

LE JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX ARRETES « ANTI-OGM » : DE LA CENSURE A L'OUVERTURE ?

*Jessica Makowiak**

RESUME

À observer de près les décisions des tribunaux administratifs face à la multiplication des arrêtés municipaux « anti-OGM », plusieurs lectures jurisprudentielles sont permises. De prime abord, le juge semble censurer l'autorité municipale dans l'exercice de son pouvoir de police générale en raison de l'existence d'une police spéciale étatique ; mais les motifs sur lesquels se fonde le juge montrent de plus en plus que l'exercice de la police municipale n'est pas tant censuré que conditionné, par la probabilité d'un risque et la proportionnalité des mesures prises. C'est ainsi qu'une deuxième lecture jurisprudentielle peut être avancée, sur le fondement particulier du risque lié à la coexistence des cultures. Cette interprétation a le mérite de s'inscrire dans un contexte communautaire qui pose des questions similaires. Et d'une manière plus fondamentale, la jurisprudence administrative relative aux OGM renouvelle la question de l'ordre public, dans lequel le principe de précaution peut paraître s'immiscer.

En France, ce sont plus de mille maires qui, depuis 2001, font connaître leur opposition en matière de culture de plantes génétiquement modifiées sur le territoire communal ou encore de consommation de produits alimentaires contenant des OGM dans les cantines scolaires. Au-delà de l'aspect médiatique qu'a pu révéler cette contestation, relayée par les actions d'arrachage de plants génétiquement modifiés, on peut déceler aussi une nouvelle forme de manifestation de la puissance publique face à la prévention des risques. Encore faudrait-il d'emblée préciser que le risque n'étant ni connu ni donc certain, c'est une conduite de précaution qu'adoptent en réalité certains élus locaux, sous l'effet de pressions diverses (oppositions

* Maître de conférences en droit public, CRIDEAU-CNRS/INRA, Université de Limoges

locales émanant de la société civile) ou de craintes plus judiciaires et certainement légitimes. C'est en effet sous l'angle de la responsabilité que le problème se pose, manifestation d'une juridicisation déjà bien avérée de nos sociétés. Les élus ne disent pas autre chose lorsqu'ils s'expriment en ces termes : « si les choses tournent mal, on pourra se retourner contre moi. Je ne veux pas laisser faire quelque chose qui ressemble à l'amiante, au nucléaire, à la vache folle »¹. Ou encore : « dans dix ans, on me dira peut-être que je me suis affolé pour rien, ou que je n'en ai pas fait assez. Mais je refuse d'être mis devant le fait accompli »². Témoignages de ce qu'est l'incertitude scientifique, de ce qu'elle implique en termes de décision publique et de responsabilité, et concrétisation manifeste de ce qu'exige la précaution. « S'affoler pour rien » ou, à l'inverse, « n'en avoir pas fait assez ». La précaution, c'est en effet - en l'absence de certitude scientifique sur l'existence d'un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement - prendre des mesures effectives et proportionnées plutôt que d'en retarder l'adoption³. Le principe juridique de précaution a d'ailleurs largement débordé le domaine de l'environnement, pour être étendu aujourd'hui à la santé et à la sécurité alimentaire⁴.

Titulaires depuis 1884 d'un pouvoir de police administrative générale, consacré à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, les maires ont évidemment les moyens juridiques d'agir en matière de maintien de l'ordre public, entendu ici au sens d'ordre « matériel et extérieur »⁵. C'est en effet la notion première d'ordre public qui fonde la spécificité du pouvoir de police administrative. Si l'ordre public comprend classiquement la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique - ce qui permet de fonder théoriquement l'intervention d'un maire pour protéger les populations d'un risque pour la santé en général - cette trilogie traditionnelle est évolutive et non exhaustive. Les textes habilitent l'autorité municipale à assurer le « bon ordre », la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques, mais l'article L. 2212-2 retient une formulation ouverte, en

1 « Les mille maires qui veulent interdire les OGM », Le Monde, 24 janvier 2003, p. 13.

2 *Idem.*

3 Cf. la formulation de l'art. L. 110-1 du Code de l'environnement, actuellement encore en vigueur.

4 Cf. par exemple CE 9 octobre 2002, Union nationale de l'apiculture française, AJDA 2002, p. 1180, concl. F. SENEZ, et CE 31 mars 2004, Union nationale de l'apiculture française et autres, n° 254637.

5 Selon la formule d'HAURIOU pour qui « l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur ».

précisant que la police municipale comprend « notamment » un certain nombre d'objectifs y concourant. Figure d'ailleurs parmi ces objectifs « le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser (...) les pollutions de toute nature ». En outre, il est arrivé au juge d'élargir la notion de bon ordre, en faisant par exemple figurer la sauvegarde de l'esthétique au nombre des buts légaux de la police administrative. Toutefois, et c'est le problème essentiel suscité par la jurisprudence administrative en matière d'OGM, face à la multiplication des polices spéciales dans le domaine de l'environnement, il arrive qu'il y ait concurrence entre l'exercice de la police municipale générale et celui de la police étatique spéciale. En effet, en matière de réglementation des OGM, la compétence a été confiée aux ministres de l'agriculture et de l'environnement, ce qui justifie la possibilité d'une concurrence entre les deux autorités de police.

À observer la jurisprudence des tribunaux administratifs sur la possibilité pour un maire d'interdire les cultures d'organismes génétiquement modifiés sur le territoire communal, une double lecture peut être avancée. Il y a sans doute un refus du juge administratif de reconnaître une compétence en la matière à l'autorité municipale titulaire du pouvoir de police générale, en raison notamment de l'existence d'un pouvoir de police spéciale. Il y a toutefois en filigrane une possibilité d'admettre, sous certaines conditions déjà vérifiées par le juge, un pouvoir d'interdiction par le maire des cultures génétiquement modifiées. Cette seconde hypothèse a le mérite de s'inscrire dans la logique du droit communautaire en matière de coexistence des cultures traditionnelles, biologiques et des cultures OGM, et de renouveler, plus généralement, la question de l'ordre public, dans lequel le principe de précaution semble subrepticement s'immiscer.

I - L'annulation contentieuse des arrêtés municipaux réglementant la culture d'organismes génétiquement modifiés

L'analyse des décisions jurisprudentielles évoquées ici n'est pas exhaustive quant au sujet traité ; il convient de préciser que l'attention s'est portée sur les décisions des tribunaux administratifs,

quand ceux-ci ont dû se prononcer (en référé ou non) sur la légalité des arrêtés municipaux visant à réglementer l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés. Dans la mesure où la plupart de ces décisions ne sont pas publiées, et qu'elles sont très nombreuses, il n'est pas possible d'en rendre compte intégralement. En revanche, elles s'inscrivent dans une même ligne jurisprudentielle, à quelques nuances près dont il faut évidemment rendre compte. Si le juge censure assez systématiquement l'autorité municipale soucieuse d'intervenir en matière d'OGM, les motifs d'annulation des arrêtés municipaux méritent une attention particulière, laissant entrevoir la possibilité d'une jurisprudence plus nuancée. Pour autant, il est constant que le juge administratif rappelle les règles régissant l'exercice de la police administrative générale quand il existe une police spéciale conférée à une autre autorité que le maire. Ainsi les tribunaux administratifs concluent à l'incompétence des maires pour édicter des interdictions en matière d'OGM, sans que soit pour autant exclue la possibilité d'une coexistence / concurrence entre les deux autorités de police.

1) L'existence d'une police spéciale fait *a priori* obstacle à ce que le maire utilise son pouvoir de police administrative pour interdire les OGM.

