354603

**Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FECD) et
Fédération des magasins de bricolage et de l'aménagement de la maison
(FMB)**

Séance du 31 janvier 2014

Lecture du 26 février 2014

CONCLUSIONS

Alexandre LALLET, rapporteur public

Le règlement 1907/2006 du 18 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil, plus connu sous le nom de règlement REACH, a pour objet principal d'encadrer la fabrication, l'importation et la commercialisation de marchandises comportant certaines substances chimiques nocives ou suspectées de l'être. A ce titre, son article 7 fait obligation aux fabricants et importateurs d'informer l'Agence européenne des produits chimiques de la présence d'une substance dite « extrêmement préoccupante »¹ dans les « articles » qu'ils produisent ou importent, dès lors que sa concentration est supérieure à 0,1 % en masse et que la quantité totale de la substance dans les articles dépassant cette concentration-seuil excède 1 tonne par an. L'article 33 du même règlement oblige les fournisseurs à donner à leurs clients professionnels – mais non aux consommateurs finaux - des informations sur les mêmes substances présentes dans les articles qu'ils leur vendent lorsque leur concentration excède le même seuil de 0,1 %.

La notion d' « article » qu'utilise le règlement est au cœur du présent litige. Le 3) de l'article 3 du règlement le définit comme « *un objet auquel sont donnés, au cours du processus de fabrication, une forme, une surface ou un dessin particuliers qui sont*

¹ Et étant à ce titre inscrite sur la liste des substances « candidates » à l'autorisation.

plus déterminants pour sa fonction que sa composition chimique ». Une chaise de jardin en plastique est donc un article, à la différence d'un crayon de couleur ; un paquet de farine est constitué d'un article – l'emballage – et d'une substance qui n'est pas un article – la farine. La difficulté naît des objets constitués de différents composants. Une marchandise donnée - par exemple une armoire - peut en effet être regardée comme un article unique - l'armoire - ou comme un assemblage d'articles, à savoir des planches et morceaux de bois, et de la quincaillerie, elle-même composée de vis, de gonds ou encore de serrures et de clés. On voit aisément que la concentration-seuil de 0,1 % qui conditionne l'obligation de notification a une portée bien différente selon qu'on la rapporte à la masse du meuble dans son entier, ou à celle de l'un de ses composants qui contient la substance sensible, par exemple le métal dont est composée une clé.

L'interprétation de ces dispositions n'a pas fait l'objet d'un consensus au sein de l'Union. Le guide révisé concernant l'application du règlement, élaboré par l'agence européenne des produits chimiques, comporte ainsi une note faisant état des dissensions entre Etats membres sur la qualification d'articles en présence de marchandises contenant plusieurs composants. La majorité des Etats, soutenue par la Commission, estime que l'article est l'objet dans son intégralité, compte tenu de la fonction qui lui est assignée. Une minorité, composée de 6 Etats membres, dont l'Allemagne et la France, par ailleurs appuyée par la Norvège, soutient la thèse baptisée : « *article un jour, article toujours* »², selon laquelle un composant, qui serait un article pris isolément, ne perd pas ce statut lorsqu'il est assemblé à d'autres composants pour former un nouvel objet. Ces Etats dissidents, à l'exclusion de l'Autriche, ont d'ailleurs élaboré en juillet 2013 un guide complet explicitant la thèse qu'ils défendent.

Le ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement a entendu rappeler aux opérateurs installés en France que telle était bien sa position, par

² « *Once an article, always an article* »

un avis publié en juin 2011. Deux organisations d'employeurs vous en demandent l'annulation, ainsi que celle du rejet du recours gracieux introduit contre l'avis.

Votre compétence de premier ressort nous paraît devoir être admise. S'il ne s'agit pas d'un acte réglementaire d'un ministre, nous pensons qu'il convient d'assimiler cet avis à une circulaire ou instruction ministérielle de portée générale au sens de l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

Le ministre oppose une intéressante fin de non-recevoir tirée de ce qu'un tel avis n'est pas susceptible de recours.

Il se prévaut de la jurisprudence que vous avez rendue en matière d'avis ministériels aux opérateurs économiques. Vous avez ainsi refusé de connaître d'avis aux importateurs qui se bornent à informer ces derniers des règles résultant directement d'un règlement européen, sans modifier l'ordonnement juridique (CE, 17 février 1992, Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés, n° 106905, aux T.). A l'inverse, vous avez admis la recevabilité d'un recours contre un « avis » aux fabricants, vendeurs, importateurs et utilisateurs d'appareils qui en proscrivait l'emploi, en raison des effets juridiques produits, en particulier sur les opérateurs qui avaient déjà acquis l'appareil et s'en voyaient interdire l'usage (CE, 12 mars 2003, Société Capral, n° 236642, aux T.).

