

N° 451264
Confédération paysanne et autres

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 13 octobre 2021
Décision du 8 novembre 2021

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

C'est la troisième fois que vos chambres réunies sont appelées à se prononcer sur ce contentieux, qui oppose le ministère de l'agriculture à un collectif d'associations et de syndicats emmené par la Confédération paysanne et qui concerne la mutagénèse et les risques associés aux variétés de plantes rendues tolérantes aux herbicides (VrTH). Si vous nous suivez, ce ne sera malheureusement pas la dernière... Telles des plantes résistantes aux traitements phytosanitaires, les difficultés liées à ce litige semblent perdurer et même muter au fil de son développement.

1. Le contentieux trouve son origine dans la dénonciation par ce collectif, signataires de « l'appel de Poitiers », du développement de la culture de « nouveaux OGM » ou « OGM cachés », obtenus par mutagénèse et échappant de ce fait à la législation encadrant l'utilisation des organismes génétiquement modifiés. A la différence de la transgénèse, qui implique l'introduction dans le génome d'un organisme un gène issu d'une autre espèce, la mutagénèse consiste à provoquer des mutations internes à l'organisme, en accroissant la fréquence des mutations naturelles spontanées par l'action d'agents mutagènes. La « directive OGM » du 12 mars 2001¹ ayant exempté de son application les organismes obtenus par mutagénèse, cette exemption a été reproduite en droit français à l'article D. 531-2 du code de l'environnement. Les requérants ont demandé au Premier ministre d'abroger cet article en tant qu'il inscrivait la mutagénèse parmi la liste des techniques exemptées de l'application de la législation sur les OGM et ont contesté la décision implicite de refus qui leur a été opposée.

Par une décision du 3 octobre 2016 (n° 388649, Rec.), vous avez sursis à statuer et posé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE. Par un arrêt du 25 juillet 2018 (C-528/16), rendu en Grande chambre, a notamment jugé que les dispositions de la directive du 12 mars 2001

¹ Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil.

devaient être interprétées en ce sens que « *ne sont exclus du champ d'application de ladite directive que les organismes obtenus au moyen de techniques/méthodes de mutagenèse qui ont été traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps* ». La CJUE a condamné l'exemption en bloc de la mutagenèse, imposant ainsi aux pouvoirs publics de distinguer en son sein les techniques « *traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps* ». Par une décision du 7 février 2020 (n° 388649, Rec.), vous avez tiré les conséquences de cet arrêt en annulant la décision de refus d'abrogation du Premier ministre, en relevant que tant les techniques ou méthodes dites « dirigées » ou « d'édition du génome » que les techniques de mutagenèse aléatoire in vitro soumettant des cellules de plantes à des agents mutagènes chimiques ou physiques étaient apparues postérieurement à la date d'adoption de la directive 2001/18/CE ou se sont principalement développées depuis cette date, et en en déduisant que ces techniques ou méthodes devaient être regardées comme étant soumises aux obligations imposées aux organismes génétiquement modifiés par cette directive. Vous avez donc enjoint au Premier ministre, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision, de modifier l'article D. 531-2 du code de l'environnement, en fixant par décret la liste limitative des techniques ou méthodes de mutagenèse traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps (article 2). Vous avez aussi enjoint aux autorités compétentes d'identifier dans un délai de neuf mois, au sein du catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles, celles des variétés qui auraient dû faire l'objet de l'évaluation préalable à laquelle sont soumises les OGM, et d'apprécier lieu s'il y avait lieu d'annuler leur admission et d'appliquer les pouvoirs de police prévus en cas de dissémination d'OGM sans autorisation (article 3).

Les requérants avaient également demandé au Premier ministre de décider un « moratoire » sur l'utilisation et la commercialisation des semences ou plants de VrTH. Vous avez jugé, en vous fondant notamment sur un avis de l'Agence nationale de sécurité sanitaire (ANSES) du 26 novembre 2019, que les facteurs de risque identifiés pour la santé humaine et l'environnement justifiaient la mise en œuvre du principe de précaution. Vous avez en conséquence enjoint au Premier ministre de prendre les mesures nécessaires à l'évaluation des risques des VrTH, en se fondant sur les recommandations formulées par l'ANSES ou en prenant toute autre mesure équivalente de nature à répondre aux observations de l'agence sur les lacunes des données actuellement disponibles (article 4), et de prendre des mesures de limitation des risques consistant dans un encadrement des pratiques culturales également recommandé par l'ANSES, en mettant en œuvre à cette fin la procédure de demande d'autorisation au niveau européen prévue par l'article 16 de la directive du 13 juin 2002² concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles (article 5).

La Confédération paysanne et les autres requérants ont saisi le Conseil d'Etat de deux demandes d'exécution concernant l'ensemble de ces injonctions. Par une note du 30 mars 2021, après examen en comité restreint, la présidente de la section du rapport et des études (SRE) a conclu que votre décision du 7 février 2020 n'avait pas été exécutée et le président de

² Directive 2002/53/CE du Conseil du 13 juin 2002 concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles.

la section du contentieux a ouvert une procédure juridictionnelle par une ordonnance du 6 avril 2021.

2. La Fédération française des producteurs d'oléagineux et de protéagineux (FOP) est intervenue en défense. Comme le relèvent les requérantes, la FOP n'était pas partie à l'instance ayant donné lieu à cette décision. Toutefois, vous avez rappelé dans votre décision *Association des Amis de la Terre* (CE, Ass., 10 juillet 2020, n° 428409, Rec.)³ qu'ont qualité pour demander au Conseil d'Etat de prononcer une astreinte en cas d'inexécution d'une décision qu'il a rendue non seulement les parties à l'instance en cause mais également les parties directement concernées par l'acte qui a donné lieu cette instance. Vous êtes ici dans un *a fortiori* car la FOP ne vous demande pas de prononcer une astreinte et se présente seulement comme un intervenant en défense. Vous pourrez appliquer le critère habituel de recevabilité des interventions qui est celui de l'intérêt suffisant (CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPRA*, n° 350661, Rec.) ; la FOP justifie d'un tel intérêt car certaines variétés de colza, qui est un oléagineux, ont été obtenues par mutagenèse aléatoire *in vitro*.

3. Comme pour la décision au principal, l'affaire se décompose en deux volets bien distincts : d'une part, la définition des techniques de mutagenèse exemptées de l'application de la législation sur les OGM, ce qui a trait aux injonctions prononcées par les articles 2 et 3, d'autre part, l'évaluation des risques et l'encadrement des VrTH, ce qui renvoie aux articles 4 et 5 de la décision du 7 février 2020. Les deux volets se recoupent car certaines VrTH ont été obtenues par mutagenèse, mais ce recoupement n'est que partiel car d'autres VrTH ont été obtenues par sélection naturelle et surtout, la mutagenèse permet d'obtenir bien d'autres traits agronomiques que la tolérance aux herbicides, par exemple un rendement supérieur ou une résistance à la sécheresse. Les questions juridiques posées sont différentes : pour le premier volet, il s'agit de mettre en œuvre la directive du 12 mars 2001 telle qu'interprétée par la CJUE, et dans le second, de prendre les mesures d'évaluation et de gestion des risques impliquées par le principe de précaution en droit interne. Nous examinerons donc la demande d'exécution selon ce plan en deux parties.