L'utilisation des OGM, qu'il s'agisse de leur dissémination volontaire dans l'environnement ou de leur mise sur le marché⁶, est strictement réglementée tant au niveau national que communautaire. À l'origine, c'est la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement qui devait s'appliquer à toutes les activités polluantes. Mais depuis cette date, beaucoup d'activités sont soumises à des régimes spéciaux, dont celles liées aux OGM. C'est précisément pour se conformer au droit communautaire que le législateur français va adapter le régime de 1976, notamment par l'adoption de la loi du 13 juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination d'organismes génétiquement modifiés⁷. Phénomène bien connu de l'évolution du droit

⁶ Est exclue la question de leur utilisation confinée, qui n'est pas visée par la jurisprudence commentée ici. L'utilisation confinée est soumise à un régime spécifique d'agrément. Il s'agit de « toute utilisation à des fins d'enseignement, de recherche ou de production industrielle d'organismes génétiquement modifiés présentant des dangers ou inconvénients pour la santé publique ou pour l'environnement (...) », qui est nécessairement réalisée de manière confinée. Cf. art. L. 532-1 à L. 532-6 du Code de l'environnement.

de l'environnement, on assiste alors à l'émergence d'une nouvelle police spéciale, dont l'exercice est confié en priorité au ministre de l'agriculture, parfois en association avec le ministre de l'écologie et du développement durable. C'est le régime classique de l'autorisation administrative préalable qui s'applique, le ministre de l'agriculture étant compétent pour délivrer l'autorisation, la retirer le cas échéant et prescrire les mesures nécessaires à l'exécution de ses décisions. C'est avec une certaine force que les tribunaux administratifs ont rappelé, dans leurs jugements, l'existence d'une police spéciale étatique en matière d'OGM, semblant ainsi barrer la route à une quelconque immixtion de l'autorité municipale dans ce domaine. Si le juge refuse toute compétence au maire pour interdire réglementairement les OGM, c'est à la fois sur le fondement de ses pouvoirs de police spéciale (sans conteste inexistants) mais aussi au titre de ses pouvoirs de police générale (prétendus inutilisables, en tous cas dans certaines décisions). Ainsi pour le tribunal administratif de Grenoble, « il résulte des dispositions (...) du Code de l'environnement que l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés relève d'une police spéciale qui est attribuée aux ministres ; que ces textes n'habilitent pas le maire à intervenir pour interdire l'utilisation de produits contenant des organismes génétiquement modifiés » (TA Grenoble, 28 mai 2003, Préfet de l'Isère, n° 030056)⁸. Cette décision n'est pas surprenante et le juge se contente ici de faire une application littérale des dispositions relative aux OGM⁹.

Il en va autrement s'agissant de l'utilisation des pouvoirs de police administrative générale, et c'est sur ce point que la jurisprudence est plus nuancée et la doctrine relativement divisée. Pour le tribunal administratif de Caen, qui rappelle préalablement

7 Loi n° 92-654 du 13 juillet 1992, JO du 16 juillet 1992, dont les dispositions sont codifiées aux art. L. 125-3 et L. 531-1 et s. du Code de l'environnement.

8 Dans cette affaire, le maire de la commune de Saint Etienne de Crossey avait interdit la culture en plein champ de plantes génétiquement modifiées durant une période de trois ans sur toute la commune ainsi que l'achat et l'utilisation par la cantine scolaire communale et dans toutes les autres restaurations communales d'aliments contenant des OGM pour une même période. Le TA de Grenoble utilise la même formulation dans un jugement du 6 novembre 2003, Préfet de l'Isère, n° 0303571, à propos de l'arrêté du maire de la commune de Pressins interdisant pour une période de trois ans la culture à des fins expérimentales ou commerciales de plantes génétiquement modifiées sur certaines catégories de végétaux.

9 Cf. pour une même interprétation jurisprudentielle, Christel BOILLOT-BURG, Note sous TA Pau, 24 décembre 2003, Préfet du Gers, n° 032130 et CAA Bordeaux, ord. 13 février 2004, Préfet du Gers, n° 04BX00067, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 13, 22 mars 2004, p. 435 et s.

l'ensemble des textes applicables, « il appartient seulement au ministre de l'agriculture de délivrer les autorisations nécessaires aux cultures de plantes contenant des OGM, ou de s'y opposer (...) » (il existe en d'autres termes une police étatique spéciale), et « les autorités municipales, y compris sur le fondement des pouvoirs de police dont l'exercice incombe au maire (...), ne disposent d'aucune compétence pour intervenir en la matière par voie de règlement général »¹⁰. Quant au tribunal administratif de Dijon, le jugement est identique même s'il est plus nuancé, en considérant que « (les) textes organisent des pouvoirs de police spéciale en matière de culture d'OGM et de consommation de denrées comportant des OGM qui relèvent des ministres ; que dans ces conditions, *en l'absence de péril imminent*, les pouvoirs de police générale du maire ne lui donnent pas compétence pour s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale »¹¹. Il y a évidemment une différence fondamentale entre les deux décisions, puisque la deuxième admet *a contrario* qu'en cas de péril imminent, et conformément à la jurisprudence applicable aux ICPE, le maire aurait pu utiliser ses pouvoirs de police générale¹². Cette nuance ne doit pas faire illusion : il ne s'agit là que d'une application (ou extension) de la jurisprudence des installations classées aux activités liées aux OGM ; ce n'est pas encore une reconnaissance explicite de la compétence de l'autorité municipale venant éventuellement compléter, voire concurrencer la compétence étatique spéciale.

Pourtant, le concours entre la police spéciale et la police générale est rarement exclu par les textes, et en conséquence par l'interprétation jurisprudentielle de ces derniers. Ainsi il est rare que seule la police spéciale puisse s'exercer, dans la mesure où les polices spéciales ont pratiquement la même finalité que la police générale (ou une finalité englobant celle de cette dernière)¹³. En effet,

10 TA Caen, 26 février 2002, Préfet de la Région Basse-Normandie, Préfet du Calvados c/ Maire d'Epinay-sur-Odon, n° 01-1878.

11 TA Dijon, 25 novembre 2003, Préfet du département de Saône-et-Loire c/ commune d'Étigny, n° 031466.

12 L'attribution au préfet de la police des installations classées ne fait pas obstacle à ce que le maire édicte des mesures de police générale, en cas de nécessité, et plus exactement de péril imminent. Cf. par ex., TA Versailles, 14 juin 1985, Société de nivellement du Val-d'Oise, CJEG 1986, p. 138, note D. DELPIROU ; CE, 15 janvier 1986, Société Pec-Engineering, Rec. p. 635, AJDA 1986, p. 191 ; obs. L. RICHER, RDP 1987, p. 831.

13 Cf. sur ce point, René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 14ème édition, 2000, p. 706 et s.

ce qui distingue la police générale des polices spéciales, ce n'est pas forcément une différence tenant aux finalités poursuivies. Il ne s'agit là que d'un critère de distinction parmi d'autres. Dans le cas de la police des OGM, le critère de distinction par rapport à la police générale tient davantage aux procédures mises en œuvre ainsi qu'à la détermination d'une autorité compétente spécifique pour exercer ladite police. Le ministre (autorité spéciale) peut en effet, à l'image du préfet pour les installations classées, accorder et retirer des autorisations relatives à l'utilisation des OGM (procédure spéciale). Mais s'agissant de la finalité poursuivie par cette police spéciale, elle ne se distingue guère de la finalité de maintien de l'ordre public poursuivie par la police administrative générale. C'est pourquoi la concurrence entre les deux types de police est possible et admise par le juge. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter, qui ne trouvent pas toutes le même écho dans la jurisprudence relative aux OGM. D'une manière générale, le juge admet qu'en dépit de la détention d'une police spéciale, le maire puisse exercer ses pouvoirs de police générale ; mais cette situation recouvrant des cas où c'est la même autorité qui détient les deux types de police (le maire), il est inutile de s'y attarder¹⁴. Par ailleurs, si la police spéciale a été exercée, il reste possible pour l'autorité de police générale d'édicter des mesures plus rigoureuses, si des raisons particulières le justifient. Ainsi les maires peuvent, selon une jurisprudence bien établie, interdire la projection d'un film ayant obtenu le visa d'exploitation, par les troubles matériels qu'elle est susceptible d'entraîner dans la localité ou lorsque cette projection risque d'être « préjudiciable à l'ordre public » en raison de son caractère immoral et des circonstances locales¹⁵. Cette jurisprudence a d'ailleurs connu certaines extensions dans le domaine de l'environnement, notamment en matière d'exploitation de carrières,

14 Voir par ex. CE, 2 juillet 1997, Bricq, *Rec.* p. 275, où les pouvoirs de police spéciale attribués au maire par le Code de la santé publique ne font pas obstacle à ce qu'il use de son pouvoir de police administrative générale pour réglementer, « dans l'intérêt de la tranquillité publique », l'utilisation en plein air d'engins bruyants, tels que les tondeuses à gazon. On retrouve ici, pour justifier la concurrence entre police spéciale et police générale, l'argument tiré de la similitude des finalités poursuivies. Il faut souligner que la possibilité d'une concurrence entre les deux pouvoirs de police trouve ici application dans une jurisprudence liée à l'environnement, en l'occurrence la lutte contre le bruit.

