



HAL
open science

Observations autour de la réforme et de la résistance du (au) droit des organismes génétiquement modifiés

Estelle Brosset

► To cite this version:

Estelle Brosset. Observations autour de la réforme et de la résistance du (au) droit des organismes génétiquement modifiés. S. Mahieu et K. Merten-Lentz. Sécurité alimentaire, nouveaux enjeux et perspectives, Bruylant, pp. 29-67, 2013. hal-00872000

HAL Id: hal-00872000

<https://hal.science/hal-00872000v1>

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.

Observations autour de la réforme et de la résistance du (au) droit des organismes génétiquement modifiés¹

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

« Réparer le vieil édifice, c'est empêcher qu'il ne s'écroule »².

« Tentative de stabilisation des rapports sociaux en perpétuel devenir », le droit ne doit pas « figer l'évolution des sociétés. Il doit sans cesse s'adapter pour conserver son effectivité en face des transformations sociales »³. Le droit et le temps entretiennent depuis toujours une relation complexe car si « la stabilité est inhérente au droit », celui-ci subit généralement une constante évolution »⁴. Et un difficile équilibre doit être maintenu entre « les forces conservatrices qui essaient de maintenir le droit existant et les forces réformatrices qui veulent le modifier ou le transformer »⁵.

Cette tension permanente entre réforme et résistance du droit s'exprime avec force dans le champ des organismes génétiquement modifiés (OGM), en particulier du côté du droit de l'Union. Alors même que face à une construction juridique inhabituelle, construction ex nihilo de droit dérivé, « aucun enseignement significatif ne peut être attendu d'une comparaison historique entre (...) (plusieurs) périodes »⁶, la dimension temporelle du droit des OGM ne peut pas être totalement ignorée, surtout si l'on se souvient que celui-ci n'est plus tout à fait « au début de son histoire »⁷.

Certes, à première vue, la réforme semble appartenir à l'ADN du droit des OGM. Les « actualités »⁸ de ce droit sont en effet incessantes au point de constituer une illustration du « transformisme »⁹ souvent décrit ailleurs du droit de l'Union. Depuis 1990, date d'adoption des premières directives en effet, les textes de l'Union consacrés aux OGM se sont abondamment¹⁰ succédés. Un premier paradoxe apparaît toutefois car en dépit de ces successions de textes, finalement et matériellement, le droit n'a que peu changé. Le régime juridique a été amélioré, affiné, mais la philosophie générale exprimée dans la procédure d'autorisation préalable à la mise sur le marché s'est maintenue. Finalement, rien de très surprenant donc, la réforme prend ici la figure d'évolutions du droit.

¹ Ce texte reproduit une communication orale qui sera prononcée à l'ULB, le 18 avril 2013.

² G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955 cité in J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, p.125.

³ M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 188.

⁴ J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, p.p. 124-125.

⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955 cité in J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, p.125.

⁶ J-S. Bergé, Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie, *RTDE*, 38 (4), oct.-déc. 2002, p. 628.

⁷ *Ibid.*, p. 629.

⁸ E. Brosset, *Droit et biotechnologies : actualités*, *Les Cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 14, mars 2012.

⁹ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 1997, p. 53.

¹⁰ Sur eurlex, une recherche par occurrence fait apparaître 128 références en relation à OGM.

Ce serait ici oublier qu'aux côtés de cette résistance *du* droit, cohabitent des résistances continues et nombreuses *au* droit. Le droit des OGM connaît un second paradoxe qui consiste en la conjonction de sa résistance et de son usure, usure, parce qu'il a été, depuis l'origine, interprété, malmené, d'ailleurs parfois délaissé au point de faire de la question de sa modification un enjeu central et pourtant pour l'heure très indéfini. 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 »¹¹ et que « nul part ailleurs dans le monde ne sont aussi fortes les réactions, violentes les oppositions, vives les passions sur le sujet des OGM qu'en Europe »¹². Plus que de provoquer le débat, ce thème a déclenché, dans l'opinion publique, une très forte « anxiété »¹³. 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 »¹⁴. L'expression « OGM » est devenue un « des mots-réflexes qui suscitent aussitôt l'ire et la peur du consommateur européen »¹⁵. Or, loin de contenir ces oppositions entre des visions du monde quasiment irréductibles, le cadre juridique élaboré depuis le début des années 1990 a tout au contraire constitué le lieu d'expression de ces oppositions « dans lesquelles tend à s'enliser le développement des OGM »¹⁶. Les chiffres sont évocateurs. Au total, seulement deux cultures d'OGM sont actuellement autorisées : celle du maïs Monsanto 810 (MON810) et celle de la pomme de terre Amflora¹⁷ et à ce jour, une soixantaine de dossiers de demande d'autorisation sont en attente, dont 27 pour la culture. La situation est d'ailleurs à ce point bloquée que les entreprises productrices d'OGM¹⁸ elles-mêmes renoncent désormais à demander une autorisation de dissémination.

Or, ce sont ces résistances qui ont finalement débouché sur une proposition de réforme en 2010 qui, contrairement aux précédentes réformes, ne vient pas seulement ici « ajouter » à la réglementation précédente, mais suggère de la modifier assez amplement. Cette proposition peut être considérée comme une proposition de réforme de plus¹⁹. Cependant, à la différence

¹¹ B. Chevassus-au-Louis (Dir.), *OGM et agriculture : options pour l'action publique*, Commissariat général au Plan, septembre 2001, 393 p., p. 95.

¹² J. Bizet, *Transgénique : pour des choix responsables*, Rapport d'information n° 440, 1998, Commission des affaires économiques, Sénat français, voir troisième partie, point B).

¹³ « *Le nouveau Narcisse est hanté non par la culpabilité mais par l'anxiété* » : LASCH (C.), *Le complexe de Narcisse*, R. Laffont 1980 cité in J-C. Galloux, 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.

¹⁴ H. Jonas, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990.

¹⁵ Y. Jeanclos, *La sécurité alimentaire à l'orée du XXI siècle*, *Annuaire français des relations internationales*, 2002, vol 3, p. 881.

¹⁶ Jurisclasseur *Environnement et développement durable*, Fasc. 4100, « Organismes génétiquement modifiés (OGM) », C. Noiville, M-A. Hermitte, E. Brosset, août 2009, §5.

¹⁷ Le Maïs MON810 est résistant à un insecte ravageur : la pyrale. Ce maïs est destiné à l'alimentation animale. La pomme-de-terre Amflora possède une teneur accrue en fécule et est destinée à des usages industriels, tels que la production de papier.

¹⁸ Le 29 janvier 2013, BASF Plant Science a annoncé retirer les trois demandes d'autorisation déposées dans l'Union européenne pour les pommes de terre génétiquement modifiées « Modena », « Amadea » et « Fortuna ». Dans son communiqué, l'entreprise explique très succinctement opérer ce retrait car elle considère que « des investissements continus ne sauraient se justifier du fait de l'incertitude législative existante et des menaces de destructions de champs ».

¹⁹ 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*

des réformes précédentes, elle suggère de bouleverser l'un des piliers de la réglementation, à savoir le principe de l'autorisation communautaire de dissémination en admettant la « renationalisation » de certaines autorisations, celles relatives à la culture d'OGM. Plus qu'une révision de l'harmonisation, la réforme projetée semble finalement proposer donc une réduction de l'harmonisation c'est-à-dire une forme, suivant les nouvelles dispositions du traité de Lisbonne²⁰, d'abrogation de l'harmonisation. Le constat est certainement excessif dans la mesure où l'Union ne cesse pas ici d'exercer sa compétence normative (puisque au contraire une disposition nouvelle serait ajoutée à la directive et l'exercice de la compétences par les Etats serait largement enserrée), tout au plus sa compétence d'exécution (et d'autorisation). Il n'en reste pas moins que la nature de la réforme est très différente et fait apparaître une autre figure de la réforme beaucoup plus révolutionnaire que les précédentes à condition toutefois d'entrer en vigueur ce qui implique de dépasser des résistances fortes à la réforme.

Ainsi, à la résistance du droit par-delà les réformes (I) répond de multiples résistances au droit, fondements d'une proposition de réforme (II).

I- La résistance du droit par-delà les réformes

La réforme du droit des OGM a pendant longtemps pris la forme d'évolutions. « Parler d'évolution implique que l'essentiel demeure (...) L'esprit de la réforme n'exclut pas l'esprit de la conservation ». En effet les modifications ont été multiples, même s'il faut déconnecter l'explosion normative des véritables ajouts substantiels (A). Néanmoins, au-delà, les fondamentaux se sont pérennisés, en particulier la configuration générale de la procédure préalable d'autorisation à la dissémination d'OGM (B).

A) La multiplicité des modifications de l'harmonisation

Au-delà de l'avalanche de droit dérivé qui laisse supposer des réformes incessantes du cadre juridique, la réalité est plus mesurée, mais laisse tout de même apparaître, s'agissant du régime juridique relatif aux OGM des ajouts substantiels.

1- L'avalanche de droit dérivé

Les premiers textes d'harmonisation en la matière sont, on le sait bien, 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 contraignantes²¹ ou encore de modifications à la marge

(*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).

²⁰ 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 ».