4. Définition des techniques de mutagenèse exemptées de l'application de la législation sur les OGM

4.1. Si nous pratiquions ce que les Britanniques appellent l'*understatement*, nous dirions que l'exécution de votre décision a rencontré quelques difficultés. Mais il serait plus juste de parler de tir de barrage, dont l'intensité est peut-être sans précédent depuis que la loi du 8 février 1995⁴ a donné au juge administratif un pouvoir d'injonction.

Le 6 mai 2020, les autorités françaises ont notifié à la Commission européenne un projet de décret et deux projets d'arrêté. Le projet de décret modifiait la liste de techniques exemptées

³ Reprenant un principe énoncé par les décisions *Tusques et Marcaillou* (CE, Sect., n° 75473, Rec.) et *Melot* (CE, Sect., n° 155647, Rec.).

⁴ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

figurant à l'article D. 531-2 du code de l'environnement pour n'y inscrire désormais que « la mutagénèse aléatoire, à l'exception de la mutagénèse aléatoire *in vitro* consistant à soumettre des cellules végétales cultivées *in vitro* à des agents mutagènes chimiques ou physiques ». Les projets d'arrêté fixaient la liste des variétés dont l'inscription au catalogue serait annulée dès lors qu'elles ont été obtenues par mutagénèse aléatoire *in vitro*. Le gouvernement a estimé devoir procéder à cette notification dans le cadre de la directive du 9 septembre 2015 sur les règles techniques⁵.

La Commission a formulé le 7 août 2020 un avis circonstancié au titre du deuxième tiret de l'article 6.2 de cette directive, ce qui signifie qu'elle estime que la mesure envisagée « *présente des aspects pouvant éventuellement créer des obstacles à la libre circulation des marchandises dans le cadre du marché intérieur* ». Elle y émet « *de très fortes réserves quant à la justification de la distinction entre mutagénèse aléatoire *in vitro* et *in vivo* qui est établie dans les projets notifiés* », distinction qu'elle n'estime justifiée ni par l'arrêt de la CJUE, ni par le texte de la directive ni sur le plan scientifique. Elle ajoute que l'affirmation de votre décision du 7 février 2020, selon laquelle la mutagénèse aléatoire *in vitro* ne se serait développée que postérieurement à l'adoption de la directive de 2001, lui paraît erronée. S'agissant du catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles, la Commission insiste sur la nécessité d'une approche harmonisée à l'échelle de l'Union européenne. Elle souligne que dans le cas où une variété serait retirée par la France de son catalogue national tout en étant présente dans le catalogue d'autres Etats membres, ces variétés seraient conservées dans le catalogue commun et mises librement sur le marché au sein de l'Union, à l'exception du territoire français, créant des distorsions de concurrence. Elle évoque aussi un risque de litige avec des pays tiers à l'Union européenne, dans le cadre de l'application de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La Commission conclut que les projets sont contraires à la « directive OGM » du 12 mars 2001 et aux deux directives sur les catalogues communs du 13 juin 2002⁶, et que si le gouvernement français ne prenait pas en considération ces objections, elle « *pourrait engager* » une procédure d'action en manquement.

Cinq Etats (le Danemark, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et la République tchèque) ont émis des avis circonstanciés reposant sur une argumentation similaire. Trois autres Etats (l'Autriche, la Finlande et la Suède) ont présenté des observations soulignant également leur désaccord avec les projets notifiés. La procédure de notification a enfin conduit à des manifestations d'hostilité de plusieurs Etats tiers, à savoir l'Argentine, la Nouvelle-Zélande et le Canada, qui témoignent de préoccupations liés au développement d'approches non harmonisées au sein de l'Union européenne.

De manière congruente, la Commission européenne a saisi l'Autorité européenne de sécurité des aliments (AESa ou EFSA en anglais) le 20 mai 2020, pour lui demander si la distinction

⁵ Directive (UE) 2015/1535 du 9 septembre 2015 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

⁶ La directive 2002/53/CE précitée concerne les betteraves, les plantes fourragères, les céréales, les pommes de terre et les plantes oléagineuses et à fibres tandis que la directive 2002/55/CE concerne les légumes.

entre mutagenèse aléatoire *in vitro* et *in vivo* était justifiée sur le plan scientifique. Un rapport préliminaire a été rendu public par l'AESA le 10 juin 2021, qui indique qu'il n'y a pas de différence entre les mutations induites par un agent mutagène selon qu'il est appliqué *in vitro* ou *in vivo*. Le rapport définitif était attendu pour la fin du mois de septembre 2021 mais n'a pas été produit jusqu'ici.

Ces développements s'inscrivent dans une forte activité des institutions de l'Union européenne sur la mutagenèse depuis l'arrêt de la CJUE. Ce dernier a suscité d'importantes controverses que l'on peut classer en deux catégories, l'une d'ordre prospectif et l'autre d'ordre rétrospectif. Sur le plan prospectif, il n'est pas contesté que l'arrêt soumet à la législation sur les OGM les organismes obtenus au moyen des nouvelles techniques de reproduction (« *new breeding techniques* » ou « *new genomic techniques* ») reposant sur la mutagenèse dirigée. Ceci implique notamment que la dissémination et la mise sur le marché de ces organismes sont soumis à autorisation préalable et qu'un étiquetage spécifique est mis en place à l'attention du consommateur ; les critiques de l'arrêt estiment que la soumission à cette réglementation risque d'entraver un potentiel d'innovation agricole jusqu'alors en plein essor. Sur le plan rétrospectif, dès lors que jusqu'à l'arrêt, les organismes obtenus par mutagenèse n'étaient soumis à aucune obligation, leur identification pourrait être difficile. Par une décision du 8 novembre 2019⁷, le Conseil a demandé à la Commission de lui soumettre une étude sur le statut des nouvelles techniques génomiques dans le droit de l'Union et à lui remettre le cas échéant des propositions accompagnées d'une étude d'impact. L'étude publiée le 29 avril 2021⁸ par la Commission énonce trois séries de conclusions : d'une part, les nouvelles techniques génomiques, définies comme celles qui sont apparues depuis 2001 ou se sont développées depuis cette date, relèvent de la législation sur les OGM, à la différence des « techniques génomiques établies » (« *established genomic techniques* ») ; d'autre part, cette distinction suscite des problèmes de mise en œuvre, les techniques actuelles permettant de détecter l'altération du génome d'une plante mais non de déterminer à partir de quelle technique cette mutation a été obtenue ; enfin, une évolution de la législation européenne pourrait être souhaitable afin de mieux prendre en compte, aux côtés des enjeux de sécurité, la contribution des nouvelles techniques génomiques à la soutenabilité environnementale de la production agricole.

Pour résumer notre perception du contexte, les questions et controverses soulevées par l'arrêt de la CJUE sont bien plus larges que celles liés à votre décision du 7 février 2020. Néanmoins, la différence d'approche qui en résulte concernant la mutagenèse aléatoire *in vitro* vient brouiller le paysage que la Commission européenne s'efforce de clarifier. Ce paysage s'organise autour d'une distinction entre les techniques génomiques établies, non soumises à la législation sur les OGM, et les nouvelles techniques génomiques, soumises à cette législation sous réserve de ses évolutions ultérieures. Votre décision du 7 février 2020 ne met pas en cause le principe de cette distinction binaire mais elle ne place pas la frontière au

⁷ Décision (UE) 2019/1904 du Conseil du 8 novembre 2019 invitant la Commission à soumettre une étude à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-528/16 concernant le statut des nouvelles techniques génomiques dans le droit de l'Union, et une proposition, le cas échéant pour tenir compte des résultats de l'étude.

