

C-4121-1

CONSEIL D'ETAT
statuant
au contentieux

MM

N° 429578

REPUBLIQUE FRANÇAISE

FÉDÉRATION DES ENTREPRISES DE
LA BEAUTE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir
Rapporteure

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies)

Mme Marie Sirinelli
Rapporteure publique

Sur le rapport de la 1^{ère} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 14 décembre 2020
Décision du 23 décembre 2020

Vu la procédure suivante :

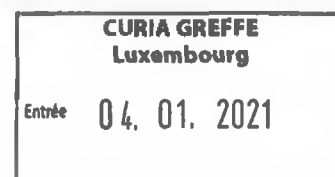
Par une requête, un mémoire en réplique et de nouveaux mémoires enregistrés le 8 avril, le 1^{er} juillet, le 23 septembre et les 2 et 18 décembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la fédération des entreprises de la beauté demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé du 13 mars 2019 fixant des conditions particulières d'utilisation des produits cosmétiques non rincés contenant du phénoxyéthanol en précisant sur leur étiquetage qu'ils ne peuvent pas être utilisés sur le siège des enfants de trois ans ou moins ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision litigieuse méconnaît le règlement n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 dès lors qu'elle impose, sans que les conditions d'application de la clause de sauvegarde de son article 27 soient réunies, une obligation d'étiquetage que ce règlement ne prévoit pas et qui est ainsi contraire à son article 9 ;



- elle met illégalement en œuvre les pouvoirs de police sanitaire confiés à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé par l'article L. 5312-1 du code de la santé publique en ce que, d'une part, elle regarde à tort comme remplie la condition de danger pour la santé humaine à laquelle la mise en œuvre de ces pouvoirs est subordonnée et en ce que, d'autre part, l'étendue des produits cosmétiques auxquels elle s'applique est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Par cinq mémoires en défense, enregistrés les 17 juin, 1^{er} août, 18 octobre et 16 décembre 2019 et le 3 janvier 2020, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé conclut au rejet de la requête. Elle soutient que les moyens soulevés par la requérante ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment son article 267 ;

- le règlement (CE) n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 ;

- les arrêts du 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/32), et du 22 octobre 2002, National Farmer's Union (C-241/01), de la Cour de justice des Communautés européennes ;

- le code de la santé publique ;

- le code de justice administrative et le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, maître des requêtes,

- les conclusions de Mme Marie Sirinelli, rapporteure publique ;

Considérant ce qui suit :

1. D'une part, aux termes de son article premier, le règlement (CE) n° 1223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques « établit des règles auxquelles doit satisfaire tout produit cosmétique mis à disposition sur le marché, afin de garantir le fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine ». Son considérant (4) précise qu'il harmonise de manière exhaustive les règles en vigueur dans la Communauté afin d'établir un marché intérieur



des produits cosmétiques, tout en assurant un niveau élevé de protection de la santé humaine. A ce titre, en vertu des dispositions combinées de l'article 14 et de l'annexe V de ce règlement, les produits cosmétiques ne peuvent contenir de phénoxyéthanol, classé comme agent conservateur au rang 29 de cette annexe, que si la concentration de cette substance dans le produit ne dépasse pas 1 %, sans autre restriction liée notamment à l'âge ou à la zone corporelle d'utilisation.

2. D'autre part, aux termes de l'article 9 du même règlement : « *Les États membres ne refusent pas, n'interdisent pas et ne restreignent pas, pour des raisons concernant les exigences contenues dans le présent règlement, la mise à disposition sur le marché des produits cosmétiques qui répondent aux prescriptions du présent règlement* ». Son article 27 comporte toutefois une « clause de sauvegarde », aux termes de laquelle : « *1. Dans le cas de produits conformes aux exigences [de conformité incombant à la personne responsable], lorsqu'une autorité compétente constate ou a des motifs raisonnables de craindre qu'un ou plusieurs produits cosmétiques mis à disposition sur le marché présentent ou pourraient présenter un risque grave pour la santé humaine, elle prend toutes les mesures provisoires appropriées pour assurer que le ou les produits concernés sont retirés, rappelés ou que leur disponibilité est restreinte d'une autre manière. / 2. L'autorité compétente communique immédiatement à la Commission et aux autorités compétentes des autres États membres les mesures prises et toute information étayant la décision. (...) / 3. La Commission détermine, dès que possible, si les mesures provisoires visées au paragraphe 1 sont justifiées ou non. À cette fin, elle consulte, dans la mesure du possible, les parties intéressées, les États membres et le CSSC. / 4. Si les mesures provisoires sont justifiées, l'article 31, paragraphe 1 [prévoyant la possibilité de modifier les annexes au règlement], s'applique. / 5. Si les mesures provisoires ne sont pas justifiées, la Commission en informe les États membres et l'autorité compétente concernée abroge les mesures provisoires en question* ».