Mais comme le relevait déjà JH Stahl dans ses conclusions sur cette dernière affaire, cette ligne de partage, fondée sur l'existence ou non d'une novation juridique, apparaît datée.

Vos décisions du 11 octobre 2012, Société Casino Guichard-Perrachon (n° 357193, au Rec.) et Société ITM entreprises (n° 346378, au Rec.)³, rendues à propos des avis de l'Autorité de la concurrence, nous paraissent synthétiser la jurisprudence applicable

³ Pour une autre application : CE, 17 juillet 2013, Comité des constructeurs français d'automobiles et autres, n° 360100 et 364354.

aux avis intéressant les opérateurs économiques. En principe, les avis ou recommandations par lesquels une autorité administrative fait part aux professionnels de son interprétation du droit ou, plus largement, d'une analyse technique⁴ ne constituent pas des actes susceptibles de recours, hormis le cas où ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'administration pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance, et doivent en conséquence être regardés comme emportant en eux-mêmes des effets de droit.

La recevabilité du recours contre un avis de portée générale suppose donc que soit remplie la **condition d'impérativité**, importée de votre jurisprudence Duvignères. Celle-ci s'apprécie principalement au regard des termes de l'acte, mais aussi de son ou ses destinataires et du contexte dans lequel son édicton s'inscrit, et qui permet d'identifier l'intention de son auteur. A ce titre, vous accordez une importance particulière à **l'existence d'un pouvoir de décision ou de sanction dont l'autorité administrative est susceptible d'user en s'appuyant sur la doctrine qu'elle a dégagée par l'avis ou la recommandation litigieux** - ce que l'excellente chronique à l'AJDA⁵ appelle « l'ombre portée » du pouvoir de l'administration. Bien que cette doctrine ne soit pas directement opposable, il est en effet des plus opportuns de purger la contestation sur sa légalité avant que l'administration ne l'applique aux situations individuelles dont elle est saisie.

Si l'on fait abstraction de la doctrine fiscale opposable, vous vous refusez ainsi, faute de caractère impératif, à connaître des recours contre les courriers et notes par lesquelles l'administration se borne à informer une personne donnée de son

⁴ Nous laisserons de côté la ligne jurisprudentielle autonome relative aux recommandations de bonne pratique en matière médicale et aux informations de pharmacovigilance (« *dear doctor letters* ») pour lesquelles, eu égard à l'obligation déontologique qui incombe aux professionnels de santé, vous ouvrez très largement votre prétoire, sans vous arrêter à l'absence de caractère impératif de l'acte (CE, 4 octobre 2013, Société Les Laboratoires Servier, n° 356700, aux T. ; CE, 27 avril 2011, Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP), n° 334396, au Rec. ; CE, 26 septembre 2005, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 270234, au Rec.). Tout au plus avez-vous refusé de connaître d'une recommandation de la HAS se bornant à indiquer une préférence pour la non-inscription d'une spécialité sur la liste des spécialités remboursables par la sécurité sociale (CE, 12 octobre 2009, Société Glaxosmithkline Biologicals et Société Laboratoire Glaxosmithkline, n° 322784, aux T.).

⁵ X. Domino et A. Bretonneau, *Miscellanées contentieuses*, AJDA 2012, p. 2373).

interprétation de la loi (CE, 10 janvier 2007, Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères, n° 270084, au Rec.), y compris les réponses ministérielles aux questions parlementaires (CE, Section, 16 décembre 2005, Société Friadent France, n° 272618, au Rec.)⁶.

A l'inverse, vous regardez comme des décisions susceptibles de recours les communiqués par lesquels la commission des sondages donne l'interprétation des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre, au moyen de dispositions impératives à caractère général (CE 18 juin 1993, Institut français d'opinion publique, n° 137317, au Rec.), les délibérations impératives du CSA énonçant les critères au regard desquels il entend apprécier le respect par les médias de leurs obligations en matière de pluralisme politique (CE, Ass., 8 avril 2009, H... et M..., n° 311136, au Rec.), ou encore une délibération du Conseil national de l'ordre des médecins adoptant un rapport comportant des recommandations à caractère impératif pour les médecins, eu égard au rôle particulier – c'est-à-dire disciplinaire – qui est dévolu à cet organisme (CE, 17 novembre 2010, Syndicat français des ostéopathes, n° 332771, aux T.).