⁸ Commission Staff Working Document, Study on the status of new genomic techniques under Union law and in light of the Court of Justice ruling in Case C-528/16, 29 avril 2021, SWD(2021) 92 final.

même endroit que la Commission, puisque la Commission classe parmi les techniques établies l'ensemble de la mutagénèse aléatoire alors que votre décision en exclut la mutagénèse aléatoire *in vitro*.

4.2. Si les requérants vous demandent de prononcer une astreinte pour contraindre le gouvernement à prendre un décret, le ministre de l'agriculture soutient qu'au vu des contraintes qu'implique le respect du droit de l'Union européenne, votre injonction doit être regardée comme exécutée. La FOP, qui s'embarrasse de moins de précautions de langage, soutient que votre décision du 7 février 2020 est contraire à ce droit et que vous devez reformuler l'article 2 de celle-ci pour exempter la mutagénèse aléatoire *in vitro* ; à titre subsidiaire, elle suggère que vous posiez une question préjudicielle à la CJUE afin qu'elle tranche le débat sur le régime juridique de la mutagénèse aléatoire *in vitro*.

En première analyse, la solution qui s'impose est celle que réclame la Confédération paysanne : elle consiste à constater l'inexécution de l'injonction prononcée par l'article 2 et, compte tenu du temps déjà écoulé, à prononcer une astreinte. En effet, le débat que le ministre et la FOP voudraient vous voir rouvrir a été tranché par la décision du 7 février 2020. Selon votre jurisprudence constante, l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce que le juge, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-4 du code de justice administrative (CJA) d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle, puisse rectifier les erreurs de droit ou purement matérielles dont celle-ci serait entachée (CE, 23 novembre 2005, *Société Eiffage TP*, n° 271329, Rec. ; 29 juin 2011, *SCI La Lauzière et autres*, n° 327080, Rec. ; 23 mars 2015, *Mme V...*, n° 366813, Rec.). Le juge de l'exécution peut seulement, lorsque la décision juridictionnelle initiale comportait déjà des mesures d'exécution édictées sur le fondement de l'article L. 911-1 du CJA, préciser leur portée dans l'hypothèse où elles seraient entachées d'une obscurité ou d'une ambiguïté, mais sans les remettre en cause. En l'occurrence, la décision du 7 février 2020 n'est entachée d'aucune obscurité ou ambiguïté. Si l'article 2 du dispositif ne précise pas les techniques à exclure de la liste fixée par l'article D. 531-2 du code de l'environnement, les motifs de l'annulation de la décision attaquée, dont l'injonction tire les conséquences, énoncent clairement que tant les techniques de mutagénèse dirigée que celles de mutagénèse aléatoire *in vitro* « *doivent être regardées comme étant soumises aux obligations imposées aux organismes génétiquement modifiés par cette directive* ».

Le ministre et la FOP invoquent la primauté du droit de l'Union, qui s'impose à vous comme à l'ensemble des institutions des Etats membres. Toutefois, à ce stade, aucun acte du droit de l'Union n'est venu infirmer votre position. L'avis circonstancié de la Commission ne vous lie pas. Seul un arrêt de la CJUE, rendu sur l'action en manquement que la Commission menace d'engager et faisant droit à la position de cette dernière, pourrait vous confronter à la question de savoir si l'autorité de la chose jugée doit céder devant la primauté du droit de l'Union. La question serait inédite dans votre jurisprudence ; la jurisprudence de la CJUE elle-même n'est pas univoque, puisque la Cour considère que « *le droit de l'Union n'impose pas au juge national d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision juridictionnelle, même si cela permettrait de remédier à une situation nationale incompatible avec ce droit* » (CJUE, Grande chambre, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, C-234/17) même s'il lui est arrivé de limiter l'autorité de la chose jugée au pénal sur

le civil lorsque cela conduisait à réitérer une violation du droit de l'Union (CJUE, Grande chambre, 2 avril 2020, *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) c/ Vueling Airlines*, C-370/17). En tout état de cause, cette question ne se pose pas à ce stade.

Le ministre et la FOP, s'appuyant sur les observations et avis émis par les autres Etats membres, soutiennent également que l'exécution de la décision du 7 février 2020 entraînerait des difficultés économiques majeures en raison de l'obstacle au fonctionnement du marché intérieur et des distorsions de concurrence qui en résulteraient. Pourtant, dans son arrêt du 25 juillet 2018, la CJUE a jugé qu'un Etat membre pouvait soumettre des organismes obtenus au moyen de techniques de mutagenèse exemptées aux obligations résultant de la « directive OGM » ou à d'autres obligations (§3 du dispositif). Elle a donc admis que des organismes qui ne sont pas considérés comme des OGM au niveau de l'Union européenne le soient par certains Etats membres. Votre décision du 7 février 2020 ne se fonde pas sur cette faculté laissée aux Etats membres mais sur l'interprétation du périmètre de l'exemption de la mutagenèse tel qu'il a été défini par la Cour. Néanmoins, la différence d'interprétation entre votre décision et celle développée par la Commission et par d'autres Etats membres n'emporte pas d'autres conséquences que celles dont la CJUE avait admis la possibilité⁹.

4.3. L'application mécanique de l'office du juge de l'exécution est la solution la plus naturelle. Nous vous proposons pourtant de vous en écarter, pour privilégier la voie de la question préjudicielle en interprétation.

4.3.1. Si vous prononciez aujourd'hui une astreinte pour contraindre l'Etat à prendre un décret dans le sens prescrit par votre décision du 7 février 2020, vous entreriez dans la voie d'un conflit avec la Commission européenne et les Etats membres ayant manifesté leur opposition. Ce conflit peut être assumé mais il faut en mesurer les développements possibles.

Le gouvernement aurait plusieurs possibilités. S'il exécutait votre décision, il s'exposerait à une action en manquement, pouvant conduire si la Commission est suivie à la condamnation de la France, non seulement au titre de la méconnaissance de la « directive OGM » mais aussi, en fonction des griefs que la Commission aura décidé de soulever, de l'obligation de renvoi préjudiciel énoncée par l'article 267 du TFUE, selon une configuration proche de celle de l'affaire dite *Accor* (CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, C-416/17), où était également en cause une décision rendue par le Conseil d'Etat après un premier arrêt de la CJUE sur une question préjudicielle. Le gouvernement pourrait alors devoir choisir entre deux astreintes, celle que vous auriez prononcée et celle que la CJUE pourrait imposer s'il persistait dans son manquement. Vous pourriez vous-mêmes être amenés à statuer sur la nécessité de vous écarter d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée pour mettre fin à cette situation. Le gouvernement pourrait également choisir d'emblée de ne pas exécuter votre

⁹ De manière générale, si le principe du marché intérieur est l'élimination des restrictions quantitatives à l'importation, les Etats peuvent être fondés à imposer des exigences spécifiques, dans le cadre de l'article 36 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ou pour d'autres motifs impérieux d'intérêt général (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG (« Cassis de Dijon »)*, C-120/78).

injonction, en espérant peut-être qu'une révision de la « directive OGM » vienne mettre un terme à son obligation et une clémence de votre part dans la liquidation de l'astreinte. Quoiqu'il en soit, le gouvernement serait placé entre le marteau de votre décision et l'enclume de l'action en manquement.