²¹ 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).

des législations nationales²², la Communauté prenait une première initiative en la matière en adoptant une recommandation n° 82/472/CEE du Conseil du 30 juin 1982²³ concernant l'enregistrement des travaux relatifs à l'ADN recombinant²⁴. 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 domaine²⁵. À la lumière des diverses études menées, la Commission concluait à « la nécessité de mettre en place d'urgence un cadre législatif communautaire »²⁶, eu égard aux vives controverses scientifiques et aux risques importants que les traitements juridiques du risque lié aux produits biotechnologiques soient variables. 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)²⁷ et la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement²⁸. Les deux directives ont été finalement adoptées le 23 avril 1990 sous le n° 90/219/CEE pour la première²⁹ et sous le n° 90/220/CEE pour la seconde³⁰. 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/CE³¹ qui a modifié la directive 90/219/CEE sur l'utilisation confinée des MGM et la directive 2001/18/CE³² 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 »³³. 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 vertical permettant non seulement de satisfaire plus efficacement les besoins propres à chaque domaine.

²² 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* » devaient être soumises à autorisation.

²³ JOCE n° L 213, 21/07/1982, pp. 15-16.

²⁴ Ce texte recommandait aux Etats 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.

²⁵ 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 Etats 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.

²⁶ COM (85) 573 final, point 12.

²⁷ COM (88) 160 final, part 1-SYN 131, JOCE n° C 198 du 28/07/1988, p. 9.

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

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² 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.

³³ G. Cozigou, Un nouveau cadre juridique pour les applications biotechnologiques dans le secteur alimentaire : le règlement « nouveaux aliments », *RMUE*, 2/1997, pp. 71-72.

Naturellement, 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. Ces régimes sectoriels sont désormais en nombre non négligeables³⁴. 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, bien que de manière lente³⁵ et désordonnée³⁶. 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 pharmaceutiques³⁷ ou les variétés végétales génétiquement modifiées³⁸. D'autres réglementations ont été instituées *ex nihilo*, comme les règlements relatifs aux aliments OGM³⁹. Nul doute que depuis 1990, le droit de l'Union a fait, par le biais de son droit dérivé, « l'apprentissage »⁴⁰ de la biotechnologie, démontrant au passage l'utopie d'une conception rigide du principe des compétences d'attribution⁴¹.

2- Les ajouts substantiels

³⁴ Voir par exemple : la directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, JOCE n° L 230, 19-08-1991, p. 1 ; la directive 93/113/CE du Conseil, du 14 décembre 1993, relative à l'utilisation et à la commercialisation des enzymes, des micro-organismes et de leurs préparations dans l'alimentation des animaux, JOCE n° L 334 du 31/12/1993 pp. 17-23 ; le règlement n° 2309/93/CEE, 22 juillet 1993, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et vétérinaire et instituant une Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JOCE n° L 214, 24/08/1993, pp. 1-21 ; la directive 98/95/CE du Conseil du 14 décembre 1998 modifiant quant à la consolidation du marché intérieur, aux variétés végétales génétiquement modifiées et aux ressources génétiques des plantes, 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, de plantes fourragères, de céréales, des plants de pommes de terre, de plantes oléagineuses et à fibres et de légumes ainsi que le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles, JOCE n° L 25 du 1/2/1999, p. 1 et le règlement (CE) n° 258/97 du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, JOCE n° L 43 du 14/02/1997, p. 1-7.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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).

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ BERGE (J-S.), Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie, *RTDE*, 38 (4), oct.-déc. 2002, p. 628.

⁴¹ Certes, les institutions communautaires ne disposaient pas d'une compétence expresse dans ce domaine. Toutefois, elles pouvaient recourir, ce qu'elles ont fait, à d'autres bases juridiques, ce qu'elles ont fait puisque tous les actes en la matière sont fondés sur l'article 114 TFUE.

À cette avalanche ne correspond pas cependant une incessante remise sur l'ouvrage du cadre juridique applicable aux OGM, mais l'on doit tout de même convenir que plusieurs ajouts substantiels ont été enregistré parmi lesquels celle relative à l'information et à l'étiquetage⁴² sont vraisemblablement les plus topiques. Souvenons-nous que, outre l'impératif technique de prévention des risques, un autre impératif, d'ordre politique, avait clairement motivé l'intervention du législateur dans le domaine des produits biotechnologiques : il s'agissait d'apaiser les éventuelles hostilités de l'opinion publique à l'encontre de l'utilisation des techniques de génie génétique. D'ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure le premier impératif n'était pas directement subordonné à ce dernier. « C'est en effet pour éviter le développement de sentiments irrationnels que l'on avoue céder à l'idée d'un contrôle systématique d'un risque auquel on ne croit guère (...). Le contrat social annoncé est donc en même temps un moyen de contrôle des risques et un moyen de lutte contre les sentiments anti-science »⁴³. Et pourtant, de manière quelque peu paradoxale, sur l'information en amont et en aval (l'étiquetage), les dispositions des directives de 1990 étaient extraordinairement limitées. Incontestablement, les modifications et compléments successifs ont permis de faire nettement progressé le régime juridique en la matière. S'agissant d'abord de l'obligation d'information du public, le contraste est saisissant. Dans les deux directives initiales, l'information du public était « réduite à sa plus simple expression »⁴⁴. Il était simplement indiqué à l'article 17 que serait publiée au Journal officiel « une liste de tous les produits qui font l'objet d'un consentement écrit au titre de la présente directive. Pour chaque produit, le ou les OGM qu'il contient et le ou les usages qui en sont faits, doivent être clairement spécifiés ». Désormais, dans la directive 2001/18/CE, à la publication in fine des produits mis sur le marché, s'ajoute une obligation de diffusion préalable de toutes une séries d'informations. L'article 24 prévoit que, dès la réception de la notification, la Commission met à la disposition du public la synthèse de cette notification et au cas où le rapport d'évaluation indique que les OGM doivent être mis sur le marché, elle met également à la disposition du public un tel rapport d'évaluation⁴⁵. Après que la décision finale ait été prise, qu'elle soit négative ou positive, plusieurs types d'informations doivent être rendues publiques qui vont au-delà du contenu de la décision⁴⁶ : en effet, tant les rapports d'évaluation de l'autorité compétente nationale visée par la notification que les avis des comités scientifiques consultés et ou encore les utilisations prévues⁴⁷ doivent être transmis au public. Concernant les obligations d'étiquetage, l'écart est encore plus grand. En 1990, la seule disposition en la matière est celle qui impose que le dossier de notification adressé à l'autorité nationale comprenne, lorsqu'il s'agit d'une demande de mise sur le marché, « des instructions précises et les conditions d'utilisation, ainsi qu'un projet d'étiquetage et d'emballage »⁴⁸. Mais rien n'impose d'inscrire sur l'étiquette qu'il s'agit bien d'OGM. Depuis 2001, le contenu de l'étiquette est désormais régi par un article, l'article 21, qui prévoit expressément que la mention « ce produit contient des OGM » devra figurer sur une étiquette ou sur un

⁴² Pour une étude plus fine : E. Brosset, M-A. Hermitte et C. Noiville, *Organismes génétiquement modifiés, Fascicule Jurisclasseurs Environnement*, Fasc 4100, 5, 2009 (15 août 2009).

⁴³ C. Noiville, *Ressources génétiques et droit, Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Pedone, Paris, 1998, p. 397 et p. 399.

⁴⁴ S. Charbonneau, *Droit communautaire de l'environnement*, L'Harmattan, 2002, p. 299.

⁴⁵ Article 24-1, Directive 2001/18/CE.

⁴⁶ Voir aussi l'article 19-4 qui dispose que « les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour que l'autorisation écrite et, le cas échéant, la décision visée à l'article 18 soient rendues accessibles au public et que les conditions spécifiées dans l'autorisation écrite et, le cas échéant, la décision soient respectées ».

⁴⁷ Article 24-2, Directive 2001/18/CE.

⁴⁸ Considérant 15 et article 11-1, Directive 90/220/CEE.

document qui accompagne le produit ou les autres produits contenant le ou les OGM⁴⁹. On retrouve cette même obligation pour les denrées alimentaires puisque les exploitants devront veiller à ce que la mention « contient des OGM » figure sur une étiquette apposée au produit contenant ou consistant en des OGM⁵⁰.

B) La pérennité des fondamentaux

Cependant, outre que ces modifications décrites plus haut sont déjà dans leur ensemble anciennes puisque les textes ont pour la plupart déjà dix ans, ces dernières n'ont pas bouleversé la configuration d'ensemble des deux premières directives. Les fondamentaux ont été maintenus et attestent de la résistance du droit des OGM. À l'empreinte des directives de base s'ajoute l'ancrage de la procédure-phare, la procédure d'autorisation préalable à la mise sur le marché.

1- L'empreinte des directives horizontales

Bien que matériellement sérieusement relativisées par les textes sectoriels, les deux directives horizontales, par leur effet d'exemplarité, continuent en effet de constituer le point névralgique du droit des OGM. D'abord, bien que progressivement remplacées par l'application de textes sectoriels, les directives dans bien des cas continuent à s'appliquer. En effet, nombre d'entre eux se contentent de renvoyer aux deux directives sans prévoir de procédure spécifique en la matière⁵¹. On peut citer la directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques⁵² qui, au terme de son article 1 alinéa 3, « est applicable à l'autorisation de mettre sur le marché des produits phytopharmaceutiques consistant en organismes génétiquement modifiés ou en contenant ». Or, cette directive demeure très succincte dans ce domaine, se contentant de préciser que la mise sur le marché d'un produit issu de la biotechnologie n'est accordée qu'après autorisation de dissémination de l'OGM conformément à la directive 90/220/CEE⁵³.