3. Par une décision du 13 mars 2019, dont la fédération des entreprises de la beauté demande l'annulation pour excès de pouvoir, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, entendant mettre en œuvre cette « clause de sauvegarde », a fixé des conditions particulières de mise à disposition sur le marché des produits cosmétiques non rincés contenant du phénoxyéthanol, en imposant à titre conservatoire, dans l'attente de la décision de la Commission saisie conformément à l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009, que soit mentionné sur l'étiquetage de ces produits, à l'exclusion des déodorants, des produits de coiffage et des produits de maquillage, au plus tard neuf mois à compter de la date de publication de cette décision sur le site internet de l'agence, qu'ils ne peuvent pas être utilisés sur le siège des enfants de trois ans ou moins.

4. Il ressort des pièces du dossier qu'à la suite de la communication qui a été faite à la Commission de la décision en litige, le chef de l'unité « technologies pour les consommateurs, l'environnement et la santé » de la direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME a, par un courrier du 27 novembre 2019, indiqué au directeur général de l'agence que la mesure prise, s'appliquant à une catégorie de produits, ne relevait pas de celles susceptibles de l'être sur le fondement de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009, de sorte qu'elle ne trouvait pas de base légale dans cet article. Le directeur général de l'agence lui a répondu par un courrier du 6 décembre 2019, réfutant l'analyse faite par le courrier du 27 novembre 2019 et concluant qu'il entendait maintenir, à titre conservatoire, sa décision du 13 mars 2019, dans l'attente de la décision de la Commission prise conformément aux dispositions de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009.

5. Il n'est pas contesté que l'étiquetage imposé par la décision litigieuse est constitutif d'une restriction à la mise à disposition sur le marché des produits cosmétiques non rincés contenant du phénoxyéthanol qui répondent aux prescriptions du règlement (CE) n° 1223/2009, notamment en matière de concentration maximale de cette substance. Il en résulte que, quelle que puisse être l'étendue des pouvoirs de police confiés à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé par l'article L. 5312-1 du code de la santé publique à l'égard des produits relevant de sa compétence et présentant un danger pour la santé humaine ou soupçonnés de présenter un tel danger, cette décision, dès lors qu'elle est contraire à l'article 9 du règlement (CE) n° 1223/2009, ne peut être prise sans méconnaître ce règlement, en l'absence de toute autre base légale susceptible de le permettre, que sur le fondement et dans les conditions de son article 27.

6. Dans ces conditions, est déterminante pour la solution du litige, en premier lieu, la question de savoir si le courrier du 27 novembre 2019 doit être regardé comme un acte préparatoire à la décision par laquelle la Commission détermine si une mesure provisoire est ou non justifiée, sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009, ou comme une telle décision, exprimant la position définitive de la Commission européenne. Eu égard à la formulation de ce courrier ainsi qu'à l'absence de tout élément faisant apparaître que son signataire bénéficie d'une délégation lui donnant compétence pour prendre une décision au nom de la Commission, cette question présente une difficulté sérieuse. Il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