15 CE Sect., 18 décembre 1959, Société « Les films Lutetia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films, *Rec.* p. 693 ; S., 1960, p. 94, concl. MAYRAS, *AJDA* 1960, p. 21, chronique COMBARNOUS et GALABERT ; *Revue administrative*, 1961, p. 31, note JURET ; J-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Droit administratif, Paris, PUF, Themis, in « La police administrative ».

pourvu que les circonstances locales l'exigent¹⁶. Enfin, il existe une dernière hypothèse où la police générale peut être mise en œuvre pour le maintien de l'ordre public, c'est quand la police spéciale n'a pas été exercée relativement à une situation déterminée. Ainsi l'existence de la police spéciale des installations classées, qui appartient au préfet, n'exclut pas l'édiction de mesures de police générale par les maires en cas de nécessité, et plus exactement de péril grave et imminent¹⁷. Le juge administratif est même allé plus loin en admettant que le préfet, sur le fondement de ses pouvoirs de police administrative générale, puisse réquisitionner temporairement un site pour stocker et éliminer des déchets ménagers, en raison de la paralysie du service public de ramassage et de l'abstention du maire de pourvoir à ladite élimination¹⁸. En l'espèce, le juge a considéré « qu'aucune disposition de la loi du 19 juillet 1976 n'interdisait au préfet de mettre en œuvre (...) les pouvoirs de police que lui confèrent les dispositions (...) de l'article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales » et qu'il ne résulte pas de ces dispositions que « la faculté pour le préfet d'utiliser lesdits pouvoirs soit subordonnée à l'existence d'un péril imminent ou de circonstances exceptionnelles ». Pourtant, l'élimination des déchets ménagers relève clairement de la compétence des communes (article L. 2224-13 du CGCT); mais le juge s'appuie aussi sur l'article 3 de la loi du 15 juillet 1975 qui précise qu'au cas où des déchets sont abandonnés, déposés ou traités contrairement à la loi, l'autorité titulaire du pouvoir de police peut procéder d'office à leur élimination. Or pour la Cour administrative d'appel, « même si le préfet est le principal titulaire des pouvoirs de police en matière d'installations classées et que le maire est chargé (...) d'assurer la salubrité publique (...) », rien n'interdisait au préfet

16 CE Sect., 20 juillet 1971, Sieurs Mehu et autres, *Rec.* p. 567 ; AJDA 1972 note MODERNE p. 251. Pour le juge, « bien que les mesures prises pour protéger les rivages de la mer puissent affecter les conditions d'exploitation de carrières situées à proximité du littoral, l'existence de pouvoirs relevant de la police spéciale des carrières (...) ne fait pas obstacle à ce que le maire use de ses pouvoirs de police générale pour assurer la protection des terres contre les inondations d'origine maritime (...) ».

17 Cf. CE, 22 janvier 1965, Consorts Alix, *Rec.*, p. 44 ; CE, 14 décembre 1981, Commune de Montmorot, D. 1982, I.R. p. 375, obs. F. MODERNE et P. BON ; TA Bordeaux, 7 avril 1983, Mairie de Jau, Dignac, Loirac, CPEN, p. 5585 ; TA Versailles, 14 juin 1985, Société de nivellement du Val-d'Oise, CJEG 1986, p. 138, note D. DELPIROU ; CE, 15 janvier 1986, Société Pec-Engineering, *Rec.* p. 635, AJDA 1986, p. 191, obs. L. RICHER ; RDP 1987, p. 831 ; TA Dijon, 23 novembre 1988, Société DS Industrie, RJE 1991, p. 99 ; TA Amiens, 10 mars 1998, Préfet de l'Aisne c/ commune de Nouvion-le-Comte, RJE 1999, p. 137 ; TA Châlons-en-Champagne, 13 juin 2001, Commune de Somsois, RJE 2-2002, p. 219.

18 CAA Bordeaux, 27 juin 2002, Commune de Manses, RJE 4-2002, p. 661.

d'utiliser ses pouvoirs de police administrative générale, à condition que la mesure soit nécessaire et proportionnée aux nécessités de la salubrité publique. Cette jurisprudence nous semble essentielle concernant l'appréciation du contentieux des arrêtés municipaux interdisant les OGM. La concurrence entre les deux types de police est indéniablement admise (que ces polices soient détenues par deux autorités différentes ou par la même autorité), y compris dans le domaine des polices spéciales de l'environnement : cette concurrence est simplement conditionnée¹⁹.

2) L'exercice de la police municipale en matière d'OGM est en fait subordonnée à l'existence d'un risque et à la proportionnalité de la mesure

Il ne fait pas de doute, à la lecture de certaines décisions récentes des tribunaux administratifs, que le juge reconnaît une compétence au maire pour réglementer l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés. Pour le tribunal administratif de Limoges par exemple, quatre décisions au moins ont été rendues en ce sens. Pour le juge, « si, en application des dispositions combinées des articles L. 533-2 et L. 533-3 du Code de l'environnement (et de son décret d'application), la dissémination volontaire d'OGM est soumise à autorisation préalable du ministre chargé de l'environnement, le maire de la commune de Crozon-sur-Vauvre était compétent pour interdire, au titre de ses pouvoirs de police municipale, la culture de plantes génétiquement modifiées »²⁰. Le 27 mars 2003, soit une semaine plus tard, le juge formule le même considérant à propos d'un arrêté municipal interdisant aussi les essais et la culture de plantes génétiquement modifiées sur le territoire communal²¹. Cette position

¹⁹ Le Professeur Y. JÉGOUZO admet bien que l'existence d'une police spéciale ne fait pas obstacle à ce que le maire utilise son pouvoir de police administrative générale, si les circonstances locales l'exigent ; toutefois l'auteur s'appuie sur la jurisprudence « Commune de Nérès-les-Bains » (CE, 18 avril 1902, *Rec.* p. 275), où n'était pas en cause une police spéciale mais deux pouvoirs de police administrative générale ; en outre, l'auteur semble exclure cette possible concurrence s'agissant des polices spéciales de l'environnement, notamment en ce qui concerne les ICPE et la police de l'eau. Les polices spéciales de l'environnement « ont généralement pour conséquence d'exclure toute mesure de police générale complémentaire qu'elle soit permissive ou restrictive ». Eu égard à la jurisprudence précitée « Communes de Manses », nous adopterons un point de vue plus nuancé. Cf. Note Y. JÉGOUZO sous TA Poitiers, 22 octobre 2002, *Préfet des Deux-Sèvres c/ commune d'Ardin*, AJDA n° 21 du 2 décembre 2002, p. 1352. Cf. aussi l'arrêt Labonne, CE, 8 août 1919, *Rec.* p. 737.

²⁰ TA Limoges, 2ème ch., 20 mars 2003, *Préfet de l'Indre c/ commune de Crozon-sur-Vauvre*, n° 00124.

²¹ TA Limoges, 2ème ch., 27 mars 2003, *Préfet de l'Indre c/ commune de Coings*, n° 011060-011457.

n'est pas démentie en 2004, à propos cette fois de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques. Dans deux décisions du même jour, le tribunal administratif de Limoges rappelle que « le maire est chargé de la police municipale et peut à cet effet prendre des mesures de police plus rigoureuses que la réglementation nationale ; que par suite, si en application des dispositions de l'article 12 du décret du 5 mai 1994 (...), la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques était soumise à autorisation préalable du ministre chargé de l'agriculture, le maire de la commune (...) était, contrairement à ce que soutient le préfet, compétent pour interdire, au titre de ses pouvoirs de police municipale, l'utilisation de ces produits sur le territoire de la commune »²². Dans ces quatre décisions - et nous y reviendrons - le juge annule néanmoins les arrêtés litigieux, après avoir admis la compétence du maire à intervenir.

Il ne s'agit pas d'une jurisprudence isolée ou d'une sorte de particularisme local, même si d'autres tribunaux retiennent une formulation plus nuancée, pour ne pas dire ambiguë. Ainsi le tribunal administratif de Poitiers, dans une ordonnance de référé rendue le 22 octobre 2002, accepte de suspendre un arrêté municipal interdisant la culture en plein champ de toute espèce végétale génétiquement modifiée sur l'ensemble de la commune²³. Mais tout en accordant la suspension, l'argumentation du juge n'est pas si éloignée de celle du tribunal administratif de Limoges. En effet selon le juge, le moyen tiré de ce que l'arrêté du maire « résulterait d'un usage (...) de ses pouvoirs de police disproportionné à ce qui est nécessaire au maintien de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques, paraît, nonobstant le principe de précaution (...) et alors que ladite autorité n'établit l'existence d'aucun danger potentiel clairement identifié (...), propre à créer un doute sérieux quant à la légalité dudit arrêté ». Implicitement donc, ce n'est pas l'utilisation par le maire de son pouvoir de police qui est en cause, mais le contenu de la mesure édictée (visiblement disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, puisqu'elle interdisait toute culture de plantes génétiquement modifiées

22 TA Limoges, 2ème ch., 27 mai 2004, Préfet de l'Indre c/ commune de Saint-Plantaire, n° 03819 ; et TA Limoges, 2ème ch., 27 mai 2004, Préfet de l'Indre c/ commune d'Issoudun, n° 03653.

