



HAL
open science

Le droit de l'Union européenne des OGM: entre harmonisation et renationalisation

Estelle Brosset

► **To cite this version:**

Estelle Brosset. Le droit de l'Union européenne des OGM: entre harmonisation et renationalisation. Brosset (E.) (Dir.). Droit et biotechnologies, Les études hospitalières, pp. 41-75, 2012. hal-00871974

HAL Id: hal-00871974

<https://hal.science/hal-00871974v1>

Submitted on 11 Oct 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit de l'Union européenne des OGM : entre harmonisation et re-nationalisation

Estelle BROSSET

Maître de conférences en droit public
Chaire Jean Monnet « Droit européen et santé »
Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires
Université Aix Marseille

Le droit de l'Union européenne des OGM se situe incontestablement au milieu du gué. Deux courants contraires peuvent l'emporter, celui de l'harmonisation et celui de la renationalisation...

L'harmonisation des règles nationales qui constitue « *l'essence même de l'action normative communautaire* »¹ a connu, en la matière, un développement spectaculaire, d'autant plus spectaculaire que l'Union pénètre là, de manière « *rampante* »² et par le recours à des bases juridiques « *passé-partout* »³, un domaine, a priori très éloigné de ses compétences, celui du vivant. Il faut dire que, face à la globalité des risques et à l'interdépendance de fait, « *les limites du relativisme* »⁴ sont d'emblée apparues et ont motivé l'action communautaire. Cependant, et d'une manière quelque peu paradoxale, la figure « *de l'universalisme relativisé* »⁵ est, en la matière, tout aussi forte. En effet, contrairement à ce que les principes structurels du droit de l'Union impliquent, en particulier celui de coopération loyale des Etats membres, les résistances de la part des systèmes juridiques nationaux à l'égard de cette « *globalisation juridique* »⁶ et les tentatives de « *différenciation* »⁷ ou de « *renationalisation* » ont été nombreuses et tenaces. Certes, parfois, la différenciation est compatible avec l'harmonisation lorsque les mesures nationales, de nature exceptionnelle, sont prises sur la base de mécanismes prévus par le droit de l'Union. Toutefois, en la matière, les droits étatiques sont souvent « *buissonniers* »⁸, en rupture, souvent durable, avec la légalité communautaire, toute la question étant de savoir si ces différences qui s'accumulent ne viennent pas ou ne viendront pas faire échec au but de l'harmonisation elle-même.

¹ LÉGER (P.) (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing and Lichtenhahn, Dalloz et Bruylant, 2000, p. 902.

² JACQUE (J-P.), La communautarisation des politiques nationales, *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 34.

³ C'est le cas, notamment, de l'article 114 TFUE qui autorise l'adoption de règles de droit dérivé visant au rapprochement des dispositions nationales divergentes qui ont « *pour objet l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ». Parce que c'est le lien du domaine avec le marché intérieur qui justifie l'harmonisation et parce que la notion de « *marché intérieur* » est particulièrement large, il n'est pas surprenant que cet article ait permis d'élargir les domaines soumis à harmonisation. Certes, l'utilisation de cette base juridique n'est pas inconditionnée. La Cour a récemment insisté sur le fait que la Communauté ne disposait pas, sur cette base, « *d'une compétence générale pour réglementer le marché intérieur* ». La compétence n'apparaît que lorsque l'on a prouvé l'existence d'entraves ou de risques d'entraves qui affectent « *effectivement* » le marché intérieur. CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* p. I-8419, point 83 et 84.

⁴ DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel, les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004, p. 219 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 406.

⁶ AUBY (J-B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003, p. 30.

⁷ Nous empruntons cette expression à VOS (E.), *Differentiation, Harmonisation and Governance in DE WITTE (B.), HANF (D.) et VOS (E.) (Ed.), The many faces of differentiation in EU law*, Intersentia, 2001, pp. 145-179. Sa conclusion est pour le moins éloquent : « *will the European Union grow into a European Union ?* ».

⁸ ICARD (P.), Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ?, *RTDE*, 38 (3), juillet-septembre 2002, p. 491.

Pour comprendre donc le droit de l'Union en la matière, il faut donc revenir sur ces deux courants contraires et constater tour à tour la solidité de l'harmonisation (I) et la vivacité des tentatives de renationalisation (II).

I- La solidité de l'harmonisation

Au regard des nombreuses études d'ensemble du droit de l'Union européenne des OGM⁹, il n'est pas utile de faire ici une présentation exhaustive. Il s'agira ici plus modestement de faire apparaître la solidité de l'harmonisation en matière d'OGM, solidité formelle, solidité substantielle. Précoce, continue (A) l'harmonisation est aussi, en la matière particulièrement ambitieuse (B).

A- Une harmonisation précoce et continue

Le droit de l'Union européenne a précocement investi la question des OGM (1) et son action normative s'est déployée d'une manière continue (2).

I- Des directives anciennes : une harmonisation première

Les premiers textes d'harmonisation en la matière sont en effet plutôt anciens, en tous les cas au regard des autres interventions normatives, en droit national ou international. Alors même que la question des OGM ne faisait encore que l'objet de réflexions, au mieux de projets de recommandations internationales non contraignantes¹⁰ ou encore de modifications à la marge des législations nationales¹¹, la Communauté prenait une première initiative en la matière en adoptant une recommandation n° 82/472/CEE du Conseil du 30 juin 1982¹² concernant l'enregistrement des travaux relatifs à l'ADN recombinant¹³. En juillet 1985, le Comité Interservice de Réglementation de la biotechnologie (BRIC) était constitué en vue d'évaluer les besoins en matière de législation communautaire dans ce domaine¹⁴. À la lumière des diverses études menées, la Commission concluait à « *la nécessité de mettre en place d'urgence un cadre législatif communautaire* »¹⁵. Il faut dire que la Commission a très vite pris conscience que, dans un domaine où les controverses

⁹ Voir pour une étude plus exhaustive : BROSSET (E.), *Biotechnologie et droit communautaire : le génie génétique*, Thèse dactylographiée, 2003, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 809 p.

¹⁰ Recommandations de l'OCDE dites « *considérations sur la sécurité sur l'ADN recombiné* » consignées dans le rapport *Considérations de sécurité sur l'ADN recombiné* (1986) et affinées ces dernières années dans *Considérations de sécurité en biotechnologies* (1992) puis *Considérations de sécurité relatives à la biotechnologie : passage à l'échelle supérieure des plantes cultivées* (1993).

¹¹ La seule intervention du législateur français concernait la question de la production industrielle de micro-organismes recombinés. Cette production avait été soumise, par un décret n° 85-822 du 30 juillet 1985, à la loi relative aux installations classées. Selon le décret, les installations « *mettant en jeu des microorganismes pathogènes et des manipulations virologiques et micro-biologiques, des procédés biochimiques et des recombinaisons génétiques* »¹¹ devaient être soumises à autorisation¹¹.

¹² JOCE n° L 213, 21/07/1982, pp. 15-16.

¹³ Ce texte recommandait aux États membres d'adopter les dispositions législatives, réglementaires et administratives afin que tout laboratoire désireux de mettre en œuvre des projets impliquant des recombinaisons in vitro d'ADN en fasse déclaration à l'autorité nationale ou régionale compétente.

¹⁴ Voir la communication de la Commission au Conseil : « *Un cadre communautaire pour la réglementation des biotechnologies* », COM (85)573 final, Bruxelles, 4 novembre 1986, non publié au JOCE. Les États membres ont été priés d'informer les services de la Commission des activités et des intentions de leur pays en matière de réglementation. De leur côté, les services spécialisés de la Commission ont entrepris une vaste consultation notamment auprès des industriels concernés et des groupes de défense de la nature.

¹⁵ COM (85) 573 final, point 12.

scientifiques sont vives, les risques sont importants que les traitements juridiques du risque lié aux produits biotechnologiques soient variables. Or, une telle situation risquait d'affecter directement le fonctionnement du marché intérieur¹⁶ ce qui, ajouté aux objectifs de protection de la santé humaine et de l'environnement, nécessitait une harmonisation. En conséquence, elle présentait, le 16 mai 1988, deux propositions de directives du Conseil concernant respectivement l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés (MGM)¹⁷ et la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement¹⁸. Les deux directives ont été finalement adoptées le 23 avril 1990 sous le n° 90/219/CEE pour la première¹⁹ et sous le n° 90/220/CEE pour la seconde²⁰. Ces deux directives constituent, avec une troisième directive du 26 novembre 1990²¹ dédiée à la protection des travailleurs exposés aux agents biologiques génétiquement modifiés ou non, le fondement de la réglementation dans cette matière²².

2- Les multiples compléments des directives : un secteur densément harmonisé

Plus que d'être précoce, le droit communautaire s'est montré particulièrement disert dans ce domaine. D'abord, ces deux textes doivent être lus désormais au regard de deux nouvelles directives : la directive 98/81/CE²³ qui a modifié la directive 90/219/CEE sur l'utilisation confinée des MGM et la directive 2001/18/CE²⁴ qui a abrogé la directive 90/220/CEE. Surtout, les deux directives horizontales ont été complétées par des textes sectoriels. Dès le stade initial, il est « *apparu qu'une législation horizontale ne saurait s'avérer suffisante pour satisfaire les besoins de réglementation émanant de secteurs économiques aussi divers que ceux dans lesquels la biotechnologie trouve ses applications. Le besoin d'intégrer les aspects relatifs à la biotechnologie dans une législation adaptée aux différents types de produits était toujours présent* »²⁵. L'insuffisance des directives de base était d'ailleurs accentuée par les limites relatives à leur champ d'application. Rappelons en effet que les directives de base ne s'intéressent qu'aux organismes vivants susceptibles de se reproduire dans l'environnement et non aux produits dérivés de ces organismes vivants ce qui pouvait se révéler problématique du point de vue de la sécurité et de l'information des consommateurs ou des patients. Il fut donc décidé de faire reposer la législation communautaire sur deux volets : un volet horizontal dont la vocation est de constituer une sorte de « *filet de sécurité* » pour les produits ne faisant pas l'objet d'une législation spécifique et un volet

¹⁶ Force est de constater que la presque quasi-totalité des textes intéressant les produits biotechnologiques a été fondée sur l'article 114 TFUE qui permet prendre des mesures de rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives de Etats membres ayant « *pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* ».

¹⁷ COM (88) 160 final, part 1-SYN 131, JOCE n° C 198 du 28/07/1988, p. 9.

¹⁸ COM (88) 160 final, part 2-SYN 131, JOCE n° C 198 du 28/07/1988, p. 19.

¹⁹ Directive 90/219/CEE du Conseil du 23 avril 1990, relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, JOCE n° L 117, 8/05/1990, pp. 1-14.

²⁰ Directive 90/220/CEE du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement, JOCE n° L 117, 8/05/1990, pp. 15-27.

²¹ JOCE n° L 374, 31/12/1990, pp. 1-12.

²² L'ensemble de ces modifications a fait l'objet d'une codification : voir la directive 2000/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail, JOCE n° L 262 du 17/10/2000 pp. 21-45.

²³ Directive 98/81/CE du Conseil du 26 octobre 1998 modifiant la directive 90/219/CEE relative à l'utilisation confinée de microorganismes génétiquement modifiés, JOCE n° L 330 du 5/12/1998, p. 13-31.

²⁴ Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, JOCE, n° L 106 du 17/04/2001, p. 1-39.

²⁵ COZIGOU (G.), Un nouveau cadre juridique pour les applications biotechnologiques dans le secteur alimentaire : le règlement « *nouveaux aliments* », *RMUE*, 2/1997, pp. 71-72.

vertical permettant non seulement de satisfaire plus efficacement les besoins propres à chaque domaine mais également de couvrir l'ensemble des produits biotechnologiques y compris les produits dérivés d'OGM. Ces deux volets devaient s'articuler grâce au principe dit « une porte, une clef » selon lequel les produits contenant des OGM ou constitués à partir de tels organismes devaient être commercialisés au terme d'une seule procédure d'évaluation et de notification. L'évaluation d'un produit mis sur le marché suivant la procédure prévue par la directive ne devait donc pas être répétée dans le cadre du volet vertical. En sens inverse, les évaluations sectorielles ne devront pas être complétées par une évaluation prévue par la législation horizontale ou par une autre évaluation sectorielle si le produit était concerné par deux législations. En bref, il n'y aura qu'une évaluation globale et unique. C'est l'article 10 de la directive 90/220/CEE qui consacre et organise un tel principe. Il prévoit en effet de remplacer l'évaluation des risques prévue par la directive 90/220/CE dans le cadre des mises sur le marché par celle prévue par une législation sur tels ou tels produits dès lors que cette dernière est « *analogue* » à celle que la directive instaure. La directive du 12 mars 2001 reprend une telle idée qu'elle complète : selon son article 12, la procédure standard d'autorisation prévue par la directive ne s'applique pas aux OGM en tant que produits ou éléments de produits « *dans la mesure où ils sont autorisés par une législation communautaire qui prévoit une évaluation spécifique des risques pour l'environnement (...) et des exigences en matière de gestion de risques, d'étiquetage, de surveillance, le cas échéant d'information du public et de clause de sauvegarde au moins équivalentes à celles contenues dans la présente directive* »²⁶.

Sur ce fondement, une sectorialisation s'est ainsi progressivement mise en place avec l'adoption d'une série de réglementations verticales dont le nombre a sans cesse grossi grossit, bien que de manière lente²⁷ et désordonnée²⁸. Certaines réglementations préexistaient à la directive OGM et ont simplement été modifiées pour en importer les principales dispositions. Tel est le cas pour les OGM destinés à des fins pharmaceutiques²⁹ ou les variétés végétales génétiquement modifiées³⁰. D'autres réglementations ont été instituées *ex nihilo*, comme les règlements relatifs aux

²⁶ Le paragraphe 3 de l'article 12 a d'ailleurs prévu l'élaboration prochaine d'un règlement spécifique devant intégrer l'ensemble des exigences de la directive en terme d'évaluation des risques, de gestion des risques, d'étiquetage, de surveillance, d'information du public et de clause de sauvegarde pour faciliter une telle intégration.

²⁷ Pour exemple, la directive 98/95/CE sur les semences génétiquement modifiées a été proposée en 1993 (COM (1993)0598 du 26/11/1993, JOCE n° C 29, 31/01/94, p. 1) et n'a été adoptée qu'en 1998. Le règlement « nouveaux aliments » adopté en 1997 est issu d'une longue procédure débutée en 1992 avec la première proposition de la Commission : COM(1992)0295 du 07/07/1992, JOCE n° C 190, 29/07/1992, p. 3.

²⁸ Ainsi, pendant un temps, si l'on trouvait un instrument sur les aliments et ingrédients alimentaires pour les personnes (Voir le règlement n° 258/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires), on ne trouvait pas de textes spécifiques relatifs aux aliments pour animaux génétiquement modifiés.

