

L'application du « droit à un environnement sain » par la CJUE : une stratégie cohérente à amplifier

PARTIE II

RÉSUMÉ :

Cet article ne vise pas, à travers la notion indéterminée de « droit à un environnement sain », un champ du droit de l'Union, à savoir le droit environnemental de l'Union. Il n'étudiera donc ni l'ensemble, ni une partie du droit dérivé. Il comprend cette notion comme un possible principe, de valeur constitutionnelle, permettant de contrôler l'ensemble des actes des institutions et des États membres. Dans un premier temps, il est question de savoir si un tel principe existe. La réponse est loin d'être claire. Il est néanmoins possible de répondre positivement, bien qu'il faille aussitôt ajouter que sa force normative est extrêmement faible. Dans un second temps, il est question de savoir si la CJUE n'a pas cherché à mettre en œuvre une stratégie qui permettrait de dépasser les faiblesses de ce principe. Autrement dit, dans l'impossibilité de l'invoquer efficacement de façon directe, n'est-il pas possible de l'invoquer de façon indirecte ? Il est finalement question, dans l'ensemble de cet article, de la manière dont la Cour met en œuvre le droit à un environnement sain : en ne le reconnaissant pas directement comme un véritable principe de droit, mais en lui garantissant indirectement une certaine effectivité. Il s'agit donc de rechercher, au travers d'arrêtés variés et disparates de la Cour, cette stratégie.

POUR UN RÉSUMÉ PLUS PRÉCIS, VOIR LES DERNIERS ALINÉAS, EN ITALIQUE, DE L'INTRODUCTION ([CF. PARTIE I](#)).

La [première partie](#) de cet article est parue dans le précédent numéro de la [newsletter des affaires climatiques](#). Elle concernait l'absence d'un principe, doté d'une véritable force normative, en droit de l'Union garantissant un droit à un environnement sain : *un droit en manque d'un principe*

Une seconde partie est à lire ci-dessous. Elle concerne la manière dont la CJUE cherche néanmoins, de façon indirecte, à garantir l'application de ce principe sans réelle force juridique : *un principe en manque de droit*.

La numérotation des paragraphes entre les deux parties de cet article est continue.

II. UN PRINCIPE EN MANQUE DE DROIT

Il semble possible de dégager un droit à un environnement sain, bien que sa force normative soit extrêmement limitée. Celui-ci se concrétise à travers des normes procédurales (A) et une herméneutique (B). Cependant, la stratégie procédurale de la Cour ne semble pas avoir réalisé l'ensemble de ses potentialités. Un futur enrichissement du droit semble donc possible et souhaitable, afin de dépasser sa faiblesse actuelle. La stratégie herméneutique de la Cour manque aussi de droit, en ce qu'elle se construit souvent sur des interprétations audacieuses, voire contestables. Sur le fondement de ces deux stratégies, la Cour développe donc une politique jurisprudentielle assez activiste, qui s'émancipe parfois d'une application mécanique du droit existant.

A. LES LIMITES JURIDIQUES DE L'APPROCHE PROCÉDURALE

Premièrement, l'approche procédurale est ambiguë en ce qu'elle apparaît trop neutre (1). Elle permet de garantir l'objectivité des processus décisionnels et peut indirectement assurer que la protection de l'environnement ne soit pas oblitérée par des considérations économiques. Cependant, elle ne permet pas de contraindre le politique à adopter des mesures en faveur de l'environnement. En outre, elle peut conduire à déclarer illégale une mesure protectrice de l'environnement qui n'a pas respecté une règle procédurale. Secondement, l'approche procédurale est imparfaite (2). Elle impose à la Cour de contrôler attentivement la base scientifique des décisions adoptées. La Cour ne peut néanmoins pas raisonnablement assumer une telle fonction. En outre, elle est inachevée, en ce que la Cour se refuse de participer à la réformation de certaines institutions, telles que l'EFSA.

1. Une protection indirecte de l'environnement

§17. Le respect des procédures

Ainsi qu'énoncé plus haut (§14), lorsqu'une institution établit les procédures permettant de mettre sur le marché un produit, elle doit respecter le principe de précaution. Ces procédures sont présumées conformes à ce principe aussi longtemps qu'elles n'ont pas été déclarées contraire à celui-ci. Par conséquent, l'attachement de la Cour à assurer le respect de ce cadre procédural semble participer au respect du principe de précaution et, plus largement, à la mise en œuvre d'un droit à un environnement sain. Un arrêt du Tribunal, concernant l'autorisation de mise sur le marché d'un OGM, offre un exemple éclairant. Cette procédure d'autorisation est fondée sur la comitologie. *Très schématiquement*, la directive 2001/18 et le règlement 1829/2003 prévoient que la Commission, après avis scientifique des autorités pertinentes, telles que l'EFSA, propose l'autorisation ou non d'un OGM aux Etats membres réunis au sein d'un comité comitologie. Si ceux-ci ne réussissent pas à adopter une décision avec une majorité qualifiée suffisante ou rejettent la proposition, le Conseil (composé aussi des Etats membres) devient compétent pour se prononcer. Si celui-ci ne réussit pas à adopter une décision à la majorité qualifiée, la Commission devient finalement compétente pour adopter ou non la décision qu'elle a proposée¹.

Suite à l'absence de majorité qualifiée au sein du comité comitologie et du Conseil, la Commission a adopté deux décisions d'autorisation de mise sur le marché, sur le fondement

¹ Les dispositions aujourd'hui pertinentes sont les articles 5 et 6 du règlement 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission

respectif de la directive 2001/18/CE et du règlement 1829/2003, de la pomme de terre génétiquement modifiée, dénommée, Amflora. Sa modification génétique permet une extraction optimisée de l'amylopectine en vue d'applications industrielles, notamment de la fabrication de pâte à papier, de fibres ou de colles. La difficulté scientifique tient à son gène marqueur, permettant d'opérer la modification génétique. Celui-ci était composé d'un gène de résistance aux antibiotiques, dit gène MRA. Tous les gènes marqueurs des OGM ne sont pas constitués de gènes MRA. L'autorisation de l'OGM en cause était donc doublement contentieuse, non seulement car il concernait un produit génétiquement modifié, mais aussi parce qu'il posait des risques de développement d'une résistance à certains antibiotiques². La Hongrie a attaqué les deux décisions d'autorisation en avançant deux moyens. Premièrement, celles-ci seraient fondées sur une évaluation des risques déficiente. Secondement, et à titre subsidiaire, en ce que la décision 2010/136 violerait le règlement 1829/2003, en fixant un seuil de tolérance pour la présence fortuite ou techniquement inévitable de traces de l'OGM dans l'alimentation humaine ou animale.

Le Tribunal ne se prononce pas sur ces moyens et soulève d'office une violation des formes substantielles. Il relève, premièrement, que la Commission, après avoir reçu les avis de l'EFSA de 2005, a soumis les projets initiaux des décisions d'autorisation aux comités comitologie compétents. En l'absence de majorité qualifiée, la Commission a soumis les propositions initiales des décisions d'autorisation au Conseil. Celui-ci n'ayant pas réussi à dégager une majorité qualifiée, aucune décision n'a été adoptée. Il relève ensuite, que la Commission n'a pas non plus adopté de décision, ainsi qu'elle en était autorisée. Une ONG et le gouvernement danois ayant allégué certaines incohérences entre les avis scientifiques de l'EFSA sur lesquels se fondaient ces mesures, la Commission a demandé un avis consolidé à l'EFSA. L'avis consolidé rendu en 2009 par l'agence n'a pas été transmis aux comités comitologie compétents. La Commission a, le 2 mars 2010, adopté les décisions attaquées. Le Tribunal note enfin, que les dispositifs respectifs desdites décisions sont intégralement identiques aux propositions initialement soumises aux comités et au Conseil. En revanche, leur motivation respective a connu des ajouts. Il conclut donc que « *cependant, force est de constater que ces décisions diffèrent des projets et propositions antérieurs en ce que leurs préambules comportent de nouveaux considérants qui font respectivement référence au mandat confié par la Commission à l'EFSA le 14 mai 2008 et aux conclusions de l'avis consolidé de l'EFSA du 11 juin 2009* »³.

Le Tribunal estime qu'en adoptant les décisions sans permettre aux comités compétents de prendre position après que l'avis consolidé de l'EFSA a été rendu, la Commission « *s'est écartée de la procédure de réglementation prescrite à l'article 5 de la décision 1999/468 [définissant les différentes procédures comitologies], en particulier en son paragraphe 2* »⁴. Pourtant, aucun article de cette décision, et encore moins son article 5⁵, ne traite de cette hypothèse. Le Tribunal ne justifie pas cette interprétation, bien qu'elle paraisse justifiée au regard de la logique de la procédure comitologie et de l'objectif de protection de l'environnement. Premièrement, la procédure comitologie en cause permet aux États membres d'adopter de façon uniforme les mesures nécessaires à l'exécution des actes de l'Union. Elle participe à l'équilibre institutionnel au sein de l'UE⁶. Secondement, des décisions fondées sur des connaissances scientifiques solides, décrivant l'ensemble des risques en cause, semblent être davantage susceptibles de protéger l'environnement.

² Cette question fait l'objet d'une politique de l'Union. Voir <https://www.efsa.europa.eu/en/topics/topic/antimicrobial-resistance> ; RAND Europe, « Evaluation of the EC Action Plan against the rising threats from antimicrobial resistance — Final Report », June 2016, à la demande de la DG SANTE ; Commission européenne, « A European One Health — Action Plan against Antimicrobial Resistance (AMR) », 2017

³ Tribunal, 13 décembre 2013, *Hongrie c. Commission*, aff. T-240/10, pt. 78

⁴ *Idem*, pt. 83

⁵ Article 5, §2, dispose que « 2. Le représentant de la Commission soumet au comité un projet des mesures à prendre. Le comité émet son avis sur ce projet dans un délai que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question en cause. L'avis est émis à la majorité prévue à l'article 205, paragraphe 2, du traité pour l'adoption des décisions que le Conseil est appelé à prendre sur proposition de la Commission. Lors des votes au sein du comité, les voix des représentants des États membres sont affectées de la pondération définie à l'article précité. Le président ne prend pas part au vote. »

⁶ *Idem*, pt. 86 Il l'énonce de façon subsidiaire, après que son raisonnement soit accompli.