⁴⁹ Article 19-3 f), Directive 2001/18/CE. Une telle obligation est reprise dans l'annexe IV, point A-8 qui impose que soit inscrit sur l'étiquette, « au moins sous une forme résumée, un nom commercial du produit, une mention indiquant que « Ce produit contient des OGM », le nom de l'OGM et les informations visées au point 2 » à savoir le nom et l'adresse complète de la personne établie sur le territoire de la Communauté qui est responsable de la mise sur le marché, qu'il s'agisse du fabricant, de l'importateur ou du distributeur. En outre, l'étiquette devra indiquer comment accéder aux informations dans la partie du registre qui est accessible au public. La directive prévoit en effet la création d'un ou plusieurs registres afin de consigner les informations relatives aux modifications génétiques, et notamment les méthodologies permettant l'identification et la détection des OGM (article 31-2) ainsi que de registres visant à enregistrer la localisation des OGM cultivés au titre de la partie C de la directive, afin de permettre la surveillance de leurs effets sur l'environnement (article 31-3).

⁵⁰ Article 4-6, Règlement n° 1830/2003/CE. S'il s'agit de produits, y compris en grosses quantités, qui ne sont pas emballés et si l'utilisation d'une étiquette est impossible, l'exploitant doit veiller à ce que ces informations soient transmises avec le produit, par exemple sous la forme de documents d'accompagnements.

⁵¹ Deux textes prévoient des procédures d'évaluation et de gestion des risques spécifiques : il s'agit du règlement n° 2309/93/CEE à propos de médicaments issus de la biotechnologie et du règlement n° 258/97/CE à propos des aliments ou ingrédients qui sont des OGM ou qui en contiennent mais aussi des aliments ou ingrédients issus de tels organismes mais qui n'en contiennent pas. Voir l'article 6-2 et 28-2, Règlement n° 2309/93/CEE. De manière identique, voir aussi le règlement « nouveaux aliments » qui souligne dans son article 9-1 que les articles 11 à 18 de la directive 90/220/CEE ne s'appliquent pas aux aliments et ingrédients alimentaires contenant des OGM ou consistant en de tels OGM.

⁵² Directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, JOCE n° L 230, 19/08/1991, p. 1.

⁵³ Selon l'article 1 alinéa 3, la présente directive est applicable à ce type de produits « à condition que l'autorisation de les disséminer dans l'environnement ait été accordée après estimation du risque pour

On retrouve le même type de clause dans la directive 98/95/CE du 14 décembre concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles⁵⁴, la directive 2002/55/CE du Conseil du 13 juin 2002 concernant la commercialisation des semences de légumes⁵⁵, la directive 2002/53/CE du Conseil du 13 juin 2002 concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles⁵⁶ ou la directive 2002/11/CE du Conseil du 14 février 2002 concernant la commercialisation des matériels de multiplication végétative de la vigne⁵⁷.

En outre, pour les textes qui ont prévu en propre une procédure, la ressemblance est très forte et pour cause la directive a enserré cette verticalisation sous un principe clairement énoncé : celui de l'analogie ou d'équivalence des obligations. L'article 10 de la directive 90/220/CEE prévoyait en effet de remplacer l'évaluation des risques prévue par la directive 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 »⁵⁸. D'ailleurs, dans un arrêt du 8 septembre 2011⁵⁹, la Cour a relevé l'important de cette disposition qui « tend à prévenir tout risque de *forum shopping* en posant des règles ayant pour objet de garantir que les exigences, en matière de clause de sauvegarde (par exemple, mais pas seulement), soient au moins équivalentes à celles contenues dans la directive 2001/118 »⁶⁰ et la Cour a en l'espèce « validé » le règlement 1829/2003 qui, selon elle, constitue « une mise en œuvre » de cette disposition⁶¹. Certes, le règlement prévoit une clause de sauvegarde libellée de manière différente de celle de la directive ; toutefois, cette différence n'assure pas une garantie moindre de protection⁶². S'agissant de la procédure phare

l'environnement, conformément aux dispositions des parties A, B et D ainsi que des dispositions pertinentes de la partie C de la directive 90/220/CEE ».

⁵⁴ Directive 98/95/CE du Conseil du 14 décembre 1998 modifiant quant à la consolidation du marché intérieur, aux variétés végétales génétiquement modifiées et aux ressources génétiques des plantes, 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, de plantes fourragères, de céréales, des plants de pommes de terre, de plantes oléagineuses et à fibres et de légumes ainsi que le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles, JOCE n° L 025 du 1/2/1999, p. 1.

⁵⁵ JOCE n° L 193 du 20/07/2002 pp. 33-59.

⁵⁶ JOCE n° L 193 du 20/07/2002 pp. 1-11.

⁵⁷ JOCE n° L 053 du 23/02/2002 pp. 20-27.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ CJUE, 8 septembre 2011, *Monsanto SAS et autres contre Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, non encore publié.

⁶⁰ M-P. Lanfranchi, L'application en France du droit de l'Union européenne relatif aux OGM : le cas de l'activation des clauses de sauvegardes in E. Brosset, *Droit et biotechnologies : actualités, Les Cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 14 mars 2012, pp. 104-179.

⁶¹ Point 47 de l'arrêt.

⁶² Dans les conclusions de l'Avocat général, cela est bien explicité : il souligne qu'il est délicat d'interpréter cette différence de libellé comme une différence de protection entre « une protection « plus forte » (sur la base de la directive) et une protection « plus faible » (sur la base du règlement) » puisque la différence la plus « significative est la personne appelée, selon la disposition, à prendre la mesure : un État membre dans le cas de la directive,

d'autorisation de mise sur le marché dont il s'agit désormais de faire apparaître la résistance, la parenté des procédures est tout à fait visible.

2- L'ancrage de la procédure autorisation préalable de mise sur le marché

En 1990, si l'adoption des directives est remarquée, c'est précisément du fait de l'adoption d'une procédure d'autorisation de mise sur le marché. Une procédure d'autorisation de mise sur le marché est en effet prévue alors même qu'aucun risque avéré n'est prouvé et a fortiori aucun dommage réalisé. L'idée est quasi « révolutionnaire »⁶³ puisque ce faisant l'incertitude scientifique est appréhendée comme une sorte présomption de dangerosité qui implique la mise en place d'un encadrement spécifique et contraignant ici un système d'autorisation préalable à la mise sur le marché. Or, cette procédure a incontestablement résisté au temps. Elle a d'abord résisté parce que la configuration générale de la procédure n'a pas finalement été radicalement modifiée. Rappelons que, dès 1990, au nom du principe de libre circulation des marchandises, est posé le principe selon lequel les décisions d'autorisation de mise sur le marché doivent être valide sur l'ensemble du territoire de l'Union. Pour l'adopter, la directive 90/220/CEE met en place pour cela une procédure unique, sorte d'hybride entre une procédure entièrement décentralisée au profit des autorités nationales -sur le modèle des procédures retenues en cas d'utilisation confinée- et une procédure centralisée autour des institutions communautaires -sur le modèle de ce que l'on peut trouver pour la mise sur le marché de certains médicaments-. Elle voit se succéder trois temps. Le premier temps a lieu devant l'autorité nationale auprès de laquelle la demande de mise sur le marché est déposée. En effet, après la réception de la notification, l'autorité nationale doit non seulement examiner la conformité des informations notifiées⁶⁴, mais aussi et surtout établir un rapport d'évaluation indiquant si le ou les OGM concernés doivent être mis sur le marché et dans quelles conditions⁶⁵. Le résultat de l'évaluation détermine la suite de la procédure. Dans le cas où ce rapport d'évaluation serait favorable, la procédure est poursuivie ; en cas de rejet de la notification, elle prend fin. Dans le premier cas, l'autorité nationale 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 motivées. Or, l'autorité nationale est liée par cette consultation. En effet, en cas d'objection émise par un Etat membre et maintenue, la décision revient en effet aux institutions communautaires. Enfin, troisième étape, en cas de décision communautaire positive, l'autorité compétente de l'Etat visé par la notification doit entériner une telle décision, la transmettre au notifiant et en informer les autres Etats membres. Révélatrice d'un enchevêtrement souvent qualifié de « redoutable »⁶⁶ des compétences nationales et communautaires, « véritable noeud gordien »⁶⁷, cette procédure première s'est toutefois maintenue. En effet, dans ses grandes lignes, la directive de 2001 n'a pas modifié les étapes classiques de la délivrance d'une autorisation de mise sur le marché : on retrouve les trois étapes qui impliquent une collaboration étroite entre les autorités nationales et les institutions communautaires. Certes, dans les textes sectoriels, la configuration peut à première vue paraître différente parce que la « centralisation » paraît

la Commission dans le cas du règlement » sauf à considérer- ce serait peu rationnel (?) - que « la Commission offre des garanties moindres par rapport à un Etat membre.

⁶³ M-A. Hermitte et C. Noiville, La dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement, une première application du principe de prudence, *RJE*, 3-1993, p. 391 et s.

