

388649

Confédération paysanne et autres

3^e et 8^e chambre réunies

Séance du 20 janvier 2020

Lecture du 7 février 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, rapporteur public

L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles (25 juillet 2018, *Confédération paysanne e.a. c/ Premier ministre et Ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt*, C-528/16) que vous lui avez adressées dans la présente affaire a connu un grand retentissement. Statuant en Grande chambre, la Cour s'est résolument écartée d'une lecture littérale de la directive 2001/18 du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement (OGM) modifiés dans l'environnement¹ : alors que celle-ci exclut de son champ d'application les organismes obtenus par mutagenèse, la Cour a jugé que cette exclusion ne concernait 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* ». Elle a ainsi fait basculer dans le champ de la réglementation des OGM des organismes dont les producteurs pouvaient jusqu'ici se croire exemptés. Cet arrêt a été salué par les opposants aux OGM, qui dénoncent dans les organismes obtenus par mutagenèse des « OGM cachés », et critiqué par ceux qui y voient une entrave à l'innovation.

Il vous revient aujourd'hui de déterminer plus précisément l'ampleur et les conséquences de ce basculement. Comme vous le verrez, des questions délicates demeurent à trancher sur les limites du champ d'application de la législation sur les OGM, tel qu'il a été défini par la Cour, et sur la nécessité et les modalités de mise en œuvre du « moratoire » demandé par les associations requérantes. Votre décision fera suite à une instruction très approfondie, une enquête à la barre ayant été réalisée avant votre décision avant-dire droit et de nombreux mémoires ayant encore été échangés depuis l'arrêt de la CJUE. Un avis de l'Agence nationale de sécurité sanitaire (ANSES), fort attendu, a été rendu en novembre 2019² et les parties ont été invitées à faire part de leurs réactions à celui-ci par une nouvelle mesure d'instruction.

Sur le contexte du litige, tout a été dit de la manière la plus claire par Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions prononcées le 3 octobre 2016. Mais comme le souvenir s'en est peut-être un peu estompé, nous nous permettrons de le résumer brièvement. Le litige se situe à

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.

² *Utilisation des variétés rendues tolérantes aux herbicides cultivées en France*, Avis de l'ANSES, Rapport d'expertise collective, novembre 2019.

l'intersection de deux phénomènes : la mutagenèse et l'utilisation de variétés de plantes rendues tolérantes aux herbicides (dites VrTH).

* La mutagenèse désigne un ensemble de techniques destinées à obtenir des mutations génétiques chez un organisme vivant. A la différence de la transgénèse, qui implique l'introduction dans le génome d'un organisme un gène issu d'une autre espèce, la mutagenèse consiste à provoquer des mutations internes à l'organisme. Les mutations génétiques sont un phénomène naturel : le processus de réplication de l'ADN à l'identique, qui s'effectue en permanence, connaît des ratés dont une très faible proportion ne sont pas corrigés, occasionnant alors une mutation. Les premières techniques de mutagenèse, employées dès les années 1950, consistent à accroître considérablement la fréquence de ces mutations en exposant la plante à des agents mutagènes, tels que des rayonnements ionisants ou certains produits chimiques : on parle alors de mutagenèse aléatoire. Les mutants présentant des caractéristiques agronomiques intéressantes sont sélectionnés et le cas échéant croisés avec d'autres spécimens pour obtenir une nouvelle variété.

Ces techniques ont connu d'importants progrès au cours des dernières décennies. Tout d'abord, les agents mutagènes n'ont plus seulement été employés sur la plante entière, *in vivo*, mais sur des cellules de la plante, *in vitro*, la plante entière étant ensuite reconstituée par l'emploi de différents procédés. Ensuite, les progrès du génie génétique ont permis de produire les mutations non plus de façon aléatoire mais délibérée : on parle donc de mutagenèse dirigée. Les techniques employées reposent sur l'introduction dans les cellules de la plante d'oligonucléotides (c'est-à-dire de courts segments d'ADN ou d'ARN) ou de nucléases (qui sont des enzymes capables de couper les acides nucléiques, entre autres l'enzyme dite « CRISPR-CAS9 » qui a acquis ces dernières années une certaine notoriété médiatique). Les méthodes de mutagenèse dirigée se rapprochent de la transgénèse dans la mesure où elles impliquent l'introduction dans l'organisme d'un matériel génétique étranger, mais elles s'en distinguent car ce matériel génétique ne demeure pas dans l'organisme cible et sert seulement à y provoquer la mutation recherchée.