²⁹ Règlement n° 2309/93/CEE, 22 juill. 1993, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments : JOCE n° L 214, 24 août 1993, p. 1, remplacé par le Règlement n° 726/2004/CE du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (JO L 136 du 30 avril 2004, p. 1).

³⁰ Directive 98/95/CE, 14 déc. 1998, modifiant les directives 66/400/CEE, 66/401/CEE, 66/402/CEE, 66/403/CEE, 69/208/CEE, 70/457/CEE et 70/458/CEE concernant la commercialisation des semences de betteraves, des semences de plantes fourragères, des semences de céréales, des plants de pommes de terre, des semences de plantes oléagineuses et à fibres et des semences de légumes ainsi que le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles : JOCE n° L 25, 1er févr. 1999, p. 1.

aliments OGM³¹. Au vu de ce « *chemin parcouru* », certains n'hésitent d'ailleurs pas à affirmer l'existence « *d'un droit communautaire de la biotechnologie* »³².

B- Une harmonisation ambitieuse

Dense, l'harmonisation est, en outre, matériellement, ambitieuse, tant s'agissant de son fondement, l'approche de précaution (1), que du point de vue de l'option de centralisation qui imprègne les mécanismes qu'elle établit (2).

1- L'approche de précaution, fondement de l'harmonisation

Il ne fait désormais plus de doute que l'approche de précaution irrigue l'harmonisation en la matière. L'option était pourtant loin d'être acquise d'avance. Certes, les réflexions sur ce sujet avaient démarré avec un appel d'une équipe de scientifiques américains présidée par le Professeur BERG lancé dès 1974 en faveur d'un moratoire pour certaines expériences de recombinaison in vitro considérées comme risquées. Toutefois, à la suite de cet appel, une conférence internationale fut organisée du 24 au 27 février 1975 au centre de conférence d'Asimolar en Californie qui s'acheva par l'adoption unanime de principes justifiant l'arrêt du moratoire et la définition de trois types d'expériences correspondant à des niveaux de risques faibles, modérés ou élevés et pour lesquels des mesures de biosécurité étaient précisées³³. Les premiers essais de réglementation ont prolongé cette approche de confiance. Aucun risque n'étant prouvé, les techniques de recombinaison génétique devaient bénéficier d'une présomption de non dangerosité. En conséquence, dans la majorité des Etats, « *le souci fut, avec quelques rares exceptions, de ne pas soumettre les biotechnologies à une réglementation spécifique mais des les intégrer au contraire au droit commun de la recherche et du développement* »³⁴. Logiquement, les premiers textes internationaux en la matière, les recommandations dites « *considérations sur la sécurité sur l'ADN recombiné* »³⁵ émises par l'OCDE en 1986 reprennent la même approche. Ainsi, « *tout en s'attachant à établir des lignes directrices destinées à garantir la sécurité des OGM, l'OCDE estimait que le risque potentiel présenté par ces derniers, s'il devait être évalué, ne justifiait pas la promulgation de lois nouvelles. OGM et organismes obtenus par des méthodes classiques pouvaient donc être réglementés sur le fondement des mêmes textes* »³⁶.

³¹ Règlement n° 258/97/CE du 27 janvier 1997, relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires : JOCE n° L 43, 14 févr. 1997, p. 1. modifié par le règlement. n° 1829/2003/CE concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, JOCE n° L 268, 18/10/2003, p. 1.

³² BERGE (J.-S.), Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie, *RTDE*, 38 (4), oct.-déc. 2002, p. 651.

³³ KOURILSKY (P.), Les manipulations génétiques in vitro, compte-rendu de la Conférence de Pacific Grove, 1975, *Biochimie*, n° 2 et 3, p. 57.

³⁴ NOIVILLE (C.), *Ressources génétiques et droit, essai sur le régime juridique des ressources génétiques marines*, Institut du Droit Economique de la Mer, Pedone, 1997, pp. 33-34.

³⁵ Elles sont consignées dans le rapport *Considérations de sécurité sur l'ADN recombiné* (1986) et ont été affinées ces dernières années dans *Considérations de sécurité en biotechnologies* (1992) puis *Considérations de sécurité relatives à la biotechnologie : passage à l'échelle supérieure des plantes cultivées* (1993).

³⁶ NOIVILLE (C.), *Ressources génétiques et droit, essai sur le régime juridique des ressources génétiques marines*, op. cit., p. 57.

C'est donc contre toute attente que les deux directives furent adoptées dans le courant de l'année 1990. En effet, dans ces textes, l'inversion est totale, quasi « révolutionnaire »³⁷. L'incertitude est désormais appréhendée comme une présomption de dangerosité qui implique la mise en place d'un encadrement spécifique et contraignant dans l'attente d'une preuve de l'innocuité du produit en cause. « *Au seul motif que les biotechnologies sont des techniques nouvelles et que toute technique nouvelle engendre sinon un risque certain du moins une incertitude scientifique (...), la prudence est obligatoire tant que l'innocuité des OGM n'a pas été démontrée* »³⁸. Or, cette prise en compte de l'incertitude scientifique comme donnée essentielle et ce refus d'assimiler incertitude et innocuité constitue l'une des premières applications concrètes d'un principe encore naissant, le principe de précaution. produit et non les caractéristiques finales du produit qui déclenche l'application des obligations. La Cour s'est d'ailleurs référée à un tel principe à propos de la directive 90/220/CEE. Interrogée par le Conseil d'Etat à propos de la procédure prévue pour la mise sur le marché d'un produit contenant ou consistant en un OGM et de la méconnaissance du principe de précaution³⁹, la Cour n'a pas refusé l'application d'un tel principe ; tout au contraire, elle s'est attachée à démontrer que le principe de précaution trouvait dans le système de la directive « *une expression suffisante* »⁴⁰. Depuis l'adoption de la directive 2001/18/CE, le législateur se réfère désormais explicitement à ce principe. D'abord, comme l'indique le considérant 8, « *il a été tenu compte (...) lors de la rédaction de la présente directive et il devra en être tenu compte lors de sa mise en œuvre* ». Une telle référence est en outre réitérée dans le corps du texte au sein des obligations générales⁴¹ : il est notamment prévu que « *les Etats membres veillent, conformément au principe de précaution, à ce que toutes les mesures appropriées soient prises afin d'éviter les effets négatifs sur la santé humaine et l'environnement (...)* »⁴². On trouve une formule identique dans le règlement concernant la traçabilité et l'étiquetage des OGM et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale produits à partir d'OGM⁴³.

³⁷ *Ibid.*, p. 204.

³⁸ *Ibid.*, p. 203.

³⁹ CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a et Ministère de l'agriculture et de la pêche e.a.* aff. C-6/99, *Rec.* p. I-01651. Voir par exemple, BERROD (F.), Notes sous l'arrêt de la CJCE, 21 mars 2000, *Europe*, mai 2000, p. 20 ou GALLOUX (C.), Notes sous l'arrêt du 21 mars 2000 in chronique « Droit des biotechnologies », *Le Dalloz*, 2001, n° 17, pp. 1358-1360. Pour appréhender clairement cet arrêt, il faut se référer à l'arrêt du Conseil d'Etat, 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*, *Rec. CE*, p. 343, *Juris-Data* n° 1998-973428. Voir REMOND-GOUILLOUD (M.), *Gaz. Pal.*, 22-23 janvier 1999, pp. 13-15, ROMI (R.) ; *LPA*, 16 août 1999, p. 12, HERMON (C.), *RJE* 4/1999, p. 561, GALLOUX (J.-C.), *Dalloz* 1999, *juris.*, p. 339, LEONE (J.), *LPA*, 18 août 1999, n° 164, pp. 12-16 et MALAFOSSE (J.), *JCP éd. G*, 1998, II, 1021. Saisi d'un recours en annulation contre un arrêté du 5 février 1998 par lequel le ministère de l'Agriculture inscrit au catalogue officiel des espèces de plantes cultivées en France dont les semences peuvent être commercialisées, plusieurs variétés de maïs génétiquement modifiés préalablement autorisées par la Commission européenne conformément aux dispositions de la directive 90/220/CEE, le Conseil d'Etat, contre l'avis du Commissaire du Gouvernement, accorde un sursis à statuer au requérant, en visant expressément le principe de précaution. Préalablement à la réponse au fond, le Conseil d'Etat estime nécessaire de poser deux questions préjudicielles à la CJCE. Pour la réponse de la CJCE voir supra, la note 53.

⁴⁰ Point 40 et s., aff. C-6/99.

⁴¹ Voir aussi l'article 1er, Directive 2001/18/CE qui souligne que « *conformément au principe de précaution, la présente directive vise à rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres et à protéger la santé humaine et l'environnement* ».

⁴² Article 4 paragraphe 1, Directive 2001/18/CE.

⁴³ Considérant 3, Règlement n° 1830/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant la traçabilité et l'étiquetage des OGM et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale produits à partir d'OGM, JOCE n° L 268, 18/10/2003, p. 24 : « *Des exigences de traçabilité applicables aux OGM devraient faciliter, d'une part, le retrait de produits au cas où seraient constatés des effets nuisibles imprévus sur la santé humaine, la santé animale ou l'environnement, y compris les écosystèmes, et, d'autre part, le ciblage de la surveillance des effets potentiels de ces organismes, en particulier sur l'environnement. La traçabilité devrait faciliter également la mise en œuvre de mesures de gestion des risques, conformément au principe de précaution* ».

On notera d'ailleurs que dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008⁴⁴, le Conseil constitutionnel a confirmé que la loi française du 25 juin 2008, qui transpose d'une manière littérale la directive, non seulement ne méconnaît pas le principe de précaution défini à l'article 5 de la Charte de l'environnement (dont il énonce à cette occasion qu'elle a pleine valeur constitutionnelle) mais s'avère propre à en garantir le respect par les autorités publiques⁴⁵. Remarquons au passage que le principe de précaution est ici appliqué à l'ensemble d'un mode de production et non pas seulement à des produits déterminés. « *Nous n'hésiterons pas à dire qu'il s'agit de la première application du fameux principe de précaution, non pas à un produit déterminé- tel le médicament-, ni à un problème particulier –tel l'effet de serre ou la couche d'ozone-, mais précisément à l'ensemble d'un mode de production, avant que le moindre dysfonctionnement ait pu être constaté* »⁴⁶. Pour preuve, la directive s'applique à l'ensemble des organismes qui « *ont été modifiés d'une manière qui ne se produit pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle* »⁴⁷. Le texte ne liste donc pas strictement les organismes ou produits qui doivent tomber dans son champ d'application, mais inclut tous les organismes ou produits obtenus par une technique particulière « *non naturelle* ». C'est définitivement la technique utilisée pour la fabrication du produit et non les caractéristiques finales du produit qui déclenche l'application des obligations.

Cette approche de précaution se heurte toutefois à la question délicate de son application et, en particulier, à celle de l'évaluation préalable des risques, évaluation à laquelle doit s'arrimer toutes mesures de précaution, en particulier les décisions éventuelles d'autorisation. Certes, les obligations en matière d'évaluation sont, depuis la directive 2001, largement détaillées, notamment dans les annexes de la directive⁴⁸ qui, non seulement, précisent les éléments sur lesquels doit porter l'évaluation, mais fournissent également un vade-mecum des méthodes pour effectuer une telle évaluation. En outre, la création de l'Autorité européenne de sécurité des aliments⁴⁹ a permis d'unifier les responsabilités en la matière et de préciser plus avant les principes de l'évaluation. Compétente naturellement pour évaluer les risques des OGM destinés à l'alimentation, y compris les semences, il est en effet prévu que l'autorité dispensera

⁴⁴ Voir les commentaires : BROSSET (E.), La Charte de l'environnement, le droit communautaire et le législateur devant le Conseil constitutionnel, *Revue de droit public* n°4-2009, pp. 1181-1215 ; DORD (O.), La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC !, *AJDA*, 8 septembre 2008, pp. 1614-1618 et LEVADE (A.), La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement, *La Semaine juridique. Edition générale*, 2008 (30), p. 37-42.

⁴⁵ Les moyens dont le Conseil était saisi ne portaient pas sur la question de l'*applicabilité* du principe de précaution. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a lui-même, en retenant ce grief, implicitement, jugé que les conditions de mise en œuvre du principe étaient réunies, à savoir que « *la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement* ». Ils portaient sur l'*application* de ce principe et plus particulièrement sur les modalités de contrôle du respect de ce principe. Le résultat est que si les autorités, en particulier le Parlement, disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer les mesures nécessaires qu'impose le respect du principe constitutionnel de précaution, cette marge reste limitée aux choix des moyens. Le Conseil doit ici, selon ses propres termes, non seulement « *s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution* », mais aussi qu'il « *a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* » (considérant 18).

⁴⁶ HERMITTE (M-A.) et NOIVILLE (C.), La dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement, une première application du principe de prudence, *RJE*, 3-1993, pp. 391-392.

⁴⁷ Article 1er, Directive 90/220/CEE.

⁴⁸ Annexe 2 et 3 de la directive.

⁴⁹ Règlement n° 178/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, JOCE n° L 31, 1-2-2002, p. 1.

également des conseils scientifiques sur les OGM non destinés à l'alimentation humaine/animale en relation avec la législation communautaire⁵⁰. Dans ce but, un groupe scientifique spécifiquement chargé des OGM⁵¹ a été créé. Toutefois, en dépit de ces éléments, les critiques sont nombreuses sur l'évaluation scientifique menée en la matière et sont sans aucun doute d'ailleurs à l'origine de bien des oppositions de plusieurs Etats membres. Dans des conclusions adoptées à l'unanimité le 4 décembre 2008, le Conseil avait demandé le renforcement de l'évaluation environnementale et du dispositif de surveillance. Le Conseil demande en particulier que soient pris en compte les effets potentiels des plantes génétiquement modifiées sur les environnements récepteurs, le recensement des zones géographiques de l'Union dans lesquelles ces plantes génétiquement modifiées pourraient être disséminés et le choix des techniques permettant d'évaluer les effets potentiels à long terme, y compris les méthodes expérimentales. Le Conseil a également réclamé une définition plus stricte des critères et des exigences requis pour l'évaluation des plantes génétiquement modifiées. Le Conseil a également exigé que soit réalisée et rendue publique une surveillance régulière et approfondie par les titulaires d'autorisations pour détecter les effets indésirables potentiels prévus par la Directive. Les activités de surveillance devaient être mises au point, les résultats transmis à la Commission et mis à la disposition du public. Le Conseil a également demandé à ce que soit présenté un rapport sur la mise en œuvre de la Directive, comprenant entre autres une évaluation des conséquences socio-économiques des disséminations volontaires et de la mise sur le marché des OGM, afin qu'un rapport puisse être présenté avant juin 2010. Enfin, le Conseil a souhaité une amélioration du fonctionnement de l'Autorité européenne de sécurité des aliments⁵². Après deux années de travail, l'Autorité Européenne de Sécurité Alimentaire a publié de nouvelles lignes directrices d'évaluation des impacts environnementaux liés aux plantes génétiquement modifiées.