Pour justifier sa solution, le Tribunal se contente de rappeler qu'une violation des formes substantielles est qualifiée quand le respect d'une règle procédurale qui a été violée, aurait pu conduire à une décision substantiellement différente⁷. Pourtant, en énonçant cette règle de droit contentieux, il ne prouve en rien qu'une règle procédurale ait bien été violée. Néanmoins, il peut ensuite poursuivre son raisonnement, et constater que les votes sur les projets antérieurs au sein des comités avaient été très divisés et qu'il n'était donc pas exclu que les membres des comités puissent revoir leur position et réunir une majorité qualifiée pour ou contre les projets de mesures en cause. En présence d'un avis défavorable ou en l'absence d'avis, la Commission aurait dû transmettre les propositions au Conseil. *« Ce n'est qu'à l'issue de cette procédure, en l'absence de majorité qualifiée au Conseil, que la Commission aurait pu adopter les propositions de mesures litigieuses. Par conséquent, il y a lieu de considérer que le résultat de la procédure ou le contenu des décisions attaquées aurait pu être substantiellement différent si la procédure prévue à l'article 5 de la décision 1999/468 avait été respectée par la Commission »*⁸.

Le Tribunal précise ensuite que cet avis de l'EFSA n'est pas purement confirmatif, ni n'a vocation à seulement consolider la motivation des décisions attaquées. Le nouveau mandat donné à l'EFSA répondait à l'existence d'incohérences réelles dans son premier avis. Le nouvel avis présentait en outre des différences majeures avec le précédent, bien qu'il en confirma les conclusions. *« Or, il y a lieu de considérer que la réponse, fondée ou non, de l'EFSA à de telles objections de fond constitue un élément essentiel de la motivation desdites décisions, qui emporte une modification de la substance de l'acte et de son contenu décisionnel »*⁹. Le Tribunal fait un choix de politique jurisprudentielle important qui, malgré ses qualités, paraît à la fois hors sujet et fuyant. Hors sujet, car les États membres ne se prononcent pas vraiment sur l'autorisation ou non des OGM en fonction des données scientifiques¹⁰. Aussi, une différence d'appréciation des risques sanitaires, d'autant plus quand la conclusion de l'EFSA demeure inchangée, n'aurait certainement pas conduit à une modification du choix des États membres. Secondement, en ce faisant, le Tribunal évite de traiter une question tout aussi essentielle. Les procédures régissant la production d'avis scientifiques par l'EFSA sont-elles suffisantes pour assurer leur impartialité et leur qualité (§§21-24) ?

§ 18. Le respect du principe de diligence

Le juge de l'Union n'a pas seulement cherché à faire respecter pleinement les procédures de mise sur le marché, et, les logiques propres qu'elles recouvrent. Il les a aussi renforcées, en assurant le respect du principe de diligence. Pour continuer sur le fondement de l'exemple précédent, il semble que la Commission n'aurait pas pu éviter une annulation en adoptant directement les décisions, sans demander un nouvel avis à l'EFSA sur les incohérences qui lui ont été communiquées. Plusieurs situations doivent être distinguées.

Dans la première, l'incohérence ou l'insuffisance des preuves scientifiques est imputable à une entreprise qui souhaite placer sur le marché un produit. Dans ce cas, la Commission peut retenir les hypothèses de risque les plus élevées parmi celles présentées, sans avoir à demander un avis scientifique ou à autoriser l'entreprise à préciser les informations fournies¹¹. L'entreprise ne pourra

⁷ *Idem*, pt. 84

⁸ *Idem*, pt. 85

⁹ *Idem*, pt. 95

¹⁰ Ainsi que l'écrit la Commission : « Les questions soulevées par les États membres qui se sont opposés aux autorisations ne sont généralement pas fondées sur des considérations scientifiques, mais sont révélatrices de préoccupations nationales qui ne portent pas uniquement sur les aspects liés à l'innocuité des OGM pour la santé ou l'environnement. » Communication de la Commission européenne, « Réexamen du processus décisionnel relatif aux organismes génétiquement modifiés (OGM) », COM (2015) 176 final, Bruxelles, le 22 avril 2015

¹¹ Tribunal, 20 septembre 2019, *ICL-IP Terneuzen, BV et ICL Europe Coöperatief UA c. Commission européenne*, T-610/17, pt. 83 : « En effet, eu égard au principe de précaution mentionné à l'article 1er, paragraphe 3, seconde phrase, du règlement no 1907/2006, en présence de données incohérentes concernant la quantité de la substance candidate en cause, il ne saurait être reproché à la Commission d'avoir utilisé les données figurant au point 3.5 du dossier d'enregistrement, qui concernaient les différentes utilisations du nPB et indiquaient une quantité plus élevée de ladite substance relevant du domaine de l'autorisation. »

pas s'appuyer sur le principe de bonne administration, dont fait partie le principe de diligence, pour remédier à ses propres inconséquences¹². De même, si l'entreprise a cherché à préciser les informations fournies, par des lettres adressées à la Commission, alors que le délai pour fournir un dossier complet est échu, ces informations ne pourront pas avoir le même poids que celles présentées dans le dossier remis à temps. La logique des procédures permettant la mise sur le marché de produits susceptibles de présenter un danger, et en particulier du règlement 1907/2006¹³, est d'obliger les fabricants et les importateurs à produire des données sur les substances qu'ils fabriquent ou importent. La charge de la preuve pèse donc sur ceux-ci¹⁴. Les autorités compétentes adoptent ensuite leur décision sur le fondement de ce dossier, tel qu'évalué par les agences compétentes de l'UE. L'importance de ce dossier est donc primordiale¹⁵. Le Tribunal note clairement, concernant le règlement 1907/2006, que « *c'est donc uniquement dans des circonstances exceptionnelles qu'il pourrait être envisagé que, à la suite d'une soumission d'informations postérieure à la consultation publique, la Commission soit obligée de s'écarter des données indiquées par un déclarant dans le dossier d'enregistrement* »¹⁶. Cette interprétation, non seulement s'accorde avec le règlement, mais est la seule qui garantisse que les entreprises n'abusent pas des procédures — en particulier quand le produit est déjà sur le marché, sans bénéficier d'une autorisation ou sans être enregistré. Il serait facile, pour les entreprises, de financer constamment de nouveaux projets de recherche mettant en doute les informations sur lesquelles se fonde la Commission pour l'empêcher d'adopter une décision.

Dans la deuxième situation, la Commission impose une restriction, soit dans le cadre d'une demande d'autorisation de mise sur le marché d'un produit, soit en réévaluant de son propre chef un tel produit, ou sans que le produit soit soumis à une telle procédure, en se fondant sur des informations qui n'ont pas été produites par l'entreprise. Une incohérence est alors imputable à la Commission et une restriction peut être annulée pour violation du principe de diligence. Par exemple, interdire le cadmium eu égard au risque qu'il fait peser sur l'homme et l'environnement, en se fondant principalement sur une étude qui concerne le PVC est difficilement justifiable, car cette étude n'apporte aucune information concernant la stabilité des pigments de cadmium sur les autres plastiques¹⁷. La capacité de résistance à la lumière et aux intempéries dépend notamment du médium dans lequel le pigment de cadmium est utilisé¹⁸. Dans une troisième situation, la Commission se fonde sur les informations fournies ou non par l'entreprise, mais commet une erreur de raisonnement, par exemple en retenant un niveau non réaliste de solubilité d'une substance ou de l'un de ses composants¹⁹.

Enfin, la quatrième situation est fondée sur l'autorisation d'un produit ou sa non classification comme dangereux, alors que la Commission ne dispose pas des informations nécessaires pour écarter l'existence de risques réels ou non maîtrisables. Par exemple, en 2003, la Commission avait autorisé comme herbicide le paraquat, une substance active. La Suède a attaqué cette décision. Premièrement, le Tribunal accueille le grief tiré d'une violation de la procédure, en ce que certaines études sur lesquelles la Commission s'est fondée n'ont pas été évaluées par l'État membre chargé de produire une évaluation scientifique du produit et par le comité scientifique compétent²⁰. Le respect, par la Commission, des procédures prévues doit lui permettre d'exercer sa

¹² Dans un autre contexte, l'Avocat général Gulman écrit : « le devoir de sollicitude de l'administration et le principe de bonne administration ne sauraient être invoqués par des candidats aux fins d'obtenir le droit de remédier à une erreur commise en liaison avec la production de pièces justificatives. » Conclusions sous CJCE, 31 mars 1992, *Jean-Louis Burban c. Parlement européen*, C-255/90 P, pt. 3. La Cour déclare le principe non applicable quand l'erreur est due au fonctionnaire, *idem*, pt. 24

¹³ Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH)

¹⁴ Tribunal, 20 septembre 2019, *ICL-IP Terneuzen, BV et ICL Europe Coöperatief UA c. Commission européenne*, T-610/17, pt. 88

¹⁵ *Idem*, pts. 76-82, 87

¹⁶ *Idem*, pt. 113

¹⁷ Tribunal, 14 novembre 2013, *International Cadmium Association*, aff. T-456/11, pt. 60

¹⁸ *Idem*, pt. 70-72 ; voir aussi Tribunal, 16 septembre 2013, *Animal Trading Company*, aff. T-333/10, pts. 90-92 ;

¹⁹ Tribunal, 7 octobre 2015, *Bilbaina de Alquitranes*, aff. T-689/13, pts. 30-34 ; CJUE, 22 novembre 2017, *Commission c. Bilbaina de Alquitranes e.a.*, C-691/15 P, pt. 54

²⁰ Tribunal, 11 juillet 2007, *Royaume de Suède c. Commission*, aff. T-229/04, pts. 123-125

marge d'appréciation de façon pleinement informée. Secondement, les informations, dont la Commission était en possession, permettaient de douter de l'innocuité du paraquat pour les opérateurs chargés de son application. Pourtant, la Commission n'a interdit que l'application avec des pulvérisateurs à dos et des appareils tenus à la main dans les jardins amateurs. En revanche, cette restriction n'affecte pas sa diffusion sur les terres agricoles, sans que cette différence soit justifiée. Non seulement l'innocuité n'a pas été démontrée, mais en outre les mesures prises pour limiter les risques que fait peser le produit ne sont manifestement pas suffisantes eu égard à la probabilité desdits risques²¹. Le Tribunal aboutit à la même conclusion concernant les risques d'effets nocifs sur la santé des lièvres et des embryons d'oiseaux²².

La quatrième situation contient une différence importante avec la première. A partir d'un exemple tiré de l'application du règlement 1907/2006, il a été exposé qu'une entreprise ne pouvait reprocher à la Commission de ne pas avoir diligenté une enquête, alors que le dossier qu'elle a fourni est incohérent, avant de procéder à une restriction du produit. La situation inverse n'est pas vraie. Toujours sur le fondement de ce même règlement, mais en appliquant un principe valant plus généralement²³, le Tribunal estime que « *son rôle [à la Commission] n'est pas celui d'un arbitre, dont la compétence se limiterait à trancher uniquement au vu des renseignements et des éléments de preuve fournis par les acteurs impliqués dans la procédure d'autorisation* »²⁴. La Commission a donc l'obligation, en particulier grâce aux agences spécialisées qui la conseille, de vérifier si aucun risque potentiel n'a été ignoré par l'entreprise demandant l'autorisation d'un produit.

