des objectifs quantitatifs fixés par la loi de programmation « Grenelle I ». En ajoutant la bifenthrine à la liste des huit autres substances actives désignées comme « préoccupantes », le ministre pensait ne fâcher personne, toutes les AMM des produits l'utilisant ayant déjà été retirées, et il aboutissait à un chiffre aussi proche que possible des dix substances actives qu'il devait mettre à l'Index, selon la loi « Grenelle I », avant la fin 2010.

La société FMC Chemicals, qui fabrique la substance active bifenthrine et détenait de nombreuses AMM de produits la contenant, ne l'a pas entendu de cette oreille. Après avoir présenté un recours gracieux à l'encontre de l'avis du 30 décembre 2010, resté infructueux, elle vous demande l'annulation de cet avis et du rejet de son recours gracieux. Ses conclusions doivent être regardées comme ne demandant l'annulation de l'avis qu'en tant qu'il concerne la bifenthrine.

Cette requête pose des problèmes de recevabilité et de compétence au sein de la juridiction administrative.

1. Il faut d'abord se demander si l'avis du 30 décembre 2010 est un acte susceptible de recours et fait grief à la requérante.

Sur ce point, vous ne vous arrêtez évidemment pas à la dénomination de l'acte attaqué : il s'agit de rechercher sa portée véritable (voyez pour des précédents identifiant, dans des « avis », des actes susceptibles de recours et faisant grief, CE 18 septembre 1998, société Demesa, n° 120378, au Recueil ; CE 26 mai 2010, société Syngenta Agro, n° 314744, aux tables du Recueil). A ce titre, il faut distinguer selon la partie de l'avis du 30 décembre 2010 qui se trouve visée. Même réduit à ses mentions relatives à la bifenthrine, sa teneur est double : d'une part, il désigne la bifenthrine comme substance préoccupante ; d'autre part, il prévoit un « délai à la distribution » et un « délai à l'utilisation » pour cette substance active et annonce le retrait des AMM des produits la contenant avant le 31 janvier 2011. Ces deux aspects de l'avis nous semblent divisibles.

1.1. S'agissant des dates mentionnées par l'avis, elles nous paraissent dénuées de toute portée, de sorte que nous pensons que les conclusions de la société en ce qui les concerne sont irrecevables.

La société soutient qu'en modifiant les délais prévus pour l'écoulement des stocks des produits contenant de la bifenthrine, le ministre a pris une décision qui lui fait grief. Certes, la société met le doigt sur une bizarrerie : alors que le « délai à l'utilisation » mentionné dans l'avis du 30 décembre 2010 est le même que la « date limite d'écoulement des stocks à l'utilisation » annoncée dans l'avis du 24 mars 2010 et celle finalement retenue dans les décisions individuelles de retrait d'AMM du 31 mai 2010, tel n'est pas le cas du « délai à la distribution ». Celui-ci apparaît fixé au 30 mai 2010 alors que, nous vous l'avons dit, l'avis du 24 mars 2010 envisageait le 30 novembre 2010 pour « date limite d'écoulement des stocks à la distribution » et que les décisions individuelles de retrait des AMM renaient finalement le 28 février 2011. Sans le plaider tout à fait expressément, le ministre, en défense, semble confesser une erreur de plume...

Quoiqu'il en soit, ce qui nous paraît certain, c'est que la mention de délais « à la distribution » et « à l'utilisation » dans l'avis du 30 décembre 2010, qui ne sont associés à aucun produit phytopharmaceutique nommément désigné, n'a pu avoir pour effet de remettre en cause les dates indiquées dans les décisions individuelles de retrait des AMM des produits contenant la substance active bifenthrine, intervenues le 31 mai 2010. Au bénéfice de cette lecture neutralisante de l'avis attaqué, qui nous paraît la seule raisonnable, nous vous proposons de regarder les conclusions présentées par la société comme entachées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance, en tant qu'elles sont dirigées contre les mentions de l'avis qui fixeraient les dates de retrait des AMM et les délais d'écoulement des stocks de produits contenant la bifenthrine. Vous pourrez rejeter ces conclusions, sans vous interroger sur votre compétence au sein de la juridiction administrative, en application des dispositions de l'article R. 351-4 du code de justice administrative.

