



Working paper

2016

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le développement durable, de l'économie au droit

Petitpierre-Sauvain, Anne

How to cite

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. Le développement durable, de l'économie au droit. 2016

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:88387>

Le développement durable, de l'économie au droit

Anne Petitpierre-Sauvain

Professeure honor. à la Faculté de droit, Genève

Recueil d'articles et de contributions relatifs à la notion de développement durable et à sa portée en droit

Introduction

Dans un arrêt du 11 avril 2006, le Tribunal fédéral définit le développement durable comme une « *Notion complexe au contenu et aux contours encore flous* », tout en précisant qu'il « *engage notamment les autorités à tenir compte des implications à la fois économiques, sociales et écologiques de certaines politiques, par exemple en matière d'agriculture* »¹. Il se réfère à ce propos (et à titre d'exemple) à l'Ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'évaluation de la durabilité de l'agriculture². Afin de procéder à cette évaluation, l'ordonnance préconise d'examiner « *les implications économiques, écologiques et sociales de la politique agricole et des prestations de l'agriculture* » (art. 1 al. 2 de l'Ordonnance). Ces trois aspects sont ensuite développés : pour l'économie, il s'agit d'examiner « *les comptes économiques* » de l'agriculture (art. 3 de l'Ordonnance)³, pour l'impact environnemental, on estimera « *l'évolution des prestations écologiques des exploitations agricoles, y compris dans le domaine de la protection des animaux, ainsi que des effets de l'agriculture sur les ressources naturelles* » (art. 8 de l'Ordonnance)⁴ et pour les aspects sociaux on examinera « *l'évolution des structures de l'agriculture et de ses conditions sociales, notamment au regard des tâches d'intérêt général* » (art. 10 de l'Ordonnance). Il semblerait que ce système soit praticable pour l'agriculture sans difficulté particulière. Néanmoins, le Tribunal fédéral estime que « *pour l'heure, le concept revêt un caractère essentiellement programmatique et n'a pas valeur d'un droit constitutionnel qui pourrait être directement invoqué comme tel devant les tribunaux* »⁵. Comme pour l'agriculture, l'indétermination et la complexité du concept appelleraient une concrétisation légale, alors que c'est à la notion contenue dans la constitution que se réfèrent directement les autorités inférieures dans leur décision⁶.

L'analyse du Tribunal fédéral est dans la ligne de sa jurisprudence qui fait des « principes » constitutionnels des règles de niveau constitutionnel, mais non des « droits » constitutionnels qui pourraient être invoqués seuls, sans référence à un droit fondamental individuel⁷. Il se garde toutefois de qualifier le développement durable de « principe », préférant les termes de « concept » ou « notion », en dépit de sa présence répétée explicite dans la constitution⁸. En revanche, il accepte clairement la valeur de « principe » de celui de précaution : « *selon la définition la plus couramment utilisée et la plus largement admise, [celui-ci] postule qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à*

¹ ATF 132 II 320.

² RS 919.118

³ Qui incluent les données collectées dans le cadre du dépouillement centralisé de données comptables en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (art.4 al. 1), la détermination du revenu du travail agricole (art. 5) et celle d'un salaire comparable sur la base des salaires médians dans les secteurs secondaires et tertiaires (art. 6).

⁴ Pour cela, on dispose d'indicateurs agro-environnementaux auxquels l'art. 9 de l'Ordonnance se réfère.

⁵ ATF 132 II 320 et les références citées.

⁶ ATF 132 II 315, 316 et 319 ; le principe est également concrétisé en matière de gestion des forêts (art. 20 LFo).

⁷ ATF 123 I 11 concernant la proportionnalité ; ég. ATF 102 Ia 69, 71 sur l'examen limité des griefs de violation de la proportionnalité, de la légalité et de la bonne foi s'ils ne sont pas invoqués en relation avec un droit fondamental.

⁸ ATF 132 II 319 : la « notion » est exprimée à l'art. 2 al. 2 et 4 Cst, à l'art. 73 Cst, à l'art. 104 Cst, « *ou encore, quoique de manière plus implicite, dans toute une série d'autres dispositions constitutionnelles (cf. les art. 54 al. 2, 75 al. 1, 76 al. 1, 77 al. 3, 78 al. 4 ou 79 Cst.)* » ; sur la notion de « principe » : ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, Des règles et des principes constitutionnels, En particulier des principes nouveaux, Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Bâle 2016, p. 169 ss, article non inclus dans le présent recueil.

plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »⁹. L'origine de ces principes est différente : celui de précaution était déjà contenu, avec la prévention et la causalité (pollueur-payeur), dans la loi sur la protection de l'environnement de 1983 (LPE)¹⁰, pour être ensuite porté au niveau constitutionnel en 1999. Il résulte en outre de la Déclaration de Rio¹¹, qui proclame en même temps le principe de « développement durable », que l'on voit apparaître sur le plan international¹² et qui figurera ensuite dans divers articles de la Constitution fédérale (art. 2 al. 2 et 4, 73 et 104 de façon explicite). Ce dernier revêt une importance particulière dans le domaine de *l'utilisation de ressources naturelles non renouvelables*, ce qui a entraîné son introduction dans l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce : celui-ci proclame dans son préambule que les rapports entre les états signataires dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi, ainsi que l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, « *tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable* »¹³. Cette formule est d'autant plus importante qu'elle remplace un objectif d'utilisation intensive des ressources. Elle a amené l'Organe d'appel de l'OMC à interpréter le terme de « ressources naturelles épuisables », contenu à l'art. XX (g) de l'accord du GATT (antérieur à l'Accord OMC), à la lumière du Préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, de façon « évolutive », conformément aux objectifs de ce dernier. Le critère auquel cette interprétation s'est référée est précisément l'objectif de développement durable¹⁴.

Le rôle du principe de développement durable dans la compréhension et l'interprétation de politiques et de normes ne devrait aujourd'hui plus faire de doute. En particulier, sa relation avec la gestion et la conservation des ressources naturelles est fondamentale pour sa compréhension. Depuis sa proclamation en 1992 et son introduction successive dans des conventions internationales et, en Suisse, dans la Constitution fédérale, ce principe a fait l'objet de discussions abondantes, mais, bien

⁹ Le Tribunal fédéral se réfère au Principe 15 de la Déclaration finale du 13 juin 1992 de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement qui s'est tenue à Rio ; en l'espèce il admet que le principe va également s'appliquer en cas de risque pour la santé car implicitement contenu dans la loi sur les épizooties.

¹⁰ Sur le contenu et la portée de ces principes : ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement*, Genève, Zürich, Bâle 2012, p. 7 ss ; ég. sur la précaution, ci-dessous, *Coexistence et responsabilité* : « *Im Sinne der Vorsorge* », URP/DEP 2007 742-756.