* La tolérance aux herbicides n'est que l'un des traits agronomiques pouvant être obtenus grâce à la mutagenèse³. L'emploi d'herbicides permet d'éliminer dans une culture les plantes adventices, communément qualifiées de « mauvaises herbes ». L'intérêt de cultiver une variété tolérante à un herbicide est de permettre l'application de ce produit sur les adventices sans craindre la toxicité pour la culture, ce qui est particulièrement pertinent lorsque la culture et l'adventice sont de la même famille botanique et sont donc en principe sensibles aux mêmes produits.

Sur d'autres continents, notamment en Amérique, la culture de plantes VrTH obtenues par transgénèse est massive : il s'agit en particulier des variétés de marque « Roundup® Ready », commercialisées par la firme Monsanto et qui résistent à l'herbicide éponyme. En France, le dernier état des lieux qui résulte de l'avis de l'ANSES montre que l'utilisation de plantes VrTH, qui s'est essentiellement développée au cours des années 2010, s'observe surtout sur deux cultures :

- le tournesol, pour lequel 27 % des surfaces sont cultivées en VrTH en 2017 ; les variétés utilisées sont dénommées « Clearfield® », « Clearfield® Plus » et « Express Sun® » et sont commercialisées respectivement par les entreprises BASF et DuPont, en lien avec l'herbicide toléré ;

³ Qui peut aussi servir à obtenir des plantes résistant à des insectes ravageurs, ayant un meilleur rendement ou une teneur accrue en certains nutriments.

- le colza, avec également des variétés Clearfield® qui représentent 2 % des surfaces. Des VrTH sont également employées de manière moins significative pour le maïs et les endives, et une variété de betterave devrait être mise sur le marché prochainement. Toutes ces variétés cultivées en France ont été obtenues par mutagenèse aléatoire, à l'exception du tournesol Clearfield® qui aurait été obtenu, selon les informations communiquées par BASF à l'ANSES, par sélection naturelle à partir de mutants spontanés, mais ce point est contesté par les requérants.

La contestation des VrTH obtenus par mutagenèse a progressé depuis les premiers fauchages organisés à la fin des années 2000. Les organisations requérantes, signataires en 2012 de « l'appel de Poitiers », dénoncent le fait que ces techniques échappent à la réglementation des OGM alors qu'elles s'apparentent à la transgénèse et soulignent les risques de développement d'adventices résistants aux herbicides, par pression sélective (l'emploi massif de l'herbicide sélectionne les individus résistants, qui se développent ensuite) ou diffusion du gène de la résistance de la culture à l'adventice. C'est après avoir écrit en vain au Premier ministre en décembre 2014 qu'elles vous ont saisis de la présente requête.

Comme vous l'aviez jugé dans votre décision avant-dire droit, vous regarderez leurs conclusions comme tendant, d'une part, à la contestation du refus d'abrogation des dispositions de l'article D. 531-2 du code de l'environnement en tant qu'elles excluent du champ d'application des dispositions du même code régissant les OGM les variétés obtenues par mutagenèse et, d'autre part, à ce que soit prononcé un moratoire sur les variétés de plantes, rendues tolérantes aux herbicides, obtenues par mutagenèse. Vous noterez que le périmètre du recours n'est pas le même dans ces deux parties : s'agissant du refus d'abrogation, il concerne l'ensemble des techniques de mutagenèse, quel que soit le trait agronomique obtenu, alors que sur le moratoire, il ne vise que les VrTH obtenues par mutagenèse.

1. Sur la contestation du refus d'abrogation de l'article D. 531-2 du code de l'environnement

1.1. Comme vous le savez, les OGM sont soumis pour leur dissémination volontaire et leur mise sur le marché à un régime d'autorisation, impliquant notamment une évaluation préalable des risques pour la santé publique et l'environnement. L'article L. 531-2 du code de l'environnement exempte de ces obligations « *les organismes génétiquement modifiés obtenus par des techniques qui ne sont pas considérées, de par leur caractère naturel, comme entraînant une modification génétique ou par celles qui ont fait l'objet d'une utilisation traditionnelle sans inconvénient avéré pour la santé publique ou l'environnement* » et renvoie à un décret la fixation de la liste de ces techniques. Cette liste est définie par l'article D. 531-2, qui mentionne notamment au a) du 2° la mutagenèse, sans autre précision.

Vous rejetterez les conclusions dirigées contre l'exemption des méthodes d'infection de cellules vivantes par les virus, viroïdes et prions et d'autoclonage, figurant au c) et d) du 2° du même article. Ces conclusions ont été présentées pour la première fois après l'arrêt de la CJUE et ne sont pas recevables faute de demande d'abrogation préalablement présentée au Premier ministre.