23 TA Poitiers, Ord. du 22 octobre 2002, Préfet des Deux-Sèvres c/ commune d'Ardin, n° 021677, AJDA 2 décembre 2002, p. 1351, Note JÉGOUZO, p. 1352.

sur l'ensemble du territoire communal et pour une durée d'un an). Le tribunal administratif de Pau, dans une ordonnance de référé du 24 décembre 2003, va encore plus loin dans son argumentation, concernant une demande identique de suspension d'un arrêté municipal « anti-OGM »²⁴. Il ne faut pas se méprendre sur le caractère « novateur » de cette ordonnance, qui ne tient pas à ce que le juge rejette la demande de suspension présentée par le préfet ; en effet, ce sont des raisons de procédure qui conduisent à cette solution, puisque la requête en suspension n'était pas assortie, en l'espèce, d'une copie de la requête au fond. Toutefois, tout en se prononçant sur la forme, le juge des référés estime aussi que la requête en suspension « n'apparaît pas fondée en l'état du dossier, dès lors que la décision attaquée (l'arrêté municipal) est suffisamment motivée, non pas au regard de la loi du 11 juillet 1979 concernant les décisions individuelles, mais en tant qu'acte réglementaire de police, (et dès lors) que le maire de la commune avait compétence pour prendre un tel arrêté, et que l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ici invoquée en faveur des producteurs d'organismes génétiquement modifiés est contrebalancée par la protection de la même liberté en faveur des producteurs en biologie ».

À la lecture de ces différentes décisions, il est clair que le juge reconnaît au maire le pouvoir de réglementer l'utilisation des OGM sur le territoire communal. Il convient dès lors d'expliquer pourquoi les tribunaux ont pour l'instant annulé les arrêtés municipaux litigieux (ou, en référé, prononcé leur suspension). Dans les quatre décisions précitées du tribunal administratif de Limoges, après avoir affirmé la possibilité pour l'autorité municipale de prendre des mesures plus rigoureuses que l'autorité nationale, le juge rappelle que « la légalité d'une mesure instituée dans un but de police est subordonnée à la double condition qu'elle soit justifiée par l'existence de risques particuliers dans les secteurs pour lesquels elle est édictée et qu'elle

²⁴ TA Pau, Ord. du 24 décembre 2003, Préfet du Gers, n° 032130, confirmée par CAA Bordeaux, Ord. du 13 février 2004, Préfet du Gers, n° 04BX00067, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 13, 22 mars 2004, p. 435, Note Christel BOILLOT-BURG, p. 436 et s. Il faut relever que la CAA n'a pas donné suite aux arguments développés par le maire de Mouchan, et n'a donc pas suivi le raisonnement des premiers juges tenant à la validité au fond de l'arrêté ; le juge d'appel se contente de confirmer l'irrecevabilité de la requête en suspension pour non-respect de l'article R. 522-1 du Code de Justice Administrative.

soit adaptée par son contenu à l'objectif de protection pris en compte »²⁵. En conséquence, après avoir énoncé que « toute dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés (était) subordonnée à une autorisation ministérielle préalable après avis de la commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire », le juge estime que la commune ne produit, à l'appui de ses allégations, « aucun élément de nature à démontrer l'existence d'un risque pouvant justifier l'interdiction générale et absolue édictée par le maire (...) » (jugement du 20 mars 2003). Dans cette première affaire, les arguments tirés de « l'inquiétude de certains habitants de la commune », de « l'absence de texte précisant sans ambiguïté qu'il n'existe pas de risque pour la santé humaine » et de « la nécessité de prendre des précautions à titre préventif » ne semblent donc pas avoir convaincu le juge. Le considérant est similaire dans le jugement du 27 mars 2003²⁶, puisque « si la commune de Coings fait état de risques potentiels liés à la culture d'OGM, elle ne produit (...) aucun élément de nature à démontrer l'existence d'un risque avéré de pollution génétique des cultures existantes par des cultures d'OGM sur son territoire ; qu'ainsi la commune ne justifie pas l'interdiction générale et absolue édictée par le maire (...) ». On relèvera l'ambiguïté de ce considérant qui exige de la commune la preuve de l'existence d'un risque « avéré », alors que la commune fait état d'un risque « potentiel », justifiant à lui seul la mise en œuvre du principe de précaution. Le juge se situant quant à lui sur le terrain de la prévention, on assiste sans aucun doute à un « dialogue de sourds ». Son argumentation évolue quelque peu dans la décision du 27 mai 2004, au sujet de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques²⁷. Il rappelle que la décision du maire est « motivée, d'une part par l'existence, sur le territoire de la commune, d'activités apicoles, qui constituent un facteur de pollinisation nécessaire à la fructification des autres cultures (...) et d'autre part par la toxicité pour les abeilles (...) des produits incriminés ; que toutefois, ces circonstances ne sont pas de nature à démontrer l'existence d'une atteinte ou d'un risque d'atteinte à la sécurité, à la tranquillité ou à la salubrité publiques (...) ». On

²⁵ On retrouve exactement le même considérant dans les quatre décisions du TA de Limoges.

²⁶ TA Limoges, 2ème ch., 27 mars 2003, Préfet de l'Indre c/ commune de Coings, n° 011060-011457.

²⁷ TA Limoges, 2ème ch., 27 mai 2004, Préfet de l'Indre c/ commune de Saint-Plantaire, n° 03819.

passé donc, même si la nuance peut paraître subtile, de l'exigence d'un « risque avéré » à l'exigence d'un « risque d'atteinte », manifestation d'un glissement de la prévention à la précaution. Le tribunal administratif de Poitiers fait d'ailleurs explicitement allusion au principe de précaution dans son ordonnance du 22 octobre 2002²⁸, en estimant que l'usage des pouvoirs de police du maire paraît « disproportionné à ce qui est nécessaire au maintien de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques (...) nonobstant le principe de précaution (...) et alors que ladite autorité n'établit l'existence d'aucun danger *potentiel* qui menacerait réellement soit les habitants soit les cultures de la commune (...) ».

Peut-on tirer des conclusions sur ce que devrait être le contenu d'un arrêté municipal réglementant l'utilisation des OGM ? Une esquisse de réponse peut être paradoxalement trouvée dans l'un des jugements du tribunal administratif de Limoges (précité du 27 mars 2003, Préfet de l'Indre c/ commune de Coings). Il suffit pour cela de tirer toutes les conséquences du considérant du juge selon lequel « le maire, pour justifier l'usage de ses pouvoirs de police municipale, ne produit pas d'éléments permettant de déterminer l'importance, l'étendue, la localisation et le type de cultures qui seraient menacées sur le territoire de la commune ; qu'il ne démontre pas que des OGM sont actuellement cultivés sur ce territoire ou qu'une procédure d'autorisation est en cours, qu'enfin il n'apporte pas la preuve d'un risque imminent de pollution génétique ayant son origine sur ce territoire (...) ». De l'ensemble de cette jurisprudence, il est possible de déduire que les arrêtés municipaux, d'une manière générale, n'auraient peut-être pas été annulés si les interdictions édictées avaient été plus restreintes dans le temps et dans l'espace ; aurait ainsi été satisfaite la condition de proportionnalité, classiquement exigée par le juge en matière d'exercice de la police municipale²⁹. Quant à l'exigence d'un risque, on a déjà relevé l'évolution de la terminologie employée par certaines juridictions administratives. Faut-il en déduire, à l'instar du Professeur Yves JÉGOUZO, que « l'irruption du principe de précaution à la fois dans l'appréciation des pouvoirs de police et dans le jeu du

28 TA Poitiers, Ord. du 22 octobre 2002, Préfet des Deux-Sèvres c/ commune d'Ardin, n° 021675, AJDA 2 décembre 2002, p. 1351.

29 CE, 25 janvier 1980, Gadiaga et autres, Rec., p. 44 ; AJDA 1980, chron. ROBINEAU et FEFFER, p. 307.

concours de la police générale avec la police spéciale des OGM paraît devoir être écartée (...) » ?³⁰ Une réponse plus nuancée s'impose, et plusieurs lectures jurisprudentielles sont permises.