La question de la responsabilité de l'Etat envers les opérateurs économiques concernés (exploitants agricoles, semenciers), au cas où la France serait condamnée par la CJUE, doit également être évoquée. Dès lors que la faute de l'Etat résulterait du contenu même d'une décision juridictionnelle insusceptible de recours, elle ne pourrait toutefois être engagée qu'en cas de violation manifeste du droit de l'Union (CE, 18 juin 2008, *G...*, n° 295831, Rec.), ce qui ne nous paraît en tout état de cause improbable en l'espèce (cf. sur les critères du caractère manifeste d'une telle violation, CE, 9 octobre 2020, *Lactalis Ingrédients SNC*, n° 414423, Rec.).

Il n'en reste pas moins que cette situation de conflit inter-institutionnel et inter-étatique placerait l'ensemble des acteurs concernés dans une situation d'incertitude dommageable sur les règles applicables à la mutagénèse aléatoire *in vitro*. Ajoutons que si le conflit devait être tranché *in fine* dans le cadre d'une action en manquement, il ne permettrait pas aux organisations requérantes et aux autres acteurs partageant leur point de vue de la faire valoir devant la CJUE, seule la Commission européenne et les Etats membres ayant accès au prétoire dans ce cadre (cf. l'article 40 du protocole au TFUE sur le statut de la CJUE)¹⁰.

Il est préférable de prévenir un conflit qui n'a pas encore éclaté que de le cristalliser de manière irréversible. Nous y voyons une illustration du principe de « coopération loyale » en vertu duquel, selon l'article 4 du traité sur l'Union européenne, « l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités », principe qui s'applique également à la coopération entre juridictions¹¹.

4.3.2. Du point de vue de la CJUE, le fait de poser une question préjudicielle à ce stade du litige ne soulève aucune difficulté. D'une part, une seconde question préjudicielle peut être posée dans le cadre d'une même procédure nationale, « lorsque le juge national se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt, lorsqu'il pose à la Cour une nouvelle question de droit, ou encore lorsqu'il lui soumet de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question déjà posée » (CJCE, 6 mars 2003, *K...*, C-466/00). La CJUE vient d'ailleurs de réaffirmer qu'une juridiction nationale dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours ne saurait être libérée de son obligation de renvoi préjudiciel « au seul motif qu'elle a déjà saisi la Cour à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale » (CJUE, Grande chambre, 6 octobre 2021, *Consorzio Italian Management*, C-561/19). D'autre part, la Cour considère qu'il appartient « à la seule juridiction nationale de décider à quel stade de la procédure il y

¹⁰ « Les personnes physiques ou morales ne peuvent pas intervenir dans les affaires entre États membres, entre institutions de l'Union ou entre États membres, d'une part, et institutions de l'Union, d'autre part. »

¹¹ Cf. en ce sens S. Gervasoni, « CJUE et cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ? », AJDA 2019 p. 150.

a lieu (...) de déférer une question préjudicielle à la Cour » (CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06).

4.3.3. Du point de vue de votre office de juge de l'exécution, le fait de soumettre une question préjudicielle susceptible de conduire à la remise en cause partielle de la décision du 7 février 2020 soulève bien sûr davantage d'interrogations. En posant cette question, vous ouvrez la voie à un arrêt de la CJUE venant infirmer une partie de cette décision, ce qui vous confronterait à la délicate question de la remise en cause de l'autorité de la chose jugée que nous évoquions il y a quelques minutes.

Vous êtes néanmoins en présence d'éléments nouveaux qui sont intervenus entre la décision du 7 février 2020 et la présente audience. Lorsque vous avez statué sur cette précédente décision, vous étiez dans la position classique du juge national faisant application des critères énoncés par la CJUE dans son arrêt sur renvoi préjudiciel, consistant à déterminer les techniques de mutagénèse « *qui ont été traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps* ». Vous avez procédé à cet exercice à vous appuyant sur une instruction dense, qui avait débuté en 2015, avait donné lieu à de nombreuses productions écrites et à une enquête à la barre. En ne précisant pas davantage ces critères, la CJUE s'en remettait implicitement à vous et aux autres juridictions nationales pour les mettre en œuvre. Depuis votre décision, les prises de position de la Commission et d'autres Etats membres ont toutefois fait ressortir avec éclat le besoin d'une approche uniforme de cette mise en œuvre. Faute pour la Commission d'être habilitée à prendre à cette fin un acte délégué ou d'application de la directive, la CJUE est la seule à pouvoir définir cette approche uniforme.

L'office du juge de l'exécution est restreint par le respect dû à la décision dont l'exécution est demandée, mais il s'agit aussi d'un office empreint de pragmatisme qui tient compte des difficultés rencontrées dans cette exécution. Ces difficultés sont ici d'une nature particulière, puisqu'elles ne sont pas seulement d'ordre matériel mais tiennent aux risques de condamnation de la France et de différend avec les autres Etats membres. Dans cette configuration très spécifique, il ne nous paraît pas déroger à cet office de chercher à lever les incertitudes entravant l'exécution, en sollicitant la seule institution qui soit en mesure de le faire.

4.4. Si vous admettez de vous engager dans cette voie de la question préjudicielle, reste à déterminer quelles questions vous poseriez à la Cour de Luxembourg.

4.4.1. Le plus simple serait de lui poser la question que tout le monde se pose, en lui demandant si la mutagénèse aléatoire *in vitro* est au nombre des techniques « *traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps* ». C'est ce que vous invite à faire la FOP. Toutefois, nous ne sommes pas persuadés qu'une telle question serait recevable, car elle est fortement empreinte de considérations de fait. Or, selon la jurisprudence constante de la CJUE, dans le cadre du renvoi préjudiciel, « *l'établissement et l'appréciation des faits ne relèvent pas de sa compétence, mais de celle du juge national* » (CJCE, 23 janv. 1975, *Hulst c/ Produktschap*

voor *Siergewassen*, 51/74, §12 ; 3 juill. 2003, *Van der Duin et ANOZ Zorgverkeringen*, C-156/01), et la Cour examine les questions préjudicielles à partir de l'appréciation des faits portée par la juridiction nationale (CJCE, 3 juin 1986, *Kempf c/ Secrétaire d'État à la justice*, 139/85, §12).

Certes, la limite entre l'appréciation des faits relevant du juge national et l'interprétation de la règle de droit relevant de la CJUE n'est pas des plus claires, comme l'a exposé l'avocat général Bobek dans ses conclusions sur l'affaire *Conzorzio Italian Management* précitée. Y sont présentés de multiples exemples d'affaires où la Cour a accepté de dire si des notions telles que les « *circonstances extraordinaires* » échappant à la maîtrise d'un transporteur aérien, la circulation des véhicules ou le temps de travail s'appliquaient à diverses configurations définies en termes assez spécifiques (cf. §140 à 142)¹². Il n'est donc pas exclu que la Cour examine avec bienveillance une question telle que celle suggérée par la FOP.

Toutefois, dans cette situation d'incertitude, nous vous proposons plutôt de poser d'abord des questions qui sont sans nul doute des questions d'interprétation du droit de l'Union. Ces questions, formulées en termes généraux, sont des questions de méthode relatives à la mise en œuvre des critères dégagés par l'arrêt de la CJUE du 25 juillet 2018, qui doivent vous permettre, lorsque la Cour y aura répondu, de déterminer la qualification de la mutagenèse aléatoire *in vitro* de manière aussi incontestable que possible. Le cas échéant, vous pourriez lui poser en dernier lieu une question plus directe relative à la mutagenèse aléatoire *in vitro*, ce qui pourra être compris par la Cour comme une invitation à formuler toutes autres indications utiles.