2- L'option de la centralisation, principe de fonctionnement de l'harmonisation

L'ambition se manifeste également dans les mécanismes prévus par les textes d'harmonisation. L'étude exhaustive de ces mécanismes - autorisation préalable à l'utilisation confinée ou à la dissémination à des fins ou non de mise sur le marché d'OGM, information du public et étiquetage ou encore responsabilité civile en cas de dommages suscités par un OGM... - ne convient pas à cette brève étude⁵³ et le focus sera porté sur la procédure d'autorisation préalable à la dissémination à des fins de mise sur le marché d'un OGM ou d'un produit issu d'OGM. Il faut dire que cet aspect a longtemps constitué le mécanisme principal du régime de protection contre les risques suspectés dans ce domaine. Certes, il a été, depuis, complété par des mécanismes

⁵⁰ « Afin d'éviter de multiplier les évaluations scientifiques et les avis scientifiques correspondants sur les organismes génétiquement modifiés (OGM), l'Autorité doit aussi fournir des avis scientifiques sur des produits autres que les denrées alimentaires et les aliments pour animaux liés aux OGM définis par la directive 2001/18/CE(7), sans préjudice des procédures qui y sont prévues » : considérant 38, Règlement n° 178/2002/CE. Voir aussi l'article 22-5 c).

⁵¹ Article 28-4 d), Règlement n° 178/2002/CE.

⁵² Il a été précisé que les Etats membres pourraient renforcer leurs possibilités de donner leur avis sur les informations complémentaires fournies par le pétitionnaire; qu'un large réseau d'organismes scientifiques devait être mis en place; qu'il était indispensable que les sources potentielles de divergences entre avis scientifiques puissent être identifiées et discutées; qu'il était indispensable que les risques fassent l'objet d'une recherche systématique et indépendante, et que les chercheurs indépendants aient accès à tous les documents pertinents. Par ailleurs, alors que des conflits d'intérêts patents ont été révélés, une réforme des procédures d'expertise devrait être mise à l'ordre du jour.

⁵³ Pour une étude plus fine : BROSSET (E.), HERMITTE (M-A.) et NOIVILLE (C.), Organismes génétiquement modifiés, *Fascicule Jurisclasseurs Environnement*, Fasc 4100, 5, 2009 (15 août 2009).

d'information du public, notamment par le biais de l'étiquetage⁵⁴. Toutefois, obligation applicable semble-t-il y compris lorsque l'apport d'OGM est involontaire⁵⁵, l'autorisation constitue clairement le sésame en matière prévention contre les risques biotechnologiques ce qui justifie de s'y intéresser en priorité.

Dans un contexte d'incertitude scientifique, le contenu de la décision d'autorisation -de refus d'autorisation ou de suspension de cette même autorisation- pouvait difficilement être délimité. Les directives indiquent simplement que la décision doit être prise « après avis » ou « sur le fondement » des résultats de l'évaluation scientifique. Pour le reste, les autorités compétentes pour décider sont libres de déterminer le niveau de protection appropriée⁵⁶. Tout au contraire, il fallait distribuer clairement les responsabilités entre les différentes autorités compétentes s'agissant de l'octroi de l'autorisation et du suivi de celle-ci. Or, en la matière, force est d'admettre le caractère ambitieux de l'option retenue. Alors même qu'en matière environnementale, la décentralisation au profit des autorités nationales⁵⁷ est classique, le législateur a, afin de prévenir autant que possible les appréciations divergentes en matière de risques liés aux OGM et maintenir la réalité d'une libre circulation des produits, fait ici le choix d'introduire une forte dose de centralisation. Le principe est que les décisions d'autorisation de mise sur le marché (AMM) doivent être valide sur l'ensemble du territoire de l'Union et, en conséquence, une forte collaboration entre les autorités nationales et avec les institutions de l'Union devait être organisée.

Dans la directive 2001/18/CE, le schéma d'ensemble est le suivant. Dans les cas où l'autorité nationale estime que la mise sur le marché du produit peut s'effectuer dans les conditions prévues par la directive, elle doit transmettre à la Commission une synthèse du dossier de notification accompagnée de son rapport d'évaluation. La Commission doit distribuer ces éléments aux Etats membres qui peuvent, dans un délai de soixante jours, faire des observations ou émettre des objections motivées⁵⁸. Or, l'autorité nationale est liée par cette consultation. Ce n'est qu'en cas d'absence d'objections que l'autorité nationale conserve sa marge de manœuvre. En effet, en cas

⁵⁴ Notamment avec l'entrée en vigueur du règlement n° 1830/2003/CE du 22 septembre 2003 concernant la traçabilité et l'étiquetage des organismes génétiquement modifiés et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale produits à partir d'organismes génétiquement modifiés, JOCE n° L 268, 18/10/2003, p. 24.

⁵⁵ Voir l'affaire C-442/09, Heinz Bablok e.a. relative à un miel contaminé accidentellement par des traces de maïs MON 810 expérimenté à proximité de ruches. Dans cette affaire, M. Yves Bot, Avocat Général a rendu, le 9 février 2011, ses conclusions : il estime que la présence dans du miel de pollen issu d'un maïs GM, même incorporé de manière involontaire, fait que ce miel nécessite une autorisation avant d'être commercialisé. L'applicabilité de l'obligation d'autorisation ne saurait dépendre d'un critère subjectif tiré du caractère volontaire ou non de cette présence. Un tel critère subjectif irait à l'encontre de l'objectif de protection de la santé humaine et de l'environnement que poursuit le droit de l'Union dans la mesure où le risque que peut faire courir une denrée alimentaire génétiquement modifiée pour la santé humaine est indépendant du caractère conscient ou inconscient de l'introduction de la substance en cause. Et d'ajouter que les inconvénients et les difficultés pratiques que peut poser une telle exigence d'autorisation de mise sur le marché ne peuvent être compensés par l'introduction d'un seuil de tolérance permettant de dispenser un exploitant d'une telle autorisation lorsque les traces sont présentes en quantité infime.

⁵⁶ Voir dans la directive 90/220, l'article 6-2 relatif aux disséminations expérimentales et l'article 12-2 pour les mises sur le marché. Voir aussi l'article 6-5, Dir 2001/18 pour les disséminations expérimentales et l'article 15-2 et 15-3 pour les mises sur le marché.

⁵⁷ Voir pour exemple la directive n° 75/442 du Conseil du 15 juillet 1975 relative aux déchets, JOCE n° L 194 du 25/07/1975, pp. 39-41 modifiée par la directive 91/156 du 18 mars 1991, JOCE n° L 78 du 26/03/1991, pp. 32-37. Cette directive impose l'autorisation préalable de tout établissement ou entreprise qui effectue des opérations d'élimination ou de valorisation de déchets, à l'exception de ceux assurant eux-mêmes l'élimination de leurs propres déchets non dangereux sur les lieux de production et des établissements ou entreprises qui valorisent des déchets qui sont soumis à un simple enregistrement.

⁵⁸ Article 13-3, Directive 90/220/CEE et article 15-1, Directive 2001/18/CE.

d'objection, l'autorité nationale se voit dessaisie de sa compétence et une phase communautaire se déclenche⁵⁹. En cas d'objection émise par un Etat membre et maintenue, la décision revient en effet aux institutions communautaires. Le dessaisissement de l'autorité nationale visée par la notification est très net puisque la décision adoptée par les institutions s'impose à lui comme d'ailleurs aux autres Etats membres. En cas de décision positive, l'autorité compétente de l'Etat visé par la notification doit en effet simplement entériner une telle décision, la transmettre au notifiant et en informer les autres Etats membres⁶⁰. La Cour a d'ailleurs confirmé, dans un arrêt du 21 mars 2000⁶¹, la compétence liée des autorités nationales : selon la Cour, « *l'autorité compétente qui a transmis la demande, avec avis favorable, à la Commission, est tenue de délivrer le consentement écrit permettant la mise sur le marché du produit* »⁶². La décision d'autorisation ainsi obtenue possède une validité sur l'ensemble du territoire communautaire et « *constitue, pour l'ensemble des Etats membres, une obligation juridique contraignante bénéficiant de la primauté dont jouit le droit communautaire* »⁶³. Cette décision ne peut être contestée que⁶⁴ devant le juge de l'Union, d'ailleurs avec difficulté puisqu'il faudra prouver que la décision dont le destinataire est le titulaire de l'autorisation concerne néanmoins directement et individuellement des tiers⁶⁵-consommateur ou autre exploitant- également atteint « *en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire* »⁶⁶. Une récente tentative⁶⁷ du Département du Gers⁶⁸ de faire annuler une série de décisions d'autorisation de la Commission a confirmé que la voie était étroite puisque le juge a conclu à l'irrecevabilité du recours⁶⁹.

L'option de centralisation a d'ailleurs pris de l'ampleur. D'abord, dans les procédures verticales, la « centralisation » paraît souvent encore plus achevée. En effet, tout en reprenant la phase communautaire prévue dans la directive 2001/18/CE, elles suppriment souvent les phases nationales. En amont, les notification doivent être déposées auprès d'Agences communautaires

⁵⁹ Article 13.3, Directive 90/220/CEE et article 18, Directive 2001/18/CE.

⁶⁰ Article 13-4, Directive 220/90/CEE et article 15-3, Directive 2001/18/CE.

⁶¹ CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a et Ministère de l'agriculture et de la pêche e.a.* aff. C-6/99, Rec. p. I-01651.

⁶² Point 47, aff. C-6/99.

⁶³ THIEFFRY (P.), *Le contentieux naissant des OGM : précaution et mesures de sauvegarde*, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ Les recours nationaux ne sont pas impossibles mais plus indirects (et donc lents). En effet, pour agir en justice, un requérant devra d'abord demander aux autorités administratives le retrait de la mise sur le marché du produit OGM autorisé. Il devrait ensuite introduire contre la décision de refus de ces autorités un recours, à l'occasion duquel il pourrait demander au juge national de poser à la Cour une question préjudicielle d'invalidité de la décision première...

⁶⁵ Selon l'article 263 TFUE, le recours en annulation n'est ouvert aux personnes physiques et morales que « *contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous formes d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concerne directement et individuellement* ».

⁶⁶ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c/ Commission*, aff. 25/62, Rec. p. 199.

⁶⁷ TPI, Ordonnance du 11 avril 2011, *Département du Gers contre Commission européenne*, affaires jtes T-478, 479, 480, 481, 482 et 502-2010.

⁶⁸ Il importe de souligner qu'une entité régionale ou locale peut, dans la mesure où elle jouit de la personnalité juridique en vertu du droit national, former un recours au titre de l'article 263-4 TFUE (arrêts de la Cour du 10 avril 2003, *Commission/Nederlandse Antillen*, C-142/00 P, Rec. p. I-3483, point 59, et du 10 septembre 2009, *Commission/Ente per le Ville vesuviane et Ente per le Ville vesuviane/Commission*, C-445/07 P et C-455/07 P, Rec. p. I-7993, point 42).

⁶⁹ Le Tribunal a rappelé une jurisprudence constante : les personnes physiques ou morales ne sauraient uniquement se prévaloir, afin de démontrer qu'elles sont individuellement concernées par un acte de l'Union européenne, des conséquences de l'acte en cause sur la collectivité ou sur l'ensemble de leurs membres ce qui a été le cas pour le Département du Gers qui a argué des conséquences économiques et risques sanitaires pour l'ensemble du département sans d'ailleurs, selon le juge, toujours démontrer de façon suffisante ces potentiels effets...

compétentes ; en aval, la décision finale prise au niveau communautaire est portée à la connaissance de l'intéressé par la Commission et est directement applicable, aucune intervention des autorités nationales n'étant prévue *in fine*. Par exemple, dans le règlement n° 1829/2003/CE, si la demande d'autorisation est adressée à l'autorité compétente d'un État membre, elle est immédiatement transmise par cette dernière aux instances communautaires, l'évaluation des risques étant effectuée sous la responsabilité de l'Autorité européenne de sécurité des aliments, instituée par le règlement n° 178/2002/CE⁷⁰. Du même coup est supprimée la phase de consultation des autres autorités nationales, le travail d'évaluation revenant exclusivement à l'Autorité. Existe seulement une obligation d'informer, à la charge de l'Autorité, les autres États membres et la Commission dès que celle-ci reçoit une demande d'autorisation⁷¹. Dans un délai de trois mois suivant la réception de l'avis de l'Autorité, la décision finale concernant la demande est adoptée et elle est notifiée à l'intéressé sans même revenir devant l'autorité nationale ayant reçu initialement la demande. Ensuite, quelque soit la procédure utilisée, horizontale ou verticale, les changements récents dans la procédure dite de comitologie devraient encore accroître le centralisme. Depuis le début de l'harmonisation, les différents textes avaient retenu, pour l'adoption de la décision d'autorisation ou de rejet, la procédure de comitologie la plus lourde, celle dite du comité de réglementation⁷², qui favorisait nettement le comité des représentants des États membres et le Conseil. Certes, la Commission détenait le pouvoir d'initiative et c'est elle, si le Conseil ne parvenait pas à trouver un accord qui tranchait en dernière instance. Cependant, la marge de manœuvre de la Commission n'en demeurait pas moins étroitement délimitée puisque son pouvoir de décision n'était que subsidiaire, en particulier par rapport au Conseil dont il fallait attendre la position ou l'absence de position⁷³. Prenant acte du fait que l'adoption d'une décision (d'autorisation ou de rejet) se heurtait régulièrement à l'absence de majorité qualifiée au Conseil ce qui faisait systématiquement basculer la décision sur la Commission et allongeait considérablement le rythme d'autorisation⁷⁴, une réforme de la procédure a été entreprise et est entrée en vigueur le 1er mars 2011. Le nouveau règlement simplifie la procédure de comitologie : en cas d'avis défavorable du comité, l'étape de la consultation au Conseil est court-circuitée⁷⁵. Ne reste, dans les considérants

⁷⁰ Règlement n° 178/2002/CE, 28 janv. 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires : JOCE n° L 31, 1er févr. 2002, p. 1.

⁷¹ Articles 5-2 b et 17-2 b, Règlement n° 1829/2003/CE.

⁷² Voir la décision n° 1897/373/CEE fixant les modalités d'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission dite « décision comitologie » du 13 juillet 1987, JOCE n° L 197, 18/07/1987, pp. 33-35 remplacée par la décision n° 1999/468/CE du 28 juin 1999, JOCE n° L 184, 17/07/1999, pp. 23-26.