§§19-20

2. Une approche imparfaite²⁵

α. Une approche fuyante

§ 21. Le contournement par la procédure

La Cour a parfois semblé contrôler la procédure afin de ne pas affronter les véritables problèmes. Par exemple, dans l'affaire concernant la pomme de terre Amflora, la Cour a annulé l'autorisation de mise sur le marché accordée par la Commission, au motif qu'elle n'avait pas respecté la procédure comitologie (§17). Le plein respect de la procédure, et des garanties en termes d'objectivité et de contrôle politique que celle-ci est censée garantir, pouvait apparaître comme une manière indirecte d'assurer le respect du droit à un environnement sain. Cependant, en ce faisant, la Cour ne répond pas à un second problème qui peut sembler tout aussi, voire davantage, important. La Hongrie, à la suite d'ONG et du gouvernement danois, soulignait certaines défaillances de l'avis rendu par l'EFSA. Le Tribunal aurait pu étudier ces défaillances, soit en se substituant quasiment au scientifique (§22), soit en déployant là aussi le prisme procédural de sa jurisprudence. Il aurait pu imposer, par exemple, un renforcement des règles qui encadrent la production d'avis scientifiques.

Le gène marqueur de l'OGM en question appartient à la catégorie des gènes marqueurs de résistance aux antibiotiques (gènes MRA). Ceux-ci exercent leur fonction par le biais de la résistance à l'antibiotique délivré. Le gène en cause, nptII, en particulier, exprime une résistance aux antibiotiques néomycine, kanamycine et généticine, qui appartiennent à la famille des aminoglycosides. Il est, parmi les gènes MRA le plus utilisé dans la sélection des plantes génétiquement modifiées. La résistance aux antibiotiques désigne la perte d'efficacité de certains

²¹ *Idem*, sp. pt. 186

²² *Idem*, pts. 236-242

²³ Cela est confirmé, en particulier, car le Tribunal cite un arrêt renvoyant à une procédure antidumping. L'exemple n'est pourtant pas des plus précis, ni des plus riches en information par rapport aux procédures de mise sur le marché et d'étiquetage des produits dangereux. Il est en outre cité un second arrêt (concernant le droit de la concurrence), dont la jurisprudence a été renversée ensuite par la Cour !

²⁴ Tribunal, 7 mars 2019, *Royaume de Suède c. Commission*, aff. T-837/16, pt. 64

²⁵ *Pour un énième rappel* : la critique porte sur la stratégie globale de la Cour, non sur la qualité de ses arrêts, pris un à un.

antibiotiques sur les micro-organismes qu'ils devraient tuer. Ce phénomène naturel devient un problème de santé publique dès lors que les antibiotiques sont utilisés à très fortes doses. Progressivement, certaines maladies ne peuvent plus être soignées par les antibiotiques traditionnellement prescrits. En l'absence d'antibiotiques de rechange, pour lesquelles aucune résistance ne s'est encore développée, ou d'autres formes de traitement, la maladie devient incurable. Dans le cas échéant, la situation sanitaire, en ce qui concerne ces maladies, équivaut à celle antérieure à la découverte des antibiotiques. Pour que le gène marqueur présente un tel risque, il faut que son ADN ne se dégrade pas totalement dans les terrains sur lesquels les semences ou pommes de terre sont plantées, afin que la résistance antibiotique puisse migrer sur certaines bactéries. Elle doit enfin être intégrée dans le génome de la bactérie afin de lui donner sa résistance. Il a été défendu que, outre l'incertitude sur la possibilité de cette migration et de cette intégration, que le rôle joué par un tel gène marqueur est très faible par rapport à celui joué par la médecine humaine²⁶, voire par les élevages d'animaux nourris aux antibiotiques²⁷.

Le 2 avril 2004, le groupe scientifique de l'EFSA sur les OGM a émis un avis, établissant une typologie des gènes MRA en trois catégories. La catégorie I contenait les gènes MRA les moins dangereux, étant largement répandus et conférant une résistance à des antibiotiques qui n'ont pas de pertinence thérapeutique ou seulement une pertinence thérapeutique mineure en médecine humaine et vétérinaire. Le gène *nptII* en cause, et la résistance aux aminoglycosides à laquelle il pourrait conduire²⁸, a été classé au sein de cette catégorie I. Le 7 décembre 2005, le même groupe scientifique a émis deux avis concernant respectivement la mise en culture et l'alimentation humaine, concluant à l'improbabilité d'effets préjudiciables dus à la mise sur le marché de la pomme de terre Amflora. Le 25 janvier 2007, la Commission a demandé à l'Agence européenne des médicaments (EMA) de confirmer l'avis du 2 avril 2004 de l'EFSA, caractérisant les aminoglycosides d'antibiotiques ayant une pertinence thérapeutique nulle ou mineure. Elle soulève le fait que l'OMS qualifiait ces derniers d'antibiotiques d'importance critique ou élevée. Entre février et mars 2007, l'EMA a contesté l'appréciation de l'EFSA, et, cette dernière a reconnu son erreur. Néanmoins, en se fondant notamment sur la probabilité extrêmement faible de transfert horizontal du gène *nptII* des plantes aux bactéries, elle a confirmé les conclusions de ses avis de 2004 et 2005. En 2008, une ONG et le gouvernement danois ont excipé que l'EFSA, tout en ayant reconnu son erreur, n'en a pas tiré les conséquences logiques quant à l'exclusion du gène *nptII* de la catégorie I et à son reclassement au sein des catégories II ou III. Néanmoins, le gouvernement danois estimait que l'OGM en cause ne posait aucun risque. C'est alors que la Commission, ainsi qu'étudié ci-dessus, a demandé un nouvel avis à l'EFSA, afin d'« éviter toute ambiguïté ». En 2009, cette dernière a confirmé son premier avis initial, tout en caractérisant expressément l'antibiotique en cause d'importance thérapeutique élevée, voire critique. Malgré les incertitudes existantes, l'état actuel des connaissances indiquait que les effets préjudiciables pour la santé humaine et l'environnement étaient improbables. A cet avis rendu par la majorité des membres était attaché deux avis minoritaires, concluant qu'il n'était pas possible d'évaluer les effets préjudiciables pour la

²⁶ Cet argument était invoqué, par exemple, par un ancien employé de Novartis, voir Philippe B. Gay et Stephen H. Gillespie, « Antibiotic resistance markers in genetically modified plants: a risk to human health? », *Lancet Infect Dis* 2005, pp. 637–646

²⁷ Sur l'interdiction de cette pratique, voir TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA*, aff. T-13/99

²⁸ Sur cette question spécifiquement, voir S. Garneau-Tsodikova et K. J. Labby, « Mechanisms of Resistance to Aminoglycoside Antibiotics: Overview and Perspectives », *Medchemcomm* 2016, vol. 7, n°1, pp. 11–27

santé humaine et pour l'environnement d'un transfert éventuel²⁹. La majorité note que ces avis minoritaires ont été largement pris en compte par l'ensemble des membres.

Il n'est pas question de discuter ici la conclusion finale de l'EFSA, estimant qu'en l'état des connaissances, un transfert horizontal de la résistance aux antibiotiques est improbable. Plus problématique apparaît, en revanche, l'erreur initiale de l'agence. L'importance de l'antibiotique en cause avait été soulignée bien avant 2004³⁰. La Cour aurait donc pu utiliser cette occasion afin de mieux encadrer l'EFSA et son fonctionnement interne³¹. Cela aurait été un choix audacieux de politique jurisprudentielle, cohérent avec la stratégie procédurale que la Cour semble avoir adoptée. Cependant, il semble que cette stratégie aussi, bien que marquée par un certain activisme, soit aussi entravée par la déférence et la prudence du juge. Pour le dire autrement, il semble qu'une première approche procédurale (§17) permet d'éviter à la Cour de s'engager dans une seconde approche procédurale, plus activiste et plus audacieuse, consistant à définir davantage de règles encadrant les institutions participant à la production des avis scientifiques. Cette prudence de la Cour n'est pas nécessairement justifiée. Premièrement, cette seconde approche procédurale ne consiste que dans une amplification de la première. Elle garde la même nature que celle-ci en ce qu'elle n'heurte pas de façon frontale le politique. Secondement, en refusant d'amplifier sa stratégie procédurale, la Cour semble se placer face à une impasse (§22).

§ 22. *Une tâche impossible à tenir*³²

Le refus d'un approfondissement de l'approche procédurale (§21 et 23) est néanmoins critiquable, que ce soit en ce qui concerne une réelle mise en œuvre du droit à un environnement sain ou d'un simple point de vue juridique. En l'absence de suffisamment de règles procédurales permettant au juge de se reposer sur celles-ci afin d'assurer la légalité d'un acte fondé sur des données scientifiques complexes, il est obligé d'évaluer lui-même ces données scientifiques. La critique qui suit, adressée à la Cour, vaut aussi pour nous-mêmes. N'étant pas scientifique, il n'est pas question d'évaluer si le juge s'est matériellement trompé, dans une espèce donnée. Il est cependant possible de relever, premièrement, que le juge n'étant pas un scientifique, cette constatation suffit à jeter, *prima facie*, un doute sur la qualité de ses appréciations. Il peut, dans certains cas, être assez simple de relever les incohérences des avis scientifiques donnés à la Commission³³. Cependant, rien ne permet d'assurer que ce soit aussi le cas dans des affaires plus complexes. Le contrôle de la légalité ne peut être soumis à la chance, mais doit disposer d'un caractère suffisamment systématique. Il pourrait être estimé que cette difficulté trouve une solution dans la limitation du contrôle du juge à l'erreur manifeste d'appréciation³⁴. Dès lors que ce ne serait que les erreurs grossières qui seraient interdites, le juge disposerait systématiquement de la capacité de les saisir. Cependant, cette solution est insatisfaisante. Premièrement, il n'est pas sûr que le juge

²⁹ EFSA, GMO and BIOHAZ Units, « Statement of EFSA on the consolidated presentation of opinions on the use of antibiotic resistance genes as marker genes in genetically modified plants », *The EFSA Journal*, 2009, Appendice D, annex I : Minority Opinion expressed by Dr. Ivar Vågsholm : « • The transfer of antibiotic resistance markers genes from GM plants to bacteria, appear to be either not occurring, or occurring below the detection limits or at very low levels (10⁻⁹ probability of a transfer per exposure) as outlined in Table 1. • However, given the magnitude and multitude of exposures from the foreseen use of GM plants with antibiotic resistance marker genes for food and feed purposes; it appears that the cumulative probability of transfer could range from unlikely to high. • To be able to determine whether the risk is high, low or unlikely, one needs to be able to estimate probabilities of antibiotic gene transfer from GM plants to bacteria. These probabilities are below the detection limits for the studies reported. • At the global level adverse effects on public health and environment resulting from this possible transfer cannot be assessed. » Minority Opinion expressed by Dr. Christophe Nguyen-Thé : « • The current state of knowledge, notwithstanding the uncertainties highlighted in the present Opinion, indicates that the transfer of antibiotic resistance genes from GM plants to bacteria is unlikely. • Should such transfer occur, any adverse effects on human health and the environment, cannot yet be assessed, but it would be imprudent to regard resistance to any antibiotic as being of little or no relevance to human health. »

³⁰ J. Davies et P. Courvalin, « Mechanisms of resistance to aminoglycosides », *The American Journal of Medicine*, vol. 62, n° 6, 1977, pp. 868-872 ; M.-P. Mingeot-Lecleq, Y. Glupczynski et P. M. Tulkens, « Aminoglycosides: Activity and Resistance », *Antimicrobial Agents and Chemotherapy*, 1999, pp. 727-737

³¹ Pour rappel, les avis sont rendus par des scientifiques qui ne sont pas payés. Ils ont donc nécessairement un emploi rémunérateur, souvent auprès d'entreprises privées (§24).