¹¹ Déclaration finale du 13 juin 1992 de la Conférence de Rio des Nations Unies sur l'environnement et le développement, connue sous le nom de Sommet "planète Terre" ; la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement témoigne de deux grandes préoccupations, soit la détérioration de l'environnement, notamment de sa capacité à entretenir la vie, et l'interdépendance de plus en plus manifeste entre le progrès économique à long terme et la nécessité d'une protection de l'environnement (www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm).

¹² Ce principe figure en tête de la Déclaration de Rio, (principes 1 et 3), ainsi que dans les principes 4, 5, 8 et 9 ; le Principe 3 pose clairement l'exigence de base du développement durable : « *Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures* ».

¹³ RS 0.632.20.

¹⁴ « *Le préambule de l'Accord sur l'OMC – qui éclaire non seulement le GATT de 1994 mais aussi les autres accords visés – fait expressément état de "l'objectif de développement durable" [...] Si nous nous plaçons dans la perspective du préambule de l'Accord sur l'OMC, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX g) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs"* : rapport du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §85-86.

souvent, d'une incompréhension liée à un usage peu rigoureux¹⁵. Ainsi a-t-on pu voir dans les *termes* eux-mêmes une contradiction ou, de façon plus savante mais non moins inappropriée, un *oxymore*, soit une figure de style alliant deux termes que leur sens devrait éloigner¹⁶. En réalité cette critique relève d'une confusion entre le développement et la croissance, cette dernière ne pouvant être « durable » qu'à très court terme, alors que rien n'empêche les sociétés, comme les individus, de se « développer » à long terme¹⁷. En l'état des débats, il n'est pas inutile, vingt ans après son apparition sur la scène internationale, de s'interroger sur la signification de cette notion et sa portée dans l'ordre juridique.

Signification du développement durable.

En premier lieu, il s'agit, dans l'optique du développement durable, de réconcilier des aspects jugés divergents lors de l'appréciation de projets ou de politiques sociales : l'appréciation économique et les exigences environnementales. Il serait donc un moyen de corriger des excès dans l'un ou l'autre sens, soit la prépondérance absolue des considérations économiques, soit la protection tout aussi absolue de biens environnementaux¹⁸. En réalité, cette approche traditionnelle de pesée d'intérêts présumés contradictoires est réductrice de la notion de développement durable. Comme résumé dans la formule du Principe 3 de Rio, « *le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures* ». Le Principe 8 précise en outre qu' « *afin de parvenir à un développement durable et à une meilleure qualité de vie pour tous les peuples, les Etats devraient réduire et éliminer les modes de production et de consommation non viables et promouvoir des politiques démographiques appropriées* ». Le développement durable opère donc une synthèse de plusieurs approches : économique, environnementale et sociale. Cette intégration est parfois représentée par un triangle, dans chacun des angles duquel chacun va se nicher séparément. En fait, les trois éléments sont présents simultanément dans l'ensemble, de sorte que l'image, plus poétique, de l'orchestre est certainement plus adéquate¹⁹. A travers le principe de développement durable, la Déclaration de Rio insiste particulièrement sur la nécessité d'une gestion des ressources naturelles qui en garantissent la disponibilité à long terme. Cet objectif est de nature à la fois économique et sociale²⁰. Il implique donc qu'on ne peut se contenter d'une répartition purement mécanique des ressources, en fonction de l'offre et de la demande à un moment déterminé, car les besoins des générations futures sont une partie de la demande qui ne peut être quantifiée, si ce n'est en attribuant une valeur spécifique à son simple maintien. La clé du système est la synthèse entre les critères d'exploitation des ressources, de nature économique, et de

¹⁵ On peut voir un reflet de cette incompréhension dans le débat relatif à l'application de l'exigence de développement durable contenue dans les considérants introductif au Traité sur l'Union Européenne (TUE) : PATRICK THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement*, 3^{ème} édition, Bruxelles 2015, p. 190 ss.

¹⁶ On cite parfois comme exemple l' « obscure clarté » de Corneille (*Le Cid*) ou le « saintement criminelle » de Sophocle (*Antigone*).

¹⁷ Voir sur cette question, ci-dessous, *Que fait le développement durable dans la constitution fédérale ?* d'abord publié dans : *Aux confins du droit*, Bâle, Genève, Munich 2001, p. 553 et ss.

¹⁸ PATRICK THIEFFRY, (note 15, p. 191-2), cite comme exemple de cette approche l'arrêt de la Cour de Justice européenne dans une affaire *Nomarchiaki Aftodioikisi Aftoloakarnanias et al. c/ Ypourgos Perivallontos, Chototaxias kais Dimosion ergon et al.* (C-43/10) concernant la transformation d'un écosystème fluvial naturel (dans une zone protégée Natura 2000) en un écosystème fluvial et lacustre fortement anthropique dans un but d'exploitation économique.

¹⁹ Voir sur cette question, ci-dessous, *L'intégration de l'économie dans le développement durable*, d'abord publié dans l'annuaire de la Nouvelle Société Helvétique 1999/2000 : *La Suisse sous la pression de la mondialisation*, p. 269 ss.

²⁰ Sur l'aspect de politique sociale implicite, voir ci-dessous *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, publié dans : Jean-François Aubert / Jörg-Paul Müller / Daniel Thürer (éd.) *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, §36, N 23.

conservation de ces ressources à long terme, de nature écologique. Dès lors, l'exigence de développement durable ne constitue pas simplement une possibilité de dérogation au principe de la liberté économique ou aux règles du marché²¹, mais bien une définition nouvelle de la liberté économique. Celle-ci, tout en garantissant la propriété privée des moyens de production et la liberté contractuelle, les met en service de la préservation à long terme des ressources nécessaires à la vie²².