7. En deuxième lieu, dans l'hypothèse où le courrier du 27 novembre 2019 devrait être regardé comme un acte préparatoire ne produisant pas d'effets juridiques, il conviendrait de se demander si, quand il est saisi de la légalité d'une mesure provisoire prise par une autorité nationale sur le fondement de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009, le juge national peut, dans l'attente que la Commission détermine si cette mesure est ou non justifiée, statuer sur sa conformité à cet article et, en cas de réponse affirmative, dans quelle mesure et sur quels points ou si, tant que la Commission ne l'a pas déclarée injustifiée, la mesure provisoire doit être tenue pour conforme à cet article. Dans l'hypothèse où il appartiendrait au juge national de vérifier si la mesure provisoire relève de celles qu'une autorité compétente peut prendre sur son fondement, il conviendrait de se demander si l'article 27 du règlement doit être interprété en ce sens qu'il permet de prendre des mesures provisoires s'appliquant à une catégorie de produits contenant une même substance, dès lors qu'il mentionne l'hypothèse où « *un ou plusieurs produits cosmétiques mis à disposition sur le marché présentent ou pourraient présenter un risque grave pour la santé humaine* » et que, si les mesures provisoires sont justifiées, il appartient à la Commission, sur le fondement de l'article 31, paragraphe 1, du règlement, de modifier les annexes II à VI de ce dernier, qui énumèrent les substances interdites ou faisant l'objet de restrictions dans tous les produits cosmétiques susceptibles de les contenir. Ces questions, qui sont déterminantes pour la solution du litige, présentent une difficulté sérieuse. Il y a lieu, par suite, d'en saisir également la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

8. En troisième lieu, dans l'hypothèse où le courrier du 27 novembre 2019 devrait être regardé comme une décision exprimant la position définitive de la Commission sur la mesure provisoire litigieuse, il conviendrait, tout d'abord, de se demander si la validité de cette décision peut être contestée devant le juge national. En application de la jurisprudence issue de l'arrêt du 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92), de la Cour de justice des Communautés européennes et illustrée notamment par l'arrêt de cette cour du 22 octobre 2002,

National Farmers' Union (C-241/01), un Etat membre, partie à un litige devant une juridiction nationale, n'est pas autorisé à exciper de l'illégalité d'une décision de la Commission européenne dont il est destinataire à l'encontre de laquelle il n'a pas exercé de recours en annulation sur le fondement de l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Toutefois, en l'espèce, d'une part, la formulation du courrier du 27 novembre 2019 laissait à penser qu'il ne s'agissait que d'un acte préparatoire et, d'autre part, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, autorité compétente, destinataire du courrier, y avait répondu en exprimant son désaccord et en indiquant qu'elle maintenait sa mesure provisoire jusqu'à ce que la Commission européenne se prononce définitivement, sans que celle-ci se soit ensuite manifestée de nouveau. En cas de réponse affirmative à cette question, il conviendrait de se demander si le courrier du 27 novembre 2019 a été signé par un agent disposant d'une délégation lui donnant compétence pour prendre la décision au nom de la Commission et est valide en ce qu'il se fonde sur ce que « le mécanisme de clause de sauvegarde prévu à l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009 relatif aux produits cosmétiques vise des mesures individuelles concernant des produits cosmétiques mis à disposition sur le marché et non des mesures de portée générale qui s'appliquent à une catégorie de produits contenant une certaine substance », eu égard à l'interprétation qu'il convient de retenir des dispositions de cet article 27, combinées à celles de l'article 31 du même règlement, mentionnées au point 7. Ces deux questions, qui sont déterminantes pour la solution du litige, présentent une difficulté sérieuse. Il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

9. Ensuite, dans l'hypothèse où le courrier du 27 novembre 2019 devrait être regardé comme s'imposant au Conseil d'Etat, soit parce qu'il s'agit d'une décision de la Commission européenne qui est devenue définitive faute d'avoir fait l'objet d'un recours en annulation, soit parce qu'il est valide, il conviendrait de se demander si la mesure provisoire litigieuse doit être considérée comme contraire au règlement (CE) n° 1223/2009 dès son origine ou seulement à compter de la notification de ce courrier à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, ou encore à compter d'un délai raisonnable courant à compter de cette notification, destiné à permettre son abrogation, compte tenu également de l'incertitude s'attachant à la portée de ce courrier et de ce que la Commission n'a pas répondu à l'agence qui indiquait « maintenir, à titre conservatoire, sa décision du 13 mars 2019, dans l'attente de la décision de la Commission prise conformément aux dispositions de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009 ». Cette question, qui est déterminante pour la solution du litige, présente une difficulté sérieuse. Il y a lieu, dès lors, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

10. Il y a lieu de surseoir à statuer sur la requête de la fédération des entreprises de la beauté jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les questions mentionnées aux points 6 à 9.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Il est sursis à statuer sur la requête présentée par la fédération des entreprises de la beauté jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les questions suivantes :

1°) le courrier du 27 novembre 2019 du chef de l'unité « technologies pour les consommateurs, l'environnement et la santé » de la direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME de la Commission doit-il être regardé comme un acte préparatoire à la décision par laquelle la Commission européenne détermine si une mesure provisoire d'un Etat membre est ou non justifiée sur le fondement de l'article 27, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques, eu égard à la formulation de ce courrier ainsi qu'à l'absence de tout élément faisant apparaître que l'agent signataire bénéficie d'une délégation lui donnant compétence pour prendre une décision au nom de la Commission, ou doit-il être regardé comme une telle décision, exprimant la position définitive de la Commission européenne ?