Sur le a) de l'article D. 531-2, le ministre soutient en défense que s'il mentionne les techniques de mutagenèse sans distinction, il doit être interprété conformément à l'article L. 531-2 et ne couvrirait donc que les techniques « *qui ont fait l'objet d'une utilisation*

traditionnelle sans inconvénient avéré pour la santé publique ou l'environnement», formulation très proche de celle retenue par la CJUE. Cette lecture de la réglementation, qui contraste singulièrement avec celle qui était défendue par l'administration avant l'arrêt de la CJUE, ne peut être retenue. La loi assigne au décret la tâche de fixer la « *liste des techniques* » exemptées. Cette liste doit être précise, de manière à ce que les acteurs concernés sachent à quelle réglementation est soumise la technique qu'ils mettent en œuvre ; la lecture par interprétation conforme que vous suggère le ministre placerait ces acteurs dans une insécurité juridique considérable puisqu'ils devraient eux-mêmes déterminer quelles sont les techniques exemptées, en s'exposant en cas d'erreur à de lourdes sanctions⁴. En mentionnant la mutagenèse sans distinguer au sein des techniques de mutagenèse celles qui sont traditionnelles et sans risque, le décret méconnaît l'article 3.1 et l'annexe I B de la directive 2001/18, tels qu'ils ont été interprétés par la CJUE.

1.2. L'annulation s'impose donc, et après cinq ans de procédure et une instruction très approfondie, il nous paraît souhaitable que vous éclairiez autant que possible le Gouvernement sur les suites qu'il convient d'y donner. Le risque est grand, si vous vous borniez à une annulation quelque peu abstraite, de vous retrouver dans un an ou deux saisis d'un nouveau litige né de la carence à prendre un décret modificatif ou d'un débat non purgé sur la qualification des différentes techniques au regard des critères énoncés par la CJUE.

Il est d'abord nécessaire de trancher un point de méthode. La CJUE a jugé que « *l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/18, lu conjointement avec l'annexe I B, point 1, de cette directive et à la lumière du considérant 17 de celle-ci, doit être interprété 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* ». A quelle date convient-il de se placer pour apprécier le caractère traditionnel d'une technique ou déterminer si sa sécurité est avérée « *depuis longtemps* » ? La question est d'importance car l'écoulement du temps peut changer une innovation en tradition. Deux lectures sont possibles : une lecture figée, qui consiste à se placer à la date d'adoption de la directive ; une lecture glissante, selon laquelle le point de référence est la date à laquelle le Premier ministre fixe la liste des techniques exemptées.

L'hésitation est permise à la seule lecture du dispositif, mais un paragraphe des motifs (§51) nous paraît déterminant dans le sens d'une lecture figée au moins sur le premier critère : la CJUE y affirme que « *l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/18 (...) ne saurait être interprété comme excluant du champ d'application de cette directive des organismes obtenus au moyen de techniques/méthodes nouvelles de mutagenèse qui sont apparues ou se sont principalement développées depuis l'adoption de ladite directive* ». Selon ce paragraphe, tous les organismes obtenus au moyens de techniques apparues ou qui se sont principalement développées depuis 2001 entrent dans le champ d'application de la directive OGM.

Il n'y a pas de débat sur l'impossibilité pour les méthodes de mutagenèse dirigée de bénéficier de l'exemption ainsi définie et le ministre ne le conteste pas. D'après l'expertise scientifique collective CNRS-INRA de 2011⁵ et le rapport provisoire du comité scientifique Haut conseil des biotechnologies (HCB) de 2016⁶, si de premiers travaux de recherche sur ces techniques

⁴ La dissémination et la mise sur le marché d'OGM sans autorisation sont punies d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (article L. 536-4 du code de l'environnement).

⁵ Expertise scientifique collective CNRS-INRA, *Variétés végétales tolérantes aux herbicides. Effets agronomiques, environnementaux, socio-économiques*, novembre 2011.

ont été réalisés dans les années 1990 et 2000, l'essentiel de la littérature scientifique a été publié dans les années 2010. Aucune des VrTH cultivées en France n'est issue de la mutagenèse dirigée. Il semble qu'à ce jour, seule une variété de colza développée par l'entreprise nord-américaine Cibus ait commencé à être cultivée en Europe, mais l'Allemagne a retiré la décision constatant qu'elle ne relevait pas de la législation sur les OGM à la suite de l'arrêt de la CJUE.