4.4.2. Il est une question que vous n'aurez pas besoin de poser, car elle ne fait pas débat avec la Commission : c'est celle de la date de référence qu'il convient de retenir pour déterminer si une technique est « *traditionnellement utilisée pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps* ». Dans votre décision du 7 février 2020, vous avez combiné le §51 des motifs de l'arrêt de la CJUE et son dispositif pour juger que « *doivent être inclus dans le champ d'application de la directive 2001/18/CE les organismes obtenus au moyen de techniques ou méthodes de mutagenèse qui sont apparues ou se sont principalement développées depuis l'adoption de la directive le 12 mars 2001* ». Il ressort de l'avis circonstancié de la Commission et de l'étude qu'elle a réalisée à la demande du Conseil qu'elle partage cette approche.

4.4.3. Il est en revanche nécessaire de poser une question dont la technicité est importante mais qui est au cœur de la critique adressée par la Commission à votre décision. La Commission soutient que la mutagenèse aléatoire *in vitro* ne se distingue pas sur le plan scientifique de la mutagenèse aléatoire *in vivo*, l'ensemble de la mutagenèse aléatoire, également dite conventionnelle, devant être regardé comme une même « *technique de*

¹² Par exemple, la Cour a accepté de répondre à la question de savoir si la notion de « *temps de travail* » s'applique à « *une situation dans laquelle un [pompiers] se trouve contraint de passer la période de garde à son domicile, de s'y tenir à la disposition de son employeur et de pouvoir rejoindre son lieu de travail dans un délai de 8 minutes* » (CJUE, 21 février 2018, *M...*, C-518/15).

modification génétique » au sens de l'article 3.1 de la « directive OGM ». Si la Commission avait raison sur ce point, alors il faudrait certainement en déduire que l'ensemble de la mutagenèse aléatoire doit être exempté, car il est constant que les travaux agronomiques sur celle-ci ont débuté dès les années 1950.

Il faut ici reprendre l'exposé de ces différentes méthodes, que vous avez entrepris dès votre décision avant-dire droit du 3 octobre 2016. La mutagenèse aléatoire consiste à susciter des mutations aléatoires dans une séquence d'ADN par l'action d'agents mutagènes chimiques ou de rayonnements ionisants. Historiquement, elle a d'abord été appliquée *in vivo*, sur des plantes entières ou parties de plantes, avant d'être appliquée *in vitro* sur des cellules de plantes en milieu de culture, la plante entière étant ensuite reconstituée en utilisant diverses techniques de régénération¹³.

Selon l'avis circonstancié de la Commission, il n'y aurait pas de distinction nette entre deux techniques mais un « *continuum dans les modifications génomiques causées par la mutagenèse aléatoire in vivo et in vitro, ainsi que dans la régénération des plantes qui en résulte* ». Dans son rapport préliminaire, l'AESA conclut que « *les processus et les mécanismes de réparation qui sont déclenchés par l'agent mutagène se produisent au niveau cellulaire et que dès lors, il n'y a pas de différence dans la manière dont cet agent affecte l'ADN, qu'il soit appliqué in vivo ou in vitro* » et qu'il est attendu que « *le type de mutations induites par un agent mutagène donné soit identique, qu'il soit appliqué in vivo ou in vitro* ».

L'avis que le conseil scientifique du Haut conseil des biotechnologies français a rendu sur le projet de décret¹⁴ donne un tableau plus complet et plus nuancé. Comme l'AESA, cette instance indique que « *les mécanismes de réparation de l'ADN activés par les altérations induites par un agent mutagène et/ou les conditions de culture, sont identiques, que les cellules soient cultivées in vitro ou in vivo* » et qu'il « *en résulte que les mutations observées sont biochimiquement identiques* » (p. 6). Toutefois, il expose aussi les effets propres de la culture *in vitro*, qui sont qualifiés de « *variations somaclonales* ». Ces variations sont définies comme « *les variations génétiques et épigénétiques [c'est-à-dire qui n'affectent pas le génome mais l'expression de celui-ci dans les molécules synthétisées au sein des cellules, notamment sous l'influence de facteurs environnementaux] résultant de l'impact de la culture in vitro sur le matériel végétal* » (p. 23). L'avis souligne que la fréquence des variations somaclonales est supérieure à celle des mutations spontanées (p. 23). Il indique que « *la culture in vitro est source de modifications métaboliques et de stress exercés sur les cellules et les tissus* » (p. 24), en raison de ses conditions particulières de luminosité, de milieu de croissance et d'humidité et cite plusieurs études exposant comment ces conditions génèrent « *un ensemble de modifications des régulations du fonctionnement du génome* » (p. 24). La Commission européenne admet dans son avis circonstancié l'existence de ces variations

¹³ Ces techniques sont présentées par l'avis du conseil scientifique du HCB du 29 juin 2011 (annexe IV) : culture de méristèmes qui sont des cellules indifférenciées ou peu différenciées pouvant en se multipliant donner naissance à tous les tissus de la plante, sauvetage d'embryons, etc.

¹⁴ Qui devait lui être soumis en application de l'article L. 531-2 du code de l'environnement.

somaclonales, mais souligne qu'elles peuvent également être présentes dans des méthodes de culture conventionnelles et qu'elles ne sont pas propres à la mutagénèse.

En réalité, il n'y a pas de divergence sur le plan scientifique entre les avis émis par ces différentes instances ou institutions. Toutes admettent que l'agent mutagène joue de la même manière qu'il soit appliqué *in vivo* ou *in vitro*, que les variations somaclonales existent et qu'elles sont propres à la culture *in vitro* et que ces variations existent également lorsque des méthodes de reconstitution *in vitro* sont utilisées en l'absence d'agent mutagène. Les effets de l'agent mutagène et de la reconstitution *in vitro* sont indépendants mais ils se cumulent, comme l'indique le conseil scientifique du HCB qui écrit que les variations somaclonales, qui peuvent être transmises à la descendance, sont « *une source de variabilité complémentaire à la variabilité naturelle ou à celle induite par la mutagénèse, augmentant ainsi la probabilité d'apparition de caractères agronomiques intéressants* » (p. 23).

Il ne s'agit donc pas de demander à la CJUE de trancher une controverse scientifique mais de lui demander, parmi ces données qui font consensus, lesquelles sont pertinentes pour distinguer deux techniques de modification génétique au sens de l'article 3.1 de la directive. Deux approches se confrontent en effet. L'approche de la Commission, qui est aussi celle exposée par l'AESA, consiste à s'intéresser uniquement au processus selon lequel le matériel génétique de l'organisme est modifié. L'approche de votre décision du 7 février 2020 consiste à prendre en compte l'ensemble des incidences sur l'organisme du procédé employé dès lors qu'elles sont susceptibles d'affecter la santé humaine ou l'environnement, que ces incidences proviennent de l'agent mutagène ou de la méthode de reconstitution de la plante le cas échéant employée. Nous la croyons toujours justifiée car elle est cohérente avec les finalités de la « directive OGM » (cf. l'article 1^{er} de celle-ci), mais pour les raisons que nous avons indiquées, il paraît désormais souhaitable de faire trancher cette question par la CJUE.

Vous poserez donc à celle-ci la question suivante : « *Pour distinguer, parmi les techniques/méthodes de mutagénèse au sens de l'article 3.1 et de l'annexe I B de la directive 2001/18/CE,, les techniques qui ont été traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps, y a-t-il lieu de ne considérer que les modalités selon lesquelles l'agent mutagène modifie le matériel génétique de l'organisme, ou de prendre en compte l'ensemble des variations de l'organisme induites par le procédé employé, y compris les variations somaclonales, susceptibles d'affecter la santé humaine et l'environnement ?* ».