⁶⁴ Article 12-1, Directive 90/220/CEE et article 13-1, Directive 2001/18/CE.

⁶⁵ Articles 13-3 et 14, Directive 2001/18/CE.

⁶⁶ J. Andriantsimbazoniva, Le CE et le principe de précaution, l'affaire du maïs transgénique, *Droit administratif*, éd. *Jurisclassseurs*, juin 1999, chroniques, p. 4.

⁶⁷ *Ibidem*.

souvent encore plus achevée. 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/CE⁶⁸. 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'autorisation⁶⁹. En outre, 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. Toutefois, encore faut-il affiner l'analyse et examiner la procédure d'évaluation prévue dans le règlement n° 1829/2003/CE. Or, à l'analyse, la coopération au stade même de l'évaluation entre l'Autorité et les autorités nationales n'est pas absente, au contraire préservée tout au long de l'élaboration de l'avis final. Ainsi, lors de l'évaluation des demandes de mise sur le marché de produits consistant en des OGM ou contenant de tels organismes, l'Autorité peut ou doit⁷⁰ consulter les autorités nationales compétentes désignées par les États membres à cette fin. Les autorités compétentes disposent de trois mois, après la date de réception de la demande, pour faire connaître leur avis à l'autorité⁷¹. Et même si ces observations n'ont pas valeur contraignante, lorsque l'Autorité transmet son avis à la Commission, aux États membres et au demandeur, accompagné d'un rapport décrivant son évaluation de la denrée alimentaire et exposant les motifs et les informations sur lesquelles l'avis se fonde, elle doit y adjoindre « les avis des autorités compétentes »⁷². Le règlement permet également que l'Autorité puisse déléguer l'évaluation à l'organisme d'un État membre compétent en matière d'évaluation des denrées alimentaires⁷³. Ainsi, si l'on assiste d'un point de vue immédiat à la communautarisation incontestable de la phase d'évaluation -la décision finale sur l'avis à rendre étant tranchée par une Autorité composée de membres ne représentant pas chacun des États membres-, l'élaboration de cet avis fait largement intervenir les agences nationales. Comme pour d'autres agences, la création de l'Autorité aboutit à une « consolidation de la logique de « coopération loyale » (...) par « gravitation »⁷⁴ et par « une mise en réseau ou « européanisation » des régulateurs nationaux »⁷⁵. Finalement, les seules réelles modifications sont le résultat des réformes successives des règles générales de comitologie⁷⁶ prévues pour l'adoption par les institutions

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Articles 5-2 b et 17-2 b, Règlement n° 1829/2003/CE.

⁷⁰ D'ailleurs, lorsque les OGM doivent être utilisés comme semences ou autre matériel de multiplication de plantes, l'autorité est tenue de faire procéder à l'évaluation des risques pour l'environnement par une autorité nationale compétente : Article 6-3-c) et 18-3-c), Règlement n° 1829/2003/CE.

⁷¹ Articles 6-4 et 18-4, Règlement n° 1829/2003/CE.

⁷² Articles 6-6 et 18-6, Règlement n° 1829/2003/CE.

⁷³ Articles 6-3 et 18-3, notamment les alinéas b) et c), Règlement n° 1829/2003/CE.

⁷⁴ M. Blanquet, Agences de l'Union et gouvernance européenne in J-F. Couzinet (Dir.), *Les Agences de l'Union européenne*, Presses de l'Université de Toulouse, 2002, 306 p., p. 63.

⁷⁵ Livre blanc sur la gouvernance européenne, chantier n° 3, « Mieux exercer les responsabilités exécutives, Rapport du groupe de travail : Etablissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle, groupe 3a, p. 3.

⁷⁶ Dans la directive 90/220, s'appliquait 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). 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

de la décision (positive ou négative) de mise sur le marché dont les plus récentes sont d'ailleurs peut-être les plus importantes⁷⁷.

Pour finir, soulignons que, non démantelée, la procédure a été en outre étendue à un nombre croissant de produits génétiquement modifiés. Rappelons en effet que le champ d'application des directives horizontales étaient pour le moins étroit. N'étaient d'abord visés que les micro-organismes (« toute entité microbiologique, cellulaire ou non cellulaire »⁷⁸) et les organismes (« toute entité biologique »⁷⁹, à l'exception toutefois des êtres humains⁸⁰) capables de se reproduire et de transférer du matériel génétique. Concernant les produits issus de la biotechnologie, en revanche, seuls les produits dans lesquels l'OGM est encore biologiquement actifs⁸¹ étaient concernées. Pour prendre un exemple, dans le cas d'une plante génétiquement modifiée, les textes couvraient aussi bien la plante entière que ses fruits, graines ou son pollen. En revanche, les produits qui en dérivent, comme la farine ou l'huile, n'étaient couverts par la directive. Toutefois, avec l'adoption des textes sectoriels, l'extension du champ d'application de la procédure, au-delà des produits contenant ou consistant en des OGM, aux produits dérivés de ces OGM, a eu lieu. Ainsi, les produits alimentaires dérivés d'OGM, pour reprendre notre exemple, l'huile ou la farine produites à partir de maïs génétiquement modifié sont désormais couverts⁸². Les produits élaborés à partir d'OGM, mais n'en contenant plus, à condition, bien sûr, d'être destinés à l'alimentation, y compris les additifs et les arômes⁸³ sont donc désormais soumis à autorisation. D'ailleurs, ultime extension, l'obligation vaut y compris lorsque l'apport d'OGM est involontaire⁸⁴. La Cour a en effet considéré dans son arrêt *Bablok* du 6 septembre 2011 relatif à un litige en responsabilité à propos d'un miel contaminé accidentellement par des traces de maïs MON 810 expérimenté à proximité de ruches que la présence dans du miel de pollen issu d'un maïs

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 que la Commission arrêta la mesure. Dans le cas où le Conseil rejette la proposition, la Commission n'a plus son mot à dire. Elle a été remplacée par la décision n° 1999/468/CE du 28 juin 1999 (JOCE n° L 184, 17/07/1999, pp. 23-26) qui emporte quelques modifications. D'abord, il n'est plus nécessaire d'obtenir l'unanimité au Conseil pour rejeter la décision de la Commission ; le Conseil peut en effet, indiquer, à la majorité qualifiée, qu'il s'oppose à la proposition de la Commission ce qui réduit les cas où la Commission pourra intervenir. De plus, en cas de silence du Conseil, la Commission doit soumettre une nouvelle proposition ou la même proposition et le Conseil devra se prononcer à nouveau. Ce n'est que si, une nouvelle fois, le Conseil n'a pas statué ou n'a pas indiqué qu'il s'opposait à la proposition que la décision sera arrêtée par la Commission. ⁷⁷ Outre le « court-circuitage du Conseil » (en cas d'avis défavorable du comité, le Conseil n'est pas saisi, le Parlement européen et le Conseil devant simplement être « informés régulièrement et sans retard des travaux des comités »), c'est surtout la nouvelle possibilité pour la Commission d'adopter, même en cas d'avis défavorable du comité, sa proposition « 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 » qui devra être évaluée.

⁷⁸ Article 2 a), Directive 90/219/CEE.

⁷⁹ Article 2-1), Directive 90/220/CEE.

⁸⁰ Notons toutefois que de ce point de vue, la directive 2001/18/CE a apporté une modification non négligeable. Soulignant, dans le considérant 9, la nécessité de respecter les principes éthiques, elle apporte une définition des OGM quelque peu révisée. D'après l'article 2-2), un OGM est « un organisme, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou recombinaison naturelle ». Ainsi, il est expressément spécifié que les êtres humains ne devraient pas être considéré comme des organismes et que donc cette directive ne comprend dans son champ d'application que les microorganismes, les plantes et animaux mais non les êtres humains.

⁸¹ Article 2-4, Directive 90/220/CEE.

⁸² Voir l'article 1er-2, Règlement n° 258/97/CE « nouveaux aliments ». Voir aussi les articles 3 et 15, Règlement n° 1829/2003/CE.

⁸³ Article 2-1, COM (2001) 182 final.

⁸⁴ CJUE, 6 septembre 2011, *Heinz Bablok e.a.*, aff. C-442/09, non encore publiée.

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 qui 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. L'empire de l'obligatoire autorisation⁸⁵ est ici étendu d'une manière pour le moins absolu...

II- Les résistances au droit, fondement de propositions de réforme

Il a été bien analysé que d'emblée controversée, la question des OGM est devenue source d'un conflit sourd⁸⁶ et comment le droit a fonctionné « comme ressource et comme objet de la lutte »⁸⁷. La résistance au droit a en effet d'emblée constitué l'un des traits principaux de ce conflit. Émanant des particuliers ou des autorités locales, cette résistance -le plus souvent en marge de la légalité⁸⁸- a été largement relayée par les gouvernements. Et à la recrudescence des actes de désobéissance civile protestant contre la mise en culture par le fauchages volontaires⁸⁹ dans le prolongement de la multiplication des « zones sans OGM » décrétées sur leur territoire par des centaines d'autorités locales⁹⁰, les Etats ont réclamé des

⁸⁵ Aussi, le 15 mars 2012, la société Monsanto a déposé, auprès des autorités néerlandaises, un dossier de demande d'autorisation de mise sur le marché européen pour le pollen issu du maïs transgénique MON 810 à destination de l'alimentation humaine et animale, selon la procédure prévue par le règlement (CE) n° 1829/2003. Dans cette demande, à priori, Monsanto s'est appuyé sur l'avis de l'AESA du 11 novembre 2011 sur la sécurité du pollen dérivé du MON 810. Le dossier de demande d'AMM devrait être rendu public prochainement.