II - Au-delà de l'annulation des arrêtés municipaux : quelles lectures jurisprudentielles ?

Toute analyse jurisprudentielle ne saurait être coupée du contexte réglementaire et politique dans lequel elle s'inscrit (évolution en parallèle du droit français et communautaire, adoption d'une charte constitutionnelle de l'environnement). Elle se heurte aussi aux incertitudes de l'évolution du contentieux en la matière, puisqu'il faut rappeler que plus de mille maires ont pris des arrêtés « anti-OGM ». En outre, au-delà des solutions rendues par les tribunaux, au-delà de ce que dit le juge et de ce qu'il ne dit pas, il y a l'importance des motifs qui ont guidé les maires à édicter tel ou tel arrêté, les faits ne devant jamais être occultés au profit de la seule analyse des considérants. Pour l'autorité de police municipale, c'est très souvent l'argument de la coexistence des cultures traditionnelles, biologiques, et génétiquement modifiées qui a guidé l'édiction des arrêtés. Or, cette incertitude scientifique particulière, constitutive d'un risque, trouve un écho certain dans l'évolution actuelle du droit communautaire, et n'a semble-t-il pas laissé le juge français indifférent. Par ailleurs, une telle jurisprudence renouvelle sans aucun doute la question de l'ordre public (spécial, en l'occurrence écologique, et général), que le principe de précaution vient timidement bousculer.

1) Une jurisprudence centrée sur le risque de coexistence des cultures traditionnelles et des cultures génétiquement modifiées

La nature du risque invoqué par la plupart des maires est essentielle. Si le maire se contente d'alléguer l'inquiétude des habitants, l'absence de certitudes sur les risques liés à la culture d'OGM, ou encore l'absence de textes précisant sans ambiguïté qu'il n'y a pas de risque pour la santé humaine, le juge - tout en reconnaissant la légalité de l'exercice d'un pouvoir de police générale

³⁰ In note précitée sous TA Poitiers, Ord. du 22 octobre 2002, Préfet des Deux-Sèvres c/ commune d'Ardin, n° 021677, AJDA 2 décembre 2002, p. 1352.

municipale - semble réticent à l'accueil de tels arguments³¹. En revanche, pour le juge des référés de Pau, « l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (...) invoquée par le préfet en faveur des producteurs d'organismes génétiquement modifiés est contrebalancée par la protection de la même liberté en faveur des producteurs en biologie »³². Ce motif marque incontestablement un tournant, puisqu'il justifie en partie, aux yeux du juge, l'absence de fondement de la demande de suspension du préfet (même si l'on doit rappeler que ce sont des raisons de procédure qui conduisent au rejet de la demande). Enfin, dans l'affaire opposant le préfet de l'Indre au maire de Coings, et tranchée par le tribunal administratif de Limoges le 27 mars 2003³³, il est intéressant de relever le contenu et les justifications de l'arrêté municipal. Le maire avait en effet pris le soin de distinguer les plantations d'OGM en site confiné (autorisées dans les zones agricoles de la commune) et les plantations d'OGM en plein champ (interdites tant que la certitude de l'absence de risque de pollution génétique ne serait pas établie). Or, c'est précisément dans cette affaire que le juge, tout en annulant l'arrêté, indique *a contrario* ce qu'aurait dû préciser la décision municipale, pour que la condition de proportionnalité soit remplie. Ainsi « pour justifier l'usage de ses pouvoirs de police municipale », le maire aurait dû produire des éléments permettant de « déterminer l'importance, l'étendue, la localisation et le type de cultures qui seraient menacées sur le territoire de la commune (et apporter) la preuve d'un risque imminent de pollution génétique ayant son origine sur ce territoire ». Les maires l'ont semble-t-il bien compris, et tirent aujourd'hui toutes les conséquences de cette jurisprudence. Ainsi le 14 juin 2004, le maire de la commune de Wattwiller a pris un arrêté cherchant précisément à « interdire les OGM tout en restant dans le cadre légal »³⁴. C'est un agriculteur biologique qui avait lancé le débat sur la question des essais et des cultures d'OGM dans la commune en cause. Après une consultation locale lancée auprès des apiculteurs, viticulteurs et agriculteurs, suivie d'une réunion-débat, un sondage a ensuite montré

31 Cf. par exemple, TA Limoges, 2ème ch., 20 mars 2003, Préfet de l'Indre c/ commune de Crozon-sur-Vauvre, n° 00124 (*op. cit.*).

32 TA Pau, Ord. du 24 décembre 2003, Préfet du Gers, n° 032130.

33 TA Limoges, 2ème ch., 27 mars 2003, Préfet de l'Indre c/ commune de Coings, n° 011060-011457.

34 In les *Dernières nouvelles d'Alsace*, 24 août 2004.

que 93% des personnes interrogées étaient défavorables à la culture d'OGM. Le maire a alors pris un arrêté interdisant les essais en plein champ de plantes génétiquement modifiées (colza, maïs, tournesol, soja), pour une période d'un an et dans un rayon de 3 kilomètres, arrêté qui est temporaire, renouvelable chaque année. Pour l'autorité municipale, « il fallait trouver la méthode mettant à l'abri d'un rejet de l'arrêté. Nous avons tenté de créer du droit autour de cette question en travaillant sur les arrêtés et les recours administratifs (visant) d'autres communes »³⁵. L'État avait deux mois pour attaquer l'arrêté municipal et il n'en a rien fait. Le juge a donc bien ouvert, progressivement, une brèche au sein du concours de la police spéciale et générale, indiquant aux maires que l'exercice de leur pouvoir était simplement conditionné.

C'est d'ailleurs dans cette brèche que le juge lui-même s'est désormais glissé, sur le fondement du risque constitué par la coexistence de cultures biologiques et de cultures génétiquement modifiées. Par une récente ordonnance du 3 août 2004³⁶, le juge des référés de Toulouse confirme non seulement la compétence du maire au titre de ses pouvoirs de police générale en matière d'interdiction de cultures d'OGM, mais aussi l'existence d'un risque de dissémination génétique en cas de coexistence des cultures³⁷. Certes, l'arrêté municipal est suspendu (l'affaire n'est pas jugée au fond), mais sur le fondement d'un doute quant à son champ d'application géographique, puisque l'acte municipal produirait ses effets au-delà du territoire communal. En revanche, le moyen tiré de l'incompétence du maire est clairement rejeté par le juge, précisément en raison des circonstances locales particulières tenant à la présence de cultures biologiques. Pour la première fois, le juge affirme que « compte tenu de la situation particulière de la commune, où plusieurs exploitations sont affectées à l'agriculture biologique et du *risque existant* de dissémination génétique, de pollution par les produits phytosanitaires (...) », « le moyen tiré du défaut de compétence du maire, agissant

³⁵ *Idem*.

³⁶ TA Toulouse, Ord. du 3 août 2004, Préfet de la Haute-Garonne, n° 0402397. Malgré le caractère novateur de cette décision, il faut évidemment rester prudent puisque l'affaire n'est pas jugée au fond.

³⁷ Sur cette question des incertitudes scientifiques quant aux risques de coexistence et de contamination, cf. Hervé MORIN, « Le pollen volant des greens OGM » et « Des contaminations inévitables dont les conséquences restent à mesurer », *Le Monde*, 22 septembre 2004, p. 25.