La réconciliation des trois éléments du développement durable touche au rôle du marché dans la répartition des biens environnementaux. La mise en œuvre des mécanismes de marché, comme la gestion (et la protection) des biens environnementaux sont considérés comme des contributions au bien-être social²³. Les règles protégeant l'économie de marché (la concurrence, en particulier) ne se réfèrent toutefois pas au même bien-être que celles protégeant l'environnement. En matière de concurrence, il résulte de la disponibilité pour le consommateur d'un maximum de biens au prix le plus bas (correspondant à leur coût marginal de production) et se traduit par des baisses du prix unitaire des biens ou par l'élargissement de la gamme de biens substituables. Le « bien-être » environnemental se traduit en revanche par le maintien à disposition de la collectivité de biens environnementaux, et par la jouissance collective des avantages qu'ils comportent. Il faut donc opérer un choix de valeurs²⁴. En Suisse, économie de marché et protection de l'environnement relevant toutes deux de choix constitutionnels, c'est la mise en œuvre de ces règles qui doit les rendre compatibles. Cette compatibilité n'est toutefois pas donnée par la nature, car l'accroissement de l'offre signifie dans beaucoup de cas, une détérioration de la qualité du bien environnemental affecté, quand ce n'est pas sa disparition, seul moyen de créer un avantage concurrentiel²⁵. La réconciliation dans une optique de développement durable de l'économie de marché et de la préservation des ressources naturelles tient à une analyse nouvelle du « bien-être » apporté par le marché, soit l'adéquation de la production et la distribution de biens à leur maintien à long terme. En d'autres termes, le bien-être apporté par le marché n'est pas la maximisation à un moment donné de la consommation d'un bien, mais la garantie de son accessibilité par un maximum de bénéficiaires (consommateurs ou autres) sur une longue durée. Pour les biens environnementaux, cet objectif implique que l'on évite en premier lieu leur destruction irréversible. Si les mécanismes de marché ne sont pas à même de remplir cette condition²⁶, il faudra sacrifier la libre concurrence à un bien-être (à une valeur) supérieur(e)²⁷.

²¹ Sur ce point, voir ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, *L'environnement a-t-il un avenir dans la concurrence ? in : Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zürich 2008, p. 623-637, article qui ne figure pas dans le présent recueil ; ég. l'analyse des décisions de la Cour européenne sur la prise en compte des facteurs environnementaux dans le fonctionnement du marché intérieur, in : MARC CLÉMENT, *Droit européen de l'environnement*, 2^e édition, Bruxelles 2012, p. 198 ss.

²² Voir sur ce point ci-dessous, *Ordre public écologique et développement durable, l'exemple de la nouvelle constitution suisse*, publié dans : Actes et débats du Colloque de Dijon des 6 et 7 février 2003 sur l'« Ordre public écologique », Bruxelles 2005, ch. 2.1.1 ; ég. dans une perspective d'économie financière, ROLF H. WEBER/ALINE DARBELLAY, *Vers une évolution des marchés financiers au service de la protection de l'environnement*, in : *Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Genève, Zürich, Bâle 2009, p. 402-3..

²³ ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, (note 21), p. 633.

²⁴ *Ibidem*, p. 634.

²⁵ *Ibidem*, p. 637.

²⁶ Sur la possibilité de « confier » au marché la défense de biens environnementaux, voir ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, *Les instruments économiques dans le protocole de Kyoto: l'instauration d'un marché des droits d'émission*, Actes du séminaire du 6 octobre 2006, *L'environnement peut-il être confié au marché ? UVP/DEP 2007* 87-114 ; le plus souvent, le marché pourra assurer la protection d'un bien environnemental par l'internalisation du coût lié à sa détérioration ou sa destruction, un mécanisme qui correspond en droit au principe de causalité (voir ci-dessous *Le principe pollueur-payeur : mode d'internalisation des coûts*).

²⁷ La concurrence (et donc le fonctionnement du marché) peuvent subir des restrictions, comme le prévoit l'art. 94 al. 4 Cst : voir ci-dessous, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse* (note 20), §21-22 ; ég.

La place du développement durable dans la constitution suisse.

Le second aspect à prendre en compte est la place du développement durable dans la législation suisse, soit, dans la Constitution²⁸. Le terme « développement durable » figure expressément aux art. 2 al. 2 (buts de la Confédération) et 104 (agriculture) Cst. Il constitue en outre le titre de l'art. 73 Cst placé en tête du chapitre sur l'environnement et l'aménagement du territoire, bien que le terme ne soit pas repris dans le texte qui se réfère à « l'établissement d'un équilibre durable » entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. Les commentateurs distinguent cette dernière disposition du reste du chapitre, dans la mesure où il pose un principe, alors que les autres dispositions sur l'environnement et l'aménagement relèvent de l'attribution de compétences²⁹. L'utilisation du terme a fait l'objet d'escarmouches parlementaires, d'une part parce que le gouvernement répugnait à l'utiliser, et d'autre part, parce que sa localisation parmi les buts de la Confédération, par opposition au chapitre sur l'environnement, faisait l'objet de controverses³⁰. Cela explique sans doute également le fait que la notion est contenue dans d'autres dispositions qui ne reprennent pas les mêmes termes³¹. Ainsi s'accorde-t-on à considérer que l'art. 89 Cst qui impose à la Confédération et aux cantons de « promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie » exprime une exigence de développement durable³². De même, l'art. 120 Cst concernant le génie génétique dans le domaine non humain lorsqu'il exige le respect de l'intégrité des organismes vivants et la protection de la diversité génétiques des espèces, et l'art. 126 Cst qui exige que la Confédération équilibre à terme ses dépenses et ses recettes³³. La portée de ces dispositions comme « fil conducteur à l'activité des autorités politiques³⁴ » est largement admise. Son application concrète à des décisions individuelles ne fait en revanche pas l'unanimité. Elle n'est toutefois pas exclue³⁵. De ce point de vue, la présence de la notion dans plusieurs dispositions constitutionnelles relevant de chapitres différents de la constitution devrait être décisive, à l'encontre de la conception restrictive qui ne considère que le développement durable « défini » à l'art. 73 Cst³⁶. En réalité il n'existe pas d'opposition : l'art. 73 Cst impose clairement le développement durable

la jurisprudence européenne justifiant les mesures contraires à l'orthodoxie de la libre circulation des marchandises par la protection de l'environnement : MARC CLÉMENT, (note 21), p. 197 ss ; sur la relation difficile entre maintien de la concurrence et protection de l'environnement voir les conclusions d'OLIVIER SCHALLER et PATRICK KRAUSKOPF, Les cartels respectueux de l'environnement, in : Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Genève, Zürich, Bâle 2009, p.348-9, ainsi que les critiques de MARCO BORCHI et FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, La dimensione sociale negletta della Legge sui cartelli, in : Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Genève, Zürich, Bâle 2009, p.57 ss.

²⁸ L'exigence de « durabilité » est également présente dans la législation, par exemple dans la loi sur les forêts : « Les forêts doivent être gérées de manière que leurs fonctions soient pleinement et durablement garanties (rendement soutenu) » : art. 20 al. 1 LFo, mais elle a, aujourd'hui, dans ce contexte, une valeur d'application du principe constitutionnel, en dépit de son antériorité.

²⁹ PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert / Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich, Bâle, Genève 2003, ad Titre III, Chap.2, Sect. 4, N 4, p. 579.

³⁰ *Ibidem*, ad art. 73 N 1-2, p. 582-83.