L'appréciation est plus délicate s'agissant de la mutagenèse aléatoire *in vitro*, qui concentre une grande part des enjeux pour les cultures actuelles puisque selon le rapport de l'ANSES, les variétés de tournesol Clearfield® Plus et de colza Clearfield® en sont issues. Le ministre développe une double ligne de défense :

- Il soutient d'abord que la mutagenèse aléatoire *in vitro* ne serait pas une technique différente de la mutagenèse aléatoire *in vivo* et n'appellerait donc pas une appréciation distincte. Il y a pourtant une différence de nature entre les deux techniques : la mutagenèse *in vitro* implique en effet, une fois la mutation obtenue, la régénération de la plante entière à partir de quelques cellules, ce qui nécessite le recours à des techniques telles que l'embryogénèse somatique⁷. Les requérants soutiennent, en produisant des études scientifiques et sans être contredits, que ces méthodes génèrent par elles-mêmes de multiples variations génétiques ou épigénétiques⁸ non intentionnelles, dites variations somaclonales, qui s'ajoutent donc aux mutations induites *in vitro* par l'agent mutagène. Dans votre décision avant-dire droit, vous aviez d'ailleurs déjà opéré cette distinction entre mutagenèse aléatoire *in vivo* et *in vitro*.

- Le ministre soutient ensuite que les premières méthodes de reconstitution *in vitro* ont été expérimentées dès la fin des années 1960 et en lien avec la mutagenèse aléatoire dès les années 1980. Mais s'agissant des cultures en plein champ, il ne mentionne que l'obtention de variétés de bananes de taille et de précocité intéressantes en 1993 et la commercialisation du colza Clearfield® en France dès 1995. Pour appliquer les critères de la CJUE, seule l'utilisation en plein champ nous paraît pertinente et si vous nous suivez pour retenir une lecture figée, les six à huit écoulés ans jusqu'à 2001 ne sont pas suffisants pour caractériser une tradition.

Si vous reteniez en revanche une lecture glissante, il vous faudrait vérifier que la sécurité de ces techniques est avérée depuis longtemps. Seuls sont à prendre compte ici les risques propres de la technique et non les risques associés au trait agronomique de résistance à l'herbicide, que nous examinerons un peu plus loin : ces risques sont en effet indépendants de la méthode d'obtention. Face aux études produites par les requérants mettant en avant les risques de mutations non intentionnelles associées à la reconstitution *in vitro*, le ministre ne fait pas véritablement l'effort de démontrer l'absence de risque. Or les critères énoncés par la CJUE impliquent que la sécurité soit « avérée », c'est-à-dire prouvée.

Dans ses toutes dernières écritures, le ministre de l'agriculture vous alerte sur les travaux en cours au niveau européen. D'une part, il produit une 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

⁶ Haut conseil des biotechnologies, *Nouvelles techniques. « New Plant Breeding Techniques »*, Première étape de la réflexion du HCB, introduction générale, janvier 2016.

⁷ L'embryogénèse somatique est une méthode de multiplication par clonage, qui utilise des cellules somatiques et non des cellules germinales, en passant souvent par un stade intermédiaire dit « cal », qui est un amas de cellules dédifférenciées obtenu à partir de l'explant issu de la plante mère.

⁸ Intervenant au niveau de l'expression des gènes.

résultats de l'étude. Cette décision témoigne des interrogations pratiques parmi les Etats membres sur la mise en œuvre de l'arrêt de la CJUE. D'autre part, il vous soumet un document de travail de la Commission qui montrerait un consensus entre les Etats membres pour cantonner la portée de l'arrêt de la CJUE à la mutagenèse dirigée.

Ces éléments de contexte sont importants mais peuvent difficilement déterminer votre décision. La CJUE a fixé des critères qu'il vous revient d'appliquer. Au vu de l'instruction, ces critères ne conduisent pas à exempter les techniques de mutagenèse aléatoire *in vitro*. Ceci ne préjuge pas d'éventuelles modifications futures du droit de l'Union.

Vous annulerez donc la décision de refus du Premier ministre d'abroger l'article D. 531-2-2°-a), au motif que ces dispositions s'appliquent à des techniques de mutagenèse qui ne sont pas traditionnellement utilisées ou dont la sécurité n'est pas avérée depuis longtemps, notamment la mutagenèse dirigée et la mutagenèse aléatoire *in vitro*.

1.3. Vous n'êtes pas saisis de conclusions à fin d'injonction s'agissant des conséquences à tirer de l'annulation du refus d'abrogation. Toutefois, les articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative vous permettent désormais⁹ de prescrire d'office les mesures nécessaires à l'exécution de la décision et conformément à l'article R. 611-7-3¹⁰, les parties ont été invitées à présenter leurs observations sur les mesures envisagées par votre 3^e chambre. Sur le fondement de l'article L. 911-1, vous enjoindrez au Premier ministre de prendre un décret modifiant l'article D. 531-2-2°-a) pour n'y inclure que les techniques de mutagenèse répondant aux critères énoncés par la CJUE. Compte tenu de la consultation obligatoire du HCB pour prendre ce décret, vous fixerez un délai de six mois à compter de la notification de votre décision. Il n'y a pas lieu de moduler dans les temps, comme le demande le ministre, les conséquences de cette décision puisqu'il ne s'agit pas d'une annulation directe mais d'une remise en cause d'un refus d'abrogation, qui ne vaut que pour l'avenir.