⁷³ Selon cette procédure, la Commission devait soumettre un projet de mesures à prendre à un comité composé des représentants des États membres. Ce comité devait émettre un avis à la majorité qualifiée sur la mesure proposée. La Commission arrêta cette mesure si elle était conforme à l'avis du comité. En cas d'avis négatif du comité ou en l'absence de vote de la part de celui-ci, la Commission ne pouvait adopter sa proposition et était au contraire dans l'obligation de soumettre sans tarder une proposition de mesure au Conseil qui statuait. Ce n'est que dans le cas où le Conseil n'avait pas statué dans un sens ou dans un autre, dans un délai de trois mois, à la majorité qualifiée que la Commission arrêta la mesure. Dans le cas où le Conseil rejette la proposition, la Commission n'a plus son mot à dire.

⁷⁴ Exemple récent, réunis le 29 juin 2010, les ministres européens de l'Agriculture n'ont pas réussi à dégager une majorité qualifiée, pour accepter ou refuser six demandes d'autorisation, pour l'alimentation humaine et animale, de maïs transgéniques, tous produisant un insecticide et tolérant des herbicides (les maïs concernés sont les suivants : Bt11 et Bt11xGA21 de Syngenta, 1507x59122 de Dow agrosience / Pioneer, et trois autres de Monsanto : 59122x1507xNK603, Mon88017xMon810 et Mon89034xNk603). L'absence de décision des ministres de l'Agriculture a débouché sur le renvoi à la décision finale à la Commission européenne.

⁷⁵ La nouvelle procédure est la suivante :

- Avis défavorable du Comité : la Commission n'a plus à s'adresser au Conseil. Elle peut éventuellement leur représenter dans une seconde délibération ou présenter un projet modifié. Toutefois, si l'avis est maintenu, elle ne peut pas en principe adopter le projet sauf exception ;

du règlement, que cette phrase : « *Le Parlement européen et le Conseil devraient être informés régulièrement et sans retard des travaux des comités* ». En outre, la procédure confère à la Commission une place de choix, puisque, même en cas d'avis défavorable du comité, si elle ne peut pas en principe adopter le projet, le dispositif ménage une respiration puisque la Commission peut s'écarter de l'avis « dans le cas où le fait de ne pas l'adopter dans un délai impératif entraînerait une importante perturbation des marchés ou un risque pour la sécurité ou la sûreté des personnes ou pour les intérêts financiers de l'Union ». Elle devra en ce cas impérativement informer des raisons de son choix.

L'oeuvre d'harmonisation doit toutefois s'articuler avec la volonté des Etats membres de conserver en la matière une marge d'appréciation, volonté qui, légitime, a toutefois pris, dans le domaine des OGM, une ampleur considérable, les tentatives de renationalisation étant particulièrement vivaces.

II- La vivacité des tentatives de renationalisation

La volonté des Etats membres de conserver une marge d'appréciation s'agissant des autorisations de culture et de mises sur le marché des OGM est l'autre constante depuis l'adoption des premières directives. Il faut dire que, en Europe, depuis les années 1990, le dossier des OGM a quitté « *le petit monde des spécialistes et des instances directement concernées pour aboutir à la situation actuelle marquée par une présence du débat dans plusieurs arènes* »⁷⁶. Plus que de provoquer le débat, ce thème a déclenché, dans l'opinion publique, une très forte « *anxiété* »⁷⁷. Le génie génétique a rapidement été transformé en « *menace nouvelle* » et l'homme identifié au personnage de « *Prométhée, définitivement déchaîné auquel la science confère des forces jamais encore connues* »⁷⁸. L'expression « OGM » est devenue un « *des mots-réflexes qui suscitent aussitôt l'ire et la peur du consommateur européen* »⁷⁹. Il n'est d'ailleurs pas anodin que soit fréquemment utilisée l'expression de « *manipulation génétique* »⁸⁰, laissant entendre, du même coup qu'il pourrait s'agir de prestidigitation ou de manoeuvre malhonnête. D'après le dernier sondage Eurobaromètre sur la question, publié en octobre 2010, 61% des Européens estiment que « l'alimentation OGM les rend mal à l'aise » et la même proportion (61%) sont en désaccord avec l'idée que le développement de l'alimentation OGM devrait être encouragé. Seulement 21% sont d'accords (contre 58% en désaccord) avec l'affirmation que "l'alimentation OGM est sûre pour les générations futures". Enfin, dans aucun des pays, une majorité des répondants n'est d'accord avec l'affirmation que la culture des OGM est bonne pour l'économie nationale. Les gouvernements nationaux ne pouvaient, dans cette situation, totalement abandonner la maîtrise de ce dossier.

- Absence d'avis : la Commission peut adopter ou non les mesures ;

- Avis favorable du Comité : la Commission adopte les mesures.

⁷⁶ CHEVASSUS-AU-LOUIS (B.) (Dir.), *OGM et agriculture : options pour l'action publique*, op. cit., p. 95.

⁷⁷ « *Le nouveau Narcisse est hanté non par la culpabilité mais par l'anxiété* » : LASCH (C.), *Le complexe de Narcisse*, R. LAFFONT, 1980 cité in GALLOUX (J-C.), *Transposition de la directive biotechnologie, Quel droit de la propriété industrielle pour le troisième millénaire ?* Actes du Colloque organisé par le centre P. Roubier, les 10-11 mai 2000, Lyon, Litec, 2001, p. 59.

⁷⁸ JONAS (H.), *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990.

⁷⁹ JEANCLOS (Y.), *La sécurité alimentaire à l'orée du XXI siècle*, *Annuaire français des relations internationales*, 2002, vol 3, p. 881.

⁸⁰ LANNOYE (P.) (Dir.), *Transgénique : le temps des manipulations*, Ed. Frison-Roche, Paris, 1998, 155 p.

La volonté des Etats de conserver la main s'est d'abord exprimée lors de la rédaction des textes d'harmonisation. En effet, on l'a vu, les différents textes ont clairement aménagé une marge de manœuvre au profit des Etats membres afin de leur permettre de faire valoir, individuellement ou collectivement (au sein du Conseil notamment), face à l'appréciation de la Commission, leur appréciation propre des risques suscités par de tels produits tant au stade de l'évaluation préalable à l'autorisation que de la délivrance ou encore du suivi de l'autorisation. Cette configuration explique d'ailleurs que la procédure d'autorisation « tourne au ralenti ». Rappelons que si le nombre d'OGM autorisés à l'alimentation humaine ou animale ou à l'importation n'est pas négligeable⁸¹, à ce jour, seuls deux OGM sont cultivés en Europe : le maïs 810 de l'américain Monsanto, et la pomme de terre Amflora du groupe allemand BASF. Elle s'est également exprimée au stade de l'application des obligations communautaires. À ce stade, la renationalisation peut tout à fait s'opérer dans le cadre du droit de l'Union et de l'harmonisation puisque des mécanismes de dérogation et sauvegarde y sont prévus et les tentatives dans le cadre de l'harmonisation ont été d'ailleurs nombreuses. Toutefois, elles se sont également exercées en dehors du cadre de l'harmonisation amenant logiquement à réfléchir à une modification, actuellement en cours, de celui-ci. Durables (A), les tentatives de renationalisation ont donc été au final efficaces (B).

A- Des tentatives de renationalisation durables

La re-nationalisation s'est d'abord opérée par l'activation des voies de dérogation et sauvegarde prévues par le droit de l'Union (1) ; elle a également pris la forme de pratiques clairement en dehors de la légalité européenne (2).

1- Les tentatives de renationalisation dans le cadre de l'harmonisation

Il existe plusieurs mécanismes de dérogation, prévus tantôt dans le traité, tantôt dans les textes de droit dérivé qui permettent aux Etats membres et à leurs citoyens de s'affranchir, soit de manière définitive, soit de manière provisoire, des dispositions communes, leur offrant en quelque sorte un « cheval de Troie »⁸² face à l'harmonisation. Ces deux types de mécanismes ont été, dans le domaine des OGM, activés.

a- Les dérogations issues du traité

Parce qu'il apparaissait inconcevable que le choix de l'harmonisation aboutisse à supprimer totalement la possibilité pour les Etats membres de défendre certains intérêts nationaux essentiels, en particulier ceux relatifs à la protection de la santé et de l'environnement, le Traité a introduit des mécanismes de « défense active »⁸³ qui ouvrent pour les Etats membres le droit in extremis de

⁸¹ Voir la base de données : <http://www.infogm.org/spip.php?rubrique445>. Pour des exemples récents, le 17 juin 2011, elle a officialisé l'autorisation de commercialisation pour deux PGM et le renouvellement d'autorisation d'une troisième. Ainsi, le coton GHB614 de Bayer, tolérant le glyphosate et le maïs 89034*88017 de Monsanto, produisant un insecticide contre la chrysome ainsi que tolérant le glyphosate, sont tous deux autorisés à l'importation et la transformation à destination de l'alimentation humaine et animale. De son côté, le maïs TC1507 de Pioneer, produisant un insecticide et tolérant des herbicides à base de glufosinate d'ammonium a vu son autorisation pour l'alimentation humaine et animale renouvelée.

⁸² LÉGER (P.) (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, op. cit., p. 931.

⁸³ LÉGER (P.) (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, op. cit., p. 930.

« *désobéir* »⁸⁴ à la réglementation communautaire. Les mécanismes de dérogation sont éminemment fonction de la base juridique choisie pour fonder l'harmonisation. Dans l'article 114 TFUE -base juridique des directives OGM- de tels mécanismes existent, même s'ils sont étroitement délimités⁸⁵ : il est en effet prévu que l'Etat peut maintenir ou introduire des dispositions nationales différentes de l'acte d'harmonisation.

Lorsque l'Etat souhaite « maintenir » des dispositions nationales différentes de l'acte d'harmonisation, il doit respecter les conditions énoncées à l'article 114-4 TFUE. D'abord, ses mesures nationales devront être « *justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 TFUE ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail* ». Il faut noter que le paragraphe n'admet comme motif que des exigences « *importantes* » se rapportant à ces raisons. En outre, les mesures nationales devront être « *justifiées* » par des exigences liées à ces domaines c'est-à-dire qu'elles devront présenter un lien de causalité avec l'objectif poursuivi et être apte à le réaliser. Certes, cette preuve ne semble pas acquise d'avance dans le domaine des OGM puisqu'elle est étroitement liée à la démonstration de l'existence de risques pour l'environnement ou la santé. Elle ne devrait pas être pourtant impossible puisque la Cour a montré qu'elle n'était pas hostile à la prise en compte de l'incertitude scientifique dans l'admission de dérogations⁸⁶. L'introduction de dispositions nationales différentes de l'acte d'harmonisation est, à la lecture du paragraphe 5 de l'article 114 TFUE, enserrée dans des conditions encore plus restrictives. D'abord, cette faculté ne porte que sur deux matières normatives, la protection de l'environnement ou du milieu de travail. Ensuite, deux autres conditions sont fixées. La mesure nationale introduite doit, d'abord, viser à résoudre « *un problème spécifique* » de l'Etat concerné « *qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation* ». Cette première condition pourrait être difficile à remplir dans le domaine des OGM puisqu'il sera plus délicat de prouver la spécificité du problème, les risques étant liés à la technique même et donc susceptibles de se retrouver dans n'importe quel environnement où l'OGM est disséminé. La seconde condition constitue un verrou encore plus fort. Il est prévu que la mesure devra être fondée « *sur des preuves scientifiques nouvelles* ». Or, même si la sévérité d'une telle condition doit être nuancée⁸⁷, il n'empêche qu'elle pourrait être problématique dans un domaine caractérisé par l'incertitude scientifique et par l'impossibilité de se fonder sur des « preuves » scientifiques qui plus est nouvelles.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant de constater que, dans le domaine des OGM, l'activation de ces mécanismes a été rare et souvent peu efficace. Le sort réservé au projet de loi adopté par le gouvernement du Land de Haute-Autriche tendant à interdire, pendant une durée de trois ans, la culture de semences et de matériel de multiplication génétiquement modifiés,

⁸⁴ *Ibid.*, p. 930.

⁸⁵ Certes, il apparaissait indispensable de prévoir un tel droit de réserve au profit des Etats membres. Toutefois, dans le même temps, le processus normatif de l'article 95 TCE, doit aboutir à une harmonisation complète et ce droit de réserve apparaît en conséquence contre-nature. Logiquement, les conditions prévues pour activer une telle voie demeurent globalement plutôt rigoureuses.

⁸⁶ CJCE, 20 mars 2003, *Danemark c/ Commission*, aff. C-3/00, JOCE, 10-5-2003, p. 1 dans lequel elle confirme que l'incertitude des risques ne constitue pas un obstacle à l'application de l'article : c'est tout au contraire du fait de « *l'incertitude inhérente à l'évaluation des risques* » que des évaluations divergentes de ces risques peuvent légitimement être effectuées et qu'elle peuvent justifier le maintien de dispositions nationales dérogatoires : pt 63.

⁸⁷ En effet, l'article 191-2 TFUE souligne que le principe de précaution doit fonder la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement ce qui implique qu'elle l'applique également lors du contrôle de toutes les dérogations intervenant dans ce domaine, y compris.

l'utilisation d'animaux transgéniques à des fins de reproduction ainsi que la dissémination d'animaux transgéniques, notamment à des fins de chasse et de pêche⁸⁸ en témoigne. Notifié le 13 mars 2003 à la Commission, ce projet de dispositions régionales était fondé, principalement, sur le fait que la question de la coexistence entre les méthodes de production agricole à OGM et sans OGM n'était pas entièrement résolue. L'interdiction était, plus spécifiquement, justifiée par certaines particularités de cette région (géographiquement réduite) et par l'importance de l'agriculture biologique⁸⁹. Sur la base de l'avis négatif rendu par l'Autorité de sécurité des aliments⁹⁰, la Commission avait, le 2 septembre 2003⁹¹, rejeté la demande autrichienne. L'interprétation retenue par l'Autorité et validée par la Commission était, en l'espèce, particulièrement rigoureuse. D'abord, la Commission estime que « *l'étude en substance apparaît davantage comme une validation des travaux antérieurs que comme un exposé d'éléments nouveaux mettant en évidence un problème particulier apparu après l'adoption de la directive* »⁹². Ainsi, même si la Commission semble prendre en compte le fait que dans un domaine incertain, plus qu'une « preuve » au sens strict du terme, des « informations » scientifiques suffisent à appuyer la mesure notifiée, elle paraît très exigeante à propos de la nouveauté de ces informations. La Commission ajoute que « *les inquiétudes de l'Autriche quant à la coexistence s'apparentent davantage à un problème socio-économique qu'à la protection de l'environnement ou du milieu de travail* »⁹³. Ici, l'appréhension est aussi limitative. Si la coexistence est d'abord destinée à donner aux agriculteurs la capacité d'effectuer un libre choix entre des cultures OGM et des cultures conventionnelles, elle a aussi pour but de réduire le mélange de produits agricoles génétiquement et non génétiquement modifiés. Or, qu'est-ce sinon un objectif de protection de l'environnement ? Enfin, la Commission souligne que les caractéristiques spécifiques avancées ne sont absolument pas propres à cette région et qu'ils en existent dans tous les États membres⁹⁴. Un tel refus est là encore plutôt surprenant puisque la Commission a, par le passé, souvent jugé qu'il n'était pas réhibitoire de retrouver ce problème dans d'autres États⁹⁵. Il n'est pas étonnant que l'Autriche ait souhaité, dans ce contexte, obtenir l'avis de la juridiction communautaire. Dans son arrêt du 5 octobre 2005, le Tribunal de première instance s'est pourtant rallié à la Commission et à son interprétation restrictive de cette clause de dérogation⁹⁶. Il souligne en effet que la spécificité du Land au regard de l'Autriche et des autres États membres n'est pas établie et que l'absence de cette condition suffit au Tribunal pour rejeter le

⁸⁸ Loi régionale interdisant la culture de semences et de plants génétiquement modifiés et l'utilisation d'animaux transgéniques à des fins d'élevage, ainsi que l'introduction dans l'environnement d'animaux transgéniques à des fins de chasse et de pêche essentiellement (loi de la province de Haute-Autriche de 2002 interdisant le génie génétique).