³¹ *Ibidem*, N 2, p. 583.

³² *Ibidem* ; ATF 132 II 319.

³³ PASCAL MAHON, (note 29), N 2, p. 583 et les auteurs cités.

³⁴ *Ibidem*, N 6, p. 585.

³⁵ *Ibidem*; ég. ci-dessous, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse* (note 20), §21-22 ; *Ordre public écologique et développement durable, l'exemple de la nouvelle constitution suisse*, (note 22), ch. 2.2.

³⁶ Les deux conceptions sont résumées par PASCAL MAHON, (note 29), N 5-6, p. 585 et les auteurs cités ; ég. ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement* (note 10), p. 17 ; MICHEL PRIEUR (*Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles 2014) insiste sur le risque de confondre le développement durable avec la seule protection de l'environnement, risque qu'il perçoit dans l'évolution du droit européen (p. 20, 51).

comme principe fondamental de la législation environnementale et de la politique appliquée dans ce domaine³⁷. L'examen d'ensemble des textes constitutionnels démontre toutefois que sa portée n'est pas confinée à l'application ou l'interprétation du droit de l'environnement (au sens de droit « nominal » de l'environnement³⁸). En particulier, lorsqu'il insiste dans le préambule et dans les buts de la Confédération sur la relation qui doit exister entre la société et le milieu naturel qui lui permet d'exister, ainsi que sur la nécessité de prendre en compte les intérêts des générations futures, le constituant ne donne pas seulement de nouveaux "accents" écologiques³⁹. Il a posé un principe constitutionnel qui va guider à la fois la législation et l'action publique.

L'art. 2 al. 2 Cst⁴⁰ résume l'importance de la notion en la plaçant d'abord au niveau des « buts » de la Confédération, puis en la déclarant d'une importance égale à la prospérité commune, à la cohésion interne et à la diversité culturelle du pays. Il n'est concrètement pas concevable qu'un tel objectif ne soit réalisable que dans l'application des règles sur l'environnement et l'aménagement du territoire, le reste de la législation pouvant légitimement tendre à des résultats différents. Le fait que l'art. 2 al. 4 Cst relatif aux relations extérieures de la Suisse inclut également un objectif de développement durable⁴¹ montre une ambition, plus globale, d'intégrer cette notion dans tout l'ordre juridique. De même, lorsque l'on identifie dans l'art. 89 Cst un objectif de développement durable dans la définition de la politique énergétique,⁴² bien que cet article soit antérieur à l'adoption du texte constitutionnel⁴³, ou lorsque l'art. 126 Cst sur l'équilibre « à terme » des finances fédérales est désigné comme une expression du principe⁴⁴.

Portée du présent recueil

Les textes rassemblés dans cet ouvrage ont été publiés à des dates parfois éloignées les unes des autres, dans des contextes divers et avec plus ou moins de rigueur dans le traitement juridique, compte tenu des lecteurs auxquels ils étaient principalement destinés. Ils n'ont toutefois pas été remaniés ou modernisés (si ce n'est pour supprimer d'éventuelles erreurs dans la forme du texte ou les citations). Les références citées ont été maintenues dans leur version d'origine, même si certains textes ont fait l'objet d'éditions plus récentes. Leur numérotation et la référence à d'autres textes contenus dans le présent ouvrage ont toutefois été harmonisées avec celui-ci. Lorsque les textes reproduits comportaient des bibliographies, elles ont été conservées, mais n'ont pas été mises à jour. Outre les titres directement connectés à la notion de développement durable, l'ouvrage reprend des articles consacrés au principe de précaution dont le lien avec le développement durable est souligné dans les textes, par

³⁷ HERIBERT RAUSCH, Umwelt und Raumplanung, in : Jean-François Aubert / Jörg-Paul Müller / Daniel Thürer (éd.) Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, §58, N 4-6; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des Schweizerischen Umweltrechts, Zürich, 2001, N 11, p. 11.

³⁸ *Ibidem*, N 3, p. 916.

³⁹ LUZIUS MADER, Die Umwelt in neuer Verfassung ? URP/DEP 2000 106.

⁴⁰ La Confédération « favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays » ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in : Jean-François Aubert / Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich, Bâle, Genève 2003, ad art. 2, N 8, p. 23.

⁴¹ La Confédération « s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles et en faveur d'un ordre international juste et pacifique » : la place de la « conservation durable » dans cet article montre l'ambition d'en faire un élément de politique extérieure : ci-dessous, *Ordre public écologique et développement durable, l'exemple de la nouvelle constitution suisse*, (note 22), ch. 2.1.3.

⁴² PASCAL MAHON, (note 29), N 2, p. 583 et les auteurs cités.

⁴³ *Ibidem*, ad art. 89, N 1-2, p. 691.

⁴⁴ LUZIUS MADER, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP/PJA 1999 p. 704 ; BO CN 1998 p. 635 (intervention Leuba).

les auteurs et dans la jurisprudence. Pour le principe de causalité, dont on oublie souvent la portée au service d'une politique de développement durable, un seul article a été reproduit qui en précise la portée. D'autres références dans ce domaine sont mentionnées au chapitre relatif à ce principe. Ensemble tous les textes reproduits peuvent contribuer à donner du développement durable une définition utile et une portée juridique cohérente. Le présent recueil n'a donc pas d'ambition exhaustive, mais seulement, par la réunion de divers textes, celle de montrer la persistance d'une exigence de développement durable en dépit des aléas et parfois des incohérences de la législation.

Les articles et contributions reproduits sont regroupés en trois chapitres : la notion de développement durable, son contenu constitutionnel et les principes sur lesquels il s'appuie, notamment le principe de précaution. Chaque chapitre est précédé d'une brève introduction. Les références aux textes reproduits dans le présent ouvrage sont faites sans indication d'auteur et leurs titres sont en italique.

Chapitre 1 : Profil du développement durable

Le terme « développement durable » ayant fait l'objet de nombreux commentaires et de références parfois fantasmées, il est utile de rappeler ici qu'il est avant tout une notion économique transférée ultérieurement au droit. Sa définition, conforme au texte du Principe 3 de Rio et à celle de la Commission Brundtland en 1987⁴⁵, qui est à l'origine de l'introduction du développement durable dans la constitution suisse, doit être maintenue dans un certain cadre, qui en permette l'utilisation concrète dans l'application du droit. Ainsi, une notion « cadrée » de la durabilité est parfaitement opérationnelles pour les entreprises dont l'activité est précisément soumise à une exigence de réconciliation à long terme entre les facteurs environnementaux et sociaux⁴⁶.