Par ailleurs, sur le fondement de l'article L. 911-2, vous enjoindrez à l'administration d'examiner, toujours dans un délai de six mois, les conséquences à tirer de la « requalification » de certaines techniques comme relevant des OGM, dans le cadre de deux législations, ce qui pourrait conduire en pratique à la cessation de la culture des variétés ainsi obtenues.

D'une part, dans le cadre de la police des OGM, dès lors que les variétés obtenues par ces techniques constitueraient des OGM disséminés en plein champ ou mis sur le marché sans autorisation, l'administration est susceptible de suspendre la dissémination ou de consigner les produits (articles L. 535-6 et L. 535-7 du code de l'environnement).

La seconde législation est celle dite du « catalogue » : pour être cultivées ou commercialisées, les variétés de plantes doivent être inscrites sur le catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées, prévu par un décret du 18 mai 1981¹¹. En vertu de la directive 2002/53¹², l'inscription sur le catalogue de l'un des Etats membres entraîne l'inscription sur le catalogue

⁹ Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁰ Issu du décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative.

¹¹ Décret n°81-605 du 18 mai 1981 pris pour l'application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes en ce qui concerne le commerce des semences et plants.

¹² Directive 2002/53/CE du Conseil du 13 juin 2002 concernant le catalogue commun des variétés des espèces de plantes agricoles

commun et permet la commercialisation des semences de cette variété dans toute l'Union européenne. Le troisième alinéa de l'article 5 du décret du 18 mai 1981 prévoit que pour les plantes génétiquement modifiées, l'inscription au catalogue est subordonnée à la réalisation de l'une des procédures d'autorisation de la mise sur le marché des OGM. Dès lors que pour les variétés « requalifiées », cette procédure d'autorisation n'a pas été respectée, il appartiendra à l'administration d'examiner le retrait de ces variétés du catalogue français.

Dans ses observations sur les injonctions envisagées, le ministre fait valoir qu'il est impossible dans l'état actuel des techniques de distinguer les variétés obtenues par mutagenèse des autres et qu'aucune mention au catalogue officiel n'est prévue permettant d'identifier ces variétés. Il en déduit qu'une telle injonction conduirait à soumettre les 9 000 variétés inscrites au catalogue à la très lourde procédure d'autorisation des OGM. Cette crainte nous paraît injustifiée. L'instruction montre qu'en dépit de l'absence d'identification formelle au catalogue, les variétés obtenues par mutagenèse sont connues et assez peu nombreuses s'agissant du trait VrTH ; votre injonction, qui consisterait seulement en une injonction de réexamen, n'impliquerait un éventuel retrait que pour les variétés dont il est notoire qu'elles sont issues de la mutagenèse ou pour lesquels des raisons sérieuses de le soupçonner existent. S'agissant de la mise en œuvre des pouvoirs de police des OGM, le travail d'identification des parcelles concernées apparaît là encore réalisable puisque l'ANSES a été en mesure de calculer la proportion des surfaces cultivées en VrTH.

En revanche, vous rejetterez les conclusions des requérants tendant à assurer la transposition complète de la directive 2002/53/CE, transposition qui est assurée par les dispositions du décret du 18 mai 1981 que nous venons de citer.

2. Sur le moratoire sur les VrTH obtenus par mutagenèse

2.1. Les requérants demandent que vous ordonniez un moratoire sur la commercialisation et l'utilisation des VrTH obtenus par mutagenèse, tant au titre de l'annulation de la décision du Premier ministre refusant l'instauration d'un tel moratoire que dans le cadre de conclusions à fin d'injonction. Quelques observations préalables sur votre office sont nécessaires.

Tout d'abord, dans une telle configuration, la demande d'annulation de la décision de refus du Premier ministre a pour seul but de servir de point d'appui à la demande tendant à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de prendre un tel moratoire. Le code de justice administrative ne vous permettant de prononcer des injonctions qu'en exécution d'une décision juridictionnelle, nécessairement rendue sur un recours contre une décision liant le contentieux, le détour par le recours pour excès de pouvoir contre la décision de refus est indispensable. Pour autant, la succession de deux étapes distinctes, au cours desquelles vous statuez d'abord comme juge de l'excès de pouvoir sur la demande d'annulation puis sur les conséquences à tirer de l'annulation au stade de l'injonction, est assez théorique. Et cette fiction présente l'inconvénient, si vous suivez les règles canoniques, d'apprécier la nécessité du moratoire d'abord à la date de la décision attaquée (soit le 10 février 2015, date de naissance de la décision implicite de rejet), comme juge de l'excès de pouvoir, puis à la date à laquelle vous statuez, soit cinq ans plus tard, comme juge de l'injonction.