en application du code général des collectivités territoriales pour compléter les dispositions prises par le ministre (...) » ne paraît pas de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision et, par suite, à en justifier la suspension totale sur ce fondement. Le juge va d'ailleurs beaucoup plus loin en affirmant « qu'il n'est pas établi (...) que les autorisations ministérielles prennent en compte les situations locales particulières (et que) les maires des communes concernées sont informés dans des conditions permettant de soutenir utilement que le risque invoqué de mise en culture serait hypothétique ». En d'autres termes, l'argumentation du juge s'appuie non seulement sur le principe de prévention (davantage que sur la précaution), mais aussi sur le principe d'information. Le maire de la commune de Bax avait en effet soutenu qu'il n'était informé des mises en culture qu'une fois la décision prise par le ministre et la mise en culture effectuée. Les observations de son avocat soulignaient aussi que « les arrêtés ministériels sont très généraux, qu'ils ne fixent pas la localisation des essais, qu'ils ne traitent pas de la situation spécifique des productions biologiques » ; qu'il fallait tenir compte de « la spécificité de l'agriculture biologique alors que le risque de dissémination est important pour le colza notamment, bien au-delà des limites fixées par les arrêtés ministériels (...) ». Ces arguments ont semble-t-il emporté la conviction du juge, même si le considérant reste quelque peu ambigu sur la distinction prévention / précaution. En effet, le juge évoque un risque « existant » de dissémination génétique, et conteste l'argument du préfet selon lequel les maires seraient informés dans des conditions permettant de soutenir que le risque est « hypothétique ». En fait c'est la formulation du considérant qui est ambiguë, plus que le raisonnement juridique. Le risque « existant » légitime l'action du maire dans l'exercice de son pouvoir de police, dont on sait qu'il consiste (entre autres) à « prévenir » les pollutions de toute nature. Mais il faut rester prudent quant à l'exercice éventuel d'une conduite de précaution ; on peut déduire *a contrario* de cette jurisprudence que si les conditions d'information des maires permettaient d'établir un risque « hypothétique », alors ces derniers seraient peut-être privés d'exercer leur pouvoir de police générale. Pour conclure sur cette décision du juge des référés, on mentionnera les raisons pour lesquelles l'arrêté est malgré tout suspendu. Les

parcelles cultivées biologiquement étant disséminées sur l'ensemble de la commune et celle-ci étant de taille réduite, en fait l'arrêté contesté produirait ses effets au-delà du territoire communal, ce que les textes régissant la police administrative municipale interdisent évidemment. D'après le juge, le maire de Bax aurait donc excédé sa compétence en ne limitant pas son arrêté au seul territoire communal, et c'est sur ce seul fondement que son exécution est suspendue.

Cette question particulière de la coexistence des cultures traditionnelles, biologiques et génétiquement modifiées se pose devant le juge, mais elle s'inscrit aussi dans un processus réglementaire plus général, tant au niveau européen que national (les deux étant inévitablement liés). C'est la raison pour laquelle il faut se garder d'un excès d'analyse prospective de la jurisprudence administrative française sur ce point, susceptible évidemment d'évoluer en fonction du contexte réglementaire (et constitutionnel français, nous y reviendrons). Le 23 juillet 2003, la Commission européenne a précisément élaboré une recommandation établissant des lignes directrices pour l'élaboration de stratégies nationales et de meilleures pratiques visant à assurer la coexistence des cultures génétiquement modifiées, conventionnelles et biologiques³⁸. Aux termes de cette recommandation, il convient qu'aucune forme d'agriculture ne soit exclue dans l'Union européenne et que les agriculteurs puissent choisir librement entre les trois types d'activités. Mais si le texte évoque en préambule la nécessité d'adopter « des mesures de gestion appropriées » pour réduire « les risques de mélanges » entre cultures, l'argument est essentiellement (voire exclusivement) économique. Ce constat ne minimise en rien la portée du texte ; simplement on ne doit pas s'attendre à trouver une réponse aux incertitudes scientifiques liées à la coexistence des cultures, même si le problème est évoqué. Quoiqu'il en soit, des éléments importants de la recommandation peuvent être rapprochés du contentieux national, au nombre desquels la nécessité de la concertation, la dimension scientifique de la coexistence des cultures, la proportionnalité et enfin la spécificité des mesures à mettre en œuvre. Les stratégies nationales doivent, en premier lieu, être élaborées « en concertation avec toutes les

³⁸ Recommandation 2003/556/CE, JOCE L. 189 du 29 juillet 2003, p. 36 et s.

parties intéressées et dans un esprit de transparence »³⁹ ; les États membres sont ainsi priés de « veiller à la bonne diffusion de l'information concernant les mesures sur la coexistence qu'ils ont décidé d'appliquer ». On retrouve ici l'un des arguments avancés par les maires, notamment dans l'affaire de la commune de Bax, laquelle contestait les conditions dans lesquelles l'autorité municipale était informée des cultures d'OGM. C'est sur le fondement des conditions de l'information que le juge accueillait notamment l'argument du maire, estimant qu'elles ne permettaient pas de garantir que le risque de pollution génétique était hypothétique⁴⁰. En second lieu, la Commission estime que « les mesures de gestion relatives à la coexistence devraient être fondées sur des preuves scientifiques aussi fiables que possible concernant la probabilité de mélange entre différents modes de production agricole ainsi que les sources de ces mélanges accidentels »⁴¹. Là où le juge français hésite entre prévention et précaution, s'agissant de légaliser l'action des maires, la Commission n'admet-elle pas, ici, que la coexistence des cultures est constitutive d'un risque incertain ? Évoquer la « probabilité » des mélanges, et recommander de s'appuyer sur des données scientifiques « aussi fiables que possibles », c'est incontestablement reconnaître que l'on est dans le champ de l'incertitude donc de l'exigence de précaution. Pourtant, tout risque environnemental et sanitaire est dans le même temps écarté par la Commission. En effet, soucieuse de distinguer clairement les aspects économiques de la coexistence des cultures des aspects environnementaux et sanitaires, la Commission précise que toute dissémination volontaire d'OGM est déjà couverte par la directive 2001/18/CE⁴². Or, conformément à ce texte, l'autorisation de dissémination est subordonnée à une évaluation exhaustive des risques pour la santé et l'environnement. S'il existe des risques d'incidences négatives aux conséquences imprévisibles, l'autorisation est refusée. Donc, selon la Commission, « dès lors que seuls les OGM autorisés peuvent être cultivés dans l'Union européenne

39 Point 2. Principes généraux, 2.1.1. Transparence et implication des parties concernées.

40 TA Toulouse, Ord. du 3 août 2004, Préfet de la Haute-Garonne, n° 0402397. Soulignons ici que la Convention d'Aarhus en vigueur cite expressément les OGM comme devant faire l'objet d'un droit à l'information.

41 Point 2.1.2. Décisions fondées sur des données scientifiques.

42 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, JOCE n° L 106 du 17 avril 2001.

et que les aspects environnementaux et sanitaires sont couverts par la directive (...), la question de la coexistence se limite aux aspects économiques (...) »⁴³. Un raisonnement logique, apparemment, et l'on comprend que la Commission ne remette pas en cause la cohérence de la législation communautaire. Mais si elle évoque elle-même la « probabilité » des mélanges, et la nécessité de prévoir des mesures de gestion appropriées à ce risque, c'est bien parce que la directive ne couvre pas cette éventualité. En d'autres termes, si seule la dissémination d'OGM ne présentant pas de risques est autorisée, les conséquences de cette dissémination en termes de coexistence de cultures ne sont pas forcément connues. Enfin, la recommandation insiste sur la nécessité d'adopter des mesures de coexistence des cultures qui soient proportionnelles et spécifiques. Ces dernières doivent être d'un « bon rapport coût/efficacité (...) ». Elles ne devraient pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir une présence de traces fortuites d'OGM inférieures aux seuils de tolérance fixés dans la législation communautaire »⁴⁴. En outre, le choix des mesures est à déterminer « en fonction des contraintes et des situations régionales et locales ainsi que de la nature spécifique de la culture »⁴⁵. On retrouve, dans le même temps, la nécessaire proportionnalité des mesures (condition déjà exigée par le juge en matière de mesures réglementant les OGM), et le besoin de tenir compte des spécificités locales (argument avancé par les maires et peu à peu admis par la jurisprudence, sur le fondement de la coexistence des cultures biologiques et génétiquement modifiées).

Ainsi l'évolution de la jurisprudence administrative française trouve un certain écho dans celle du contexte réglementaire européen. Mais au-delà du risque présenté par l'émergence de nouvelles formes d'agriculture et de leur coexistence, la jurisprudence pose de façon plus générale la question de l'évolution de l'ordre public, au sein duquel la précaution occupe une place incertaine.

⁴³ Introduction, point 1.2 de la recommandation.

⁴⁴ Point 2.1.4., proportionnalité.

⁴⁵ *Idem*.

2) Une jurisprudence renouvelant la question de l'ordre public et de la précaution

Il y a incontestablement un paradoxe autour de la question de l'ordre public, dans lequel semblent s'immiscer le principe de prévention des risques liés aux OGM, voire le principe de précaution quand le risque de coexistence des cultures est mal connu. Une première lecture jurisprudentielle conduirait à admettre que l'ordre public général est ici élargi au gré des incertitudes liées aux OGM. Que l'ordre public évolue en fonction de certaines circonstances n'est pas nouveau ; et l'on verra que la question d'un nouvel ordre public « écologique » se pose de façon assez récurrente. Ce qu'il importe de souligner, c'est peut-être la vanité d'une distinction entre les polices spéciales et la police générale, en particulier dans le domaine de l'environnement. La question des OGM illustre bien cette problématique, et les divergences doctrinales suscitées par la jurisprudence analysée ici viennent conforter cette hypothèse. Toutefois, on peut aussi soutenir que l'ordre public est dans le même temps circonscrit par le principe de précaution, à la lumière non plus d'une jurisprudence audacieuse, mais sous l'angle particulier de la constitutionnalisation de la précaution.