Cela ne préjuge en rien de conceptions plus philosophiques, politiques ou éthiques qui peuvent être développées légitimement à partir (ou à côté) de cette notion de base. En particulier, on ne peut ignorer son impact sur les relations commerciales entre pays ayant un degré de développement inégal, soit sa relation avec le commerce dit « équitable », fondé sur des valeurs éthiques. Celui-ci inclut des notions de répartition socialement équitable des biens et de production respectueuse de l'environnement proches de celles relevant du développement durable⁴⁷. Si l'on a parfois pu dire que le foisonnement de conceptions souvent imprécises a contribué au « succès » de la formule, une certaine réduction aux fondamentaux est nécessaire pour évaluer la portée de la notion dans un ordre juridique donné⁴⁸. Les articles reproduits ci-après ont ce but. Il s'agit de :

1.1 L'intégration de l'économie dans le développement durable : cet article est une version remaniée d'un exposé présenté lors de la « Landhaus-Tagung » du 20 février 1999 à Soleure, publié pour la première fois dans le *Forum Helveticum* 1999, p. 23-26, également publié dans l'Annuaire de la Nouvelle Société Helvétique 1999/2000 (La Suisse sous la pression de la mondialisation, p. 269 ss)

1.2 Le développement durable : de l'économie au droit, in : Recherche dans le domaine du développement durable – perspectives des sciences sociales et humaines, *Académie suisse des sciences sociales et humaines*, Bern 2007, p. 207-220.

Ces deux textes liés à des exposés qui ont eu lieu en deux occasions différentes en 1999 présentent des répétitions qu'il ne m'a pas paru utile de supprimer. Une partie des développements contenus dans ces articles seront, d'autre part, repris dans les contributions consacrées au développement durable dans la constitution suisse (ci-dessous Chapitre 2), soulignant ainsi le lien étroit qui s'est créé entre la notion économique et sa transcription juridique.

⁴⁵ Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, Notre avenir à tous, édition française, Montréal 1988 : à l'origine c'est le terme « soutenable » qui qualifiait le développement, par une transposition directe du terme anglais « sustainable », utilisé dans la terminologie italienne également (« sostenibile »).

⁴⁶ PETER FORSTMOSER, Nachhaltigkeit – mehr als ein Schlagwort für die Versicherungswirtschaft, in: Liber Amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag, Bern 2009, p. 113 ss, en particulier 117 ss.

⁴⁷ CHRISTOPH STÜCKELBERGER, Les valeurs fondamentales du commerce équitable, in : Le commerce durable, IUED, Genève 2001, p. 75 ss.

⁴⁸ Voir sur les conséquences de l'imprécision : MICHEL PRIEUR, Droit de l'environnement, droit durable, Bruxelles 2014, p. 19 ss ; sur la difficulté éprouvée par les tribunaux européens (tribunaux nationaux de l'Union Européenne) dans l'application de ce « principe » (non défini comme tel) : *ibidem*, p. 32 ss.

1.1 L'intégration de l'économie dans le développement durable.

A. Le principe du développement durable

Le principe du développement durable est contenu dans la Déclaration de Rio, adoptée par l'ensemble des Etats participants à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en juin 1992. Troisième principe d'une série de 27, il rappelle que « *le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures* ».

Contrairement à une idée trop souvent reçue, il ne s'agit pas principalement d'orienter le développement des pays qui sont supposés en avoir besoin vers une consommation moins vorace que celle des pays plus avancés sur la voie du bien-être matériel. Le principe doit être appliqué par tous les pays qui l'ont proclamé.

Paradoxalement, on réserve le plus souvent le terme de « développement » aux sociétés qui sont présumées ne pas être développées alors que, pour celles qui sont présumées avoir atteint un certain degré de maturité, on aime à parler de « croissance ». Ainsi, à partir d'un certain degré de sophistication dans la satisfaction des besoins, plus rien ne changerait quant à leur nature et seule la quantité de biens matériels ou de satisfactions intellectuelles pourrait encore augmenter. La réalité serait plutôt l'inverse.

Alors qu'il est relativement facile à une société pauvre de « croître » en termes économiques et monétaires seulement, la poursuite de cette croissance au-delà d'une certaine dimension (celle, précisément, des sociétés « développées ») relève du défi aux lois de la physique et de la biologie. Le développement, en revanche, peut être poursuivi bien au-delà des fameuses « limites de la croissance » (une notion que l'on a bien mal comprise), car il consiste à améliorer l'usage qui est fait des capacités, des ressources naturelles ou humaines, des avantages d'une société, que ce soit dans les collectivités publiques ou dans les entreprises commerciales. Il s'agit de mieux maîtriser des besoins qui ne relèvent plus seulement de la survie, de rechercher d'autres moyens de les satisfaire, d'améliorer le rendement de nos ressources naturelles ou intellectuelles. Le développement suppose certainement une utilisation, sinon accrue, du moins différente des ressources à disposition, mais à la différence de la croissance, il implique surtout une amélioration du rendement de cette utilisation. Cette nécessité d'améliorer le rapport existant entre les ressources que nous consommons et la satisfaction des besoins qui en découle est liée à la notion de « durabilité ».

Avec l'engagement pris d'appliquer le principe du développement durable, c'est une décision politique de le mettre en œuvre en Suisse qui a été adoptée et doit maintenant être concrétisée. Dans cette optique, le développement durable doit être compris comme un objectif de politique nationale qui impose de prendre en compte dans l'ensemble de la politique du pays certaines considérations à long terme. Le développement durable est celui qui garantit la préservation dans l'intérêt des générations futures de conditions écologiques, économiques et sociales permettant de satisfaire les besoins légitimes de la société. Cette intégration des trois facteurs du développement durable est souvent représentée par l'image d'un triangle ou, plus volontiers en Suisse, de trois piliers, une représentation architecturale qui a déjà eu son heure de gloire dans le domaine des assurances sociales, mais ne rend que très imparfaitement compte de la nature du principe. On pourrait, de la même façon, dire qu'un orchestre symphonique repose sur trois piliers : les cordes, les bois et les cuivres, ce qui ne donnerait qu'une information très approximative quant aux satisfactions musicales qu'il peut procurer. Cet aspect de synthèse ou d'intégration du concept lui vaut parfois de ce fait la critique d'être compliqué

ou obscur, alors qu'il s'agit simplement d'une notion complexe qui convient à des sociétés par nature complexes.

B. Le développement durable, un principe de droit international

Le principe du développement durable est, à proprement parler, un principe de globalisation. Il suppose en effet une approche mondiale de problèmes qui se posent fondamentalement dans les mêmes termes, quel que soit le lieu ou la culture dans lesquels l'on se trouve. Cette globalisation n'est d'ailleurs, en ce qui concerne les aspects écologiques, que la prise en compte d'une situation préexistante à l'intervention des Etats constituant la communauté internationale. La gestion des ressources naturelles est un problème à caractère global dans la mesure où ces ressources sont d'une part nécessaires à la vie dans toutes les formes de société et d'autre part susceptibles d'être irrémédiablement détruites par des actions se déroulant en dehors des sphères d'intervention des Etats pris individuellement.