4.4.4. La question suivante ne se pose que si la Cour répond à la question précédente par la seconde branche de l'alternative. Elle porte sur l'historique de la mutagénèse aléatoire *in vitro* et sur les utilisations susceptibles d'être prises en compte pour déterminer si celle-ci a été traditionnellement utilisée pour diverses applications et si sa sécurité est avérée depuis longtemps.

Notons d'abord que la présentation de cet historique a quelque peu varié entre vos deux précédentes décisions. La décision avant-dire droit indiquait que la mutagénèse aléatoire *in vitro* s'était développée « *postérieurement à l'adoption de la directive du 12 mars 2001* ». De

manière plus nuancée et selon une rédaction conforme aux critères énoncés par la CJUE, la décision du 7 février 2020 retient que ces techniques « *sont apparues postérieurement à la date d'adoption de la directive 2001/18/CE ou se sont principalement développées depuis cette date* ». Il y a là un aspect particulièrement délicat de votre office : il s'agit d'une question factuelle et dès lors, une instruction plus complète est susceptible de modifier le sens de la réponse en faisant apparaître des utilisations plus anciennes qui avaient été dans un premier temps ignorées ; mais de la réponse à cette question factuelle dépend une qualification juridique revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Depuis la décision du 7 février 2020, l'instruction de cette instance relative à son exécution a été alimentée par des contributions nouvelles relatives à cet historique, notamment l'avis du conseil scientifique du HCB, l'avis circonstancié de la Commission ainsi que celui de l'Espagne, qui est assorti de nombreuses références bibliographiques. Nous allons nous efforcer de résumer l'historique de la mutagenèse aléatoire *in vitro* tel qu'il résulte de l'ensemble de l'instruction ayant conduit à la décision du 7 février 2020 et de celle de la présente instance, en essayant d'être aussi précis que possible tout en demeurant synthétique. Les principaux éléments sont les suivants :

- Un rapport de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) de 1986¹⁵, relatif à la mutagenèse aléatoire *in vitro*, fait le point sur l'état de l'art en la matière à cette date ; il montre que les recherches étaient déjà nombreuses, portant sur diverses espèces (chrysanthèmes et autres plantes d'ornement, blé, riz, maïs, bananes ou encore tomates) et sur divers traits agronomiques (résistance aux herbicides, tolérance au sel, résistance aux virus et aux maladies fongiques), mais que la technique n'est pas considérée comme mûre, des recherches supplémentaires devant être conduites pour appliquer ces méthodes, notamment sur les protocoles de sélection.

- Tant la Commission européenne que le CS du HCB se sont livrés à une analyse systématique de la base de données Mutant Variety Database, qui résulte d'un programme conjoint de l'AIEA et de la FAO. En juin 2020, celle-ci contenait 3 332 variétés végétales obtenues par mutagenèse, dont 96 contenaient dans leur description les mots *in vitro* ou d'autres mots-clefs associés à cette méthode. 59 d'entre elles ont été déposées dans la base des données avant 2001, dont 15 dans les années 1980 et 31 avant 1995. Comme le relève le HCB, 60 % de ces variétés concernent des plantes d'ornement, pour lesquels la mutagenèse aléatoire sert surtout à obtenir des caractéristiques immédiatement observables telles qu'une nouvelle couleur et qui, n'étant pas destinées à l'alimentation humaine ou animale, ne présentent pas les mêmes enjeux de sécurité que d'autres cultures. La base permet de connaître la date de dépôt d'une variété mais ne donne aucune information sur son usage.

- S'agissant des VrTH obtenues par mutagenèse, vous disposez d'une information détaillée grâce aux rapports du CNRA et de l'INRA en 2011 et de l'ANSES en 2019. La culture des VrTH, essentiellement du tournesol et du colza et dans une moindre mesure des endives, s'est principalement développée dans les années 2010, même si les travaux de recherche sur

¹⁵ « In vitro technology for mutation breeding - Reports of the first and second research co-ordination meetings on in vitro technology for mutation breeding organized by the joint FAO/IAEA division of isotope and radiations applications of atomic energy for food and agricultural development held in Vienna, 31 October-4 November 1983 and 22-28 August 1985", IAEA, Vienna, 1986, IAEA-TECDOC-392.

l'endive ont débuté dès 1987. Seul le colza Clearfield, développé par l'entreprise BASF, a été obtenu par mutagenèse aléatoire *in vitro*¹⁶, et si le ministre de l'agriculture indique que sa commercialisation a débuté en 1995, sa culture n'a débuté en France qu'en 2012 (cf. p. 3 de l'avis ANSES). La quasi-totalité des références en termes de recherche sur les VrTH obtenues par mutagenèse citées par le rapport CNRS-INRA sont postérieures à 2001.

- L'avis du CS HCB comporte un certain nombre de références complémentaires sur des recherches relatives à la mutagenèse aléatoire *in vitro* ou sur des pratiques culturales en découlant ; on y apprend que de nombreuses recherches ont été menées sur des espèces du genre *Brassica*, mais elles sont toutes postérieures à 2000 ; que de nombreuses recherches ont été conduites sur les espèces fruitières dans les années 1980, mais sans indication sur la date d'exploitation agricole des variétés ainsi obtenues.

Pour résumer, il est clair que de nombreuses recherches sur la mutagenèse aléatoire *in vitro* ont été conduites à partir des années 1980 et que diverses variétés ainsi obtenues ont été enregistrées dans les années 1980 et 1990 ; en revanche, très peu d'éléments attestent de l'exploitation agricole de telles variétés.

Ceci pose la question des utilisations qui peuvent être prises en compte pour attester de la sécurité d'une technique de mutagenèse dans le cadre de la « directive OGM ». Lorsque nous avons conclu devant votre formation le 20 janvier 2020, nous avons indiqué que seule « l'utilisation en plein champ » nous paraissait pertinente, ce qui déterminait notre proposition de ne pas appliquer l'exemption à la mutagenèse aléatoire *in vitro*. Notre analyse est toujours en ce sens. L'objet de la directive est d'encadrer la dissémination des OGM dans l'environnement : seules des pratiques attestant de la sécurité de cette dissémination devraient être prises en compte, c'est-à-dire des cultures en plein champ ou à tout le moins des recherches permettant d'évaluer les effets de celle-ci.

Il est possible que les données soient lacunaires sur les pratiques culturales, faute d'encadrement réglementaire de la mutagenèse avant l'arrêt de la CJUE de 2018 ; mais cet arrêt ayant exigé une « *sécurité avérée depuis longtemps* », la charge de la preuve incombe à ceux qui soutiennent que la technique doit être exemptée. L'exemption d'application de la législation sur les OGM ne peut être accordée au bénéfice du doute.

C'est pourquoi la seconde question pourrait être ainsi formulée : « *Pour déterminer si une technique de modification génétique est utilisée pour diverses applications et si sa sécurité est avérée depuis longtemps, y a-t-il lieu de ne considérer uniquement que la culture en plein champ des organismes obtenus au moyen de cette technique ou est-il possible de prendre également en compte les travaux et publications de recherche ne se rapportant pas à des cultures en plein champ ? S'agissant de ces travaux et publications de recherche, seuls les travaux relatifs aux risques pour la santé humaine ou l'environnement peuvent-ils être pris en compte ?* ».