Il a déjà été dit que plusieurs critères permettaient traditionnellement de distinguer la police administrative générale des polices spéciales, au nombre desquels figurent la finalité poursuivie, les procédures ou les moyens mis en œuvre, et enfin la détermination d'une autorité compétente spécifique (ou critère organique). La doctrine, relativement divergente et consciente de la difficulté de distinguer la police administrative générale des polices spéciales, a proposé de synthétiser tous ces critères sous la forme d'un critère unique de l'objet ou critère matériel⁴⁶. Mais la référence à ce critère de l'objet est elle-même vague et peut, comme le montre le Professeur Étienne PICARD, « s'intéresser alternativement ou cumulativement à l'activité régie par la police considérée, à la matière qu'elle concerne, à ses destinataires ou encore, dans une certaine mesure, à ses buts »⁴⁷. Pour cet auteur, toutes les matières peuvent, par principe,

46 Cf. Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, Thèse de doctorat en droit, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, 1984, Tome 2, p. 586.

47 Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, *ibid.*, p. 587.

faire l'objet en même temps d'actes de police spéciale et d'actes de police générale. La police des OGM et la jurisprudence qu'elle suscite en sont la manifestation. Ce qui est déterminant pour cet auteur, et nous y souscrivons, c'est le fondement de la mesure, « seul critère synthétique valable »⁴⁸, c'est-à-dire la notion première d'ordre public. À la distinction entre polices spéciales de l'environnement et police administrative générale, peuvent se substituer les notions premières d'ordre public général et d'ordre public spécial. Ainsi l'ordre public, « qu'il se manifeste sous la forme originaire de proposition de droit, ou qu'il se concrétise en normes juridiques particulières, reste fondamentalement la même notion (...) »⁴⁹. L'ordre public est le « véhicule des valeurs du groupe social, expression et instrument de ce que ce groupe estime nécessaire à la protection de son ordre juridique, réponse unique, en tant que norme d'habilitation implicite ou expresse, aux deux questions de savoir au nom de quoi cette fonction de protection peut être exercée, et sur quoi ses mesures peuvent porter »⁵⁰. Autrement dit, la distinction entre la police générale et les polices spéciales ne se pose pas forcément en termes de concurrence, ou du moins n'est pas opérante pour notre propos ; seul l'ordre public compte, qu'il soit général ou spécial. C'est sur ce fondement unique que des mesures liées aux OGM sont finalement prises, en fonction de la demande du groupe social qui exige, à un moment donné, la protection de son ordre juridique. Ces développements sont certes théoriques, mais ils permettent de comprendre les fluctuations de la jurisprudence liée aux OGM. L'ordre public général varie, dans son contenu, « avec les croyances et les besoins de la société, il est l'expression d'un consensus »⁵¹ ; il s'agit, par vocation, d'une « notion souple, contingente et évolutive (...) »⁵² et les ordres publics spéciaux apparaissent généralement pour pallier l'insuffisance ou l'inadaptation de l'ordre public général. Certes, en matière de réglementation des OGM, l'ordre public spécial existe. Mais celui-ci, dont on a vu qu'il continuera de s'enrichir en raison

48 *Ibid*, p. 590.

49 *Idem*.

50 Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, p. 590.

51 Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, coll. Droit public Science politique, 5ème éd., 2004, p. 56.

52 Étienne PICARD, *op. cit.*, p. 576.

notamment du risque nouveau de la coexistence des cultures, est une notion tout aussi relative que l'ordre public général. Ceci explique que le juge admette, implicitement parfois et provisoirement peut-être, l'élargissement de l'ordre public général à la prévention des risques liés aux OGM, et qu'il puisse un jour, en fonction de l'évolution de l'ordre public spécial, sanctionner un tel élargissement⁵³. La multiplication contemporaine des ordres publics spéciaux, tout spécialement dans le domaine de l'environnement, a pu empêché l'ordre public général de développer toutes ses virtualités. Ainsi le contenu de l'ordre public général est fonction des ordres publics spéciaux existants, ce qui explique la réticence des tribunaux administratifs, dans un premier temps, à admettre la compétence des maires pour réglementer l'utilisation des OGM. Mais la relativité de l'ordre public général s'opère à double sens. S'il était ainsi requis d'agir sur la base d'un texte spécial (dispositions du Code de l'environnement donnant compétence à l'État pour intervenir), il peut devenir possible pour l'autorité municipale de se fonder sur l'ordre public général pour agir. C'est pourquoi « certains ordres publics spéciaux, au lieu de naître de l'étroitesse de l'ordre public général, finissent quelquefois par s'y absorber sous l'effet de l'évolution des valeurs »⁵⁴. Cette analyse rejoint celle du Professeur Michel PRIEUR, quand il considère que l'ampleur des polices spéciales en matière de pollution conduit à s'interroger sur l'existence d'une police administrative spéciale unique soumise à un ordre public écologique⁵⁵. Bien que contestées par une partie de la doctrine, pour qui cet ordre public écologique ne serait qu'improbable, toutes ces hypothèses expliquent que le juge ajuste la répartition des pouvoirs de police en fonction de la demande du corps social et/ou de l'insuffisance des textes⁵⁶.

53 Pour une démarche jurisprudentielle similaire, en matière d'esthétique, cf. notre ouvrage *Esthétique et droit*, LGDJ, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, Tome 7, 2004, pp. 313-321.

54 Étienne PICARD, *op. cit.*, p. 578.

55 Cf. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 56 et, du même auteur, *La pollution atmosphérique en droit français*, PPS Lyon, 1976, p. 5.

56 À cet égard, cf. les propos du Professeur Yves JÉGOUZO, à propos de l'ordonnance du TA de Poitiers du 22 octobre 2002, pour qui « sans aller jusqu'à faire appel à un hypothétique "ordre public écologique", la protection de l'environnement, tout au moins dans son approche anthropocentrique, paraît être englobée dans une conception renouvelée du "bon ordre" dont on sait que le juge a toujours admis qu'elle évoluait en fonction des préoccupations de la société », in *AJDA* 2 décembre 2002, p. 1352.

Reste à savoir si l'émergence du principe de précaution dans le jeu du concours des pouvoirs de police est souhaitable et élargit durablement l'ordre public municipal. Au titre de la première interrogation, il faut rendre compte de certains arguments doctrinaux, qui sont à la fois proprement juridiques et à la lisière du droit. Dans l'affaire Préfet des Deux-Sèvres contre commune d'Ardin, le juge des référés avait suspendu l'arrêté du maire au motif qu'il résultait manifestement d'un usage « disproportionné » de ses pouvoirs de police, et que le maire n'établissait l'existence d'aucun « danger potentiel clairement identifié » et ce, « nonobstant le principe de précaution » consacré par le Code de l'environnement⁵⁷. S'appuyant sur la jurisprudence des installations classées, le Professeur Yves JÉGOUZO note qu'en l'espèce, « le maire n'était tout simplement pas compétent pour prendre quelque mesure que ce soit dans le domaine de la culture des espèces génétiquement modifiées et cela même si elles s'étaient révélées proportionnées au risque »⁵⁸. Cet argument est juridiquement fondé, dans la mesure où cette incompétence résulte du fait que les opérations en cause relèvent de la police des installations classées ; mais l'auteur va plus loin en affirmant qu'il doit en être ainsi pour l'ensemble des utilisations des OGM dans la mesure où elles relèvent d'une police spéciale instituée à cet effet. Estimant à juste titre que si le maire avait établi l'existence d'un danger potentiel (c'est-à-dire l'existence d'un doute scientifique sérieux), le juge n'aurait peut-être pas suspendu l'arrêté litigieux, le Professeur Yves JÉGOUZO semble hostile à une telle direction jurisprudentielle. À son sens, « cette solution doit être maintenue sans que l'on puisse la remettre en question en faisant appel au principe de précaution (...) auquel le juge donne désormais une portée de plus en plus étendue »⁵⁹. Mais pour l'auteur, l'irruption du principe de précaution dans l'appréciation et le concours des pouvoirs de police doit être écartée, aussi, pour des raisons plus politiques. L'auteur considère en effet que le domaine des OGM dépasse largement les enjeux du bon ordre municipal et qu'il vaut mieux éviter de « donner libre cours

57 TA Poitiers, Ordonnance du 22 octobre 2002, Préfet des Deux-Sèvres c/ commune d'Ardin, n° 021675, AJDA 2 décembre 2002, p. 1351.