En droit international, on admet que ce principe (qui n'est pas une norme directement applicable, mais constitue un élément de nature à influencer la politique de développement, respectivement de croissance) inclut les considérations suivantes :

- la nécessité de prendre en compte autant les besoins des générations futures que des actuelles,
- la nécessité pour des raisons écologiques de poser des limites à l'usage et à l'exploitation des ressources,
- la nécessité d'une certaine équité dans la répartition des droits et obligations dans ce contexte,
- la nécessité d'intégrer globalement tous les aspects de l'environnement et du développement lors des décisions politiques.

Le principe du développement durable est la réponse de pouvoirs nécessairement limités sur le plan géographique à un problème mondial par sa nature et son ampleur. Dans ce contexte, les Etats doivent accepter une redéfinition de leur souveraineté, leur action individuelle n'étant plus adaptée au contexte dans lequel elle prétend s'exercer. Il s'agit plutôt d'une souveraineté partagée qui confère à l'Etat la prérogative de participer à une action politique générale, plutôt que de régner en maître d'une action politique locale.

C. Le développement durable, un principe de l'ordre juridique suisse

Les préoccupations que reflète le principe du développement durable sont la suite logique de la politique de protection de l'environnement qui s'est développée en Suisse par souci de préserver la nature et jusqu'à l'article 24^{septies} Cst. Celui-ci, par une interprétation extensive qui s'est développée au cours des années, couvre la protection de la biosphère en tant que milieu vital et base vitale pour l'homme, les animaux et les plantes, le milieu bâti et les matières premières dans l'optique de leurs effets possibles sur l'environnement (cf. Commentaire de la constitution fédérale, Art. 24^{septies} par le prof. Thomas Fleiner).

Cette formulation globale de la préoccupation de protéger l'environnement suppose toutefois sur le plan des idées une évolution radicale et un approfondissement fondamental de la réflexion en la matière. Son entrée dans le champ de la politique implique une véritable révolution aussi bien sur le fond que sur l'ampleur de la problématique dans l'espace planétaire et dans les différents domaines de l'activité humaine.

Formés dès l'enfance, depuis des générations, à l'idée que l'homme doit dominer la nature, la dompter pour en tirer les moyens de vie, nous sommes mal préparés à admettre que désormais notre tâche

première est au contraire de lui laisser de quoi vivre. Qu'à l'esprit de conquête doit succéder le sens des égards, du partage entre les hommes eux-mêmes, entre ceux d'aujourd'hui et ceux de demain, entre l'humanité et le reste de la création dont elle n'est qu'une composante parmi d'autres. Que l'efficacité n'est plus dans l'exaltation de l'exploitation, mais dans le souci de ne prélever que le strict nécessaire, substituant au profit par le gain celui par la réduction des pertes. Toute cela donne une valeur positive au renoncement que nous n'avons pas l'habitude, ni probablement l'envie, de reconnaître et se concilie mal avec les accents conquérants de certains textes politico-juridiques. Pourtant, tout cela est déjà entré dans les objectifs politiques de notre société à travers un plan d'action du Conseil fédéral qui a fixé, en 1997, ses priorités d'intervention pour orienter la politique écologique et économique de la Confédération, ainsi que sa politique étrangère, vers l'objectif du développement durable. Parallèlement, communes et cantons s'efforcent de réaliser ce même objectif sous le label d'Agendas 21 locaux.

La nouvelle Constitution, qui va prochainement entrer en vigueur, prend acte de cette évolution. Elle utilise désormais le terme de développement durable là où la notion n'était que sous-entendue et là où l'évolution des esprits paraît l'avoir intégrée. S'agissant d'une pure mise en ordre du texte constitutionnel, les allusions demeurent discrètes, mais leur présence rappelle que le passage au développement durable est un acte politique et non juridique, qui ne nécessite, fondamentalement, aucune modification des compétences existantes.

L'article 2 n Cst redéfinit le but de la Confédération (un exercice délicat, si l'on ne veut pas changer le contenu) en lui prescrivant de s'engager « *en faveur de la conservation durable de ressources naturelles et en faveur d'un ordre international juste et pacifique* ».

Le terme de « développement durable » apparaît à l'article 73, dont il constitue la note marginale. Le texte, en revanche, définit un « *équilibre durable* » entre la nature, « *en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain* ». Le terme manque en revanche cruellement au chapitre « Economie » dans les articles consacrés aux principes et à la politique économique. Il apparaît néanmoins à l'article 104 qui fixe pour impératif à la politique agricole de répondre à la fois « *aux exigences du développement durable et à celles du marché* ».

Ce qui est vrai pour l'agriculture est vrai pour l'ensemble de l'économie, dans la mesure où elle dépend toute entière de l'utilisation à long terme de ressources vitales pour l'homme et le milieu vivant qui ne sont pas renouvelables à volonté. Il n'y a plus dans ce domaine de nouveaux espaces, de « nouvelles terres » pour y déployer notre activité expansionniste dont les profits nouveaux seraient tant soit peu partagés. Il n'est plus contestable aujourd'hui que l'avenir de l'humanité passe par la reconnaissance qu'une expansion indéfinie n'est pas concevable dans un monde fini. Nous sommes contraints désormais à la répartition des acquis tout en assurant la conservation de ce dont nous avons hérité. Ce qui est aujourd'hui nouveau en matière de ressources n'est que le résultat d'une meilleure connaissance d'un bien caché. La destruction du milieu naturel nous prive chaque jour d'une découverte qui pourrait être vitale. Le concept de développement durable est donc en tout premier lieu un concept économique. C'est dans ce domaine qu'il doit être à la fois concrétisé et profondément intégré.

D. Le développement durable facteur d'intégration

La nécessité de préserver à long terme la possibilité même d'utiliser les ressources naturelles impose que la décision économique intègre les facteurs à long terme. Dans cette optique, l'économie et l'écologie sont les deux faces d'une même médaille.

Le maintien de la capacité des sociétés de satisfaire les besoins des individus qui les composent tout en réservant la possibilité pour les générations futures de vivre dans des conditions comparables suppose également la préservation de certaines conditions sociales. Une société se juge sur son aptitude à comprendre que les relations de l'homme avec son environnement reflètent l'image des rapports de l'homme avec ses semblables. Le sens de la solidarité entre les hommes n'est pas séparable, fondamentalement, du sens des égards qu'on doit à la nature. Le respect de l'environnement recouvre le respect de l'homme d'aujourd'hui et, surtout, le respect de l'homme de demain. Un minimum de cohésion et de solidarité sociale est donc indispensable à la prise en compte du long terme dans les décisions économiques.