⁸⁹ Voir l'étude de W. Müller : « *GM-free areas of farming: conception and analysis of scenarios and steps for realisation* », 28 avril 2002 (étude réalisée au nom du ministère de l'environnement de la province de Haute-Autriche et du ministère fédéral de la sécurité sociale et des générations).

⁹⁰ Voir l'opinion du groupe scientifique sur les OGM en réponse à une question de la Commission relative à la notification autrichienne de sa législation nationale concernant les OGM en référence à l'article 95, paragraphe 5, du traité, *The EFSA Journal* (2003) 1, 1-5.

⁹¹ Décision n° 2003/653/CE de la Commission du 2 septembre 2003 relative aux dispositions nationales interdisant l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés dans la province de Haute-Autriche en vertu des dispositions de l'article 95, paragraphe 5, du traité CE, JOCE n° L 230 du 16/09/2003 pp. 34-43.

⁹² § 65, Décision n° 2003/653.

⁹³ § 68, Décision n° 2003/653.

⁹⁴ § 70, Décision n° 2003/653.

⁹⁵ La Commission a déjà autorisé l'usage de dérogations simultanées dans plusieurs pays, en l'espèce l'interdiction de l'usage du pentachlorophénol par l'Allemagne et le Danemark puis par les Pays-Bas.

⁹⁶ TPI, 5 octobre 2005, Land Oberösterreich / Commission, affaire T- 235/04 et T- 366/03, JOCE n° 296 du 26.11.2005, p. 22.

recours également sur ce point⁹⁷. La position du Tribunal été confirmée par la Cour de Justice des Communautés européennes⁹⁸. Au-delà de la validation de la régularité de la procédure suivie par la Commission⁹⁹, sur le fond, la Cour confirme le raisonnement du Tribunal, à savoir que l'Autriche s'est bornée à souligner la petite taille des exploitations agricoles ainsi que l'importance de l'agriculture biologique dans le Land, sans établir que le territoire de ce Land contenait des écosystèmes particuliers ou exceptionnels, nécessitant une évaluation des risques distincte de celles menées pour l'Autriche dans son ensemble ou pour d'autres régions similaires d'Europe. La démonstration de l'existence, sur le territoire du Land Oberösterreich, d'un problème spécifique était donc incomplète. La Cour en déduit, confirmant la nature cumulative des conditions, que c'est à bon droit que le Tribunal, après avoir considéré que cette condition n'était pas remplie, a rejeté les recours sans rechercher si les autres conditions étaient réunies.

En réaction à la rigueur de l'interprétation de l'article 114-4 TFUE, il n'est pas surprenant que les Etats aient recherché d'autres voies de dérogation dans le traité. Le contentieux de la Pologne face à la Commission¹⁰⁰ en est l'illustration. Déclenchée par l'adoption d'une loi polonaise prévoyant l'interdiction de mise sur le marché polonais des semences de variétés génétiquement modifiées, l'affaire était inédite puisqu'après avoir argumenté sur les risques pour l'environnement et la santé de la commercialisation des OGM, le gouvernement polonais avait centré sa défense, face au grief de manquement de la Commission, sur les considérations d'ordre éthique et de moralité publique qui, selon lui, étaient réellement à l'origine de l'adoption de la législation nationale. « *Une conception chrétienne de la vie [...] s'oppose à ce que des organismes vivants créés par Dieu soient manipulés et transformés en matériaux objets de droits de propriété industrielle, une conception chrétienne et humaniste du progrès et du développement [...] commande un respect du projet de la création ainsi que la recherche d'une harmonie entre l'homme et la nature et, enfin, [...] la réduction d'organismes vivants au rang de produits à de pures fins commerciales [est] notamment susceptible de miner les fondements de la sociétés* »¹⁰¹. Or, selon lui, les mécanismes du traité permettaient à de fonder une dérogation sur de telles considérations. Le raisonnement du gouvernement était le suivant. Incontestablement, les finalités des directives en cause, les directives OGM (protection de la santé publique et de l'environnement, libre circulation des produits) et celles de la législation nationale contestée (respect de considérations religieuses et éthiques et de la moralité publique) étaient différentes. Aussi, devait-on considérer que les dispositions nationales étaient extérieures au champ d'application des directives visées et celles-ci ne devaient donc en aucune manière être appréciées au regard de ces directives, mais directement à

⁹⁷ À noter les requérants contestaient aussi l'absence de débat contradictoire à la suite de l'avis de l'EFSA. Le juge suit un raisonnement par analogie : le paragraphe 4 de l'article 95 CE concerne les mesures nationales prises avant harmonisation, mais il participe de la même logique que le paragraphe 5. Or, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur l'absence de nécessité de prévoir un débat contradictoire dans ce cadre (CJCE, 20 mars 2003, aff. C-3/00, Danemark c/ Commission). L'initiative de la procédure appartenant en effet aux États, ils ont l'occasion de faire valoir leur point de vue lors de la notification de la décision nationale litigieuse, le principe de contradictoire a donc été respecté, même si l'on peut s'interroger tout de même sur l'absence de possibilité de réponse à l'avis de l'EFSA.

⁹⁸ CJCE, 13 septembre 2007, Affaires jointes C-439/05 P et C-454/05 P, Rec. p. I-07141.

⁹⁹ La Cour insiste sur deux points : 1) La décision de la Commission n'est prise qu'en réaction à l'initiative de l'État membre qui a tout loisir de s'exprimer sur les dispositions nationales dont il demande l'introduction ; 2) De plus, les auteurs du traité ont voulu que, tant dans l'intérêt de l'État membre notifiant que dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché intérieur, la procédure prévue à cet article soit conclue rapidement. Or, cet objectif serait difficilement conciliable avec une exigence qui imposerait des échanges prolongés d'informations et d'arguments...

¹⁰⁰ CJCE, 16 juillet 2009, *Pologne c/ Commission*, aff. C-165/08.

¹⁰¹ Arrêt, pt 31.

l'aune du traité et du principe fondamental de libre circulation des marchandises. Or, dans ce cas et en invoquant les célèbres exceptions prévues par l'article 36 TFUE et notamment le motif de la moralité publique, la Pologne aurait pu légitimement imposer par sa législation nationale des interdictions et/ou restrictions quant à la commercialisation des produits OGM¹⁰². Interrogée sur cette possibilité de déroger en se fondant directement sur l'article 36 TFUE et donc sur des motifs bien plus variés que ceux de l'article 114 TFUE, la Cour ne répond qu'à moitié. Elle estime en effet, qu'en tout état de cause, l'essentiel est d'abord de vérifier que la législation nationale poursuit effectivement les objectifs avancés de protection de la moralité publique ce que la Pologne n'a pas fait correctement. En effet, la Pologne, à travers son argumentation, s'était contentée d'une simple présomption générale que les Polonais accordaient une importance particulière aux valeurs religieuses (catholiques) et que l'attachement à ces valeurs avait déterminé le vote de la majorité parlementaire. Or, la Cour affirme très nettement que de telles présomptions générales ne sont pas suffisantes pour établir le fait que des considérations religieuses et éthiques sont à l'origine de telles dispositions nationales, d'autant plus que la Pologne n'avait pas soutenu cette thèse d'une manière cohérente et solide lors des phases précontentieuse et contentieuse¹⁰³. Elle condamne sur ce seul fondement la Pologne. Reste toutefois une interrogation que la Cour n'a pas levée et qui pourrait, pour l'avenir, réapparaître : les législations dérogatoires poursuivant de tels objectifs, éthiques, religieux, relèvent-elles du champ d'application de la directive, qui, dans son considérant 9, énonce que « *les États membres peuvent prendre en considération des aspects éthiques lorsque des OGM sont volontairement disséminés ou mis sur le marché* » ou doivent-elles être appréciées au regard de l'article 36 TFUE ? L'article 36 est-il en ce cas une voie de dérogation possible, alors même que l'harmonisation dans le domaine des OGM paraît bien exhaustive ? La question devrait rebondir puisque la Commission européenne a décidé, à nouveau, de poursuivre la Pologne devant la Cour pour manquement au règlement n° 1829/2003 du fait de l'adoption d'une loi relative à l'alimentation animale, dans laquelle la production, la mise sur le marché et l'utilisation d'aliments génétiquement modifiés pour animaux sont interdits. La Commission rappelle qu'en vertu de ce règlement, la procédure d'autorisation des OGM au niveau européen est unique et qu'une autorisation ne peut être refusée, modifiée, suspendue ou révoquée que conformément aux dispositions du règlement, à savoir l'article 34 du règlement qui permet, on le verra, l'adoption de mesures d'urgence si un OGM autorisé présente « *un risque grave pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement (...)* ». Les autres motifs, tel que socio-économiques, ne sont donc pas a priori pris en compte par ce texte et en tous les cas, les interdictions ne peuvent être générales et définitives.

Une affaire récente¹⁰⁴, particulièrement savoureuse, a toutefois permis à une demande de dérogation d'être validée et ce, du fait, non pas d'une acceptation de la Commission, mais suite à une erreur technique de cette dernière... Encore une fois, la Pologne avait notifié à la Commission, le 13 avril 2007, en vertu de l'article 114 § 5 TFUE, deux articles d'un projet de loi qui, imposant des obligations spécifiques plus strictes aux personnes demandant une autorisation de dissémination volontaire d'OGM¹⁰⁵, dérogeaient aux dispositions de la directive 2001/18. En réponse à la

¹⁰² Le raisonnement était à première vue habile puisque, de jurisprudence constante (CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi*, aff. 5/77, *Rec.* p. 1555, point 35), lorsque des directives d'harmonisation existe, le recours à ces exceptions cesse d'être justifié.

¹⁰³ Arrêt, pt 59.

¹⁰⁴ TPI, *Pologne c/ Commission*, Aff. T-69/08, JO du 29-01-2011, p. 34.

¹⁰⁵ Les dérogations figurant dans le projet de loi étaient les suivantes :

demande polonaise, le 12 octobre 2007, la Commission avait adopté, une décision de rejet qui avait été notifiée aux autorités polonaises, suite à une erreur technique, seulement le 4 décembre 2007. Toutefois, il était prévu, par l'article 114 § 6 TFUE qu'il revenait à la Commission, dans un délai de six mois après la demande nationale, d'approuver ou de rejeter les dispositions nationales en cause. En l'absence de décision de la Commission dans ce délai, les dispositions nationales étaient réputées approuvées. Sans grande difficulté¹⁰⁶, le Tribunal a pu conclure que la décision attaquée, notifiée aux autorités polonaises huit mois après la demande, était intervenue en dehors du délai de six mois prévu par le traité et que, à compter de l'expiration dudit délai, le projet de loi était donc réputé approuvé et ne pouvait, dès lors, être rejeté par la Commission.

b-Les clauses de sauvegarde prévues par le droit dérivé

Les traités ne se contentent pas de prévoir des voies de dérogations qui permettent aux Etats membres de ne pas choisir la légalité communautaire, ils ouvrent également la possibilité d'insérer directement dans le droit dérivé des mécanismes qui « *autorisent un assouplissement temporaire de la légalité communautaire dès lors que les intérêts en cause sont considérés comme étant dignes de protection* »¹⁰⁷, mécanismes qui prennent le nom de clauses de sauvegarde.

Dans le domaine des OGM, cette possibilité a été nettement exploitée. Fondée sur l'article 114-10 TFUE¹⁰⁸, la présence de clauses de sauvegarde est quasiment systématique dans les différents textes d'harmonisation. C'est le cas de la directive sur la dissémination volontaire d'OGM qui prévoit, dans son article 23, qu'un Etat peut limiter ou interdire à titre provisoire sur son territoire l'utilisation et/ou la vente d'un OGM en tant que produit ou élément de produit ayant fait l'objet d'une autorisation s'il considère que cet OGM présente un risque pour l'homme ou l'environnement. Cette clause de sauvegarde ouvre donc, pour les Etats membres, la possibilité in extremis de ne pas appliquer ou d'appliquer partiellement la décision d'autorisation communautaire. L'autorité compétente est pourtant, en principe, tenue de délivrer le consentement écrit permettant la mise sur le marché du produit. Toutefois, si elle dispose entre-temps de nouveaux éléments

-
- l'obligation imposée à la personne demandant une autorisation de dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement de produire des déclarations écrites des propriétaires des exploitations voisines du lieu de la dissémination volontaire, dans lesquelles ceux-ci indiquent ne pas y être opposés ainsi qu'une certification du maire de la municipalité ou de la ville, attestant que le plan d'aménagement du territoire local prévoit la possibilité de disséminations volontaires, compte tenu de la nécessité de protéger l'environnement local, la nature et le paysage culturel de la zone concernée
 - l'interdiction de la culture de plantes génétiquement modifiées sur le territoire national sous réserve de la possibilité de cultiver ces plantes dans des zones spécifiquement désignées par le ministre chargé de l'agriculture.

¹⁰⁶ Même si s'est posée la question de savoir si le délai de 6 mois, impératif, ne valait que pour l'adoption d'une décision (position de la Commission) ou courait également pour la notification de ladite décision à ses destinataires (position des autorités polonaises), notification déterminante aux fins de la prise d'effet de la décision. Selon le Tribunal, s'agissant d'une décision dont l'objet est d'empêcher l'adoption de dispositions nationales notifiées à la Commission par un Etat membre, sa prise d'effet, qui doit nécessairement coïncider avec l'interruption du délai de six mois, ne saurait être antérieure à la date à laquelle elle devient opposable à cet Etat membre, c'est-à-dire à la date de sa notification.

¹⁰⁷ « Clause de sauvegarde » in BARAV (A.) et PHILIP (C.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 169.