³² Ce paragraphe se compose davantage de remarques que d'un raisonnement argumenté. Elles font partie d'un travail en cours. Je présente donc mes excuses pour leur aspect, un peu, arbitraire.

³³ Par exemple, récemment, concernant l'avis du comité d'analyse socio-économique de l'ECHA, voir Tribunal, 7 mars 2019, *Royaume de Suède c. Commission*, aff. T-837/16, pt. 93

³⁴ TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA*, aff. T-13/99, pt. 166

se limite véritablement au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Son contrôle apparaît relativement intensif. Certains commentateurs ont ainsi critiqué une « *Court as a 'Super-Expert'* »³⁵. Ensuite, l'évidence pour le juge n'est pas celle du scientifique. Rien ne justifie de préférer l'évidence de l'un et non de l'autre dans des sujets aussi complexes.

Cependant, cette première série de critiques n'est pas, en tant que telle, pertinente. Le juge, au contraire de la Commission, est un arbitre. A moins de considérer l'ensemble des données scientifiques comme des formalités substantielles dont le respect est d'ordre public, le juge doit trancher une affaire au regard des informations et des griefs qui lui sont amenés. Dès lors, il appartient aux parties de démontrer que la base factuelle d'une décision est scientifiquement suffisante ou insuffisante, et, d'en convaincre le juge. Elles doivent donc faire un effort de simplification et d'explication. En tant que tel, il y a donc un moindre risque que le juge aboutisse à une décision inconsidérée, même s'il n'est pas lui-même un scientifique. Dans ce cadre, critiquer la Cour « *for having been too lenient, potentially allowing for cherry-picking 'convenient' science* »³⁶ relève, en principe, d'une question différente. Elle ne concerne pas la manière dont on apprécie la qualité de la science, mais le niveau de preuve suffisant pour mettre en œuvre le principe de précaution.

La véritable critique semble donc être différente. En premier lieu, cette politique jurisprudentielle suppose que le juge ait suffisamment confiance dans la Commission, les agences de l'UE, les États membres et les ONG ou associations de défense de l'environnement, pour lui apporter les informations nécessaires à la défense de l'intérêt général. Pourtant, le discrédit a été jeté sur les trois premiers acteurs, pris collectivement, lors de la ré-autorisation du glyphosate. De même, les ONG et les associations ne peuvent pleinement suffire à remplir cette fonction. Non seulement l'accès au juge est extrêmement compliqué, mais leurs moyens financiers sont moins importants que ceux des entreprises privées. Le jeu institué est donc, par nature, inégal.

En second lieu, l'interprétation choisie par le juge s'intègre mal au développement de la société et des institutions. Depuis le début des années 2000, l'Union a institué un certain nombre d'agences afin, d'un côté, de répondre à la crise de légitimité dont souffraient ses décisions scientifiques. La « *crise de la vache folle* » apparaît comme un déclencheur de ce tournant. Cependant, celui-ci s'intègre aussi, d'un autre côté, dans une réflexion plus large sur la gouvernance européenne³⁷. Les agences devaient assurer la qualité, l'objectivité et la neutralité scientifiques des informations sur lesquelles se fondaient les décisions des institutions de l'UE. Supposer que le juge de l'Union puisse les contrôler peut apparaître, en partie, gênant. Elle remet en cause le principe même sur lequel repose ces agences, c'est-à-dire la neutralité et l'expertise. Il est nécessaire de contrôler les règles procédurales qui régissent ces institutions, telles que le respect des procédures de nomination ou d'adoption des avis. En revanche, le contrôle matériel sur les avis scientifiques pourrait certainement disparaître (pour autant que la procédure soit suffisante à encadrer leur production). Un tel choix jurisprudentiel serait conforme à l'objectif ayant conduit à la création des agences.

En troisième lieu, un renforcement procédural de l'encadrement des agences pourrait permettre de transférer et de réaliser pleinement la présomption susmentionnée. Un contrôle efficace du juge suppose des parties prêtes à défendre l'intérêt général de l'UE. Les ONG et associations semblent participer à un jeu inégal devant la Cour. Au contraire, un renforcement de leur participation dans la production des avis scientifiques pourrait leur permettre de réaliser

³⁵ E. Vos, « The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity », in : M. Dawson et B. de Witte (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Elgar Publishing, 2013, pp. 142-166, sp. p. 157-160 ; voir aussi M. B. A. van Asselt et E. Vos, « The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox », *Journal of Risk Research*, vol. 9, n° 4, 2006, pp. 313-336

³⁶ *Idem*, p. 157

³⁷ Voir les recherches préparatoires au livre blanc de 2000 sur la nouvelle gouvernance européenne, publiées dans O. de Schutter, N. Lebessis et J. Paterson (éd.), *Governance in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, 2001

pleinement leurs fonctions. En se satisfaisant de l'approche procédurale actuelle, sans l'approfondir, la Cour semble cacher les véritables alternatives qui s'offrent à elle et les véritables difficultés qu'elle doit affronter.

β. Une approche inaccomplie

§ 23. Un activisme limité

La procédure d'autorisation du glyphosate continue d'entacher la légitimité des institutions de l'UE. Un certain nombre d'articles, publiés tant par des scientifiques et des juristes, sont revenus sur cet événement, pour critiquer la manière dont la procédure a été conduite³⁸. Parmi ces critiques, certaines ont reçu une attention particulière de la Cour. Premièrement, les effets cumulés n'ont pas été évalués. Deuxièmement, une importance prépondérante a été accordée aux études fournies par l'industrie. Troisièmement, les entreprises peuvent limiter la publication du dossier d'autorisation. L'interprétation du règlement 1107/2009 retenue par la Cour est à saluer. Elle retient premièrement que les effets cumulatifs doivent être pris en compte (§8). Elle rappelle ensuite que « *cette évaluation doit être, en particulier, indépendante et objective, celles-ci sont tenues impérativement de prendre en compte les éléments pertinents autres que les essais, les analyses et les études produits par le demandeur qui contrediraient ces derniers* »³⁹ et que « *dans cette perspective, il incombe aux autorités compétentes, en particulier, de tenir compte des données scientifiques disponibles les plus fiables ainsi que des résultats les plus récents de la recherche internationale et de ne pas donner dans tous les cas un poids prépondérant aux études fournies par le demandeur* »⁴⁰. Elle souligne aussi que le principe n'est pas la confidentialité des études soumises par les entreprises, mais leur publicité⁴¹. Enfin, elle achève son arrêt par une dernière interprétation allant à l'encontre de la pratique constante adoptée par la Commission pour l'approbation d'une substance⁴², en soulignant qu'« *il ne saurait être conclu que le règlement n° 1107/2009 dispense le demandeur de fournir des tests de carcinogénicité et de toxicité à long terme portant sur le produit phytopharmaceutique visé par une demande d'autorisation* »⁴³.

D'autres parties de l'arrêt sont plus difficiles à interpréter. La Cour semble estimer que le règlement 1107/2009 suffit à assurer que les entreprises ne puissent pas soumettre « des essais, des études et des analyses partiels »⁴⁴. L'article 8, §1, du règlement oblige à ce que le dossier récapitulatif comprenne les résumés et les résultats des essais et des études ainsi que le nom de leur propriétaire et de la personne qui a effectué les essais et les études. Mais cela ne permet pas d'assurer que le requérant ne dévoile qu'une partie des études dont il dispose ou qu'il a demandé à un laboratoire de réaliser⁴⁵. La Cour semble, en outre, estimer que les essais produits par les entreprises seraient de qualité, en ce « *qu'ils ont été réalisés par une institution fiable [des*

³⁸ Pour citer deux importants articles : C. J. Portier *e.a.*, « Differences in the carcinogenic evaluation of glyphosate between the International Agency for Research on Cancer (IARC) and the European Food Safety Authority (EFSA) », *J Epidemiol Community Health*, August 2016, vol. 70, n° 8, pp. 741-745 ; C. Robinson *e.a.*, « Achieving a High Level of Protection from Pesticides in Europe: Problems with the Current Risk Assessment Procedure and Solutions », *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2020, pp. 450-480

³⁹ CJUE, grande chambre, 1er octobre 2019, *Mathieu Blaise*, aff. C-616/17, pt. 93

⁴⁰ *Idem*, pt. 94

⁴¹ *Idem*, pts. 101-109 ; voir Tribunal, 7 mars 2019, *Hautala e.a. c. EFSA*, aff. T-329/17. Le principe de publicité est en outre renforcé grâce au Règlement 2019/1381 du 20 juin 2019 relatif à la transparence et à la pérennité de l'évaluation des risques de l'Union dans la chaîne alimentaire, et modifiant les règlements (CE) no 178/2002, (CE) no 1829/2003, (CE) no 1831/2003, (CE) no 2065/2003, (CE) no 1935/2004, (CE) no 1331/2008, (CE) no 1107/2009, (UE) 2015/2283 et la directive 2001/18/CE

⁴² C. Robinson *e.a.*, « Achieving a High Level of Protection from Pesticides in Europe: Problems with the Current Risk Assessment Procedure and Solutions », *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2020, pp. 450-480, p. 466 : « Member States do not require such tests, even when evidence on long-term toxicity cannot be ruled out. This ruling has the potential to ensure better compliance with the objectives of the pesticides regulation. It could result in many pesticide formulations being banned because they have not been tested in long-term studies. If such testing is carried out as a result of the new ruling, any adverse effects might be especially difficult to deny due to the generally more toxic effects of formulations. »

⁴³ CJUE, grande chambre, 1er octobre 2019, *Mathieu Blaise*, aff. C-616/17, pt. 113

⁴⁴ *Idem*, pt. 81

⁴⁵ Par exemple St. Foucart, « Les “Monsanto Papers”, à la base de la controverse sur le glyphosate », *Le Monde*, 11 août 2018. https://www.lemonde.fr/planete/article/2018/08/11/les-monsanto-papers-a-la-base-de-la-controverse-sur-le-glyphosate_5341505_3244.html (consulté 29 octobre 2020)

laboratoires privés] sur la base de méthodes conformes aux principes scientifiques admis »⁴⁶. Elle semble viser les bonnes pratiques des laboratoires (GLP). S'il n'est pas question de nier systématiquement la qualité des essais produits par les entreprises, il semble néanmoins difficile d'établir un rapport de nécessité entre le respect des GLP et la qualité des études. Un des meilleurs gages de crédibilité demeure l'évaluation par les pairs, à laquelle ces essais ne sont pas soumis⁴⁷.