La concrétisation du principe de développement durable impliquera nécessairement le développement de mécanismes intégrateurs des facteurs écologiques et sociaux dans, et non pas contre, les mécanismes économiques. Cela est vrai en particulier dans la définition des règles du libre-échange qui président actuellement au développement de l'économie dite « globale ». La globalisation des marchés ne peut se faire sans une approche également globale du problème de l'épuisement des ressources qui accompagne l'économie de marché. Dans cette optique, les limites posées aux lois du marché ne doivent pas être considérées comme une entrave à son fonctionnement, mais comme un élargissement, lui permettant d'intégrer la dimension des ressources économiques dans sa totalité. Cet élargissement résulte de la prise en compte du long terme qui est l'élément caractéristique du développement durable. La préservation à long terme des ressources vitales signifie la préservation de facteurs de production essentiels (que ce soit dans le domaine de l'énergie, de la chimie, de la pharmacie, de l'agriculture) et constitue une contrainte inévitable. Dans les sociétés qui refuseront d'en tenir compte, il n'y aura plus ni développement (même sous sa forme rudimentaire de « croissance »), ni avenir collectif quelconque.

Les mécanismes économiques de cette intégration ont fait l'objet de nombreuses analyses, de même que les instruments juridiques qui permettent à l'Etat d'imposer l'internalisation des coûts sociaux (au sens de « coûts supportés par la collectivité »). Ils trouvent toutefois leurs limites dans l'internationalisation croissante de la vie économique : les règles du jeu sont de plus en plus souvent définies sur le plan international, faisant apparaître de façon plus criante les contradictions existant entre certaines politiques économiques et les exigences du développement durable.

A côté des Etats, dont le rôle traditionnel est élargi à celui de partenaire dans une définition internationale du développement durable, les organisations internationales ont un rôle croissant à jouer. Elles sont le lieu où peuvent s'élaborer des objectifs globaux, mais aussi des mécanismes de solution des conflits entre les aspirations et des objectifs contradictoires. La nécessité de tels mécanismes apparaît clairement si l'on considère le fonctionnement de ceux qui existent en matière purement économique. Ainsi, l'OMC, qui a considérablement étendu son rôle en matière de solution des conflits, s'est trouvée confrontée à la nécessité de concilier les règles d'ouverture des marchés et la nécessaire protection des ressources. La synthèse s'est avérée difficile et les résultats n'ont pas toujours répondu aux attentes. Que ce soit dans le conflit entre l'objectif de protection des tortues et la libre circulation des produits de la pêche ou lors du refus de prendre en considération le principe de précaution, pourtant instauré par la Communauté internationale, dans le cadre de l'interdiction du veau aux hormones, les limites d'un système à objectif unidimensionnel sont apparues. Un mécanisme de solution des conflits dans ce domaine doit pouvoir octroyer la même valeur et la même portée juridique aux règles et principes internationaux destinés à protéger les ressources qu'à ceux destinés à protéger le marché. Il ne s'agit pas de faire jouer au marché un rôle de substitut de la Providence, à valeur universelle, mais bien d'harmoniser des exigences divergentes avant qu'elles ne deviennent

contradictaires. A long terme, il n'y a pas plus de décisions économiques saines sur un lit de mécontentement social qu'il n'y a de gestion économique des ressources naturelles qui ne tiennent compte de leur disparition probable ou certaine. La décision économique doit tenir compte en particulier de l'irréversibilité, en termes écologiques, de certaines options. Une décision « économique » qui ne tient pas compte de l'usage destructeur des ressources naturelles qu'elle implique, est une mauvaise décision économique. Elle peut parfois, malheureusement, être néanmoins la moins mauvaise à court ou moyen terme, mais si, à long terme, elle atteint la ressource de façon irréversible, elle est sans aucun doute la plus mauvaise.

Nous sommes tous des acteurs économiques : entreprises, consommateurs, collectivités publiques. Ce qui est une saine gestion de l'environnement et de la société par une collectivité publique l'est aussi pour une entreprise, et réciproquement, dans la mesure où l'on définit une gestion saine comme une gestion qui permet à long terme la survie de l'organisme concerné. Le consommateur doit donc être considéré comme partie prenante à une nouvelle définition des critères économiques. La prestation « bon marché » au rayon du supermarché est bien souvent payée par la souffrance du producteur, mais elle est aussi payée par la destruction d'une ressource qui fera, à terme, défaut au même consommateur. Lorsque cette ressource est vitale, c'est le consommateur lui-même qui risque de faire défaut. Dans ce domaine, des trésors de psychologie sont dépensés pour amener le consommateur à modifier son approche gourmande et le transformer en gourmet (labels, taxes, campagnes de presse, etc.), démontrant ainsi, si besoin était, combien l'économie est dépendante de critères qui lui sont présumés étrangers : la morale, l'éthique, la culture.

1.2 Le développement durable : de l'économie au droit

Même s'il n'est pas né à Rio, le principe de développement durable est contenu dans la Déclaration de Rio adoptée par l'ensemble des Etats participant à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en juin 1992. Il a donc aujourd'hui 15 ans en tant que principe reconnu par l'ensemble des nations. Tel qu'exprimé dans la Déclaration de Rio, il rappelle que "le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures". Contrairement à une idée trop souvent reçue, il ne s'agit pas seulement d'orienter le développement des pays qui sont supposés en avoir besoin vers une consommation moins vorace que celle des pays plus avancés sur la voie du bien-être matériel, mais bien d'un principe d'application universelle. La Suisse a adhéré aux principes de Rio et le principe découle également de l'évolution que l'on peut remarquer dans l'approche législative en matière de protection de l'environnement,⁴⁹ comme de l'action politique du Conseil fédéral et du Parlement⁵⁰. Il était dès lors présent dans l'ordre juridique suisse avant d'être inséré dans le texte de la constitution fédérale, en 1999.