58 Yves JÉGOUZO, Note sous TA Poitiers, *op. cit.*, AJDA 2 décembre 2002, p. 1353.

59 *Idem.*

à des initiatives locales mal éclairées et anarchiques et maintenir une réglementation uniforme de caractère national ». Enfin, « il se révélerait dangereux pour les autorités locales d'avoir à arbitrer entre des appréciations scientifiques divergentes »⁶⁰. Que les autorités municipales soient « mal éclairées », c'est précisément ce que semble admettre la récente décision du juge des référés de Toulouse, pour qui, rappelons-le, « il n'est pas établi que (...) les maires des communes concernées sont informés dans des conditions permettant de soutenir utilement que le risque invoqué de mise en culture serait hypothétique »⁶¹. Ce constat peut conduire à admettre que l'élargissement provisoire de l'ordre public général est rendu nécessaire par l'insuffisance de l'ordre public spécial. En outre, affirmer que les autorités locales n'ont pas à arbitrer entre des appréciations scientifiques divergentes - ce qui est certes dangereux pour elles - n'est-ce pas autoriser le juge, du même coup, à se fonder sur le principe de précaution (ou *a minima*, à permettre son « irruption ») pour apprécier la légalité d'un arrêté anti-OGM ? Dans sa rédaction actuellement en vigueur⁶², la précaution est le principe selon lequel « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » (L. 110-1 du Code de l'environnement). Sur le fondement de ce texte, qui ne donne aucune indication quant aux autorités compétentes pour mettre en œuvre le principe de précaution, il n'est guère étonnant que le juge y face référence dans la jurisprudence des OGM. Il est encore moins surprenant qu'il ait focalisé son attention sur le caractère proportionné de la mesure prise par l'autorité municipale.

Si d'emblée l'on serait tenté de voir, dans l'évolution de la jurisprudence analysée, un élargissement possible de l'ordre public municipal, à la lumière d'un principe de précaution guidant subrepticement le juge, on peut aussi soutenir que ce même ordre public risque d'être paradoxalement réduit par l'évolution même du

⁶⁰ Yves JÉGOUZO, *idem*.

⁶¹ TA Toulouse, ord. précitée du 3 août 2004, Préfet de la Haute-Garonne, n° 0402397.

⁶² C'est-à-dire sous réserve de l'intégration définitive de la charte de l'environnement dans la Constitution.

principe de précaution. En effet, l'insertion en cours de la charte de l'environnement de 2004 dans le préambule de la Constitution est susceptible de remettre en cause la première lecture jurisprudentielle proposée. D'ailleurs, c'est bien la précaution qui a suscité, tout au long des débats entourant la constitutionnalisation des grands principes du droit de l'environnement, le plus de difficultés. Le projet de charte initialement présenté par le gouvernement le 25 juin 2003 avait retenu une formulation assez proche de celle issue de la loi Barnier de 1995, en réalisant une certaine avancée par rapport à cette dernière⁶³. D'une part, la mise en œuvre du principe de précaution n'était plus subordonnée à la condition d'un « coût économiquement acceptable » (L. 110-1 du Code de l'environnement). D'autre part, lors des débats au sein de la commission Coppens, les partisans de l'affirmation symbolique d'un « *principe* » de précaution l'avaient finalement emporté. Ces deux éléments sont maintenus dans la version aujourd'hui votée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat⁶⁴. Mais ce qui importe relativement à la question des OGM, c'est l'ajout, respectivement par le gouvernement puis par les deux chambres, de deux précisions quant aux autorités chargées de mettre en œuvre le principe de précaution. Alors que l'article L. 110-1 du Code de l'environnement était muet sur ce point, le gouvernement a précisé qu'il incombait aux « autorités publiques » d'adopter des mesures en cas d'absence de certitudes scientifiques. Si la responsabilité des décideurs privés est ainsi évacuée⁶⁵, il reste théoriquement possible pour les maires, sur le fondement de ce texte et concernant les OGM, de prendre des mesures « provisoires » et « proportionnées », conditions que le juge contrôle déjà. En revanche, l'Assemblée nationale a amendé le texte de telle sorte que ces mêmes

63 Art. 5 du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement (présenté par le gouvernement au conseil des ministres le 25 juin 2003) : « 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, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus ». Pour une analyse approfondie, cf. « La charte constitutionnelle en débat », RJE n° spécial, septembre 2003.

64 Projet de loi constitutionnelle n° 301 adopté par l'AN le 1er juin 2004, et texte n° 102 adopté par le Sénat le 24 juin 2004. Ce projet ne deviendra définitif qu'après avoir été approuvé par référendum ou par le Parlement réuni en Congrès.

65 Cf. sur ce point, Martine RÉMOND-GOUILLOUD, « À propos du principe de précaution », RJE n° spécial précité, p. 69 et s.

autorités publiques doivent appliquer le principe de précaution « dans leurs domaines d'attributions ». On peut se contenter d'y voir une volonté légitime de clarification des compétences, mais les débats qui ont donné naissance à cet amendement donnent un éclairage nouveau sur la jurisprudence analysée ici.

En effet, le principe de précaution fait peur, et comme on l'a souligné à titre préliminaire, la crainte des élus locaux se pose d'abord en termes de responsabilité. Et c'est un euphémisme de dire que l'origine de cet amendement n'est pas étrangère à la question des OGM. Au sein de la commission Coppens, la question s'était posée de savoir si le principe de précaution devait seulement peser sur l'État, ou sur l'ensemble des autorités publiques. Le rapport de l'Assemblée nationale souligne que le choix d'étendre la conduite de précaution à l'ensemble des autorités publiques est d'autant plus cohérent qu'il est conforme à la décentralisation: « les pouvoirs étendus dévolus aux collectivités locales en matière d'environnement, et en particulier aux communes, pas seulement dans le cadre du pouvoir de police des maires, justifient que, à titre général, l'État ne soit pas seul concerné »⁶⁶. Les développements qui suivent sont plus ambigus, puisque « l'ensemble des conditions posées et la nature des risques (...) sont tels que les collectivités locales ne seront sans aucun doute appelées que très rarement à décider la mise en œuvre du principe de précaution (...). L'article 5 pose des *règles de procédure*, mais il est *sans effet sur les compétences* »⁶⁷. Pourtant le rapporteur concède, dans le même temps, que l'article 5 aurait pu énoncer que les autorités appliquent le principe « dans l'exercice de leurs compétences », mais que la formule eût été « redondante ». Si la formule selon laquelle les autorités mettent en œuvre le principe de précaution « dans leur domaine d'attribution et dans l'exercice de leurs compétences » est redondante, alors l'article 5 ne se contente pas de poser des règles de procédure. À notre sens, il s'agit bien de mettre un frein aux velléités de certaines autorités municipales ou, ce qui revient au même, de rassurer les élus en termes de responsabilité. Le rapport précité explique d'ailleurs que l'article 5 n'a pas toutes les vertus

⁶⁶ Rapport AN n° 1595 sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la charte de l'environnement.

⁶⁷ *Idem*.

pédagogiques requises, et que les représentants des collectivités locales craignaient une obligation générale en matière de mesures de précaution. À juste titre, le rapport souligne que cette crainte est alimentée par la confusion, entretenue dans le débat public, entre précaution et prévention. Et de conclure sur ce point que « c'est, demain comme aujourd'hui, dans le domaine de la prévention plutôt que de la précaution, que les collectivités (...) auront à assumer des responsabilités en matière environnementale. Ceci n'est pas neuf : il ne s'agit historiquement que du développement des pouvoirs de police, qui supposent la préservation de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques »⁶⁸. Tout est dit, serait-on tenté de conclure.

Reste à savoir si le juge sera plus à l'aise face à l'article 5 de la Charte⁶⁹, qui ne fait pas mention des compétences mais des domaines d'attribution des différentes autorités publiques. Si l'ordre public et ce qu'il implique en termes de mouvance s'impose, alors la constitutionnalisation de la précaution n'aura peut-être pas l'incidence exonératoire de responsabilité que certains élus souhaitaient. Si l'expression « domaines d'attribution » est interprétée comme réaffirmant que la police des OGM est une police spéciale étatique, alors l'autorité municipale continuera de maintenir le « bon ordre », paradoxalement circonscrit par le principe de précaution.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Sous réserve de son insertion définitive dans la Constitution. Et nous n'évoquons que l'attitude du juge administratif, mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel sera évidemment déterminante.