Vous avez déjà atténué cette distinction canonique à deux reprises. De manière générale d'abord, vous avez jugé que l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal résidant dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative (CJA),

pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation a été demandée au regard des règles applicables à la date de sa décision (CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216, Rec.). Dans le cas particulier du droit au déréférencement, plus communément qualifié de « droit à l'oubli », vous avez jugé de même que l'effet utile de l'annulation du refus de la CNIL de mettre en demeure l'exploitant du moteur de recherche résidant dans l'injonction de procéder à une telle mise en demeure, le juge de l'excès de pouvoir devait apprécier la légalité du refus au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision (CE, 16 décembre 2019, *Mme X*, n° 391000, Tab.).

Nous vous proposons d'appliquer ici ce même critère de l'effet utile et d'apprécier la nécessité du moratoire d'après les circonstances connues à la date de votre décision.

2.2. La deuxième observation préalable a trait à l'invocation combinée par les requérants du principe constitutionnel de précaution et des articles 16 et 18 de la directive 2002/53. Les articles 16 et 18 permettent aux Etats membres, dans les cas qu'ils définissent, de demander l'autorisation d'interdire respectivement l'utilisation et la commercialisation de variétés inscrites au catalogue ou d'assortir l'utilisation de prescriptions quant aux conditions appropriées de culture. L'autorisation est donnée dans le cadre de procédures de comitologie faisant intervenir des représentants de la Commission et des autres Etats membres. L'article 18 permet également, en cas de danger imminent, d'établir l'interdiction de commercialisation à titre provisoire dans l'attente de la décision du comité ; curieusement, une telle possibilité n'est pas prévue pour l'interdiction d'utilisation.

Vous avez déjà traité de l'articulation entre une directive et le principe constitutionnel de précaution dans votre décision avant-dire droit, mais il s'agissait alors de la directive 2001/18. Vous aviez fait application de votre jurisprudence *Société Arcelor* (CE, Ass., n° 287110, Rec.), en considérant que le principe de précaution énoncé par les stipulations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne avait une portée garantissant l'effectivité du principe constitutionnel, et vous aviez posé à la CJUE une question préjudicielle sur la validité de la directive 2001/18 au regard de ce principe. Cette question ne se posant que dans l'hypothèse où la CJUE jugerait que la définition de l'exemption de mutagénèse constituerait une mesure d'harmonisation complète, et la Cour ayant décidé que les Etats membres restaient libres de réglementer les produits bénéficiant de l'exemption, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la validité de la directive.

La question d'articulation se présente cette fois-ci de manière différente. Ce n'est pas la validité de la directive 2002/53 qui est en cause, mais la manière dont se combinent pour l'Etat l'obligation de respecter le principe constitutionnel de précaution et les procédures prévues par la directive pour mettre fin à l'utilisation et à la commercialisation de variétés de plantes présentant des risques pour la santé publique et l'environnement.

Rappelons les termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.* ». A nos yeux, l'obligation pour l'Etat de respecter le principe de précaution se situe en amont de l'éventuelle mise en œuvre

des procédures prévues par la directive 2002/53. Si l'utilisation des VrTH présente le risque d'affecter de manière grave et irréversible l'environnement, alors il appartient à l'Etat, d'une part, de mettre en œuvre des procédures adaptées d'évaluation des risques et, d'autre part, d'adopter des mesures provisoires et proportionnées. C'est seulement si des mesures d'interdiction d'utilisation ou de commercialisation ou de prescription de pratiques culturales apparaissent proportionnées qu'il pourrait être enjoint à l'Etat de mettre en œuvre les procédures prévues par les articles 16 et 18 de la directive.

Vous exercez un plein contrôle sur l'existence de risques justifiant l'application du principe de précaution et un contrôle restreint sur le caractère proportionné des mesures prises pour parer à la réalisation du dommage (CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n° 342409, Rec. ; 25 février 2019, *Association le Peuple des Dunes des Pays de la Loire et commune de Noirmoutier*, n° 410170, Tab.).

2.3. Il est temps d'en venir à l'analyse des risques représentés par l'utilisation des VrTH, qui détermine en premier lieu l'opérance du principe de précaution. Pour que ce principe soit opérant, il n'est pas nécessaire que l'existence du risque soit prouvée mais qu'elle soit « *suffisamment plausible* » et attestée par des « *éléments circonstanciés* » (cf. les décisions précitées).