¹⁶ Si nous avons indiqué dans nos conclusions sur la décision rendue le 7 février 2020 qu'il en allait également ainsi du tournesol Clearfield Plus, c'était sur la base de la version initiale du rapport de l'ANSES. Cette information a depuis été corrigée dans le cadre d'une actualisation du rapport (cf. annexe 8, p. 230).

4.4.5. L'article R. 931-5 du CJA dispose que dans le cadre de la procédure juridictionnelle d'exécution, « *l'affaire est jugée en urgence* ». Le renvoi préjudiciel n'aidera pas à satisfaire à cette prescription. Vous pourrez toutefois, comme vous le permet l'article 105 du règlement de procédure de la Cour de justice¹⁷, demander à celle-ci de statuer selon une procédure accélérée, en faisant état de cette nécessité de droit interne et de l'intérêt qui s'attache à une résolution rapide de cette controverse qui intéresse l'ensemble de l'Union européenne.

5. Vous surseoierez également à statuer sur l'exécution de l'article 3, la question étant étroitement liée à celle de l'article 2 ; c'est en effet en fonction de la rédaction du décret à venir sur les techniques de mutagenèse exemptées que la liste des variétés à retirer du catalogue pourra être établie.

6. Mise en œuvre du principe de précaution concernant la culture des VrTH

6.1. S'agissant de l'article 4 sur l'évaluation des risques liés aux VrTH, rappelons que dans son avis du 28 novembre 2019, l'ANSES avait formulé une série de recommandations que son communiqué de presse avait bien résumé par la formule : « Instaurer la surveillance des VrTH en France ». Elles consistaient en particulier :

- à « améliorer la traçabilité de l'utilisation des semences VrTH jusqu'à l'utilisation finale des cultures » ;
- à « augmenter la surveillance des résidus des substances herbicides associées aux VrTH dans les régions concernées et dans les matrices de colza et de tournesol » ;
- à « étudier le métabolisme de dégradation des herbicides par les plantes VrTH ».

Un commencement d'exécution a bien été opéré. Tout d'abord, le ministre fait état d'un décret du 16 octobre 2020¹⁸ relatif au conseil à l'utilisation de produits phytopharmaceutiques et à la certification de leurs distributeurs et utilisateurs professionnels. Si ce décret a un objet plus large que l'exécution de votre décision¹⁹, il met en œuvre l'une de ses prescriptions, tendant à assurer « *la traçabilité effective des conseils prodigués aux exploitants dans le cadre de la charte des bonnes pratiques de désherbage dans les rotations incluant des VrTH* »²⁰.

D'autre part, le ministre a saisi l'ANSES le 10 juin 2020 pour lui demander de préciser les modalités de mise en œuvre opérationnelle de son avis du 28 novembre 2019. La saisine

¹⁷ « À la demande de la juridiction de renvoi ou, à titre exceptionnel, d'office, le président de la Cour peut, lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais, le juge rapporteur et l'avocat général entendus, décider de soumettre un renvoi préjudiciel à une procédure accélérée dérogeant aux dispositions du présent règlement. »

¹⁸ Décret n° 2020-1265.

¹⁹ Il s'agit du décret d'application de l'ordonnance n° 2019-361 du 24 avril 2019, dont le principal objet était d'instaurer une séparation entre les activités de vente et de conseil à l'utilisation des PPP

²⁰ D'une part, l'article R. 254-26-2 du CRPM prévoit que le conseil stratégique à l'utilisation de PPP, qui est à réaliser périodiquement, devra viser en particulier à limiter les risques d'apparition de résistances des adventices aux PPP, « *notamment en cas d'utilisation de variété rendue tolérante aux herbicides* » ; d'autre part, l'article D. 254-26-6 impose à l'utilisateur et au conseiller de conserver le conseil pendant six ans.

laissait à l'ANSES jusqu'au 30 septembre 2020, mais l'ANSES n'a remis son « rapport d'appui scientifique et technique » qu'en février 2021²¹.

Ce nouveau rapport de l'ANSES représente en lui-même un progrès dans l'évaluation des risques. En effet, l'ANSES a analysé les données de l'enquête statistique « phytosanitaires – grandes cultures » 2017 et montré que si les parcelles non VrTH consommaient des substances actives herbicides plus diverses que les parcelles VrTH, l'utilisation totale d'herbicides est plus élevée sur les parcelles VrTH, avec une différence accrue par rapport à la précédente enquête réalisée en 2014, et que le tournesol s'intègre dans des successions de culture où les herbicides de la même famille que ceux associés aux VrTH²² sont fréquemment utilisés. L'ANSES conclut que ces éléments « confirment l'accroissement du risque d'apparition de résistances chez des adventices » (plus communément qualifiées de « mauvaises herbes »).

Concernant les risques pour la santé humaine, l'ANSES a en revanche confirmé l'insuffisance du dispositif de suivi en place, pour deux raisons : d'une part, elle estime nécessaire la réalisation d'une étude de métabolisme spécifique pour le tournesol VrTH²³, afin d'élucider les voies de dégradation des substances actives des herbicides associés et d'identifier ainsi les résidus (ou métabolites) à mesurer dans les produits destinés à la consommation ; d'autre part, elle préconise d'accroître l'effort de recherche des résidus de deux pesticides associés aux VrTH²⁴ dans les produits à base de tournesol, dans le cadre des plans de surveillance et de contrôle (PSPC) pilotés par la direction générale de l'alimentation. Enfin, concernant les effets sur le milieu aquatique, elle a notamment recommandé d'intégrer l'information sur le caractère VrTH ou non des cultures dans le registre parcellaire géographique (RPG) de la PAC et d'expérimenter une mesure comparée des phytosanitaires sur les parcelles VrTH et non VrTH sur un bassin versant.

Dans son dernier mémoire produit le 7 octobre, le ministre fait état de nouveaux développements : d'une part, la réservation d'un budget de 250 000 euros pour conduire des études sur l'impact des VrTH sur le milieu aquatique ; d'autre part, l'adoption à venir d'un décret qui pourrait imposer la collecte de données sur la culture des VrTH. Ceci va dans le bon sens mais les précédentes écritures étaient moins satisfaisantes, car le ministre se bornait à y faire état des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des recommandations de l'ANSES sans indiquer comment il entendait s'y prendre. Or le ministre n'est pas tenu de

²¹ L'étude ne porte que sur le tournesol VrTH, les variétés en cause ayant été obtenues par mutagenèse aléatoire *in vivo* ou par sélection de mutants spontanés, le colza VrTH en ayant été exclu par la saisine du ministre au motif que l'exécution de la décision du 7 février 2020 impliquerait de cesser sa culture... Le tournesol est en tout état de cause la principale culture concernée puisque 27 % des surfaces étaient cultivées en VrTH en 2017.

²² Celle des inhibiteurs de l'acétolactate synthase (ALS).

²³ L'ANSES s'écarte sur ce point de la méthodologie recommandée par l'OCDE (OCDE 501), selon laquelle les études existantes concernant le colza au motif que colza et oléagineux sont des oléagineux. L'ANSES estime que le tournesol et le colza appartenant à des familles différentes (respectivement les asteracées et les brassicacées), « une étude de métabolisme spécifique devrait être conduite dans le tournesol VrTH selon la méthodologie décrite dans le document guide OCDE mais sans considérer l'extrapolation à partir du groupe des oléagineux que permet le document guide ».