Par cette interprétation, la Cour participe à assurer un niveau plus élevé, voire élevé, de protection de la santé et de l'environnement. Néanmoins, il est possible d'interroger la stratégie de la Cour. La question préjudicielle qui lui était renvoyée portait sur la légalité du règlement 1107/2009. En l'interprétant conformément au principe de précaution, la Cour assure sa légalité. Elle incite ainsi l'EFSA et la Commission à respecter cette interprétation afin de ne pas risquer de voir la légalité de leurs avis ou décisions remise en cause devant le juge. Cependant, une autre stratégie aurait pu être possible, supposant un activisme plus déterminé de la Cour. Elle aurait pu, premièrement, déclarer le règlement illégal, pour autant que certains amendements ne lui sont pas apportés et reporter dans le temps l'annulation du règlement afin de donner le temps au législateur de le modifier. Secondement, elle aurait pu imposer davantage de règles procédurales encadrant la production d'avis scientifiques. En ne faisant pas ce choix, elle ne permet pas de garantir de façon systématique la légalité. Celle-ci est peut-être garantie devant la Cour, mais rien n'assure que toutes les affaires lui soient portées. Il est donc quasiment possible d'écarter l'application du droit. Afin de dépasser cette défaillance, il faudrait que le droit puisse systématiquement être appliqué, sans que la Cour n'ait à intervenir au cas par cas. En effet, il est extrêmement difficile d'accéder au prétoire de la Cour pour mettre en cause une autorisation de mise sur le marché pour toute personne extérieure au cercle extrêmement réduit des Etats membres et des institutions, d'une part, et, des entreprises qui ont introduit la demande pour la substance spécifique en cause, d'autre part (§22).

Il apparaît ainsi peu étonnant que la prolongation de maintien sur le marché du glyphosate n'ait pas été attaquée. Le règlement mettant en œuvre la convention d'Aarhus en droit de l'Union devait permettre de surpasser cette difficulté, en permettant à des ONG de demander un réexamen interne de certains actes administratifs⁴⁸. Si l'institution compétente ne leur apporte pas une réponse qu'ils estiment satisfaisante, ils peuvent attaquer cette dernière devant le juge. Cependant, la Cour, le 3 septembre 2020, dans un arrêt rendu sans conclusions de l'Avocat général, a rappelé qu'une demande d'examen interne ne peut pas porter sur un acte de portée générale, mais seulement sur un acte administratif de portée individuelle, tel que l'autorisation de mise sur le marché d'une substance active. Elle a ensuite constaté que la prolongation de l'approbation du glyphosate, décidée en application de l'article 17 du règlement n° 1107/2009, était un acte de portée générale. Une ONG ne peut donc pas demander un réexamen interne à la Commission⁴⁹.

Il ne saurait être reproché à la Cour le fait qu'elle souhaite respecter le droit et ne pas se substituer au législateur. Cependant, il ne saurait pas non plus raisonnable de penser qu'elle puisse seule assurer le respect systématique de la légalité — et en particulier du droit à un environnement sain. Son refus d'approfondir son approche procédurale semble donc une erreur stratégique. Il semble corrélativement possible de dénier une complète validité à l'axiome sur lequel semble se fonder la Cour (§§14 et 17) énonçant que les règles établissant les procédures de mise sur le marché d'un produit sont l'expression concrète du principe de précaution. En effet, rien n'assure que ces règles soient parfaitement respectées — à moins de vider de son sens ce principe et supposer qu'il

⁴⁶ CJUE, grande chambre, 1er octobre 2019, *Mathieu Blaise*, aff. C-616/17, pt. 91

⁴⁷ Sur une étude spécifique sur cette question, au-delà des articles déjà cités, voir J. P. Myers *e.a.*, « Why Public Health Agencies Cannot Depend on Good Laboratory Practices as a Criterion for Selecting Data: The Case of Bisphenol A », *Environmental Health Perspectives*, vol. 117, n° 3, 2009, pp. 309-315

⁴⁸ Article 10 du règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement

⁴⁹ CJUE, 3 septembre 2020, *Mellifera eV, Vereinigung für wesensgemäße Bienenhaltung c. Commission*, aff. C-784/18 P ; voir aussi sur la difficulté d'introduire un recours contre le glyphosate: CJUE, 28 octobre 2020, *Associazione Nazionale GranoSalus*, aff. C-313/19 P

se réalise complètement dès lors qu'est demandé à une entreprise de produire un dossier d'autorisation, quelle que soit la qualité de ce dernier.

§ 24. *De la nécessité d'assurer un renforcement des institutions scientifiques*

Étudier les défaillances des règles procédurales conduisant à la production des avis scientifiques dans l'Union est un travail qui sort des limites du présent propos. Il convient donc seulement de se limiter à rappeler que les scientifiques, membres des groupes de travail de l'EFSA, ne sont pas payés⁵⁰. Ils ont (ou ont eu) donc un travail rémunérateur, souvent dans le privé, au côté de cette fonction. Cette situation peut porter à réflexion, les mêmes entreprises financent donc, de façon directe ou indirecte, aussi bien les personnes chargées de défendre leur dossier (appartenant officiellement à une entreprise), les personnes chargées d'évaluer scientifiquement leur dossier (membres de l'EFSA) et les données scientifiques (en mandatant des laboratoires).

Ensuite, ainsi que le note clairement le Tribunal, les agences sanitaires et environnementales ne disposent que de piètres moyens par rapport à d'autres politiques de l'UE, telles que le droit de la concurrence : « *Toutefois, il y a lieu de noter à nouveau que la requérante n'indique pas la méthode qui pourrait convenir le mieux pour pallier le risque qu'un demandeur d'autorisation cache des informations pertinentes qui ne sont connues que de lui seul. D'une part, ni la Commission ni les comités de l'ECHA visés à l'article 64, paragraphe 1, du règlement no 1907/2006 [la situation est identique en ce qui concerne l'EFSA et le règlement 1107/2009] n'ont de pouvoirs similaires à ceux d'une autorité de la concurrence, voire du ministère public d'un État membre, qui permettraient de vérifier l'exactitude des faits par le truchement de mesures coercitives comme des mesures de perquisition et de saisie* »⁵¹.

Quelle que soit l'orientation politique choisie, cette situation ne peut apparaître qu'étrange. Même s'il peut être possible de juger positivement la liberté d'entreprise et la capacité de puissantes entreprises de développer continuellement de nouveaux produits, ainsi que d'apprécier la fonction qu'occupe progressivement celles-ci, au détriment de l'Etat, dans le domaine de la santé publique et de la protection de l'environnement (pour ne citer que deux domaines), les entreprises ne peuvent demeurer libres de tout contrôle effectif. *A minima*, il semble nécessaire d'admettre qu'il faudrait, premièrement, un niveau de surveillance des substances actives, au moins égal à ce qui existe en droit de la concurrence. Deuxièmement, que la réalisation des essais portant sur les risques que fait courir une substance soit réalisée sous le contrôle des autorités publiques. Troisièmement, que les agences de l'Union jouissent d'une véritable indépendance. Cette réforme, *a minima*, apparaît étrangement comme un simple rappel de la logique développée dans le manifeste ordo-libéral de 1936 — à l'origine de la politique de la concurrence actuelle dans l'Union. Celui-ci appelait à constituer le droit et l'économie comme des forces ordonnatrices (« *gestaltende Mächte* »). La constitution économique (« *Wirtschaftsverfassung* »), développée à partir de la connaissance objective de la science économique, doit précéder l'activité des acteurs économiques. Le droit doit encadrer le jeu de ces agents sur le marché⁵². Cette conclusion ne souhaite pas nier que l'Union a développé une des réglementations les plus protectrices de la santé et de l'environnement⁵³. Cependant, cela importe peu, dès lors qu'une véritable protection du droit à un environnement sain n'est pas assurée.

⁵⁰ Sur l'EFSA, voir S. Gabbi, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare : Genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, A. Giuffrè, 2009 et A. Alemanno et S. Gabbi (dir.), *Foundations of EU Food Law and Policy: Ten Years of the European Food Safety Authority*, Ashgate Publishing, 2014 ; sur des travaux critiques, voir, par exemple, N. Holland e.a., *Conflicts on the menu : A decade of industry influence at the European Food Safety Authority (EFSA)*, Corporate Europe Observatory et Earth Open Source, 2012

⁵¹ Tribunal, 4 avril 2019, *ClientEarth c. Commission*, aff. T-108/17, pt. 268

⁵² F. Böhm, W. Eucken et H. Großmann-Doerth, « *Unsere Aufgabe* », In : *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937, W. Kohlhammer, pp. 7-21

⁵³ Par ex. concernant spécifiquement le règlement 1907/2006, voir O. Filipec, *REACH beyond borders — Europeanization towards global regulation*, Springer, 2017

Le droit à un environnement sain en droit de l'UE

La Cour semble avoir adopté une stratégie procédurale déterminée. Celle-ci peut contribuer à garantir le respect du droit à un environnement sain. Cependant, cette garantie n'apparaît pas systématique. En outre, cette stratégie procédurale semble inachevée. Une dernière stratégie, herméneutique cette fois, illustre en revanche une certaine constance de la Cour à assurer le respect du droit à un environnement sain. Elle interprète le droit dérivé de façon à donner, à la protection de l'environnement, la plus grande amplitude possible.

B. LES LIMITES JURIDIQUES DE L'APPROCHE HERMÉNEUTIQUE

L'approche herméneutique permet de renforcer la protection du droit à un environnement sain. Elle apparaît comme une déclinaison de l'approche procédurale, car elle porte essentiellement sur l'interprétation d'instruments procéduraux (1). Elle permet de soumettre davantage de produits ou de substances à une obligation d'autorisation de mise sur le marché, ou, concerne les règles procédurales d'accès au juge national. Cependant, une interprétation protectrice de l'environnement s'accomplit souvent au détriment d'un raisonnement juridique incontestable. La Cour semble construire cette ligne jurisprudentielle sur les marges, voire en marge du droit⁵⁴. En outre, cette stratégie ne semble pas garantir une application systématique du droit à un environnement sain (2). D'une part, la stratégie herméneutique est parfois limitée par les exceptions que le législateur prévoit (voir aussi §7) et, d'autre part, la Cour semble parfois oublier dans son raisonnement le droit à un environnement sain (voir aussi §9).