¹⁰⁸ DE SADELEER (N.), Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du TCE, l'efficacité du marché intérieur en porte-à-faux avec les intérêts nationaux dignes de protection, *RTDE*, 38(1), janv-mars 2002, p. 56.

d'information qui l'amènent à considérer que le produit peut présenter un risque pour la santé humaine et l'environnement, elle n'est pas tenue de donner son consentement. Dans un arrêt du 21 mars 2000¹⁰⁹, la Cour a souligné l'importance de cette possibilité n'hésitant pas y voir une expression « *suffisante* »¹¹⁰ du principe de précaution. Plusieurs conditions entourent néanmoins le déclenchement d'une telle clause de sauvegarde. D'abord, seule l'existence « *d'informations nouvelles ou complémentaires, devenues disponibles après que l'autorisation ait été donnée* » et conduisant à penser que l'OGM présente un risque peut permettre de justifier le recours à cette clause. De surcroît, sur la base de ces informations obligatoirement postérieures à la délivrance de l'autorisation, l'Etat membre doit avoir des raisons « *précises* » de suspecter des risques sanitaires ou environnementaux. Notons que l'État n'a pas à apporter la preuve d'un risque mais à l'inverse, il ne saurait se contenter de simples suppositions non encore vérifiées¹¹¹. Surtout, cette non-application de l'autorisation communautaire doit être provisoire. L'Etat membre doit faire part immédiatement de sa décision et des motifs de celle-ci à la Commission qui, suivant l'avis du comité et éventuellement du Conseil, devra à nouveau statuer sur le cas dans un délai fixé à 3 mois suivant la notification de la part de l'Etat membre. Si les institutions communautaires décident de maintenir leur décision, l'Etat membre devra s'y plier. La clause de sauvegarde n'aboutit donc pas à un bouleversement de la répartition initiale des compétences, mais seulement à une modification provisoire pour faire face à l'urgence des risques, modification qui relance d'ailleurs la procédure communautaire.

D'autres clauses de sauvegarde ont été prévues par d'autres textes d'harmonisation, sous des formes d'ailleurs très différentes, notamment s'agissant de savoir qui peut déclencher une telle clause. Ainsi en est-il de l'article 34 du règlement 1829/2003¹¹². Dans cet article, il revient directement à la Commission la compétence d'arrêter, de sa propre initiative ou à la demande d'un État membre, des mesures de suspension de la mise sur le marché ou des mesures de restriction. Certes, les Etats peuvent demander à la Commission d'adopter des mesure d'urgence et prendre des mesures conservatoires lorsque la Commission n'a pas agi alors que la gravité du risque d'atteintes à la santé humaine ou à l'environnement l'exigeait. Dans ce cas, ils en informent immédiatement les autres États membres et la Commission. Toutefois, il ne s'agit ici que d'une possibilité subsidiaire¹¹³ et donc incomparablement plus encadrée que celle établie par la directive. D'ailleurs,

¹⁰⁹ CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a et Ministère de l'agriculture et de la pêche e.a.* aff. C-6/99, affaire C-6/99, *Rec.* p. I-1651.

¹¹⁰ Point 44, aff. C-6/99.

¹¹¹ Voir CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia et autres*, Aff. C-236/01, JOCE n° C 264 du 01.11.2003, p. 10, points 106 et 107. « *Des mesures de protection prises en vertu de la clause de sauvegarde ne sauraient être valablement motivées par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées (...) (Elles) ne peuvent être prises que si elles sont fondées sur une évaluation des risques aussi complète que possible* ».

¹¹² « *Lorsqu'un produit autorisé par le présent règlement ou conformément à celui-ci est, de toute évidence, susceptible de présenter un risque grave pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement ou si, au regard d'un avis de l'Autorité délivré conformément aux articles 10 et 22, il apparaît nécessaire de suspendre ou de modifier d'urgence une autorisation, des mesures sont arrêtées conformément aux procédures visées aux articles 53 et 54 du règlement (CE) n° 178/2002* ».

¹¹³ Des discussions ont eu lieu car ces articles, 53 et 54, lus de manière combinée à l'article 34, ne sont d'une totale limpidité sur l'autorité compétente en premier chef. Voir le rappel dans les conclusions de l'Avocat général, M. Paolo Mengozzi, présentées le 22 mars 2011, Affaires jointes C-58/10 à C-68/10, *Monsanto SAS et autres*, pts 46 à 55. L'Avocat général en a conclu toutefois qu'un État ne peut en aucun cas adopter de mesures d'urgence unilatérales sans avoir informé la Commission au préalable et l'avoir invitée à agir. La Commission est donc clairement titulaire de la compétence à titre principal.

du fait de cette différence¹¹⁴ de procédure, l'articulation entre ces mécanismes ne pouvait manquer de faire débat notamment dans le cas où les deux fondements peuvent être invoqués a priori par l'Etat. C'est le cas du maïs OGM MON 810¹¹⁵, autorisé pour la première fois en 1998, au titre de la directive 90/220¹¹⁶ et pour lequel la société Monsanto, titulaire de l'autorisation, avait demandé le renouvellement de l'autorisation au titre du règlement n° 1829/2003. Conformément à ce règlement, l'autorisation existante continue à produire ses effets pendant la procédure de renouvellement. Par le biais de plusieurs arrêtés, la France avait décidé au même moment d'interdire la cession et l'utilisation des semences de ce maïs sur le territoire de la République française¹¹⁷ sans indiquer d'ailleurs clairement le fondement d'une telle interdiction. Dans le cadre de plusieurs recours devant le Conseil d'Etat à l'encontre de cette interdiction en particulier pour l'incompétence des autorités nationales à adopter une telle mesure, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie à titre préjudiciel¹¹⁸ et doit bientôt s'exprimer sur le fondement adéquat et partant sur l'articulation entre les deux clauses de sauvegarde¹¹⁹.

L'utilisation de ces clauses de sauvegarde a été importante. Dès le début des années 1990, pas moins de six États membres - l'Autriche¹²⁰, le Luxembourg¹²¹, la France¹²², la Grèce¹²³,

¹¹⁴ D'autres différences plus substantielles pourraient être relevées : on peut par exemple se demander si l'article 34 n'est pas plus exigeant que l'article 23 en ce qu'il impose l'existence d'un risque « grave » établi « de toute évidence »... ?

¹¹⁵ Il s'agit d'un maïs ayant la caractéristique d'être résistant à la pyrale et à la sésamie, deux insectes ravageurs du maïs, par l'introduction d'un gène de la bactérie Bt

¹¹⁶ Décision 98/294/CE de la Commission, du 22 avril 1998, concernant la mise sur le marché de maïs génétiquement modifié (*Zea mays* L. lignée MON 810), conformément à la directive 90/220/CEE du Conseil (JO L 131, p. 32). Consentement délivré par la France sous la forme d'un arrêté du 3 août 1998, JO du 5 août 1998, p. 11985.

¹¹⁷ V. arrêté du 5 septembre 2007, JO du 6 décembre 2007, p. 19748 et du 7 févr. 2008, JO du 9 février 2008, p. 2462. Le gouvernement a estimé que ce maïs présentait des risques liés d'une part à la dissémination du transgène, d'autre part à l'apparition de résistances chez des insectes "non cibles" ou aux potentiels effets toxiques sur des lombrics, isopodes ou nématodes. Dans les jours qui ont suivi cet arrêté, l'Association générale des producteurs de maïs (AGPM), mais aussi des agriculteurs en leur nom propre, des entreprises de semences – allant du petit semencier régional à Monsanto International – ainsi que le Syndicat des établissements de semences agréés pour les semences de maïs (SEPRONA) ont introduit un recours en annulation contre l'arrêté du 7 février 2008 et un recours en référé afin d'ordonner la suspension dudit arrêté. En pleine discussion sur le projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés (OGM), le Conseil d'Etat, statuant en référé, a rejeté la demande de suspension de l'arrêté ministériel interdisant provisoirement les mises en culture de maïs génétiquement modifié (CE 19 mars 2008).

¹¹⁸ Affaires C/58/10 à C/68/10, *JOUE* C/100 du 17 avril 2010, p. 26.

¹¹⁹ Les conclusions de l'Avocat général, M. Paolo Mengozzi, présentées le 22 mars 2011, Affaires jointes C-58/10 à C-68/10, Monsanto SAS et autres donnent déjà quelques éléments même si elles ne lient pas la Cour : « *Il ne semble pas que l'on puisse sérieusement mettre en doute – bien que la question ne fasse pas l'objet de la présente procédure – le fait que, une fois que l'autorisation aura été renouvelée en vertu du règlement, les dispositions de ce dernier devront être appliquées à titre exclusif: en ce qui concerne les mesures d'urgence, elles ne pourront donc être adoptées que sur la base de l'article 34 du règlement* » (pt 28). Mais reste la question de la phase « transitoire » lorsque le produit n'a pas encore obtenu autorisation mais a seulement été notifié dans le cadre de ce règlement ce qui était le cas en l'espèce. L'Avocat général conclut que, dans ce cas également, la procédure du règlement est la seule applicable rappelant que le MON 810 n'a jamais été autorisé sur la base de la directive 2001/18, et que l'autorisation octroyée en vertu de la directive précédente n'a pu continuer à produire ses effets que dans la mesure où elle a été notifiée sur la base du règlement n° 1829/2003. En traduisant, cela signifie que les autorités françaises ne pouvaient pas suspendre la culture du maïs génétiquement modifié Mon810 sur le territoire national sans avoir demandé, au préalable, à la Commission d'adopter des mesures d'urgence en cas de risque pour la santé et l'environnement...

¹²⁰ Prohibition à la commercialisation du maïs Bt-176, MON 810, T25, JO fédéral du 13 février 1997, 10 juin 1999 et 28 avril 2000.

¹²¹ Prohibition de la commercialisation du maïs Bt-176 conformément à l'ordonnance ministérielle du 7 février 1997, JOC du Grand Duché de Luxembourg, A-n° 10, 28 février 1997, p. 618.

¹²² Prohibition à l'importation, la vente et la commercialisation de semences de colza MS1/RF1 et issues de Topas 192, JORF, 18 novembre 1998, p. 17379, ajouts publiés au JORF n° 267, 30 août 2001, p. 13903.

l'Allemagne¹²⁴ et l'Italie¹²⁵-, ont en effet invoqué la disposition pour interdire provisoirement sur leur territoire la mise sur le marché de produits à base de maïs et de colza génétiquement modifiés. Vingt ans plus tard, le recours est toujours d'actualité. Le cas de maïs concerné, le MON 810, a déjà été évoqué et l'on peut ajouter que cinq pays ont, aux côtés de la France, interdisent sa culture. Plus récemment, trois pays, la Hongrie, l'Autriche et le Luxembourg ont contesté la décision de la Commission d'autoriser la mise sur le marché de la pomme de terre AMFLORA. D'autres pays, comme la France et l'Italie, se sont contentés, pour le moment, de dénoncer oralement cette autorisation, sans prendre de mesure réglementaire précise. Surtout, plus nombreuses que prévu, ces mesures nationales, en principe provisoires, ont finalement duré. Certes, les preuves scientifiques fournies par ces États membres pour justifier les mesures prises ont été systématiquement soumises pour avis aux comités scientifiques de l'Union européenne puis à l'Autorité européenne de sécurité des aliments. Dans tous les cas sans exception, il a été jugé qu'aucun élément nouveau ne justifiait l'annulation de la décision d'autorisation initiale et le maintien de ces mesures de sauvegarde. Cependant, la procédure est souvent restée bloquée au stade de l'évaluation scientifique. Dans un premier temps, pour des raisons de bonnes relations politiques, la Commission est restée immobile et n'a pas soumis de proposition pour lever ces interdictions. Dans un second temps, notamment après la révision de la directive, la Commission a présenté des propositions de décision demandant aux États membres concernés de lever leurs mesures de sauvegarde nationales. Toutefois, régulièrement, les propositions n'ont pu être adoptées faute de majorité qualifiée au Conseil. La conséquence est que de telles mesures ont souvent pu perdurer suscitant d'ailleurs des condamnations juridictionnelles, d'abord internationales¹²⁶, et peut être prochainement communautaires¹²⁷.

2- Les tentatives de renationalisation en dehors du cadre de l'harmonisation

Les résistances à la transposition des directives constituent la forme la plus connue de cette attitude « *d'indiscipline* »¹²⁸. Elles se sont révélées, dans le secteur, particulièrement tenaces. Les toutes premières directives avaient déjà donné lieu à plusieurs retards. Les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ces directives avant le 23 octobre 1991. Or, lors du premier rapport de synthèse¹²⁹, la Belgique, la Grèce et le Luxembourg n'avaient pas encore pris les mesures nécessaires à l'adaptation de leur droit national. Ces trois pays ont d'ailleurs été condamnés pour manquement par la Cour¹³⁰. La France a été, en outre, condamnée pour transposition incorrecte de la directive

¹²³ Prohibition à l'importation, la vente et la commercialisation de semences de colza Topas 19/2, JO de la République hellénique n° 1008 du 25 septembre 1998, p. 3.

¹²⁴ Prohibition à la commercialisation du maïs Bt-176 par une décision administrative BGBI, II, n° 45/97.

¹²⁵ Prohibition de la vente et de l'utilisation des maïs T25, MON 209 et 810 et Bt-11 par décret du 4 août 2000 du Président du Conseil des ministres.

¹²⁶ ???

¹²⁷ Voir l'arrêt à venir dans les affaires jointes C-58/10 à C-68/10, Monsanto SAS et autres et les conclusions de l'Avocat général qui suggère, pour de motifs de base juridique, invalide la clause de sauvegarde française sur le maïs MON 810.

¹²⁸ BERR (C.), Intervention au colloque du 13-14 juin 2003 en l'honneur de J. BOURRINET, *L'intégration européenne au XXIe siècle*, La Documentation française, 2004.

¹²⁹ DOC XI/801/93/FR

¹³⁰ CJCE, 29 juin 1995, *Commission contre République hellénique*, aff. C-170/94, *Rec.* p. I-01819. CJCE, 17 octobre 1996, *Commission contre Grand Duché du Luxembourg*, aff. C-312/95, *Rec.* p. I-05143. CJCE, 9 juillet 1998, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-343/97, *Rec.* p. I-4291.

90/219/CEE¹³¹ et de la directive 90/220/CEE¹³². Ce retard, accompagné de transpositions incorrectes, s'est aussi retrouvé aussi à propos des nouvelles directives. Douze pays n'avaient pas encore adopté et notifié les dispositions nationales transposant la directive 2001/18/CE alors même que le délai fixé par la directive était largement dépassé. Suite à l'envoi de lettres de mise en demeure puis d'avis motivés, comme onze des pays n'avaient pas encore assuré la mise en œuvre intégrale de la directive, la Commission a décidé de les déférer devant la Cour. La totalité des arrêts concluent au manquement de ces Etats¹³³. L'indiscipline a pris une tournure encore plus radicale de manquement sur manquement c'est-à-dire d'inexécution des arrêts en manquement. Ainsi, alors même que deux arrêts en manquement à la directive 90/219/CEE, le 27 février 2003 et à la directive 2001/18, le 15 juillet 2004 avaient été rendus contre la France, la transposition de ces directives n'était toujours pas réalisée à la fin de l'année 2005. En toute logique, la Commission a décidé en décembre 2005 de saisir la CJCE en vue d'une condamnation pécuniaire pour inexécution des arrêts en manquement. Cette saisine a eu l'effet escompté puisque le projet de transposition a été dans la foulée été rendu public et a débouché, après plusieurs rebondissements sur la loi OGM¹³⁴. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de constater le manquement passé dans un arrêt du 9 décembre 2008¹³⁵ et de prononcer des sanctions pécuniaires, consistant en l'espèce en une amende¹³⁶ de 10 millions d'euros. En l'espèce, la Cour a jugé avec une particulière sévérité l'attitude adoptée par la France s'agissant du respect des contraintes communautaires dans le domaine spécifique des OGM, sévérité liée notamment au fait que la transposition en la matière a été l'objet d'un contentieux ancien et récurrent avec les autorités nationales laissant supposer l'existence d'une certaine mauvaise volonté de celles-ci¹³⁷.