²⁴ L'imazamox et le tribénuron-méthyle.

suivre l'ANSES s'il estime que ses recommandations soulèvent trop de difficultés, et il ne vous revient pas prescrire en détail les modalités d'évaluation. Le ministre doit vous dire comment il compte s'y prendre et les dernières annonces restent incomplètes et à concrétiser.

Vous considérerez que s'agissant du risque de développement des résistances, le dispositif d'enquêtes périodiques « phytosanitaires – grandes cultures » des services statistiques du ministère permet de le mesurer de manière satisfaisante. En revanche, s'agissant des risques pour la santé humaine et pour le milieu aquatique, vous enjoindrez au ministre d'adopter dans un délai de 3 mois un plan d'action définissant les mesures retenues pour leur évaluation et un échéancier de leur réalisation, sous astreinte de 100 000 euros par semestre de retard à compter de l'expiration de ce délai.

6.2. S'agissant enfin de l'article 5, il s'agit d'une mesure tendant à limiter le risque de développement des résistances aux herbicides chez les adventices, risque dont le dernier rapport de l'ANSES a confirmé l'ampleur. Ce risque dépendant notamment des rotations culturales et du fait de ne pas utiliser sur ces parcelles d'herbicides de la même famille que celle associée à la culture VrTH sur les autres cultures, vous avez jugé nécessaire de mettre en place un encadrement impératif de ces pratiques culturales. L'article 16.2 de la directive 2002/53/CE du Conseil du 13 juin 2002 concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles dispose qu'un Etat membre « *peut, sur demande (...), être autorisé à (...) prescrire des conditions appropriées de culture de la variété (...) s'il a des raisons valables (...) de considérer que la variété présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement* » ; vous avez donc enjoint au Premier ministre de mettre en œuvre cette procédure « *pour être autorisé à prescrire des conditions de culture appropriées pour les VRTH issues de la mutagenèse utilisées en France* », sans toutefois fixer de délai.

Là encore, le ministre a estimé ne pas être en mesure de mettre en œuvre cette injonction sans lever certains obstacles préalables. Sur le plan juridique, le Gouvernement a obtenu du Parlement une habilitation à prendre par ordonnance des mesures visant à « *modifier le code de l'environnement, le code rural et de la pêche maritime et le code de la consommation afin de prévoir les modalités de traçabilité et les conditions de l'utilisation des semences des variétés rendues tolérantes aux herbicides et des produits issus* » (article 44-I-4° de la loi du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche²⁵). Comme la présidente de la SRE dans sa note clôturant la phase administrative d'exécution, nous ne sommes pas convaincus qu'une intervention du législateur était nécessaire, et le juge administratif est d'ailleurs incompétent pour enjoindre au Gouvernement de soumettre au Parlement des mesures de nature législative (cf. en dernier lieu CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe*, n° 427301, Rec.). Il nous semble que sur le plan du droit interne, le ministre de l'agriculture pouvait se fonder sur l'article L. 253-7 du CRPM puisque celui-ci lui permet « *dans l'intérêt de la santé publique ou de l'environnement* » de « *prendre toute mesure d'interdiction, de restriction ou de prescription particulière concernant la mise sur le marché, la délivrance, l'utilisation et la détention* » des produits phytopharmaceutiques²⁶, en subordonnant l'utilisation des herbicides

²⁵ Loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur.

associés aux VrTH au respect d'un certain nombre de pratiques de culture. Toutefois, il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'une base légale plus directement consacrée aux VrTH soit introduite dès lors que cela ne retarde pas l'encadrement : le ministre indique à cet égard que le projet d'ordonnance est en consultation publique et sera adopté avant le 26 décembre 2021.

Sur le plan technique, le ministre a saisi le 8 juillet 2020 l'Institut national de recherche pour l'agriculture, l'alimentation et l'environnement (INRAE, ex-INRA) d'une demande d'appui. Cet institut a remis en octobre 2020 une réponse élaborée conjointement avec plusieurs instituts techniques agricoles (ITA)²⁷. Comme le rapport de l'ANSES, cette étude ne porte pas sur le colza VrTH, mais outre le tournesol, elle a été conduite sur le maïs et les betteraves VrTH, bien que ces cultures soient encore très peu développées. Elle relève l'apparition d'une adventice du maïs résistante aux herbicides par échange de gènes avec des variétés VrTH utilisées localement. Le ministre semble indiquer que cette étude ne comporte pas de recommandations opérationnelles qui pourraient être appliquées spécifiquement aux VrTH, mais nous ne partageons pas ce point de vue : ainsi, sur le tournesol qui est la principale culture concernée, le rapport comporte pour chaque espèce adventice (ambrosies, tournesol adventice, etc) des recommandations concerne la prophylaxie (comme le nettoyage du matériel de récolte), les rotations (éviter les rotations de type tournesol/soja) ou la pratique du faux semis (qui consiste à préparer un semis par un travail superficiel du sol pour faire sortir les graines de mauvaises herbes puis à détruire leurs pousses avant de réaliser le vrai semis).

En réalité, l'exercice que vous avez prescrit consiste seulement à rendre impératives des recommandations du type de celles qui sont déjà formulées par les ITA, compte tenu des risques spécifiques liés aux VrTH. Le ministre dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour les choisir (cf., sur le contrôle restreint du juge de l'excès de pouvoir quant au choix des mesures de précaution, CE, 26 juillet 2021, *Collectif des maires anti-pesticides et autres*, n° 437815, Tab.). Mais comme pour l'injonction précédente, il doit faire ces choix et exercer cette responsabilité. Vous enjoindrez donc au Premier ministre de procéder à la notification à la Commission permettant d'enclencher la procédure prévue à l'article 16.2 de la directive 2002/53/CE en fixant cette fois-ci un délai de trois mois à compter de la notification de votre décision, et en assortissant ce délai d'une astreinte de 500 euros par jour de retard. Ceci impliquera pour le ministre d'arrêter sa position sur les règles à imposer puisqu'il devra les notifier à la Commission.

PCMNC :

- à ce que soient renvoyées à la CJUE les questions préjudicielles que nous avons présentées, en demandant à la Cour l'application de la procédure accélérée prévue par l'article 105 de son règlement de procédure ;

²⁶ Ces dispositions sont interprétées comme emportant à la fois une permission et une obligation d'agir lorsque cela « s'avère nécessaire à la protection de la santé publique et de l'environnement » (CE, 26 juin 2019, *Association Générations Futures et Association Eau et rivières de Bretagne*, n° 415426, Rec.)

²⁷ Arvalis, l'Institut technique de la betterave et Terres Inovia. Les ITA sont des organismes de recherche appliquée et ont un rôle d'accompagnement des filières agricoles et de diffusion des références techniques et scientifiques (cf. l'article D. 823-1 du CRPM).

- à ce qu'il soit sursis à statuer sur l'exécution des articles 2 et 3 de la décision du 7 février 2020 ;
- à ce qu'il soit enjoint au ministre de l'agriculture d'adopter dans un délai de 3 mois un plan d'action définissant les mesures retenues pour l'évaluation des risques des VrTH pour la santé humaine et le milieu aquatique, assorti d'un échéancier de leur réalisation, sous astreinte de 100 000 euros par semestre de retard à compter de l'expiration de ce délai ;
- à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de mettre en œuvre la procédure prévue par le 2 de l'article 16 de la directive 2002/53/CE du 13 juin 2002, pour être autorisé à prescrire des conditions de culture appropriées pour les VRTH issues de la mutagénèse utilisées en France, dans un de trois mois à compter de la notification de votre décision, sous astreinte de 500 euros par jour de retard.