Vous pourrez vous appuyer principalement sur les rapports CNRS-INRA de 2011 et ANSES de 2019, dont la pertinence n'est pas contestée par les parties même si celles-ci n'en tirent pas les mêmes conclusions. Il en ressort les éléments suivants :

- L'expertise collective CNRS-INRA avait mis en évidence des risques de développement d'adventices résistants aux herbicides, par la diffusion du trait génétique de résistance, le risque de flux de gènes étant particulièrement élevé pour le colza et le tournesol, et par la pression de sélection en leur faveur ; parmi ces adventices susceptibles de développer une résistance figure l'ambrosie, plante qui pose d'importants problèmes de santé publique en raison de son fort potentiel allergisant ;
- Elle avait également souligné les incertitudes sur les incidences du recours aux VrTH sur l'usage des herbicides. L'un des principaux arguments des promoteurs des VrTH est qu'ils permettent de réduire la consommation d'herbicides en les appliquant non plus avant le semis, en quelque sorte à l'aveugle et par précaution, mais une fois les plantes levées, ce qui permet d'adapter l'application aux espèces d'adventices observées et à leur ampleur. Cependant, il a été noté que le recours aux VrTH pouvait conduire finalement à une augmentation des traitements, les agriculteurs renonçant ou réduisant par commodité le recours aux méthodes de lutte non chimiques reposant sur le travail du sol¹³. Une augmentation du recours aux herbicides aurait des conséquences défavorables sur l'environnement et la santé humaine ;
- Le rapport de l'ANSES de 2019, basé sur l'observation de l'utilisation des VrTH en France¹⁴, ne confirme pas l'existence de ces effets défavorables. Mais il souligne surtout les lacunes des données disponibles, affirmant qu'elles sont « *incomplètes, imprécises ou peu représentatives* ». Il met en évidence des pratiques culturales inappropriées susceptibles de favoriser le développement des résistances : les oléagineux (tournesol et colza) sont cultivés en rotation courte avec les céréales, plantes sur lesquelles sont utilisés des herbicides de la

¹³ Des données américaines montrent ainsi que si la consommation d'herbicides est au départ plus faible dans les cultures de variétés TH que dans celles de variétés non TH, le rapport tend à s'inverser au bout de quelques années (p. 118 du rapport CNRS-INRA).

¹⁴ Alors que le rapport CNRS-INRA était essentiellement fondé sur une revue de littérature, la grande majorité des études publiées étant nord-américaines.

même famille que ceux associés aux VrTH. Il conclut que « *les mises en garde de l'ESCO vis-à-vis de effets indésirables potentiels restent donc valables* ».

Au total, les risques du recours aux VrTH en France ne sont pas avérés, mais les mécanismes pouvant conduire à la réalisation de ces risques sont connus et ont été mis en évidence par de nombreuses études scientifiques citées par ces deux rapports. Les dommages qui seraient causés notamment par le développement des résistances sont importants : ceci conduirait à l'emploi d'autres herbicides potentiellement plus toxiques pour la santé publique ou l'environnement, voire à la remise en cause de la viabilité des cultures dans certaines zones. Les conditions d'application du principe de précaution sont donc réunies.

La décision de refus du Premier ministre de prononcer un moratoire étant fondée, comme cela ressort des écritures devant vous, sur une analyse écartant l'existence d'un risque justifiant l'application du principe de précaution, vous l'annulerez pour erreur d'appréciation sur ce risque.

2.4. Dès lors, l'Etat est tenu, en vertu de l'article 5 de la Charte de l'environnement, de mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques appropriées. Il ressort du rapport de l'ANSES que cette obligation n'est aujourd'hui pas mise en œuvre de manière satisfaisante. L'ANSES pointe notamment le manque de données sur les pratiques culturales et l'absence de suivi des résidus d'herbicides dans l'alimentation s'agissant du colza et du tournesol ; elle préconise également de renforcer cette surveillance dans les eaux de consommation humaine et de développer une analyse comparée plus complète de la nature et de la quantité des herbicides utilisés dans les cultures VrTH et non VrTH.

Vous n'avez jamais à notre connaissance prononcé une injonction tendant à renforcer l'évaluation des risques, mais une telle possibilité est contenue en germe dans l'article 5 de la Charte et elle est appropriée en l'espèce. Elle ne vous est pas explicitement demandée par les requérants mais dès lors que ceux-ci sollicitent l'instauration d'un moratoire fondé sur le principe de précaution, la mise en place de cette évaluation en est à la fois le préalable et le corollaire nécessaire. Vous enjoindrez au Premier ministre et au ministre de l'agriculture de mettre en œuvre les recommandations de l'ANSES en matière d'évaluation des risques ou de prendre toute autre mesure équivalente de nature à répondre aux observations de l'agence sur les lacunes des données disponibles. Les décisions nécessaires à la mise en place de ces modalités de recueil des données devront être prises dans un délai de six mois.