Au-delà du retard dans l'exécution « normative », s'est ajoutée une pratique, beaucoup plus singulière, d'inexécution administrative. Une fois autorisé au plan communautaire, l'Etat à qui a été adressée la notification doit, sous l'empire de la directive, de façon « liée », consentir à la mise sur le marché. Or, cette obligation n'a pas été correctement remplie par certains Etats. Pendant plusieurs années, plusieurs d'entre eux ont en effet pris l'habitude de ne pas donner de réponse à plusieurs dossiers de demandes de mise sur le marché sans pour autant activer la clause de sauvegarde. Le point d'orgue de ce mouvement de refus de « consentir » eu lieu lors de l'examen de la proposition de révision de la directive 90/220/CEE par le Conseil des Ministres de

¹³¹ CJCE, 27 novembre 2003, *Commission c/ France*, Aff. C-429/01, JOCE n° 21 du 24-01-2004, *Rec.* p. I- 4.

¹³² CJCE, 1er janvier 2004, *Commission c/ France*, Aff. C-296/1, JOCE n° 7 du 10-01-2004, p. 9.

¹³³ Le 27 janvier 2005 contre la Grèce (aff. C-416/03), le 28 novembre 2004 contre l'Autriche (aff. C-421/03), 18 novembre 2004 contre les Pays-Bas (aff. C-422/03), le 30 septembre 2005 contre le Belgique (aff. C-417/03), le 16 septembre 2004 contre la Finlande (aff. C-423/03), le 15 juillet 2004 contre la France (aff. C-419/03) et contre l'Allemagne (aff. C-420/03),

¹³⁴ Il s'agit de la loi n° 2008-595, du 25 juin 2008, relative aux organismes génétiquement modifiés (Journal Officiel 26 Juin 2008)

¹³⁵ CJCE, 9 décembre 2008, *Commission c/ France*, aff. C-121/07.

¹³⁶ Deux types de sanctions étaient possible, l'astreinte et l'amende. Dans l'arrêt, la Cour rappelle que l'imposition d'une astreinte présente une finalité clairement coercitive (ou persuasive) à l'égard d'un manquement encore « en cours », qu'elle doit pousser à résorber dans les plus brefs délais. Le manquement français ayant enfin été régularisé par la loi du 25 juin 2008, comme la Commission en convient, la Cour estime elle aussi que l'infliction d'une astreinte ne se justifie pas en l'espèce. Au contraire, la logique spécifique de l'imposition d'une somme forfaitaire s'articule pour sa part autour une sorte d'« appréciation tarifée » des conséquences du défaut d'exécution des obligations de l'Etat membre, notamment lorsque le manquement persiste de manière insolente et durable suite à l'arrêt qui l'a initialement constaté. Il s'agit donc plus d'une sanction rétrospective des conséquences juridiques et pratiques du manquement. En conséquence, alors même que la Cour n'avait jamais imposé d'amendes dans des situations où le manquement avait finalement été redressé, la Cour condamne la France au paiement d'une amende forfaitaire.

¹³⁷ V. pts 66 à 69 de l'arrêt.

l'environnement les 24 et 25 juin 1999. Sur le fondement du principe de précaution, les Ministres de l'environnement ont en effet décidé d'appliquer un moratoire concernant l'autorisation de nouvelles variétés d'OGM jusqu'à l'adoption de la directive 90/220/CEE révisée. Plus précisément, deux déclarations furent annexées au texte commun. Les gouvernements du Danemark, de la France, de la Grèce, de l'Italie et du Luxembourg ont déclaré que, dans l'attente de règles plus claires en matière de surveillance et d'étiquetage et en vue de restaurer la confiance des consommateurs, ils « *feront de sorte que les nouvelles autorisations de mise en culture et de mise sur le marché soient suspendues* »¹³⁸. Cette déclaration a été complétée par une déclaration des délégations allemande, autrichienne, belge, espagnole, finlandaise, néerlandaise et suédoise qui, revendiquant des motifs très similaires, indiquait que ces pays entendent « *ne pas autoriser la mise sur le marché d'un OGM tant qu'il n'est pas démontré que celui-ci est dénué d'effet nocif sur l'environnement et la santé humaine* ». Engagements politiques, ces déclarations avaient un fondement juridique difficile à cerner ; il était seulement souligné qu'une telle suspension aura lieu « *dans le cadre de l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés en matières de mise en culture et de mise sur le marché d'organismes génétiquement modifiés* ». Il n'empêche que, dans les faits, ces déclarations ont abouti à réviser officiellement la lettre de la directive en suspendant, en dehors des mécanismes classiques, l'exécution des décisions d'autorisation de mise sur le marché. Le moratoire s'est prolongé après la révision de la directive, en 2001, jusqu'à l'adoption du règlement sur les aliments génétiquement modifiés, en 2003. Levé officiellement en mai 2004, avec l'autorisation donnée par la Commission européenne à l'importation d'un aliment génétiquement modifié, le maïs doux bt-11¹³⁹ complété par l'autorisation à l'importation du maïs NK603 et son utilisation dans l'alimentation humaine¹⁴⁰, le moratoire aura donc duré pas moins de cinq ans ce qui est loin d'être anodin. L'idée d'un moratoire n'est d'ailleurs pas encore définitivement enterrée. Le nouveau mécanisme de l'initiative citoyenne¹⁴¹ prévu par le traité de Lisbonne a en effet été activé pour la première fois dans le domaine des OGM. Plus d'un million de personnes ont en effet signé un appel pour inviter la Commission européenne à geler l'introduction des OGM. L'opération a été dévoilée début octobre 2010 par Greenpeace et le mouvement militant Avaaz et la pétition a été déposée officiellement en décembre dernier. Première du genre, leur pétition appelle donc José Manuel Barroso, le président de la Commission, à « *décréter un moratoire sur l'introduction des plantes génétiquement modifiées en Europe* ». Elle vise aussi « *à mettre en place un organisme éthique et scientifique indépendant chargé de mener à bien la recherche sur l'impact des OGM et déterminer*

¹³⁸ Annexe, point 1- Déclarations concernant la proposition de modification de la directive 90/220/CEE sur les organismes génétiquement modifiés, Conseil UE, Environnement, 24 et 25 juin 1999.

¹³⁹- Décision 2004/657/CE de la Commission du 19 mai 2004 relative à l'autorisation de mise sur le marché de maïs doux issu de la lignée de maïs génétiquement modifiée Bt11 en tant que nouvel aliment ou nouvel ingrédient alimentaire, en application du règlement (CE) n° 258/97 du Parlement européen et du Conseil, JOCE n° L 300 du 25/09/2004 p. 0048 - 0051

¹⁴⁰ Décision 2004/643/CE de la Commission du 19 juillet 2004 concernant la mise sur le marché, conformément à la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil, d'un maïs génétiquement modifié (Zea mays L. lignée NK603) pour améliorer sa tolérance au glyphosate, JOCE n° L 295 du 18/09/2004 p. 0035 – 0037.

¹⁴¹ Ce dispositif prévoit qu'un million au moins d'Européens, résidant dans un nombre significatif d'Etats membres, peut, par voie de pétition, inviter la Commission à faire une proposition législative dans un de ses domaines de compétence. Pour lancer une initiative, il suffira de sept citoyens de sept pays différents (soit un quart des Etats de l'UE) rassemblés dans un comité d'organisateur. Pour être recevable, l'initiative devra ensuite recueillir, en un an, au moins un million de signatures de citoyens européens en âge de voter en provenance d'au moins un quart des 27 Etats de l'Union. Si elle passe les barrières de recevabilité et de vérification des signatures (placée sous le contrôle des Etats), la Commission disposera de quatre mois pour examiner l'initiative elle-même.

leur régulation ». Toutefois, la Commission n'a pas pour l'heure directement¹⁴² répondu, faisant valoir que les modalités de l'initiative citoyenne étaient en négociation entre le Parlement européen et les Etats¹⁴³ et que les premières pétitions citoyennes ne pourront être recevables au plus tôt début 2012 afin de permettre aux Etats membres de transposer ces mesures au niveau national.

B- Des tentatives efficaces de renationalisation ?

Dans ce contexte particulier, plusieurs réactions se sont récemment manifestées. Le 13 mars 2009, le gouvernement des Pays-Bas, adressait aux Etats-membres une note dans laquelle ce pays expliquait qu'une approche différente pour la procédure d'autorisation des PGM devrait être envisagée et proposait que le choix d'autoriser ou non chaque PGM devrait être laissé à chaque Etat-membre. Dans la foulée, le 19 juin 2009, onze pays de l'UE rédigeaient une lettre ouverte à la Commission européenne pour réclamer la possibilité d'interdire la culture des plantes transgéniques sur leur territoire et donc de « nationaliser » les autorisations. Le 25 juin 2009, lors du Conseil de l'Environnement, l'Autriche¹⁴⁴ présentait officiellement cette demande faisant valoir que chaque Etat membre devrait être en mesure d'interdire ou de réglementer la culture d'OGM sur l'ensemble du territoire ou dans certaines régions. Les États engageaient la Commission à présenter une proposition ainsi que d'éventuelles options supplémentaires.

Désireuse de faciliter la prise de décision en matière d'autorisation d'OGM et de limiter le recours des États membres aux mesures de sauvegarde en se fondant sur des considérations non scientifiques, la Commission a décidé, dans la foulée de réagir¹⁴⁵ et publié une proposition dont l'objectif est de renforcer la mise en œuvre du principe de subsidiarité en renationalisant la décision en matière de culture d'OGM. Cette proposition de renationalisation (1) est actuellement en débat (2).

1- La proposition de la Commission : une nouvelle subsidiarité en matière de décisions relatives aux cultures OGM

Le 13 juillet 2010, la Commission a en effet proposé un nouveau "paquet OGM" comprenant une nouvelle recommandation sur la coexistence des cultures génétiquement modifiées et de cultures conventionnelles et biologiques¹⁴⁶, ainsi qu'une proposition législative modifiant la

¹⁴² Elle l'a toutefois fait indirectement en publiant le 9 décembre 2010 un recueil destiné officiellement à informer les Européens sur les OGM qui énonce qu'il n'est pas établi que « *les OGM entraîneraient des risques plus élevés que les cultures et les organismes traditionnels pour l'environnement ou pour la sécurité des denrées alimentaires et des aliments pour animaux* ». Elle abonde également dans le sens d'une utilisation contrôlée des OGM dans l'agriculture, notamment pour réduire la malnutrition dans le monde, pour augmenter les rendements des agriculteurs et les aider à s'adapter aux changements économiques.

¹⁴³ Notons toutefois que le Conseil et le PE sont, le 15 décembre dernier, parvenus à un accord.

¹⁴⁴ Voir la note (doc. 11226/2/09 REV 2) de l'Autriche concernant les options envisageables en matière de réglementation des OGM au sein de l'UE.

¹⁴⁵ En septembre 2009, dans ses orientations politiques pour la nouvelle Commission, le président Barroso constatait déjà que le principe de subsidiarité appliqué dans le domaine des OGM comme un exemple de situation où l'équilibre entre un encadrement à l'échelle de l'UE et la nécessité de tenir compte de la diversité dans une Union de 27 États membres peut ne pas toujours être satisfaisant. Selon ces orientations, il devait être possible d'adopter un système d'autorisation des OGM à l'échelle de l'UE, fondé sur des données scientifiques, tout en laissant la possibilité aux États membres de décider s'ils souhaitent ou non la présence de cultures génétiquement modifiées sur leur territoire.

¹⁴⁶ Recommandation de la Commission du 13 juillet 2010 établissant des lignes directrices pour l'élaboration de mesures

directive 2001/18/CE¹⁴⁷. Cette modification immédiate et cette modification « à venir » sont fondées sur un même constat : au contraire des questions relatives à la mise sur le marché et à l'importation d'OGM, qu'il convient de maintenir dans le domaine de compétences de l'Union afin de préserver le marché intérieur, la problématique de la culture des OGM comporte une forte dimension locale/régionale et peut être mieux traitée par les États membres, au niveau central, régional ou local. La taille des exploitations et des parcelles, les systèmes de production et d'assolement, les modes de cultures ainsi que les conditions naturelles varient en effet à travers l'Europe : les stratégies et meilleures pratiques dans le domaine de la culture d'OGM doivent pouvoir être élaborées et mises en œuvre au niveau national ou régional, avec la participation des agriculteurs et des autres parties intéressées, en tenant compte des facteurs nationaux, régionaux et locaux.

La première modification, qualifiée de « rapide », est relative à la recommandation 2003/556/CE de la Commission établissant des lignes directrices pour l'élaboration de stratégies nationales et de meilleures pratiques visant à assurer la coexistence des cultures génétiquement modifiées, conventionnelles et biologiques¹⁴⁸. On se souvient que l'article 26 bis de la directive 2001/18/CE prévoit que les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour éviter la présence accidentelle d'OGM dans d'autres produits. Il s'agit en particulier d'éviter la présence d'OGM dans les autres cultures, telles que les cultures conventionnelles ou biologiques. La recommandation de 2003 avait pour objectif d'encadrer à minima cette compétence étatique. Elle énonçait, sous la forme d'un texte non contraignant, les principes généraux et les éléments de procédure¹⁴⁹ que les États membres devaient prendre en considération pour élaborer les meilleures pratiques en matière de coexistence. Le texte contenait également une liste de mesures possibles de coexistence¹⁵⁰. La nouvelle recommandation adoptée en 2010 vient modifier cette première recommandation avec pour objectif principal d'accroître la marge de manœuvre aux États membres pour l'élaboration de mesures nationales en la matière. En conséquence, les présentes lignes directrices se limitent à exposer les grands principes généraux¹⁵¹ à appliquer pour l'élaboration de

nationales de coexistence visant à éviter la présence accidentelle d'OGM dans les cultures conventionnelles et biologiques, JOUE n° C-200/1 du 22-07-2010.

¹⁴⁷ COM(2010) 375 final, 13 juillet 2010, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'OGM sur leur territoire.