⁶ Il en va différemment lorsqu'une correspondance décerne un véritable brevet de légalité à une opération donnée (CE, Section, 29 janvier 1993, Société NRJ, n° 121953, au Rec.) ou au contraire la déclare illégale (CE, 28 juillet 1993, Ministre de l'intérieur c/ J..., n° 115053, aux T.). Les décisions de 2012 précitées adoptent la même solution en présence d'avis de l'Autorité de concurrence se limitant à une analyse du marché et à des recommandations non contraignantes. Il en va de même du classement d'une substance en « substance préoccupante » qui n'emporte aucun effet juridique, et constitue une simple mesure d'information (CE, 5 juillet 2013, Société FMC Chemicals, n° 350310). Quant au maniement du critère de « l'ombre portée », on peut l'illustrer par la décision rejetant comme irrecevable un recours contre une recommandation de la commission des clauses abusives, dépourvue de pouvoir décisionnel (CE, 16 janvier 2006, Fédération du Crédit mutuel Centre Est Europe, n° 274721, aux T.) ou un avis de la commission de sécurité des consommateurs (CE, Section, 31 mars 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, n° 188833-211756, au Rec.). On trouve un écho de ce critère dans ce qui forme le cœur de la jurisprudence Duvignères, à travers la jurisprudence qui refuse de connaître d'une circulaire adressée aux services de l'administration concernant la mise en œuvre d'une réglementation par les communes, au motif qu'ils ne reçoivent aucune instruction dans la mise en œuvre de leurs propres prérogatives, notamment au titre du contrôle de légalité (CE, 26 mai 2009, Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la confédération générale du travail, n° 306757, aux T.). Il ne s'agit toutefois pas d'une condition *sine qua non* en l'état de la jurisprudence, puisque vous regardez comme susceptibles de recours les recommandations générales de la HALDE rédigées de façon impérative, alors même que celle-ci ne dispose pas, à proprement parler, de pouvoir de décision ou de sanction pour en assurer le respect (CE, 13 juillet 2007, Société Editions Tissot, n° 294195, au Rec.).

En l'espèce, l'avis aux opérateurs économiques, s'il ne modifie pas par lui-même l'ordonnancement juridique, exprime de manière très nette la doctrine de l'administration dans la mise en œuvre d'un règlement européen. Publié au Journal officiel, il s'adresse aux entreprises auxquelles il prescrit d'adopter un comportement précis, de même, incidemment, qu'aux services chargés d'assurer le respect de la loi et, plus particulièrement, aux agents chargés de la constatation et de la recherche des infractions au règlement REACH énumérés à l'article L. 521-12 du code de l'environnement, dont on voit mal comment ils pourraient s'en affranchir. Nous ne voyons guère la différence, à cet égard, entre un tel avis et la circulaire par laquelle le ministre aurait directement enjoint à ses services d'appliquer le règlement ainsi interprété. Au total, cet avis de portée générale nous paraît revêtir un caractère impératif qui doit conduire à admettre la recevabilité de la requête.

Venons-en au fond. Les nombreux moyens soulevés n'ont guère d'autonomie les uns par rapport aux autres. Ils partent tous de la prémisse selon laquelle la notion d'article au sens du règlement REACH doit s'entendre de l'objet dans son entier, et non de chacun de ses composants.

La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas fourni d'éclairage sur ce point. Sans offrir de réponse nette, la lecture du règlement ne nous conduit pas naturellement à épouser la thèse de l'administration. Certes, des composants d'un objet complexe pris isolément peuvent répondre à la définition de l'article figurant à l'article 3, et être ainsi regardés comme des « articles intégrés ». Mais le 4) de l'article 3 du règlement définit le « producteur d'un article » comme « *toute personne physique ou morale qui fabrique ou assemble un article dans la Communauté* ». Le 3) du même article définit le fournisseur d'un article comme « *tout producteur ou tout importateur d'un article, tout distributeur ou tout autre acteur de la chaîne d'approvisionnement qui met un article sur le marché* ». Nous en retirons plutôt l'idée, ou au moins l'intuition, que renforce la notion même d'« article »⁷, que ce dernier désigne l'objet résultant du

⁷ Ce terme a été substitué à celui de « produit », en 1ère lecture par le Conseil.

processus de fabrication, d'importation ou de vente par l'opérateur et, dans ce dernier cas, la marchandise qui est l'objet même du contrat de vente. La vente d'un objet manufacturé n'est pas une vente de pièces détachées. Le parallèle que fait le ministre avec d'autres réglementations européennes s'attachant expressément aux composants eux-mêmes nous paraît desservir sa thèse, en raison du fort *a contrario* qu'il comporte.