⁸⁶ F. Chateauraynaud, Les OGM entre régulation économique et critique radicale, rapport final du programme ANR, EHESS Paris, www.gspr-ehess.com/documents/rapports/RAP-2010-ANROGM.pdf

⁸⁷ F. Chateauraynaud, Les OGM entre régulation économique et critique radicale, rapport final du programme ANR, EHESS Paris, www.gspr-ehess.com/documents/rapports/RAP-2010-ANROGM.pdf

⁸⁸ Et pour cause, les particuliers ou collectivités territoriales sont, face à une autorisation communautaire de mise sur le marché globalement assez démunis. Il leur faut en effet prouver devant le juge de l'Union que la décision dont le destinataire est le titulaire de l'autorisation concerne néanmoins directement et individuellement des tiers-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 » (voir l'article 263 TFUE et CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 199). Une tentative du Département français du Gers 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 recours : TPI, Ordonnance du 11 avril 2011, *Département du Gers contre Commission européenne*, affaires jtes T-478, 479, 480, 481, 482 et 502-2010. 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.

⁸⁹ En témoignent les arrachages sauvages de plants transgéniques en France et ailleurs en Europe. Voir l'arrachage de plants de pommes de terre génétiquement modifiées le 29 mai 2011 en Belgique. En France, après quelques hésitations, ces fauchages ont été en principe systématiquement condamnés par la justice.

⁹⁰ En France, plusieurs maires ont ainsi invoqué leurs pouvoirs de police pour justifier l'adoption d'arrêtés interdisant sur le territoire communal les essais en plein air de plantes génétiquement modifiées. Fluctuante à l'origine, la jurisprudence s'est peu à peu stabilisée et le juge a systématiquement annulé ces arrêtés au motif que le régime d'autorisation administrative de la dissémination volontaire d'un organisme génétiquement modifié, institué dans un but de police par l'art. L533-3 du Code de l'environnement, relève de la compétence exclusive du Ministre de l'agriculture et que le maire ne saurait, en l'absence de péril imminent, s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale. Mais le Conseil d'État a considéré que sur le fondement de l'article L. 3211-1 du Code général des collectivités territoriales, il est loisible aux conseils généraux de prendre des délibérations qui se bornent à des vœux, des prises de position ou des déclarations d'intention. De telles délibérations peuvent porter

« différenciations »⁹¹ vis-à-vis de l'application stricte de la règle harmonisée ou de l'autorisation adoptée. Or, si la Cour a nettement « contenu » l'ampleur de ces demandes de différenciation (A), suivant une interprétation souvent logique, parfois excessivement rigoureuse, en tous les cas sévère à l'égard des positions des Etats, au final, il était difficile pour les autorités politiques d'ignorer ces demandes et une proposition de réforme a été directement secrétée (B).

A- L'ampleur des demandes de différenciation des Etats

L'ampleur des demandes a débouché sur une très grande diversité des mécanismes juridiques employés par les Etats pour revendiquer une différenciation, du plus primaire, la violation de la règle de droit de l'Union à la plus élaborée, l'utilisation des clauses de sauvegarde prévues dans les textes d'harmonisation. Dans la plupart des cas, appelée à se prononcer, la Cour a retenu une lecture conservatrice de l'harmonisation.

1- La différenciation par l'inapplication de l'harmonisation : non transposition, moratoire

Les résistances à la transposition des directives constituent la forme la plus connue de cette attitude « d'indiscipline ». 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 synthèse⁹², la France, la Belgique, la Grèce et le Luxembourg n'avaient pas encore pris les mesures nécessaires à l'adaptation de leur droit national. Ces quatre pays ont d'ailleurs été condamnés pour manquement par la Cour⁹³. Ce retard, accompagné de transpositions incorrectes, s'est 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 Etats⁹⁴. L'indiscipline a d'ailleurs pris une tournure encore plus puisque certains arrêts en manquement sont restés inexécutés et pour cause, entre temps, les conflits politiques autour des OGM avaient enflé. 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

sur des objets à caractère politique et sur des objets qui relèvent de la compétence d'autres personnes publiques, dès lors qu'ils présentent un intérêt départemental, ce qui était bien le cas en l'espèce (CE, 30 décembre 2009, n° 308514, *Département du Gers*).

⁹¹ Nous empruntons cette expression à E. Vos, *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 Onion ?* ».

⁹² DOC XI/801/93/FR

⁹³ 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. CJCE, 27 novembre 2003, *Commission c/ France*, Aff. C-429/01, JOCE n° 21 du 24-01-2004, *Rec.* p. I- 4.

⁹⁴ 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 la 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),

l'année 2005. En toute logique, la Commission a décidé en décembre 2005 de saisir la Cour 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 rendu public et a débouché, après plusieurs rebondissements, sur l'adoption d'un loi de transposition⁹⁵. Toutefois, la date de référence pour apprécier l'existence d'un manquement se situant à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, il est manifeste qu'elle était dépassée tout comme l'exécution, dans des délais aussi brefs que possibles⁹⁶, de l'arrêt en manquement. Pour cette raison, la Cour, suivant sa jurisprudence constante, a condamné la France pour manquement dans un arrêt du 9 décembre 2008⁹⁷. Elle en profite d'ailleurs pour rappeler sa jurisprudence constante selon laquelle un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne⁹⁸, y compris la résistance des particuliers⁹⁹ pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire. L'argument relié aux oppositions et manifestations violentes (notamment par des arrachages en plein champ) n'est donc pas admissible. La Cour a également accepté, contre l'avis de l'Avocat général, de prononcer des sanctions pécuniaires, consistant en l'espèce en une amende¹⁰⁰ de 10 millions d'euros. En l'espèce, la Cour a fait montre d'une particulière sévérité, puisque le paiement d'une somme forfaitaire n'avait, jusqu'à l'arrêt, jamais été imposé dans des situations dans lesquelles une exécution complète de l'arrêt initial avait été assurée avant l'aboutissement de la procédure. Cette sévérité est liée notamment au fait que la transposition en la matière a été l'objet d'un contentieux ancien et récurrent avec les autorités nationales et au fait que le manquement en ce qu'il est susceptible de porter préjudice à l'environnement et de mettre en danger la santé de l'homme revêt quasiment « par principe »¹⁰¹ un degré particulier de gravité.

Au-delà du retard dans l'exécution « normative », s'est ajoutée une pratique 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

⁹⁵ Il s'agit de la loi n° 2008-595, du 25 juin 2008, relative aux organismes génétiquement modifiés (Journal Officiel 26 Juin 2008)

⁹⁶ La Cour rappelle que près de 19 mois s'étaient écoulés depuis le prononcé de cet arrêt.

⁹⁷ CJCE, 9 décembre 2008, *Commission c/ France*, aff. C-121/07, Rec. p-I-9159.

⁹⁸ *Ibidem*, point 55

⁹⁹ Pt 72 de l'arrêt. Voir également la confirmation dans l'arrêt 17 février 2009, *Commune de Sausheim c/ Pierre Azelvandré*, Aff. C-152/07, Rec. p. I-987, pt 50.

¹⁰⁰ 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'État 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.

¹⁰¹ La Cour procède par présomption plus que par démonstration s'agissant de l'atteinte aux intérêts publics et privés (pts 73 à 80) alors que l'Avocat général avait ici été plus précis estimant qu'en cas de manquement résorbé, l'imposition d'une sanction sous la forme d'une somme forfaitaire ne pouvait intervenir que dans le cas de circonstances aggravantes qui impliquaient la démonstration que des intérêts publics et privés avaient été affectés de manière inacceptable ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque la recherche biotechnologique n'a pas été empêché et puisque les demandes d'autorisation de dissémination se sont poursuivies (Conclusions de M. Jan Mazak, 5 juin 2008).

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 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 révisée¹⁰². Engagements politiques, ces décisions ont abouti à réviser officieusement la lettre de la directive en suspendant, en dehors des mécanismes classiques, l'exécution des décisions d'autorisation de mise sur le marché. Et pourtant, dans son arrêt rendu le 21 mars 2000¹⁰³ quelques mois après, la Cour a en toute netteté confirmé la compétence liée de l'autorité nationale à ce stade. La Cour répondait ici à deux questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat relatives précisément à la marge de manœuvre de l'Etat membre dans la phase finale de la procédure c'est-à-dire au moment du consentement national à la mise sur le marché d'un OGM dès lors que la Commission avait pris une décision favorable¹⁰⁴. La formulation retenue par la directive 90/220/CE qui évoquait un « consentement »¹⁰⁵ pouvait-elle être interprétée comme une « ultime appréciation sur les risques qui peuvent naître de la dissémination »¹⁰⁶ ? La Cour a ici fermement rejeté une telle interprétation soulignant bien que « 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 »¹⁰⁷. L'objet de la première phase nationale étant précisément de permettre à l'Etat visé par la notification de s'exprimer à son propos, il ne paraissait pas utile de lui reconnaître la possibilité de s'exprimer une deuxième fois¹⁰⁸. Nonobstant ce

¹⁰² 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. 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 ». 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 ».