2°) dans l'hypothèse où le courrier du 27 novembre 2019 devrait être regardé comme un acte préparatoire à la décision par laquelle la Commission européenne détermine si une mesure provisoire d'un Etat membre est ou non justifiée sur le fondement de l'article 27, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1223/2009, le juge national, quand il est saisi de la légalité d'une mesure provisoire prise par une autorité nationale sur le fondement du paragraphe 1 de cet article, peut-il, dans l'attente que la Commission européenne prenne sa décision, statuer sur la conformité de cette mesure provisoire à cet article et, en cas de réponse affirmative, dans quelle mesure et sur quels points, ou doit-il, tant que la Commission ne l'a pas déclarée injustifiée, tenir la mesure provisoire pour conforme à cet article ?

3°) en cas de réponse affirmative à la question précédente, l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009 doit-il être interprété en ce sens qu'il permet de prendre des mesures provisoires s'appliquant à une catégorie de produits contenant une même substance ?

4°) dans l'hypothèse où le courrier du 27 novembre 2019 devrait être regardé comme une décision exprimant la position définitive de la Commission européenne sur la mesure provisoire en cause, la validité de cette décision peut-elle être contestée devant le juge national, bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'un recours en annulation sur le fondement de l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, eu égard à la circonstance que la formulation de ce courrier laissait penser qu'il ne s'agissait que d'un acte préparatoire et que l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, destinataire de ce courrier, y avait répondu en exprimant son désaccord et en indiquant qu'elle maintenait sa mesure provisoire jusqu'à ce que la Commission européenne se prononce définitivement, laquelle n'a pas elle-même répondu ?

5°) en cas de réponse affirmative à la question précédente, le courrier du 27 novembre 2019 a-t-il été signé par un agent disposant d'une délégation lui donnant compétence pour prendre la décision au nom de la Commission et est-il valide en ce qu'il se fonde sur ce que le mécanisme de clause de sauvegarde prévu à cet article « vise des mesures individuelles concernant des produits cosmétiques mis à disposition sur le marché et non des mesures de portée générale qui s'appliquent à une catégorie de produits contenant une certaine substance », eu égard à l'interprétation qu'il convient de retenir des dispositions de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009, combinées à celles de son article 31 ?

6°) en cas de réponse affirmative à la question précédente, ou si le courrier du 27 novembre 2019 ne peut plus être contesté à l'occasion du présent litige, la mesure provisoire prise sur le fondement de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009 doit-elle être considérée comme

contraire à ce règlement dès son origine ou seulement à compter de la notification de ce courrier à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, ou encore à compter d'un délai raisonnable courant à compter de cette notification, destiné à permettre son abrogation, compte tenu également de l'incertitude s'attachant à la portée de ce courrier et de ce que la Commission n'a pas répondu à l'agence qui indiquait « maintenir, à titre conservatoire, sa décision du 13 mars 2019, dans l'attente de la décision de la Commission prise conformément aux dispositions de l'article 27 du règlement (CE) n° 1223/2009 »?

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la fédération des entreprises de la beauté, à l'Agence nationale pour la sécurité du médicament et des produits de santé et au président de la Cour de justice de l'Union européenne.

Copie en sera adressée au Premier ministre.

Délibéré à l'issue de la séance du 14 décembre 2020 où siégeaient : M. Rémy Schwartz, président adjoint de la Section du Contentieux, président ; Mme Pascale Fombeur, Mme Maud Vialettes, présidentes de chambre ; Mme Gaëlle Dumortier, Mme Carine Soulay, Mme Fabienne Lambolez, M. Jean-Luc Nevache, Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson, Conseillers d'Etat et Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, maître des requêtes-rapporteure.

Rendu le 23 décembre 2020.

Le président :

Signé : M. Rémy Schwartz

La République mande et ordonne au Secrétariat général du Gouvernement en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Pour le secrétaire du contentieux, par délégation :