1. Une simple déclinaison de l'approche procédurale

α. Une extension du champ ratione materiae des cadres procéduraux

§ 25. Un activisme respectueux du pouvoir discrétionnaire du politique

Dans un arrêt *Confédération paysanne*, rendu par la grande chambre, sous conclusions contraires de l'Avocat général Bobek, la Cour a estimé que relèvent du champ d'application de la directive 2001/18 concernant la dissémination d'OGM dans l'environnement, les organismes obtenus au moyen de techniques/méthodes de mutagenèse. Ceux-ci étaient, antérieurement à cet arrêt, soumis à aucune autorisation de mise sur le marché. Cette conclusion, protectrice de l'environnement, peut paraître contestable, dès lors que ces derniers étaient expressément exclus du champ de la directive, et que les méthodes de transgénèse et de mutagenèse sont bien deux techniques distinctes. Les « OGM » désignent traditionnellement les produits issus de la technique de transgénèse. Ces dernières impliquent l'introduction d'un ADN étranger dans un génome, alors que les méthodes de mutagenèse impliquent une altération du génome sans l'introduction d'un tel ADN étranger. Cet arrêt permet de confirmer l'existence de l'avant dernière partie de la stratégie de. La Cour.

La Cour cherche à donner la plus grande amplitude possible au champ *ratione materiae* des règlements qui encadrent la mise sur le marché de produits dangereux, ce qui peut la conduire à y soumettre des produits qui n'en relevaient pas nécessairement. La Cour s'éloigne de la première partie de sa stratégie, énonçant que le droit à un environnement sain ne permet pas de déroger aux règles applicables, en raison de la déférence accordée au politique (§§13-16). Ces deux parties de la stratégie du juge ne semblent pas contradictoires, en ce que la situation sous étude dans ce paragraphe et les suivants n'est pas constituée par un affrontement direct du juge à l'encontre du

⁵⁴ Pour un nouveau rappel, je ne souhaite pas ici juger au fond la qualité des arrêts de la Cour. Ce qui m'intéresse est la stratégie globale suivie par la Cour. Aussi, si je m'attache dans ce qui suit au raisonnement de la Cour, j'entends par « contestable » seulement le fait que la conclusion obtenue n'est pas *nécessaire*, en ce que d'autres conclusions étaient aussi possibles. Cela ne présume en rien du caractère justifié ou non d'un arrêt. Pour le dire autrement, dans une telle perspective, un arrêt peut être contestable et justifié.

politique. La Cour se permet seulement de soumettre à un processus d'autorisation ou de notification des produits qui y échappaient auparavant. Elle oblige le politique à faire un choix sur l'autorisation ou les restrictions auxquelles doivent être soumis de tels produits. Cela implique un coût financier pour les entreprises qui doivent déposer un dossier et un coût politique pour les institutions qui ne peuvent se dérober à l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Cependant, la Cour n'affronte pas directement le politique, en ce qu'elle ne lui interdit pas, ni ne l'oblige à autoriser tel ou tel produit spécifique. Dans l'arrêt *Confédération paysanne*, de 2018, le volontarisme de la Cour est d'autant plus important que le domaine concerné relevait d'une compétence partagée et, dès lors que le législateur de l'Union n'avait pas décidé de l'harmoniser, les États membres demeuraient compétents pour ce faire — ce qu'aucun ne semble avoir fait⁵⁵.

La stratégie à l'œuvre dans cet arrêt n'est pas isolée. Par exemple, une importante controverse entourait l'interprétation de la notion d'« article », telle qu'utilisée dans le règlement 1907/2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques. La Cour a jugé, à l'encontre de l'interprétation soutenue par la plupart des États membres et l'ECHA, que les articles utilisés au cours d'un processus de fabrication ne perdent pas, de ce fait, leur qualité d'article. Dès lors, il appartient aux entreprises de déterminer si une substance extrêmement préoccupante est présente dans une concentration supérieure à 0,1 % masse/masse de tout article, c'est-à-dire qu'en ce qui concerne un produit composé de plusieurs articles, de déterminer pour chaque article si une telle substance est présente dans une concentration supérieure à 0,1 % masse/masse de cet article⁵⁶. La Cour a ainsi largement accru les obligations qui s'imposent aux entreprises.

Un autre exemple est fourni par l'ancienne directive 98/8/CE qui concernait la mise sur le marché des produits biocides. La Cour a jugé que la notion de « produits biocides » recouvrait des produits qui ne détruisent pas directement des organismes *nuisibles*, tels que les algues d'une piscine, dès lors qu'ils s'intègrent à « une chaîne de causalité dont l'objectif est de produire un effet inhibiteur à l'égard desdits organismes. » Cette définition permet de couvrir un produit destiné, grâce à une réaction chimique, à regrouper les algues à la surface de l'eau, afin que celles-ci puissent être ensuite éliminées par une action mécanique et physique. Bien que cette interprétation soit très certainement justifiée, il n'en demeure pas moins que la Cour fasse une interprétation large de la directive en cause. Car, ainsi qu'elle le note, « [...] il est vrai que l'action chimique de la substance active en cause au principal ne combat pas directement les algues [...]. » Elle poursuit néanmoins la même phrase, en relevant qu'« [...] il n'en demeure pas moins vrai qu'elle contribue à leur élimination de l'eau »⁵⁷.

§ 26. Une interprétation contestable

L'interprétation de la Cour, bien qu'heureuse en ses finalités et pour partie justifiée, peut parfois aussi apparaître pour partie *contestable*⁵⁸. Les textes de l'Union présentent parfois des silences éloquentes, fruits d'accords introuvables entre les États membres ou expressions de la décision politique de repousser à plus tard des choix pourtant nécessaires. Dans ces deux cas, à moins que le politique intervienne suffisamment tôt pour répondre à ses propres défaillances, la Cour demeure seule compétente pour y répondre. Dans un tel contexte, l'interprétation de la Cour est donc condamnée à être pour partie insatisfaisante, en ce qu'elle heurte le silence du législateur et fait un choix entre plusieurs options valables. Cependant, il n'est pas sûr que l'arrêt *Confédération*

⁵⁵ Pour un commentateur estimant que dans un tel cas, il ne faut pas craindre que le risque ne soit soumis à aucune réglementation, voir H. Somsen, « Scientists Edit Genes, Courts Edit Directives. Is the Court of Justice Fighting Uncertain Scientific Risk with Certain Constitutional Risk ? », *European Journal of Risk Regulation*, 2018, pp. 701-718, pp. 711 et 713

⁵⁶ CJUE, 10 septembre 2015, *Fédération des entreprises du commerce et de la distribution*, aff. C-106/14

⁵⁷ CJUE, 1er mars 2012, *Söll GmbH*, aff. C-420/10, pt. 29

⁵⁸ Pour un nouveau rappel, je ne souhaite pas ici juger au fond la qualité des arrêts de la Cour. Voir note du chapeau sous II.B.

paysanne illustre une telle situation. La Cour semble plutôt adopter une interprétation quasiment *contra legem*.

Le premier moment de l'interprétation de la Cour, concernant la définition des termes utilisés par la directive, apparaît évident et acceptable. La Cour commence en constatant que « l'article 2, point 2, de la directive 2001/18 définit un OGM comme étant un organisme, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle »⁵⁹. Elle peut donc logiquement en conclure que les mutations provoquées par les techniques/méthodes de mutagenèse « constituent des modifications apportées au matériel génétique d'un organisme, au sens de l'article 2, point 2, de cette directive⁶⁰ [...] d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement, au sens de ladite disposition »⁶¹. Cette appréciation n'est pas remise en cause par l'article 2, point 2, sous a), qui précise que la modification génétique utilise une des techniques énumérées à l'annexe I A, première partie, de cette directive. Or, si cette annexe « ne vise pas explicitement les techniques/méthodes de mutagenèse, cette circonstance n'est pas de nature à exclure [...] [qu'elles] relèvent de la définition d'OGM [...] »⁶². D'une part, cette liste n'est pas exhaustive⁶³. Enfin, le « législateur de l'Union européenne n'a pas inclus la mutagenèse dans la liste exhaustive des techniques n'entraînant pas de modification génétique visées à l'article 2, point 2, sous b), de la directive 2001/18, lu conjointement avec la deuxième partie de l'annexe I A de celle-ci »⁶⁴. Ce premier moment du raisonnement du juge, d'un point de vue juridique, n'appelle aucune critique.

Cependant, la suite du raisonnement apparaît davantage critiquable. L'article 3 participe à la définition du champ d'application matériel de la directive. Il pose deux exemptions, la première étant « la présente directive ne s'applique pas aux organismes obtenus par les techniques de modification génétique énumérées à l'annexe I B ». Cette annexe exclut expressément les techniques de mutagenèse, à condition qu'elles n'impliquent pas l'utilisation de molécules d'acide nucléique recombinant ou d'OGM⁶⁵. La Cour constate, premièrement, que les exceptions sont d'interprétation stricte et qu'une disposition s'interprète aussi au regard de son contexte et des objectifs de la réglementation dont elle fait partie⁶⁶. Ensuite, elle neutralise le caractère expresse de cette exception, afin de laisser une plus grande amplitude à son interprétation. Sans justifier davantage, elle écrit qu'« il convient de relever que celui-ci [le législateur], en se référant, de manière générale, à la mutagenèse, ne fournit pas, à lui seul, d'indication déterminante quant aux types de techniques/méthodes que le législateur de l'Union a entendu précisément exclure du champ d'application de ladite directive »⁶⁷. Cet argument est des plus contestables. En premier lieu, la Cour n'essaye pas de le justifier. En deuxième lieu, il heurte la logique juridique. Le réel n'est pas un critère de validité du droit — il en est seulement un critère d'application. Le droit institue un ordre de relations factices. Pour autant que le juge respecte la logique propre à cet ordre, il importe peu que celui-ci ne corresponde pas complètement, voire pas du tout du tout, au réel⁶⁸. Il importe ainsi peu que les techniques de mutagenèse aient fortement évolué depuis l'adoption de la directive, et, que le législateur n'ait donc pas pu savoir, lors de son adoption, qu'il serait possible d'obtenir grâce à elles le même résultat qu'avec les techniques de transgénèse, à savoir une mutation permettant d'obtenir un produit qui ne résistera qu'à certains herbicides. La logique juridique se

⁵⁹ CJUE, grande chambre, 25 juillet 2018, *Confédération paysanne*, aff. C-528/16, pt. 27

⁶⁰ *Idem*, pt. 28

⁶¹ *Idem*, pt. 29

⁶² *Idem*, pt. 34

⁶³ *Idem*, pt. 35

⁶⁴ *Idem*, pt. 36

⁶⁵ « Les techniques/méthodes de modification génétique produisant des organismes à exclure du champ d'application de la présente directive, à condition qu'elles n'impliquent pas l'utilisation de molécules d'acide nucléique recombinant ou d'OGM autres que ceux qui sont issus d'une ou plusieurs des techniques/méthodes énumérées ci-après, sont: 1) la mutagenèse; [...] »

⁶⁶ *Idem*, pts. 41 et 42

⁶⁷ *Idem*, pt. 43

⁶⁸ Sur cette question, voir les belles études de droit romain réunies dans de Y. Thomas, *Les opérations du droit*, Seuil, 2011

satisfait de la seule possibilité de pouvoir isoler un certain nombre d'objets à partir des critères fournis par la définition d'une notion. Les méthodes de mutagenèse impliquent que le génome soit modifié, sans qu'un ADN étranger soit introduit à l'intérieur de lui⁶⁹ et ⁷⁰. La Cour aurait dû s'en satisfaire et la suite du raisonnement n'aurait donc pas dû avoir lieu.