¹⁰³ 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, F. Berrod, Notes sous l'arrêt de la CJCE, 21 mars 2000, *Europe*, mai 2000, p. 20 ou J-C. Galloux, Notes sous l'arrêt du 21 mars 2000 in chronique « Droit des biotechnologies », *Dalloz*, 2001, n° 17, pp. 1358-1360.

¹⁰⁴ Il s'agissait en l'espèce de délimiter l'étendue de la marge de manœuvre des autorités françaises au regard de la décision de la Commission européenne n° 97/98/CEE autorisant la mise sur le marché du maïs génétiquement modifié produit par la société Ciba-Ceigy (aujourd'hui Novartis) et en particulier de savoir si le Gouvernement français avait la possibilité de refuser sa mise sur le marché

¹⁰⁵ Depuis, la directive de 2001 souligne plus clairement que « lorsqu'une décision favorable a été prise, l'autorité compétente qui a élaboré le rapport donne son autorisation par écrit pour la mise sur le marché du produit ou le renouvellement de l'autorisation » (article 18-2).

¹⁰⁶ C. Hermon, Notes sous l'arrêt CE, 25 septembre 1998 et 11 décembre 1998, *RJE*, 4/1999, p. 573.

¹⁰⁷ Point 47, CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a et Ministère de l'agriculture et de la pêche e. a.* aff. C-6/99, *op. cit.* L'existence d'une telle compétence liée ressort d'ailleurs clairement, selon la Cour, de l'emploi dans le texte de la directive du présent de l'indicatif ainsi que de la comparaison des différentes versions linguistiques (pts 28 et 29).

¹⁰⁸ Voir le point 42 : « les autorités compétentes nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation pour s'assurer que la notification visée à l'article 11 de la directive est conforme aux exigences de celle-ci, en accordant une attention particulière à l'évaluation des risques découlant de la mise sur le marché de produits contenant des OGM pour l'environnement et la santé humaine, ainsi qu'il est prévu à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 90/220 et mentionné au troisième considérant ».

précédent judiciaire, le moratoire s'est prolongé, y compris 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-11¹⁰⁹ complété par l'autorisation à l'importation du maïs NK603 et son utilisation dans l'alimentation humaine¹¹⁰, le moratoire aura donc duré pas moins de cinq ans ce qui est loin d'être anodin. Depuis, la procédure d'autorisation a été relancée, toutefois, elle tourne encore au ralenti. Il faut en effet se souvenir que l'autorisation se heurte régulièrement à l'absence de majorité qualifiée au Conseil ce qui fait d'ailleurs basculer la décision sur la Commission et qui allonge considérablement le rythme d'autorisation. Mais, loin d'être un autre cas d'inapplication, il ne s'agit là au contraire que de la plus stricte application de la procédure.

2- La différenciation par la dérogation vis-à-vis de l'acte d'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 »¹¹¹ face à l'harmonisation. On observe un phénomène très voisin de l'hypothèse d'inapplication. Largement revendiquée par les Etats, l'utilisation de ces mécanismes a été rarement validée par la Cour ce qui n'a toutefois pas empêché, dans certains cas, à ceux-ci de perdurer.

S'agissant d'abord des dérogations issues du traité qui ouvrent pour les Etats membres le droit in extremis de « désobéir »¹¹² aux directives sur les OGM, elles permettent à l'Etat en principe soit de maintenir¹¹³ soit d'introduire¹¹⁴ des dispositions nationales différentes de l'acte d'harmonisation. L'Autriche a la première demandé à bénéficier de cette possibilité d'introduire une mesure différente de l'acte d'harmonisation ici une loi adoptée par le gouvernement du Land de Haute-Autriche tendant à interdire, pendant une durée de trois ans,

¹⁰⁹ - 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

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ P. Léger (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Dalloz, Paris, Bruylant, Bruxelles, 2000, 2060 p., p. 931.

¹¹² *Ibidem*, p. 930.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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 ».

la culture de semences et de matériel de multiplication génétiquement modifiés, 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 pêche¹¹⁵. Fondé, principalement, sur un objectif de coexistence entre les méthodes de production agricole à OGM et sans OGM eu égard aux particularités de cette région (géographiquement réduite) et à l'importance de l'agriculture biologique¹¹⁶, ce projet avait été conformément au traité, notifié à la Commission qui, sur la base de l'avis négatif rendu par l'Autorité de sécurité des aliments¹¹⁷, la Commission avait, le 2 septembre 2003¹¹⁸, rejeté la demande autrichienne, rejet qui avait fait l'objet, de la part de l'Etat autrichien, d'un recours en annulation. À deux reprises, le juge de l'Union a donné raison à la Commission. Dans son arrêt du 5 octobre 2005, le Tribunal de première instance¹¹⁹ 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 recours également sur ce point¹²⁰. La position du Tribunal a été confirmée par la Cour de Justice des Communautés européennes¹²¹. Au-delà de la validation de la régularité de la procédure suivie par la Commission¹²², sur le fond, la Cour confirme en effet le raisonnement du Tribunal. La démonstration de l'existence, sur le territoire du Land, d'un problème spécifique est incomplète en ce 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. Or, même si la Cour prend soin de rappeler qu'il n'est pas exigé de démontrer « l'unicité » du problème,

¹¹⁵ 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).

¹¹⁶ 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).

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ TPI, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich / Commission*, affaire T- 235/04 et T- 366/03, JOCE n° 296 du 26.11.2005, p. 22.

¹²⁰ 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.

¹²¹ CJCE, 13 septembre 2007, Affaires jointes C-439/05 P et C-454/05 P, Rec. p. I-07141. Fleurke, Floor M., *What Use for Article 95(5) EC?*, *Journal of Environmental Law* 2008 Vol.20 p. 267-278.

¹²² 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 (Pts 36 à 43).

simplement sa « spécificité »¹²³, l'appréciation qui est ici suivie interroge néanmoins. En effet, le Tribunal comme la Cour reproche à l'Etat de ne pas avoir fait apparaître d'éléments permettant de contredire les conclusions de l'Agence alors même qu'aucune procédure contradictoire n'avait suivi de telles conclusions¹²⁴ ! La gêne de la Cour est d'ailleurs perceptible lorsqu'elle examine la violation du principe de contradictoire dans l'accumulation déployée des arguments, en particulier reliés à la nécessaire rapidité de la procédure¹²⁵. En réaction à la rigueur de l'interprétation de l'article 114-4 TFUE, il n'est d'ailleurs pas surprenant que les Etats aient recherché d'autres voies de dérogation dans le traité. Le contentieux de la Pologne face à la Commission¹²⁶ en est l'illustration puisque le gouvernement polonais avait avancé -pour fonder la validité d'une loi prévoyant l'interdiction de mise sur le marché polonais des semences de variétés génétiquement modifiées- le motif de protection de la moralité publique inscrit dans l'article 36 TFUE¹²⁷, mais en l'espèce la Cour n'avait pas eu besoin de répondre intégralement à l'argument¹²⁸. Une affaire récente¹²⁹, particulièrement savoureuse, a toutefois permis à une demande de dérogation d'être validée mais en conséquence d'une erreur technique de la Commission. Encore une fois, la Pologne avait notifié à la Commission, le 13 avril 2007, deux articles d'un projet de loi qui, imposant des obligations spécifiques plus strictes aux personnes demandant une autorisation de dissémination volontaire d'OGM¹³⁰, dérogeaient aux dispositions de la directive 2001/18. En réponse à la 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, c'est-à-dire en dehors du délai de six mois prévu par le traité¹³¹. Sans grande difficulté¹³², le Tribunal a pu conclure que la décision attaquée, notifiée

¹²³ Pts 65 à 67 de l'arrêt. Voir également la pratique assez conciliante de la Commission qui a déjà autorisé l'usage de dérogations simultanées dans plusieurs pays : voir C. Vial, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruylant, 2006, pp. 252 et s.

¹²⁴ A. Bouveresse, Mesures nationales dérogatoires, *Europe* n° 12, Décembre 2005, comm. 409.

¹²⁵ De notre point de vue, il n'est pas anodin de voir le Tribunal comme la Cour s'efforcer de rechercher d'autres arguments à cette exclusion et évoquer l'impératif – difficilement contestable – de rapidité de la procédure relié à l'intérêt de l'Etat membre notifiant et au bon fonctionnement du marché intérieur qui serait difficilement conciliable avec des échanges prolongés d'informations et d'arguments.

¹²⁶ CJCE, 16 juillet 2009, *Pologne c/ Commission*, aff. C-165/08. V. Michel, Organismes génétiquement modifiés, *Europe*, 2009, octobre, comm. N° 360, pp. 13-14. F-G. Trébulle, Droit de l'environnement - Droit de l'Union européenne, *Dalloz* 2010 n° 37 pp. 2470-2473.

¹²⁷ Selon le gouvernement polonais, le motif de la loi est la conception chrétienne de la vie (qui s'oppose à ce que des organismes vivants créés par Dieu soient manipulés et transformés en matériaux objets de droits de propriété industrielle). 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 donc les exceptions prévues par l'article 36 TFUE et notamment le motif de la moralité publique pouvaient servir à fonder la loi polonaise.