1.2. S'agissant de la désignation de la bifenthrine comme « substance préoccupante », en revanche, nous pensons que l'avis attaqué est un acte susceptible de recours et fait grief à la requérante.

Il est exact, comme le soutient le ministre en défense et comme l'admet d'ailleurs la société, que cette désignation n'emporte par elle-même aucun effet juridique. Mais ce n'est pas suffisant pour conclure qu'elle serait insusceptible de recours. Car si le principe est bien qu'un acte purement déclaratif est insusceptible de recours pour excès de pouvoir, vous y admettez de nombreuses exceptions. Vous acceptez par exemple d'examiner un recours formé à l'encontre d'une simple prise de position de l'administration relative à l'applicabilité d'un texte, dès lors qu'elle détermine l'issue d'un différend (CE section, 5 novembre 1993, SA Le Courrier de l'Ouest, n° 132305, au Recueil p. 303). Vous admettez aussi la recevabilité du recours contre un acte par lequel l'administration reconnaît ou non, à la demande d'un administré, la légalité d'un projet et, par cette prise de position anticipée, est susceptible de faire obstacle à l'opération envisagée (CE section, 29 janvier 1993, société NRJ, n° 121953, au Recueil p. 17 ; CE 28 juillet 1993, ministre de l'intérieur c/ Mme J..., n° 115053, aux tables du Recueil p. 929). Denis Piveteau décrivait votre jurisprudence sur les actes déclaratifs comme « l'une des plus pragmatiques qui soit » (conclusions sur CE section, 25 juin 2004, SCI Maison médicale Edison, n° 228437, au Recueil). Il nous semble que vous en avez encore donné une illustration toute récente, en admettant le recours pour excès de pouvoir contre un acte par lequel le ministre refuse de prendre en compte l'opposition d'organisations syndicales à un accord conclu dans le champ de la fonction publique au motif qu'il ne serait pas valide, alors même que la reconnaissance du caractère valide ou non de l'accord n'a en elle-même aucun effet juridique (CE 22 mai 2013, Fédération Interco CFDT et autres, n° 356903, à mentionner aux tables du Recueil).

Votre pragmatisme, même s'il n'est pas sans exceptions³, vous conduit ainsi à accepter de contrôler la légalité de divers actes qui ne modifient pas par eux-mêmes l'ordonnancement juridique mais ont toutefois d'importantes incidences pratiques. Tel nous paraît le cas de la désignation d'une substance active comme « préoccupante » au sens des dispositions de l'article 31 de la loi « Grenelle I », alors même que ces dispositions d'une loi de programmation, qui se bornent à fixer des objectifs à l'action de l'Etat, sont dépourvues de

³ Voyez, à propos d'autres types d'avis, CE 27 mai 1987, SA Laboratoires Goupil, n° 83292, au Recueil p. 181 ; plus récemment CE 11 octobre 2012, société Casino Guichard-Perrachon, n° 357193, au Recueil.

portée normative⁴ : une telle qualification⁵ signale que la substance active en cause est considérée comme suspecte au regard de ses effets sur la santé humaine et manifeste l'intention de l'administration de retirer les AMM en cours et de cesser d'en délivrer de nouvelles. Certes, ces intentions ne se traduiront juridiquement que par des décisions individuelles de retrait d'AMM ou de refus de délivrance d'AMM. Mais la désignation d'une substance active comme « préoccupante » peut par exemple avoir pour conséquence très concrète qu'un fabricant qui projetait de mettre au point un nouveau produit phytopharmaceutique utilisant cette substance va renoncer à son projet ou le suspendre. La présente affaire nous paraît donc pouvoir être rattachée au courant jurisprudentiel admettant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de certains actes déclaratifs. Ajoutons, ainsi que le souligne la société, que la mesure qu'elle conteste a sans aucun doute un effet stigmatisant à l'égard des produits contenant la substance active concernée, dont on imagine bien qu'il n'est pas dénué d'impact sur le chiffre d'affaires que ces produits lui permettent de réaliser dans les pays où ils continuent de bénéficier d'une AMM.