La suite du raisonnement de la Cour repose sur deux prémisses. Premièrement, elle va accorder une telle importance à un considérant, que celui-ci va en pratique définir le champ d'application de la directive⁷¹. Par cette opération de substitution, l'interprétation obtenue sur le fondement de ce considérant pourra être automatiquement transposée pour l'interprétation de l'article 3. Pourtant, entre les deux, seul cet article était doté d'une force juridique. Secondement, bien que le considérant en cause ne mentionne pas expressément le principe de précaution⁷², elle semble implicitement considérer que celui-ci est l'expression de ce dernier.

La Cour commence par affirmer que l'annexe I B doit être interprétée à la lumière du considérant 17 de la directive. Celui-ci énonce que « *la présente directive ne devrait pas s'appliquer aux organismes obtenus au moyen de certaines techniques de modification génétique qui ont été traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps* ». *A contrario*, il semble donc falloir supposer qu'une technique représentant un risque doit être couverte par cette directive. Les OGM obtenus par transgénèse sont donc couverts par cette directive précisément parce qu'ils présentent un tel risque. La Cour continue en relevant que « *les risques liés à l'emploi de ces techniques/méthodes nouvelles de mutagenèse pourraient s'avérer similaires à ceux résultant de la production et de la diffusion d'OGM par voie de transgénèse* »⁷³. En conséquence, il apparaît nécessaire de conclure que l'article 3, paragraphe 1, de la directive « *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* »⁷⁴. Il est facile de voir que la

⁶⁹ L'argument de la Cour est tout aussi critiquable que celui de chercheurs employés par Bayer. Ces derniers souhaitent aussi ignorer la logique juridique et reproche à la Cour de se fonder sur la manière dont les produits sont élaborés et non sur leur résultat. En effet, un produit soumis à une méthode de mutagenèse, en tant que tel, peut être très difficile à distinguer d'un produit qui n'a pas été soumis à une telle procédure. En effet, ces méthodes sont devenues tellement précises qu'elles peuvent apparaître identiques aux mutations génétiques qui se produisent naturellement. Pourtant, encore une fois, la logique juridique n'est pas nécessairement liée à la réalité. Elle répond à une logique factice. Les employés de Bayer : B. Wanner *e.a.*, « Case C-528/16 [...] », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, vol. 14, n° 2, pp. 90-92, p. 91. Sur la difficulté de distinguer les mutations obtenues par une méthode de mutagenèse, voir H. Emons *e.a.*, « Challenges for the detection of genetically modified food or feed originating from genome editing », European Commission, Joint Research Centre, Luxembourg, 2018

⁷⁰ Implicitement, la logique du raisonnement développé par la Cour contient déjà le résultat auquel elle souhaite arriver. Les méthodes de mutagenèse, traditionnellement utilisées et connues par le législateur quand celui-ci a adopté la directive en cause, seront bien exclues du champ d'application de cette dernière. Elle échappe à la logique juridique pour se fonder sur une logique factuelle. Sur la distinction entre les méthodes de mutagenèse, voir H. Emons *e.a.*, *note précédente*, p. 3 ; voir aussi, un article (très technique) défendant que certaines méthodes de mutagenèse, même récentes, pourraient ne pas être soumises à la directive, tout en se conformant à l'arrêt de la CJUE, J. A. Vives-Vallés et C. Collonnier, « The Judgment of the CJEU of 25 July 2018 on Mutagenesis: Interpretation and Interim Legislative Proposal », *Front. Plant Sci.* vol. 10, 2020, article n°1813

⁷¹ Alors que qu'un considérant n'a aucune force juridique.

⁷² Celui-ci sera mentionné après, mais seulement pour confirmer la conclusion à laquelle est arrivée la CJUE. Voir pt. 50

⁷³ *Idem*, pt. 48

⁷⁴ *Idem*, pt. 51. Elle essaye ensuite de se reposer sur une prétendue volonté du législateur : « En effet, une telle interprétation conduirait à méconnaître l'intention du législateur de l'Union, reflétée au considérant 17 de cette directive, de n'exclure de son champ d'application que des organismes obtenus au moyen de techniques/méthodes qui ont été traditionnellement utilisées pour diverses applications et dont la sécurité est avérée depuis longtemps. »

Cour fait véritablement œuvre créatrice. Ainsi qu'il a été souligné, d'une part, le texte était clair et, d'autre part, un considérant n'a pas à se substituer aux dispositions d'une norme de droit dérivé⁷⁵.

β. Une ouverture du prétoire

§ 27. Le renforcement du droit d'accès au juge national

Il convient d'abord de noter que la stratégie de la Cour d'ouvrir le prétoire du juge national aux associations de défense de l'environnement est soutenue par des textes adoptés par le législateur de l'Union. Elle s'inscrit dans un mouvement préexistant et n'heurte donc pas directement le pouvoir politique. Le législateur de l'Union a ainsi adhéré à la Convention d'Aarhus, portant sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Cette Convention a été transposée par un ensemble d'actes en droit de l'Union⁷⁶.

§ 28. Une interprétation contestable

L'arrêt *Lesoochranárske zoskupenie* de 2016, rendu sous conclusions contraires de l'Avocate générale Kokott, apparaît *contestable*⁷⁷. Néanmoins, ainsi qu'a permis de le montrer l'étude de cas du paragraphe précédent, la Cour semble soutenue dans cette interprétation par la volonté politique des États membres d'ouvrir le prétoire du juge national aux associations de défense de l'environnement. L'association LZ a souhaité participer à une procédure administrative concernant l'autorisation d'un projet devant se réaliser sur une zone protégée en vertu de différentes directives de l'Union. Elle faisait, en outre, valoir des éléments qui excluaient l'octroi de cette autorisation, sur le fondement de plusieurs instruments, dont la directive 92/43/CEE, dit « habitats ». Le 23 avril 2009, l'autorité administrative en cause a rejeté la demande de LZ de se voir reconnaître le statut de « partie à la procédure ». Il lui était en revanche possible de bénéficier de la qualité de « personne intéressée ». Cette distinction donnait lieu à une première question juridique, à laquelle la Cour ne répond pas directement, mais dont la réponse découlait manifestement de la jurisprudence⁷⁸. La faiblesse des droits procéduraux accordés était contraire à la directive 92/43/CEE. La seconde concernait le recours juridictionnel dirigé contre ce refus. Les dispositions slovaques de procédure civile prévoyaient que, postérieurement à la clôture définitive, au fond, d'une procédure administrative, il n'y avait plus lieu de procéder à un contrôle judiciaire autonome de la décision refusant la qualité de partie à la procédure. En outre, cet examen ne devait pas nécessairement être effectué pendant le déroulement de la procédure d'autorisation.

La Cour note premièrement que la simple qualité de « personne intéressée » ne permet de faire un recours tendant à contester la légalité de la décision d'autorisation d'un projet, ni à contester juridiquement l'étude des incidences sur l'environnement de ce projet⁷⁹. Elle accorde en outre un rôle moins actif, ne permettant pas à l'association de développer de manière aussi pertinente ses arguments que si elle était une « partie à la procédure »⁸⁰. Au regard de l'insuffisance de ce statut pour remplir les exigences du droit environnemental de l'Union, l'existence d'un

⁷⁵ Les conséquences de cet arrêt ne sont pas importantes ici. Elles imposent au législateur d'adapter la directive afin, soit d'exclure, soit d'inclure expressément certaines méthodes de mutagenèse. De même, il n'est pas intéressant ici d'étudier la suite de l'arrêt qui exclut certaines méthodes de mutagenèse du champ de la directive (voir note ci-dessus).

⁷⁶ Par ex. Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil

⁷⁷ Voir la note du chapeau sous le II.B.

⁷⁸ CJUE, grande chambre, 8 novembre 2016, *Lesoochranárske zoskupenie*, aff. C-243/15, pt. 59-61, elle donne une réponse concernant l'impossibilité d'attaquer l'autorisation du projet sans ce droit.

⁷⁹ *Idem*, pts. 41 et 61

⁸⁰ *Idem*, pt. 69

contrôle juridictionnel effectif de la décision refusant d'accorder ce statut s'impose. La Cour relève qu'en l'espèce, le droit procédural slovaque « *ne permet pas de garantir à une organisation telle que LZ une protection juridictionnelle effective des différentes prérogatives inhérentes au droit de participation du public, au sens de l'article 6 de la convention d'Aarhus [...]* »⁸¹. Par conséquent, de façon un peu performative, elle conclut ensuite qu'il viole les dispositions du droit de l'Union qui mettent en œuvre cet article⁸².

Cette décision est triplement contestable. La Cour ne justifie pas sa conclusion. Elle développe longuement l'interprétation des règles applicables, mais ne procède pas véritablement à leur application aux faits en cause. En principe, cela serait acceptable si la Cour s'en tenait seulement à un rôle d'interprétation du droit de l'UE. Mais le cas échéant, elle ne pouvait conclure aussi clairement que le droit de l'Union s'oppose aux règles procédurales nationales en cause. Elle aurait dû renvoyer au juge national le soin de tirer cette conclusion. Deuxièmement, et corrélativement, la Cour vise une première violation dans le dispositif de sa décision : la décision « *peut être définitivement clôturée avant qu'une décision juridictionnelle définitive sur la qualité de partie ne soit prise.* » Cependant, elle ne traite pas expressément de ce problème juridique spécifique dans ses motifs. Il n'apparaît que dans la question préjudicielle, dans une conclusion intermédiaire⁸³ et dans le dispositif. Doit-on en déduire que la Cour impose qu'une voie de référé soit ouverte à l'encontre des décisions restreignant le droit de participer à une procédure administrative concernant l'environnement ? La réponse demeure dans le silence.