En outre, si le règlement a pour objet d'assurer un haut niveau de protection sanitaire dans l'Union, le principe reste celui de la liberté du commerce et de l'industrie, de sorte que les contraintes réglementaires doivent être d'interprétation stricte.

Restent les arguments d'opportunité mis en avant par le ministre. Ils ne laissent assurément pas insensibles, mais ils n'emportent pas notre conviction pour autant :

- En premier lieu, la lecture « globalisante » conduirait à traiter différemment des produits contenant la même quantité de substances toxiques et qui ne différeraient que par leur poids. Mais le législateur européen a lui-même fait le choix de raisonner en termes de concentration, et non seulement de masse ou de volume de substances fabriquées, importées ou livrées. Indépendamment de la problématique des objets « complexes » qui nous préoccupe, la chaise en plastique contenant 2 mg de substance toxique pour un poids total de 3 kg sera exclue du champ d'application des articles 7 et 33 du règlement, alors qu'un bâton en plastique de 200 g contenant la même quantité de substance préoccupante y sera soumis. Ce résultat peut paraître aberrant au regard des considérations de santé publique, mais il est le fruit d'un compromis délibéré.
- En deuxième lieu, la lecture « globalisante » aboutirait à traiter différemment des produits similaires selon qu'ils sont ou non assemblés. Le ministre avance à cet égard l'exemple du meuble en kit. Mais il nous semble qu'il se méprend sur la portée de la thèse qu'il combat. Il convient en effet de tenir compte de la destination de l'article et, le cas échéant, de restaurer l'unité d'un produit composé de pièces formellement éparses. Il n'y a certainement pas lieu de

traiter distinctement un meuble monté et un meuble en kit : l'article livré est, dans tous les cas, le meuble, dans toutes ses composantes.

- En troisième et dernier lieu, et à l'inverse, d'éventuelles stratégies de contournement, consistant à assembler des articles dans le seul but de les faire échapper à la réglementation, nous semblent pouvoir être mises en échec lorsque cet assemblage s'avère artificiel car hétéroclite.

Au total, nous partageons plutôt la lecture des requérants, mais il est bien difficile d'affirmer qu'elle résulte clairement du règlement. Et il ne nous paraît pas concevable que vous tranchiez vous-même un désaccord presque homérique entre Etats membres. Au contraire, il est tout à fait opportun que la Cour de justice, éclairée le cas échéant par les interventions des Etats relevant des deux camps en présence, se prononce sur cette question qui touche au champ d'application même de REACH. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'elle retienne une formule intermédiaire, selon que les composants sont plus ou moins aisément dissociables de l'objet complexe par exemple⁸.

PCMNC au sursis à statuer jusqu'à ce que la CJUE se soit prononcée sur la question de savoir si la notion d'article utilisée par les articles 7 et 33 du règlement REACH doit s'entendre, s'agissant d'un objet complexe, de cet objet pris dans son ensemble uniquement, ou de chacun de ses composants répondant eux-mêmes à la définition de l'article mentionnée à l'article 3 du règlement.

⁸ Une dernière considération d'opportunité, tirée de la simplicité de mise en œuvre pour les entreprises, est mise en avant par le « Guide pour les fournisseurs d'articles » de juillet 2013, élaboré par les Etats soutenant la règle « article un jour, article toujours ». Mais elle nous paraît réversible. L'INERIS indique que, pour déterminer si le composant litigieux d'un objet complexe contient une substance représentant plus de 0,1 % de la masse totale de l'objet, il faut en principe disposer de sa concentration exacte (et de la masse du composant et de l'objet) ; là où l'approche « article un jour, article toujours » permet au fournisseur de se borner à relayer au destinataire l'information selon laquelle tel ou tel composant comporte par lui-même une concentration supérieure à 0,1 %. Nous restons sceptique face à un tel argument, d'autant que l'approche « article un jour, article toujours » ne permet pas, en principe, de faire l'économie d'une analyse globale, donc requiert les mêmes informations. Et la lecture globalisante reste tout de même la moins contraignante sur le fond pour les opérateurs.