2. Reste à voir quelle est la juridiction compétente, au sein de l'ordre administratif, pour connaître des conclusions dirigées contre l'avis du 30 décembre 2010 en tant qu'il désigne la bifenthrine comme « substance préoccupante ».

2.1. Vous ne pourrez vous reconnaître compétents en premier ressort. Nous vous avons dit que nous ne voyions, dans l'opération de classement à laquelle se livre l'avis contesté, aucun effet juridique. *A fortiori*, il ne revêt donc, sur ce point, aucun caractère réglementaire. A vrai dire, la qualification de mesure individuelle nous paraissant également exclue, puisque l'avis ne s'adresse à aucune personne nommément identifiée, nous croyons qu'il appartient à cette catégorie intermédiaire de décisions que l'on désigne parfois sous le nom de « décisions d'espèce » (sur cette notion, voir notamment les conclusions du président Gentot sur CE section, 22 février 1974, association des propriétaires des communes de Saclas, Saint-Cyr, Boissy-la-Rivière, n° 84895, au Recueil p. 134). Quoiqu'il en soit, les conclusions par lesquelles la société conteste la désignation de la bifenthrine en tant que « substance préoccupante » ne relevant d'aucune des dispositions de l'article R. 311-1 du CJA, qui définissent votre compétence de premier et dernier ressort, vous devrez en attribuer le jugement au tribunal administratif.

2.2. Quel est celui d'entre eux que vous regarderez comme territorialement compétent ?

Vous jugez, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 qui a modifié les dispositions de l'article R. 311-1 du CJA, qu'un litige relatif à une AMM, qui est une décision dépourvue de caractère réglementaire, ressortit à la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel a son siège la société qui a déposé la demande d'AMM, en application des dispositions de l'article R. 312-10 du CJA (CE 3^e sous-section jugeant seule, Union nationale de l'apiculture française, n° 346508, aux tables du Recueil). Rappelons que selon ces dispositions : « Les litiges relatifs aux législations régissant les activités

⁴ Cf. CE 18 juillet 2011, Fédération nationale des chasseurs et Fédération départementale des chasseurs de la Meuse, n° 340512 (QPC), au Recueil.

⁵ Dont on comprend, au vu de la formulation des engagements pris à l'issue du « Grenelle de l'environnement » (engagement n° 98), qu'elle renvoie à la notion de « substances extrêmement préoccupantes » définie à l'article 59.1 du règlement européen « REACH » (règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques).

professionnelles, notamment (...) les activités (...) commerciales et industrielles (...) relèvent, lorsque la décision attaquée n'a pas un caractère réglementaire, de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve soit l'établissement ou l'exploitation dont l'activité est à l'origine du litige, soit le lieu d'exercice de la profession ».

Ces dispositions ne nous paraissent pas applicables au litige car la mesure contestée n'est pas une décision individuelle mettant en cause l'activité d'une entreprise donnée ou la profession exercée par une personne en particulier. On peut imaginer, notamment, qu'une association de défense des consommateurs attaque un avis fixant la liste des substances regardées comme préoccupantes, en tant qu'une substance n'y figure pas. Il serait alors impossible de déterminer le lieu de l'activité ou de la profession à l'origine du litige, pour la bonne raison que ce dernier ne trouve pas son origine dans l'exercice d'une activité ou d'une profession. Nous pensons donc que vous devez faire application des dispositions de l'article R. 312-1 du CJA qui désignent le tribunal administratif dans le ressort duquel a son siège l'autorité qui a pris la décision. Cela vous conduira à attribuer l'affaire, pour ce qu'il reste à juger, au tribunal administratif de Paris.

Par ces motifs nous concluons au rejet des conclusions de la requête dirigées contre les mentions de l'avis du 30 décembre 2010 qui fixeraient les dates de retrait des AMM et les délais d'écoulement des stocks de produits contenant la bifenthrine et à l'attribution du jugement du surplus des conclusions au tribunal administratif de Paris.