¹⁴⁸ JOCE L 189 du 29.7.2003, p. 36.

¹⁴⁹ Point 2 de l'annexe. Pour exemple, la définition des approches devra être faite de manière transparente (2-1-1), en tenant compte des éléments scientifiques disponibles (2-1-2). Le contenu de telles approches devra permettre de trouver le juste équilibre entre les intérêts des agriculteurs des différentes filières de production (2-1-7), les mesures prises devront être efficaces et rentables, et proportionnées à ce qui est nécessaire pour garantir le respect des seuils d'étiquetage des OGM dans l'Union européenne (2-1-4) et enfin adaptées aux différents types de cultures et aux aspects locaux et régionaux (2-1-5/6).

¹⁵⁰ Point 3 de l'annexe. Quelques exemples de mesures pratiques sont donnés. Il peut s'agir de mesures concernant l'exploitation (point 3-2 : distances de séparation entre les parcelles, zones tampons, pièges à pollen ou obstacles tels que les haies...), de mesures de coopération entre les exploitations limitrophes (point 3-3 : échange d'informations relatives aux ensemencements prévus, utilisation de variétés dont les périodes de floraison diffèrent...), de mesures de suivi ou de systèmes de notification (point 3-4/5/6), ou encore de mesures de formation des agriculteurs ou l'échange d'informations (point 3-7).

¹⁵¹ Transparence, coopération transfrontalière, implication des parties intéressées, proportionnalité. Le seul principe réellement contraignant est « le taux de présence fortuite à atteindre grâce aux mesures nationales de coexistence ». Ce principe se base toujours sur le seuil d'étiquetage à 0,9%. La proposition devrait donc être que les États membres soient libres de prendre les mesures de coexistence qu'ils souhaitent, à condition de respecter le seuil d'étiquetage à partir de 0,9%.

mesures de coexistence sans entrer dans plus de détails, notamment sur le type de mesures possibles ou encore sur les aspects procéduraux. Surtout, la recommandation prévoit désormais clairement la possibilité pour les Etats d'interdire, sous conditions¹⁵², la culture d'OGM dans de vastes zones de leur territoire afin d'éviter la présence accidentelle d'OGM dans les cultures conventionnelles et biologiques¹⁵³.

Toutefois, l'objet de la nouvelle recommandation ne pouvait porter que sur les mesures destinées à éviter la présence accidentelle d'OGM dans d'autres cultures. L'octroi aux Etats d'une véritable possibilité d'interdire ou de restreindre d'une façon définitive sur tout ou partie de leur territoire la culture de certaines plantes génétiquement modifiées ou de l'ensemble des plantes génétiquement modifiées autorisés au plan européen exigeait donc une modification globale de la législation. C'est l'objet de la seconde volet du « paquet OGM » : une proposition de la Commission en vue de modifier la directive 2001/18/CE pour y ajouter un article 26 ter qui énoncerait que : « *Les États membres peuvent adopter des mesures visant à restreindre ou à interdire, sur tout ou partie de leur territoire, la culture de tous les OGM, ou de certains d'entre eux* ». Selon l'article, cette modification s'appliquerait aux OGM dont la culture a été autorisée au titre de la directive 2001/18/CE ou du règlement n° 1829/2003 consistant en des variétés génétiquement modifiées mises sur le marché conformément à la législation de l'UE applicable à la commercialisation des semences et des matériels de multiplication végétale. La condition est que ces mesures « *soient fondées sur des motifs autres que ceux qui ont trait à l'évaluation des incidences négatives sur la santé et l'environnement susceptibles de résulter de la dissémination volontaire ou de la mise sur le marché d'OGM* »¹⁵⁴. Cette possibilité de restriction ne devra donc ni se baser sur des aspects sanitaires et environnementaux (déjà évalués par l'UE dans le cadre des procédures d'autorisation), ni sur des questions de préventions des contaminations (déjà couvertes par l'article 26 bis et les recommandations sur la coexistence). Il pourrait s'agir de la prise en compte des aspects régionaux, socio-économiques, dans le cadre de l'analyse des risques et des conditions d'autorisation ou encore de l'examen d'autres facteurs légitimes (facteurs politiques, éthiques ?). L'autre condition est que ces mesures ne portent que sur la culture d'OGM et non sur la libre commercialisation de semences génétiquement modifiées autorisées dans l'ensemble de l'UE ou sur l'importation de telles semences depuis des pays tiers après que celles-ci ont été autorisées au niveau de l'Union. « *La marge de manœuvre accordée aux États membres ne concerne que la culture d'OGM, et non la mise sur le marché et l'importation de semences génétiquement modifiées autorisées, qui ne doivent faire l'objet d'aucune entrave dans le cadre du marché intérieur et des différentes obligations internationales auxquelles l'Union est tenue* »¹⁵⁵. Enfin, il est prévu que les mesures que les États membres entendent adopter ainsi que les motifs y afférents soient communiqués, à titre d'information, à la Commission et aux autres États membres un mois avant leur adoption.

2- Les suites de la proposition : oppositions des Etats et débats sur les motifs d'interdiction des cultures

¹⁵² Cette interdiction devrait reposer sur la démonstration par les États membres que, pour les zones visées, d'autres mesures ne suffiraient pas pour atteindre des niveaux de pureté suffisants. De plus, les mesures de restriction doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi (la protection de besoins particuliers de l'agriculture conventionnelle ou biologique).

¹⁵³ Point 2-4 de la recommandation.

¹⁵⁴ Article 26 ter a).

¹⁵⁵ Pt 3-1 de la proposition.

À l'exception du Royaume-Uni et des Pays-Bas qui ont apporté leur soutien à la proposition et contre toute attente, la majorité des Etats a rapidement mis en cause, dès le mois de septembre 2010, la proposition de la Commission européenne¹⁵⁶. La France et l'Italie ont mené la fronde, avec le soutien de la plupart des autres pays agricoles, notamment l'Allemagne et l'Espagne. Derrière des arguments juridiques au demeurant convaincants (risque de renationalisation de la politique agricole commune, de fragmentation du marché intérieur et d'incompatibilité avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce)¹⁵⁷, les Etats craignent surtout que la Commission profite de cette proposition pour demander aux Etats, en échange, de lui laisser les mains libres sur les autorisations à l'importation et à l'alimentation des OGM en les écartant du processus d'autorisation¹⁵⁸. Ils insistent en outre sur le fait qu'il n'est pas encore bien établi quels seront les motifs acceptables pour lesquels un Etat pourra utiliser ce mécanisme de restriction ou d'interdiction ce qui pourrait « vider » indirectement cette nouvelle subsidiarité. Certes, la Commission a donné quelques indications. Elle a notamment indiqué qu'un argument invocable pourrait ainsi être celui de la « *moralité publique* » pour laquelle « *les États membres jouissent d'un degré de discrétion* » dans la définition qu'ils souhaitent lui donner. Notons toutefois que la CJUE ne s'est pas encore exprimée clairement sur la question. En outre, rien ne garantit que la Commission sera toujours en accord avec les Etats membres sur ce qui constitue un motif de moralité publique...

Malgré ces critiques, le processus législatif est clairement en cours ainsi qu'en témoigne l'adoption en première lecture par le Parlement européen le 6 juillet 2011 de la proposition amendée. Parmi les amendements proposés, les principaux¹⁵⁹ sont ceux précisément relatifs

¹⁵⁶ Communiqué de Presse, 3033^{ème} session du Conseil, Agriculture et pêche, Bruxelles, le 27 septembre 2010.

¹⁵⁷ Requis par les Etats membres, l'avis du Service juridique du Conseil de l'Union européenne a été rendu public le 5 novembre 2010 (Avis du service juridique du Conseil, le 5.11.2010, 2010/0208 (COD), 15696/10). Les conclusions sont les suivantes :

- 1- Les mesures nationales prises sur la base de ce nouvel alinéa seraient invalidées par la Cour de Justice de l'Union. Dans la mesure où un OGM est autorisé au niveau européen, une interdiction nationale sur base d'arguments économiques contreviendrait au principe de libre circulation des marchandises au sein de l'UE, et serait donc non conforme aux Traités européens. Or, la jurisprudence de la CJUE, constante sur ce point, rappelle que des « *objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation des marchandises* ». Certes, il reste les motifs socio-économiques ou éthiques, toutefois l'avis insiste sur la difficulté de leur mise en application devant la Cour ainsi qu'en témoigne le contentieux polonais.
- 2- Ces mesures seraient contraires aux dispositions du GATT de 1994 de l'OMC qui régissent le commerce international des marchandises et en particulier au principe du traitement national (principe selon lequel un Etat ne peut accorder, aux produits d'un autre Etat, « *un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale* » (Article III.4)). Toute la question est de savoir si les produits OGM sont similaires aux produits non génétiquement modifiés et si les exceptions de l'article XX (notamment celle relative à la « *protection de la moralité publique* ») peuvent être utilisés dans la mesure où ces OGM interdits à la culture ici ou là sont autorisés et circuleront sous d'autres formes (nourriture des animaux). Certes, la contradiction n'est pas certaine, mais elle n'est pas impossible.

¹⁵⁸ Le système de vote sur les autorisations en cours pourrait être modifié et par exemple, ne plus impliquer le Conseil des ministres européens.

¹⁵⁹ Il existe également toute une série d'amendements que nous ne développerons pas sur les garanties procédurales que devraient respecter l'adoption de telles mesures : les mesures invoquées par les Etats membres devraient avoir au préalable fait l'objet : i) d'une analyse coûts-bénéfices indépendante, prenant en compte les solutions alternatives; ii) d'une consultation publique d'une durée minimale de trente jours. Les Etats membres devraient en outre : i) porter ces mesures à la connaissance de tous les opérateurs concernés, y compris des cultivateurs, six mois au moins avant le début de la saison de culture ; ii) adopter ces mesures pour une durée maximale de cinq ans et procéder à leur révision lors du renouvellement de l'autorisation des OGM.

aux motifs pour lesquels un Etat pourra interdire ou restreindre la culture d'OGM sur tout ou partie de son territoire. Selon le rapport de la Commission environnement du Parlement, « *la distinction qu'établit la Commission dans son exposé des motifs entre, d'une part, une évaluation "scientifique" qui serait assurée au niveau communautaire, et, d'autre part, des motifs complètement déconnectés du débat scientifique sur l'impact environnemental, est simpliste et ne rend pas compte de la complexité de l'articulation entre l'évaluation du risque, et la gestion du risque. Cette distinction néglige également le fait que l'absence de prise en compte des incertitudes scientifiques, pourtant prévue par les textes, est susceptible de compromettre la prise de décisions de gestion des risques appropriées, voire l'application du principe de précaution* »¹⁶⁰. En conséquence, le Parlement propose d'inclure, parmi ces motifs, les risques environnementaux comme la protection de la biodiversité et des espèces domestiques ou sauvages locales, la prévention de la résistance aux pesticides, la prévention des incidences négatives sur l'environnement local de modifications des pratiques agricoles liées à la culture d'OGM... Le rapport inclut les motifs socioéconomiques, comme l'incapacité à maîtriser les risques de contamination des cultures classiques. Les risques sanitaires ne sont en revanche pas inclus dans la liste des motifs. Ces ajouts modifient substantiellement la proposition à tel point d'ailleurs que le Parlement envisage également un changement de base juridique¹⁶¹. S'ils sont acceptés, ils ouvriraient en effet la voie à une renationalisation importante puisque les Etats pourraient désormais adopter des mesures de sauvegarde s'agissant de la culture d'OGM (et non de la vente ou de toute autre utilisation) en se fondant sur des facteurs environnementaux. On peut toutefois se demander comment concilier cette nouvelle possibilité de dérogation au processus d'autorisation et ses dispositifs provisoires de sauvegarde dans la mesure où des évaluations environnementales nationales pourraient ici faire échec de manière plus durable à l'évaluation communautaire... ? Certes, le Parlement rappelle que ces facteurs pourraient être utilisés lorsqu'ils n'ont pas été abordés au sein de la procédure harmonisée prévue dans la directive 2001/18/CE, en quelque sorte d'une façon complémentaire. Toutefois, il est également prévu qu'ils pourront aussi l'être en cas d'incertitude scientifique persistante sur les incidences négatives potentielles de la dissémination d'OGM sur l'environnement d'un État membre ou d'une région, y compris sa biodiversité. L'évaluation pourra donc clairement être concurrente, tout au moins pour un temps puisque le Parlement suggère, afin de ne pas rendre perenne la situation, que les mesures adoptées le soient pour une durée maximale de cinq ans et qu'il soit procéder à leur révision lors du renouvellement de l'autorisation des OGM. Mais il faut pour l'heure attendre la réaction de la Commission et du Conseil sur ces ambitieux amendements.

Pour reprendre l'expression imagée de Laurence Burgorgue-Larsen, le droit de l'Union

¹⁶⁰ Rapport du 20 avril 2011 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'OGM sur leur territoire, (COM(2010)0375 – C7-0178/2010 – 2010/0208(COD)), Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire, Rapporteuse: Corinne Lepage.

¹⁶¹ Le Parlement estime que la proposition devrait être fondée sur l'article 192, paragraphe 1, du TFUE, c'est-à-dire sur la base environnementale et non sur l'article 114, base « marché intérieur ».

dans le domaine des OGM est de plus en plus dans « *tous ses états* »¹⁶². Il est vrai que l'intégration communautaire n'a pour vocation d'aboutir à l'uniformisation, c'est-à-dire à des règles identiques intégrées dans des droits distincts, mais seulement à l'harmonisation définie comme le processus par lequel « *les règles tendent à se rapprocher de principes communs, mais restent différentes* »¹⁶³. Cependant, lorsque les différences s'accroissent, ne viennent-elles pas faire échec au but de l'harmonisation elle-même ? Pour y faire face, n'assiste-t-on ces derniers mois à un mouvement de désharmonisation¹⁶⁴ ? S'agit-il plus simplement et naturellement d'une révision des textes d'harmonisation¹⁶⁵ ? Autant de questions qui attestent que, dans le domaine des OGM, le débat sur la répartition des compétences est plus que jamais central.

162 BURGORGUE-LARSEN (L.), Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du *in* et du *out in* *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, Tomes 1, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, 983 p.

163 Delmas-Marty (M.), Le phénomène de l'harmonisation communautaire : l'expérience contemporaine in *Pensée juridique française et harmonisation européenne*, Société de législation comparée, 2003, p. 39.

164 Voir le nouvel article 2, paragraphe 2, du TFUE qui dispose expressément: « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* ».

165 Mais est-ce vraiment une réduction de l'harmonisation ou plutôt une modification de l'harmonisation ce que la Cour admet tout à fait pour « *adapter la législation communautaire pertinente à toute modification des circonstances ou à toute évolution des connaissances* » (CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, Rec. p. I-11453, point 80 ; voir également Affaire C-58/08 *Vodafone e.a.*, Recueil 2010, non encore publiée, point 34).