¹²⁸ 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. Elle condamne sur ce seul fondement la Pologne.

¹²⁹ TPI, *Pologne c/ Commission*, Aff. T-69/08, JO du 29-01-2011, p. 34.

¹³⁰ En particulier l'obligation imposée à la personne demandant une autorisation 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.

¹³¹ 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.

aux autorités polonaises huit mois après la demande, était intervenue hors délai 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.

S'agissant des dérogations provisoires ouvertes dans le droit dérivé lui-même, sous la forme de clauses dite de sauvegarde, la situation n'est pas très éloignée, même si, en la matière, les prises de position de la Commission ont été plus tardives et les contentieux devant la Cour aussi ce qui a laissé persister pendant un temps long les « suspensions » nationales. Dans le droit dérivé des OGM, la présence de clauses de sauvegarde est systématique. Ainsi, la directive sur la dissémination volontaire d'OGM 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. Si une autorité compétente dispose de nouveaux éléments d'information qui lui donnent des raisons « précises » de suspecter des risques sanitaires ou environnementaux, elle n'est pas tenue de donner son consentement. Toutefois, 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. D'autres clauses de sauvegarde ont été prévues par d'autres textes d'harmonisation, par exemple dans le règlement 1829/2003 sur les denrées alimentaires génétiquement modifiées à l'article 34¹³³. Or, d'emblée, l'utilisation de ces clauses de sauvegarde a été importante. Dès le début des années 1990, pas moins de six États membres - l'Autriche¹³⁴, le Luxembourg¹³⁵, la France¹³⁶, la Grèce¹³⁷, l'Allemagne¹³⁸ et l'Italie¹³⁹ -, 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, l'usage de ces clauses est toujours aussi abondant. Le cas de maïs MON 810 est

¹³² 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 État 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 État membre, c'est-à-dire à la date de sa notification.

¹³³ *«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».*

¹³⁴ Prohibition à la commercialisation du maïs Bt-176, MON 810, T25, JO fédéral du 13 février 1997, 10 juin 1999 et 28 avril 2000.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Prohibition à la commercialisation du maïs Bt-176 par une décision administrative BGBl, II, n° 45/97.

¹³⁹ 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.

emblématique puisque plusieurs Etats ont, aux côtés de la France, interdit sa culture et pour l'heure seulement cinq Etats (Espagne, République tchèque, Portugal, Roumanie et Slovaquie) autorisent ces cultures. Et pour cause, les décisions communautaires relatives à ces clauses ont été le plus souvent retardées. Pourtant, 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... Certes, lorsque la Cour a l'occasion de trancher, elle le fait aussi sévèrement, mais ces occasions sont, eu égard aux blocages au niveau politique, sont rares. Seuls deux arrêts, qui plus est récents, peuvent être recensés. Il s'agit d'abord de l'arrêt Monsanto du 8 septembre 2011¹⁴⁰ relatif à plusieurs arrêts français d'interdiction de la cession et l'utilisation des semences du maïs MON 810¹⁴¹ pris sur le fondement de l'article 23 de la directive 2001/18/CE. Dans le cadre de plusieurs recours devant le Conseil d'Etat à l'encontre de cette interdiction en particulier pour incompétence des autorités nationales à adopter une telle mesure, la Cour a été interrogée à titre préjudiciel¹⁴² sur le fondement adéquat et partant sur l'articulation entre les clauses de sauvegarde¹⁴³. La question pouvait se poser au passage car le

¹⁴⁰ CJUE, 8 septembre 2011, *Monsanto SAS et autres contre Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, non encore publié. E. Juet, Produits OGM existants et mesures nationales d'urgence, *Revue de droit rural* 2012 n° 406 p.30-31 ; H. Delzangles, Nouvelles précisions de la CJUE sur la législation européenne relative aux OGM, *Revue juridique de l'environnement* 2012 p.83-87. Pour un commentaire d'ensemble : M-P. Lanfranchi, L'application en France du droit de l'Union européenne relatif aux OGM : le cas de l'activation des clauses de sauvegardes in E. Brosset, *Droit et biotechnologies : actualités, Les Cahiers de droit de la santé du sud-est*, n° 14 mars 2012, pp. 104-179.

¹⁴¹ 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 (SEPROMA) 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'État, 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).

¹⁴² Affaires C/58/10 à C/68/10, *JOUE C/100* du 17 avril 2010, p. 26.

¹⁴³ C'est le cas entre l'article 23 de la directive 2001/18 et 34 du règlement n° 1829/2003. 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 mesures 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 subsidiaire et donc incomparablement plus encadrée que celle établie par la directive. 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 »... ?

mais MON 810¹⁴⁴ était dans une situation spécifique : autorisé pour la première fois en 1998, au titre de la directive 90/220¹⁴⁵, le renouvellement de celle-ci avait été demandé par la société Monsanto, titulaire de l'autorisation, au titre du règlement n° 1829/2003. Or, alors, même que conformément au règlement, l'autorisation existante continue à produire ses effets pendant la procédure de renouvellement, la Cour va tout de même considérer, en se limitant à un argument-pour le moins expéditif¹⁴⁶- de la notification conformément règlement n° 1829/2003¹⁴⁷, que c'est l'article 34 de ce texte qui s'applique et donc conclure à l'application de la procédure finalement la plus restrictive pour les autorités françaises qui ne peuvent pas suspendre la culture du maïs 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 débouchant sur un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat¹⁴⁸ à propos du décret interdisant la mise en culture du maïs. On peut également citer l'arrêt Pionner du 6 septembre 2012¹⁴⁹ rendu en réponse à une question préjudicielle dans un litige opposant Pioneer Hi Bred Italia Srl (ci-après «Pioneer») au ministère des Politiques agricoles, alimentaires et forestières italien au sujet de la légalité d'une note de ce dernier informant Pioneer que, dans l'attente de l'adoption, par les régions, de règles propres à assurer la coexistence des cultures conventionnelles, biologiques et génétiquement modifiées, il ne pouvait instruire la demande de cette société visant à être autorisée à mettre en culture des hybrides de maïs génétiquement modifiés, dérivés du maïs MON 810, déjà inscrits au catalogue commun. Dans cet arrêt, la Cour insiste bien sur l'impossibilité pour un Etat de s'opposer à la mise en culture sur son territoire de tels OGM en se fondant sur d'autres dispositions que la clause de sauvegarde comme ici celle sur l'adoption de mesures de coexistence visant à éviter la présence accidentelle d'OGM dans d'autres culture. La clause de sauvegarde ne doit en aucun cas être « contournée »¹⁵⁰.

B) La proposition de réforme

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

¹⁴⁴ 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

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ Contrairement à son Avocat général, la Cour ne développe aucun raisonnement autour de l'article 12 de la directive 2001/18 relative au remplacement de la directive par les législations sectorielles (voir I-A).

¹⁴⁷ Ayant constaté que le produit n'a pas été notifié par Monsanto au titre de la directive mais en tant que semences sur la base de l'article 20 du règlement, la Cour vérifie que la disposition couvre les semences ce qui est selon la Cour le cas. Elle déduit alors que le libellé de l'article 20 entraîne pour sa part « *explicitement l'applicabilité de l'article 34 du règlement n°1829/2003* » (Point 60).

¹⁴⁸ Conseil d'Etat, 28 mai 2011, *Société Monsanto SAS et autres*, n°312921.

¹⁴⁹ CJUE, 6 septembre 2012, *Pionner Hi Bred Italia Srl Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali*, aff. C-36/11, non encore publié.

¹⁵⁰ Pts 72 et 73 : « *Il convient de constater d'emblée que, ainsi que le soulignent le gouvernement espagnol et la Commission, l'article 26 bis de la directive 2001/18 ne prévoit qu'une faculté pour les États membres d'introduire des mesures de coexistence. Dès lors, dans l'hypothèse où un État membre s'abstiendrait de toute action en ce domaine, une interdiction de mise en culture d'OGM pourrait se prolonger indéfiniment dans le temps et constituer un moyen de contournement des procédures prévues aux articles 34 du règlement n° 1829/2003* ».

principes communs, mais restent différentes»¹⁵¹. Cependant, lorsque les différences s'accumulent, ne viennent-elles pas faire échec au but de l'harmonisation elle-même ? Pour y faire face, la Commission a finalement fait des propositions de réforme, propositions vis-à-vis desquelles se manifestent pourtant à nouveau des résistances étatiques.

1- Une réaction aux résistances

L'année 2009 a représenté un tournant, puisque les Etats ont commencé, dès le printemps, à réclamer officiellement une modification du droit dérivé. 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 devrait être envisagée et proposait que le choix d'autoriser ou non la culture de plantes génétiquement modifiées soit 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'Autriche¹⁵² 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 Etats engageaient la Commission à présenter une proposition ainsi que d'éventuelles options supplémentaires. Dès la rentrée, la Commission a décidé de suivre cette suggestion¹⁵³ et au terme d'un processus de préparation et publié, le 13 juillet 2010, une proposition dont l'objectif était de renforcer la mise en œuvre du principe de subsidiarité en renationalisant la décision en matière de culture d'OGM. Le raisonnement est le suivant : 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 Etats 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.