2.5. Il vous revient enfin de déterminer les « *mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* » et d'apprécier si ces mesures vont jusqu'à l'instauration d'un moratoire. Rappelons que votre contrôle est ici limité à celui de l'erreur manifeste.

Au vu des analyses que nous avons citées, l'interdiction de l'utilisation ou de la commercialisation des VrTH cultivées en France apparaît disproportionnée. En effet, ni le développement d'adventices résistants, ni l'augmentation du recours aux herbicides ni la présence accrue de résidus toxiques dans l'alimentation humaine n'ont été mis en évidence à ce jour. Les risques mis en évidence impliquent une surveillance plus étroite mais pas une interdiction et l'ANSES n'a rien recommandé de tel.

En revanche, il est acquis que l'usage des VrTH doit s'accompagner de pratiques culturales destinées à limiter l'apparition des résistances. Celles-ci font l'objet d'une « charte des « bonnes pratiques pour la gestion du désherbage des cultures dans les successions comprenant

des variétés de colza ou tournesol tolérantes aux herbicides », qui consiste principalement à éviter des rotations avec des cultures où seront utilisés les mêmes herbicides. Mais cette charte ne présente aucun caractère contraignant et le rapport de l'ANSES met en évidence une mise en œuvre inégale. Or, l'article 16.2 de la directive 2002/53 permet à un Etat membre de demander l'autorisation de prescrire des « *conditions appropriées de culture de la variété* », notamment dans le cas prévu au c) où l'Etat a « *des raisons valables (...) de considérer que la variété présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement* ». Le fait de rendre obligatoire ces conditions de culture est une mesure proportionnée pour parer à la réalisation des risques des VrTH. Vous enjoindrez donc au Premier ministre de mettre en œuvre, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, la procédure prévue par l'article 16.2 en demandant à être autorisé à prescrire des conditions de culture appropriées pour les VrTH issues de la mutagénèse utilisées en France.

* *
*

La solution que nous vous proposons tire toutes les conséquences de l'arrêt de la CJUE. Elle met à jour le basculement d'un ensemble important de techniques vers la réglementation des OGM que celui-ci implique. Elle invite l'administration à utiliser ses pouvoirs de police des OGM et de retrait du catalogue, ce qui pourrait impliquer la cessation de la culture des variétés « requalifiées ». Au-delà des variétés obtenues par mutagénèse, elle repose sur une application proportionnée du principe de précaution, qui ne va pas jusqu'à l'interdiction que demandaient les requérants.

Un fil conducteur unit ces différentes prescriptions : l'évaluation des risques. C'est son absence que sanctionne la requalification de certaines variétés comme OGM et les injonctions ont pour premier objet d'y remédier. Le principe de précaution n'est pas un principe d'interdiction, c'est d'abord un principe d'évaluation des risques et votre décision illustrera la force obligatoire de cette exigence.

PCMNC :

- à l'annulation de la décision du Premier ministre refusant d'abroger l'article D. 531-2-2°-a) ;
- à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de prendre un décret modifiant l'article D. 531-2-2°-a) pour n'y inclure que les techniques de mutagénèse répondant aux critères énoncés par la CJUE, dans un délai de six mois à compter de la notification de votre décision ;
- à ce qu'il soit enjoint au ministre de l'agriculture, dans le même délai, d'examiner s'il y a lieu, s'agissant des variétés obtenues par les techniques ainsi « requalifiées », de faire usage des pouvoirs prévus par les articles L. 535-6 et L. 535-7 du code de l'environnement et de retirer ces variétés du catalogue officiel ;
- à l'annulation de la décision du Premier ministre refusant d'instaurer un moratoire sur les VrTH obtenues par mutagénèse ;
- à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre et au ministre de l'agriculture de mettre en œuvre les recommandations de l'ANSES en matière d'évaluation des risques ou de prendre toute autre mesure équivalente de nature à répondre aux observations de l'agence sur les lacunes des données disponibles, les décisions nécessaires à la mise en place de ces modalités de recueil des données devant être prises dans un délai de six mois ;

- à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de mettre en œuvre, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, la procédure prévue par l'article 16.2 de la directive 2002/53 en demandant à être autorisé à prescrire des conditions de culture appropriées pour les VrTH issues de la mutagénèse utilisées en France ;
- à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat le versement aux requérants d'une somme totale de 6 000 euros, au titre de la procédure devant vous et devant la CJUE ;
- au rejet du surplus des conclusions de la requête.