Le troisième point critiquable concerne le second motif justifiant la réponse de la Cour, à savoir que le recours « *est automatiquement rejeté dès l'instant où ce projet est autorisé* ». Pourtant, ainsi que le mentionne encore une fois le dispositif de la décision, mais que ne le discutent pas les motifs, LZ pouvait « *introduire un recours d'un autre type afin d'obtenir cette qualité et de soumettre à un contrôle juridictionnel le respect par les autorités nationales compétentes de leurs obligations découlant* » de la directive. En tant que tel, rien ne justifie cette décision si claire de la Cour, alors qu'elle n'étudie pas l'efficacité de ce « second recours » qui était à la disposition de LZ. Ce recours ne peut être introduit qu'après la clôture de la procédure administrative, par une personne qui n'était pas partie à la procédure, mais qui aurait dû l'être. Si ces deux conditions sont remplies, la décision administrative doit être notifiée à la requérante et elle peut, par la suite, introduire un recours contre la décision. Cette procédure pouvait donc, *prima facie*, offrir la garantie d'un contrôle efficace du respect, par les autorités administratives, du droit environnemental de l'Union. L'Avocate générale Kokott, avec une plus grande prudence, concluait que « *ce système semble a priori compliqué, mais on ne saurait prétendre sans aucune réserve qu'il n'est pas efficace ou qu'il rendrait excessivement difficile la protection juridictionnelle* »⁸⁴.

En réalité, il semble que la Cour n'ait pas seulement souhaité que les associations slovaques puissent bénéficier d'un recours juridictionnel effectif, mais aussi que celui-ci soit simple. Le droit à un environnement sain garantirait un accès facile au juge, aidant ainsi les associations défendant l'intérêt général dans leur travail. Au regard de la dernière partie de sa stratégie, la Cour semble bien développer une politique activiste visant à garantir le respect du droit à un environnement sain.

2. Une stratégie du « cas par cas »

§29

⁸¹ *Idem*, pt. 68

⁸² *Idem*, pt. 72

⁸³ *Idem*, pt. 68 : « Dans ces conditions, l'interprétation du droit procédural national, contestée [...] ne permet pas de garantir à une organisation telle que LZ une protection juridictionnelle effective [...] »

⁸⁴ Conclusions, *idem*, pt. 103

§ 30. Une interprétation malheureusement non systématique

La Cour peut, parfois, oublier totalement d'intégrer dans son raisonnement les exigences environnementales (voir aussi §9). La grande chambre a eu, en 2011, à répondre à une question renvoyée par une juridiction administrative française concernant l'interprétation de la réglementation de l'Union relative à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques. Des produits issus d'animaux ayant fait l'objet d'un abattage rituel sans étourdissement préalable, conduit conformément au règlement 1099/2009 relatif à la protection des animaux au moment de leur mise à mort, peuvent-ils bénéficier de l'apposition du logo de production biologique de l'Union européenne ? La question pourrait être reformulée plus clairement ainsi : des produits issus d'animaux respectant l'ensemble de la réglementation de l'Union relative à la production biologique peuvent-ils perdre le droit de bénéficier du logo pertinent du seul fait qu'ils aient été soumis à un abattage conforme aux rituels musulmans ? La Cour répond positivement. L'abattage rituel prive le produit du droit de porter ledit logo. Nulle part dans le raisonnement n'est invoqué l'objectif de protection de l'environnement. Ce raisonnement est contestable d'un point de vue juridique et environnemental.

La Cour commence par relever que le considérant 1 du règlement 834/2007, relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques, se caractérise par « l'application de normes élevées en matière de bien-être animal ». Cet objectif est confirmé par le règlement 889/2008 portant modalités d'application de ce premier règlement⁸⁵. En outre, l'article 14, § 1, sous b), viii), du règlement 834/2007, « contribue à concrétiser cet objectif consistant à assurer un niveau élevé de bien-être animal »⁸⁶. Ce petit viii) correspond à l'exigence que « toute souffrance, y compris la mutilation, est réduite au minimum pendant toute la durée de vie de l'animal, y compris lors de l'abattage ». Sur un ensemble de critères qui s'appliquent à la production biologique de produits carnés, la Cour sélectionne certes l'exigence la plus pertinente, mais qui n'exclut néanmoins pas le rituel halal. Il est donc possible d'admettre que l'état actuel de la réglementation biologique de l'Union « se caractérise par l'observation de normes renforcées en matière de bien-être animal »⁸⁷. Cependant, et ainsi que l'admet la Cour⁸⁸, cela ne correspond en rien à l'interdiction d'une pratique connue et pratiquée avec une constance et pour une quantité de produits empêchant le législateur de l'ignorer.

La Cour poursuit son raisonnement en estimant qu'il est nécessaire de lire le règlement relatif à l'agriculture biologique en combinaison avec le règlement 1099/2009 relatif à la protection des animaux au moment de leur mise à mort⁸⁹. Cependant, ce règlement ne concerne pas l'agriculture biologique, mais définit les règles minimales qui doivent être respectées dans tous les États membres pour l'abattage des animaux. Il est constant, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence⁹⁰, que la protection du bien-être animal constitue l'objectif principal poursuivi par le règlement 1099/2009, conformément à l'article 13 TFUE⁹¹. L'étourdissement de l'animal préalablement à sa mise à mort constitue l'obligation de principe aux termes de ce dernier règlement, ainsi que la technique qui porte le moins atteinte au bien-être animal au moment de l'abattage⁹². La Cour poursuit en relevant, ce qui n'est peut-être pas contestable, que même si les méthodes prescrites pour l'abattage rituel sont respectées, elles « n'équivalent pas, en termes de garantie d'un niveau élevé de bien-être de l'animal au moment de sa mise à mort, à la méthode d'abattage avec étourdissement préalable »⁹³.

⁸⁵ CJUE, grande chambre, 26 février 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, aff. C-497/17, pt. 36

⁸⁶ *Idem*, pts. 37 et 40

⁸⁷ *Idem*, pt. 38

⁸⁸ *Idem*, pt. 41

⁸⁹ *Idem*, pt. 42

⁹⁰ Par exemple, concernant aussi l'abattage rituel musulman, CJUE, grande chambre, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, aff. C-426/16

⁹¹ CJUE, grande chambre, 26 février 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, aff. C-497/17, pt. 44

⁹² *Idem*, pt. 47

⁹³ *Idem*, pt. 50

A ce moment du raisonnement, il apparaît difficile de comprendre comment la Cour va réussir à se recentrer sur l'interprétation du règlement concernant l'agriculture biologique. Elle semble déployer deux axes de réflexion qui n'entretiennent, juridiquement, aucun lien. Pour autant que le règlement sur l'agriculture biologique ne renvoie pas au second règlement, il importe peu que ce dernier n'autorise qu'à titre dérogatoire et uniquement afin d'assurer le respect de la liberté de religion la mise à mort sans étourdissement préalable⁹⁴. Un lien pourrait être tissé si le second règlement interdisait ce type d'abattage rituel, mais seulement pour conclure qu'il n'y a donc pas lieu d'interpréter le premier règlement. La Cour effectue cette mise en relation de façon extrêmement brève. « *Il convient encore de relever que le considérant 3 du règlement n° 834/2007 énonce l'objectif de "préserver et justifier la confiance des consommateurs dans les produits étiquetés en tant que produits biologiques"* ». Cette considération est tellement générale qu'elle permet à la Cour de conclure, quasiment arbitrairement, à ce qu'elle souhaite. Elle continue ainsi le même alinéa : « *À cet égard, il est important de veiller à ce que les consommateurs aient l'assurance que les produits porteurs du logo biologique de l'Union européenne ont effectivement été obtenus dans le respect des normes les plus élevées, notamment en matière de bien-être animal* »⁹⁵. Ce raisonnement est peut-être arbitraire, mais il est néanmoins acceptable pour établir un lien entre les deux règlements. En revanche, il est insuffisant pour permettre de conclure définitivement l'ensemble de la réflexion et d'apporter une réponse à la question posée : « *Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée [...]* »⁹⁶.

Cet arrêt est extrêmement fragile. Premièrement, le premier règlement n'interdit pas la pratique de l'abattage rituel halal. Cette pratique était connue du législateur. Eu égard à son importance, ce silence ne pouvait apparaître que comme une autorisation. Cette première critique, prise isolément, n'est néanmoins pas suffisante pour renverser le raisonnement de la Cour. Cependant, il montre que la conclusion inverse était aussi possible. Deuxièmement, le raisonnement de la Cour afin de relier les règlements sur l'agriculture biologique et sur l'abattage des animaux est insuffisant. Il est en outre contestable. La viande halal semble être indiquée en tant que telle, ce qui limite le risque qu'un consommateur soit trompé. La Cour aurait aussi pu obliger, par une interprétation constructive, les produits issus d'animaux abattus sans étourdissement à être indiqués en tant que tels. L'effort interprétatif n'aurait pas été plus grand.

Troisièmement, et de façon plus déterminante pour cette étude, le droit à un environnement sain pouvait exiger une solution différente. En effet, la Cour aurait dû vérifier si la création de produits « halal et bio » ne permettait pas de réorienter une partie des consommateurs de confessions musulmane et juive vers l'agriculture biologique, entraînant une source de financement de plus pour cette dernière. La Cour, pourtant habituée à appliquer un droit économique, perd soudainement tous ses réflexes et adopte une approche dogmatique. Pourtant, il aurait été nécessaire de procéder à une pondération objective de *tous* les intérêts en cause. Ne fallait-il pas limiter l'objectif du bien-être animal afin d'atteindre un niveau de protection des autres intérêts protégés par l'agriculture biologique ? Cette réponse aurait aussi obligé de se demander si la soumission des animaux destinés à être sacrifiés sans étourdissement préalable à la réglementation biologique n'aurait pas accru leur bien-être antérieurement à leur sacrifice. Ces questions, que la Cour aurait dû se poser, ne s'imposaient pas seulement sur le fondement de la logique propre au droit économique, voire de l'analyse économique du droit, mais aussi sur le simple fondement de règles que la Cour a arbitrairement choisi d'ignorer. L'ensemble de son raisonnement est dominé par l'objectif de protection du bien-être animal, tel qu'inscrit dans la clause transversale de l'article 13 TFUE. Pourtant, l'article 13 TFUE n'a pas plus d'importance que l'article 11 TFUE, posant comme objectif transversal du droit de l'Union une protection élevée de l'environnement. En outre, le

⁹⁴ *Idem*, pt. 48

⁹⁵ *Idem*, pt. 51

⁹⁶ *Idem*, pt. 52

Le droit à un environnement sain en droit de l'UE

premier considérant du règlement 834/2007, relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques⁹⁷ donne une importance égale à l'environnement et à l'objectif de protection de l'environnement. Rien ne justifiait donc d'exclure l'environnement. Il apparaît donc possible de conclure que l'application peu systématique du droit à un environnement sain est aussi dû, malheureusement, à la Cour de justice.

James Corne, membre de Notre Affaire à Tous

⁹⁷ « La production biologique est un système global de gestion agricole et de production alimentaire qui allie les meilleures pratiques environnementales, un haut degré de biodiversité, la préservation des ressources naturelles, l'application de normes élevées en matière de bien-être animal et une méthode de production respectant la préférence de certains consommateurs à l'égard de produits obtenus grâce à des substances et à des procédés naturels. »