Plus exactement, la Commission a publié deux textes, d'une part, une proposition législative modifiant la directive 2001/18/CE¹⁵⁴, d'autre part, une nouvelle recommandation sur la coexistence des cultures génétiquement modifiées et de cultures conventionnelles et biologiques¹⁵⁵, en quelque sorte, une modification « à venir » et une modification immédiate.

¹⁵¹ M. Delmas-Marty, Le phénomène de l'harmonisation communautaire : l'expérience contemporaine in *Pensée juridique française et harmonisation européenne*, Société de législation comparée, 2003, p. 39.

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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 Etats 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 Etats membres de décider s'ils souhaitent ou non la présence de cultures génétiquement modifiées sur leur territoire.

¹⁵⁴ 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 Etats membres de restreindre ou d'interdire la culture d'OGM sur leur territoire.

¹⁵⁵ Recommandation de la Commission du 13 juillet 2010 établissant des lignes directrices pour l'élaboration de

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 biologiques¹⁵⁶. 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 procédure¹⁵⁷ 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 coexistence¹⁵⁸. 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 généraux¹⁵⁹ à appliquer pour l'élaboration de 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 États d'interdire, sous conditions¹⁶⁰, la culture d'OGM dans de vastes zones de leur territoire afin d'éviter la présence accidentelle d'OGM dans les cultures conventionnelles et biologiques¹⁶¹.

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 États 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 » :

mesures 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.

¹⁵⁶ JOCE L 189 du 29.7.2003, p. 36.

¹⁵⁷ 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).

¹⁵⁸ 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).

¹⁵⁹ 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%.

¹⁶⁰ 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).

¹⁶¹ Point 2-4 de la recommandation.

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. Pour des raisons de cohérence de l'ensemble, cette nouvelle possibilité de restriction ne devra ni se baser sur des aspects sanitaires et environnementaux (déjà évalués 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). La condition logiquement proposée 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 »¹⁶². Il pourrait donc s'agir de la prise en compte des aspects régionaux, socio-économiques 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 »¹⁶³. 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 : résistances des Etats à la réforme ...

À l'exception du Royaume-Uni et des Pays-Bas qui ont apporté leur soutien à la proposition, la majorité des Etats a rapidement mis en cause, dès le mois de septembre 2010, la proposition de la Commission européenne¹⁶⁴. La France et l'Italie, avec le soutien de la plupart des autres pays agricoles, notamment l'Allemagne et l'Espagne ont été les plus critiques. Pour l'heure, aucun compromis n'a pu voir le jour, le dernier, celui proposé par le Danemark à l'état 2012 ayant été rejeté par une majorité d'Etat. Les arguments avancés sont juridiques et sont d'ailleurs résumés dans l'avis du Service juridique du Conseil de l'Union européenne rendu public le 5 novembre 2010¹⁶⁵. Ses conclusions sont les suivantes. Les mesures nationales prises sur la base de ce nouvel alinéa seraient, d'abord invalidées par la Cour, car sa jurisprudence constante sur ce point, rappelle que des « un État membre ne saurait être autorisé à se soustraire aux effets des mesures prévues par le Traité sous prétexte de difficultés économiques occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intracommunautaire »¹⁶⁶ sauf cas-limite et très exceptionnel¹⁶⁷. Cela vaut pour l'utilisation de

¹⁶² Article 26 ter a).

¹⁶³ Pt 3-1 de la proposition.

¹⁶⁴ Communiqué de Presse, 3033^{ème} session du Conseil, Agriculture et pêche, Bruxelles, le 27 septembre 2010.

¹⁶⁵ Avis du service juridique du Conseil, le 5.11.2010, 2010/0208 (COD 15696/10).

¹⁶⁶ CJCE, 10 juill. 1984, *Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie*, aff. 72/83, Rec. 2727.

¹⁶⁷ Cela a été le cas dans une affaire restée célèbre de ce fait, l'affaire *Campus Oil* dans laquelle la Cour a admis le maintien de quotas à l'importation de produits pétroliers, jugés nécessaires à la survie économique de l'unique raffinerie irlandaise, laquelle apparaissait indispensable à la sécurité nationale du pays (CJCE, 10 juill. 1984, *Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie*, aff. 72/83, Rec. 2727).

l'article 36 TFUE mais également de l'article 114, en particulier son paragraphe 10 qui renvoie aux clauses de sauvegarde¹⁶⁸. Toutefois, ce rejet par le juge des motifs extra-économiques d'une part n'est pas si limpide que la formule litanique ne laisse paraître¹⁶⁹, d'autre part, n'est-il pas possible de considérer qu'il ne s'agirait pas ici d'une « clause de sauvegarde ter » en ce qu'elle n'est pas formulée sous la forme d'un provisoire ? Au-delà de ces motifs de nature économique et s'agissant des autres motifs sociales ou éthiques, l'avis insiste également sur la difficulté de leur mise en application devant la Cour prenant appui sur l'arrêt relatif à la Pologne et à son argument relié à la moralité publique. Il y a toutefois lieu de rappeler que le règlement n° 1829/2003/CE du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés avait déjà semblé inséré de tels motifs admettant que « l'évaluation scientifique des risques ne peut, à elle seule, dans certains cas, fournir toutes les informations sur lesquelles une décision de gestion des risques devrait être fondée, et que d'autres facteurs légitimes et pertinents pour la question à l'examen peuvent être pris en compte »¹⁷⁰. En outre et surtout, le précédent polonais n'est pas directement utile dans la mesure où il ne s'agira pas ici de démontrer l'inapplication de la directive, mais tout au contraire de l'appliquer, étant entendu que la Commission n'aura pas à valider ces motifs qui lui seront simplement communiqués à titre d'information et que la Cour a constamment considéré qu'« il appartient en principe à chaque État membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs, et dans la forme qu'il a choisie »¹⁷¹. La seule véritable réserve pourrait être au final celle reliée à l'éventualité d'une incompatibilité de la proposition avec les accord OMC¹⁷² même si la encore, la contradiction n'est pas certaine¹⁷³. En fait, les réserves sont avant tout politiques : les Etats craignent surtout que la Commission profite de cette proposition pour exiger de la part des Etats, en échange, des modifications dans la procédure d'autorisations préalables à l'importation et à la commercialisation des OGM. La Commission est accusée en effet de chercher à écarter les Etats du processus d'autorisation.

L'adoption en première lecture par le Parlement européen le 6 juillet 2011 de la proposition amendée rend l'adoption de la proposition encore plus improbable à court terme. Parmi les amendements proposés, les principaux¹⁷⁴ sont ceux précisément relatifs aux motifs pour

¹⁶⁸ Les mesures d'harmonisation visées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, « pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 36 », des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union.

¹⁶⁹ Parmi plusieurs exemples, la Cour a en effet jugé qu'il ne saurait être exclu « qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale » puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services : CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, Rec. p. I- 5473, point 72.

¹⁷⁰ Considérant 32 ; v. aussi articles. 7.1 et 19.1.

¹⁷¹ Arrêt du 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79.

¹⁷² Par exemple, rien dans l'accord SPS n'évoque d'autres « facteurs légitimes pertinents » à côté de l'évaluation des risques pour la santé et l'environnement comme fondement des mesures SPS.

¹⁷³ Voir par exemple dans l'accord GATT 1994 (qui ne s'applique cependant que si les accords spécialisés ne s'appliquent pas), l'article XX-a) : rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures a) nécessaires à la protection de la moralité publique. Or devant l'Organe de Règlement des Différends, il a déjà été souligné que la teneur de la moralité publique peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction d'une série de facteurs et qu'il convient d'accorder aux États une certaine latitude pour définir et appliquer eux-mêmes ce concept : R. Witmeur « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *Revue internationale de droit économique* 3/2012 (t. XXVI), p. 237-268.

¹⁷⁴ 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 États 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 États membres

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 »¹⁷⁵. 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 juridique¹⁷⁶. S'ils sont acceptés, ils ouvriraient en effet la voie à une modification 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 pérenne la situation, que les mesures adoptées le soient pour une durée maximale de cinq ans et qu'il soit procédé à leur révision lors du renouvellement de l'autorisation des OGM.

Continuité par delà les réformes, réformes pour continuer à exister, plus exactement pour permettre au droit de continuer à être exécuté correctement, le droit des OGM attestent à nouveau de la difficile relation entre le droit et le temps. Au-delà de cette considération théorique, d'une façon plus pragmatique, le droit est ici clairement à la croisée des chemins. Et l'enjeu de la réforme est ici tout à fait vertigineux. Elle est en effet à la fois nécessaire pour éviter la saturation contentieuse, mais politiquement très difficile voire quasiment impossible.

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.

¹⁷⁵ 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, Rapporteur : Corinne Lepage.

¹⁷⁶ 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 ».

Et pour cause, elle doit à la fois s'inscrire dans l'harmonisation passée tout en la remettant largement en question. L'édifice pourrait en un court instant s'effondrer ou être entièrement parachevé. Quoiqu'il en soit, avec cette réforme comme sans cette réforme, il faut désormais admettre que le droit des OGM sera nécessairement un droit « tous ses États »¹⁷⁷, commun et tout à fait diverse à la fois.

¹⁷⁷ L. Burgorgue-Larsen, 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.