Le développement durable est avant tout une notion économique qui a trait à l'utilisation des ressources naturelles, au sens le plus large du terme. Dans ce contexte, la notion de "développement" doit être distinguée de celle, plus spécifiquement monétaire, de "croissance". En remplaçant l'une par l'autre, on insiste sur une évolution qui fait moins appel à l'exploitation accrue des ressources qu'à l'amélioration du rendement de leur utilisation.

a) *Le développement durable, une notion économique*

La Commission mondiale sur l'environnement et le développement qui a popularisé la notion de développement durable, a mis en évidence l'impact destructeur du développement, et surtout de la croissance purement quantitative, sur les ressources naturelles, qui sont pourtant les conditions nécessaires à l'amélioration du niveau de vie des sociétés humaines. L'usage qui est fait des ressources naturelles s'analyse, en premier lieu, en termes économiques. Toutefois, les principes adoptés à Rio ajoutent aux contraintes d'une analyse économique, le souci que l'utilisation des ressources naturelles n'en comporte pas la destruction irrémédiable. Outre le fait qu'un tel usage destructeur comporte généralement l'appropriation de ces ressources en faveur d'une partie seulement de ceux qui en ont besoin, il exclut que ces mêmes ressources soient à disposition des générations futures. A travers le principe de développement durable, la Déclaration de Rio insiste sur la nécessité d'une gestion des ressources naturelles qui en garantissent la disponibilité à long terme. Il ne s'agit donc pas de procéder à une répartition purement mécanique, en fonction de l'offre et de la demande à un moment déterminé. Les besoins des générations futures sont une partie de la demande qui ne peut être quantifiée dans les choix économiques actuels. Ils ne peuvent y être intégrés qu'en attribuant une valeur spécifique au maintien de la ressource. L'objectif de développement durable fixé à Rio comporte donc nécessairement une synthèse entre les critères d'exploitation des ressources de nature économique et

⁴⁹ ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, publié dans : Jean-François Aubert / Jörg-Paul Müller / Daniel Thürer (éd.) *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, §36, N 10.

⁵⁰ Voir en particulier : OFEFP, *Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse*, Berne, 1997; COMITÉ INTERDÉPARTEMENTAL DE RIO (CI-RIO), *Eléments pour un concept de développement durable* OFEFP, Berne 1997; CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Développement durable, Plan d'action pour la Suisse*, OFEFP, Berne 1997 ; ég. GIOVANNI BIAGGINI, « Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre » in *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, p. 957 ss, concernant le rôle « constitutionnel » du droit international (974-975).

ceux de conservation de ces ressources à long terme, de nature écologique. L'ensemble étant mis au service des sociétés humaines (présentes et futures), on arrive ainsi à la description traditionnelle du développement durable comme satisfaisant aux conditions écologiques, économiques et sociales nécessaires à sa réalisation. Cette intégration des trois facteurs du développement durable est souvent représentée par l'image d'un triangle, dans chacun des angles duquel les trois éléments constitutifs de la notion vont se nicher séparément. En fait, les trois éléments sont présents simultanément dans l'ensemble, de sorte que l'image, plus poétique, de l'orchestre est certainement plus adéquate. De même qu'il ne s'agit pas de distinguer dans ce dernier l'importance réciproque des bois, des cordes et des cuivres, mais bien la contribution de leur action commune au résultat musical espéré, il s'agit d'assurer que l'ensemble des facteurs écologiques, économiques et sociaux garantissent un développement soutenu dans une société déterminée.

Le principe de développement durable est, à proprement parler, un principe de globalisation. Il suppose en effet une approche mondiale de problèmes qui se posent fondamentalement dans les mêmes termes, quel que soit le lieu ou la culture dans lesquels on les aborde. Cette globalisation n'est d'ailleurs, en ce qui concerne les aspects écologiques, que la prise en compte d'une situation préexistante à l'intervention des Etats qui forment la communauté internationale. La gestion des ressources naturelles est un problème à caractère global dans la mesure où ces ressources sont, d'une part, nécessaires à la vie dans toutes les formes de sociétés, et, d'autre part, susceptibles d'être irrémédiablement détruites par des actions se déroulant en dehors des sphères d'intervention des Etats pris individuellement. Cet aspect du problème explique sans doute qu'avant même d'être introduit, en tant que concept, dans les législations nationales, le développement durable s'est exprimé dans des conventions internationales. Tel est le cas pour celles qui ont été adoptées à la Conférence de Rio, en même temps que les principes dont il fait partie.

La concrétisation du principe de développement durable impliquera nécessairement des mécanismes intégrant les facteurs écologiques et sociaux dans, et non pas contre, les mécanismes économiques. Cela est vrai en particulier dans la définition des règles du libre-échange qui président actuellement au développement de l'économie dite "globale". La globalisation des marchés ne peut se faire sans une approche également globale du problème de l'épuisement des ressources qui accompagne l'économie de marché. Dans cette optique, les limites posées aux lois du marché ne doivent pas être considérées comme une entrave à son fonctionnement, mais comme un élargissement, lui permettant d'intégrer la dimension des ressources économiques dans sa totalité. Cet élargissement résulte de la prise en compte du long terme qui est l'élément caractéristique du développement durable. La préservation à long terme des ressources vitales signifie la préservation de facteurs de production essentiels (que ce soit dans le domaine de l'énergie, de la chimie, de la pharmacie, de l'agriculture) et constitue une contrainte inévitable. Dans les sociétés qui refuseront d'en tenir compte, il n'y aura plus ni développement (même sous sa forme rudimentaire de "croissance"), ni avenir collectif quelconque.

Les mécanismes économiques de cette intégration ont fait l'objet de nombreuses analyses, de même que les instruments juridiques qui permettent à l'Etat d'imposer l'internalisation des coûts sociaux (au sens de "coûts supportés par la collectivité"). Ceux-ci trouvent toutefois leurs limites dans l'internationalisation croissante de la vie économique: les règles du jeu sont de plus en plus souvent définies sur le plan international, amplifiant ainsi les contradictions existant entre certaines politiques économiques étatiques et les exigences du développement durable. Les Etats ne peuvent donc faire l'économie de règles qui adaptent leur fonctionnement interne à cette exigence accrue.

b) *Le développement durable, un concept juridique*

En Suisse, on peut trouver une expression de cette nécessité dans la nouvelle Constitution fédérale qui contient plusieurs dispositions se référant expressément ou indirectement au concept de développement durable. C'est ainsi que l'article 2 alinéa 2 Cst relatif au but de la Confédération prévoit que celle-ci "*favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays*". La même notion revient à l'alinéa 4 du même article bien que dans une terminologie un peu différente : "*elle s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles...*". Le développement durable figure ensuite à l'article 73 Cst, placé en tête de la section 4 sur l'environnement et l'aménagement du territoire, avec encore une terminologie différente : "*la Confédération et les Cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain*". L'intitulé de l'article est en revanche dépourvu d'ambiguïté. Enfin, l'article 104 Cst impose à la Confédération de veiller "*à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement*" à la sécurité de l'approvisionnement de la population, mais également "*à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural*", de même qu'à l'occupation décentralisée du territoire. L'article 126 Cst imposant à la Confédération un équilibre, à terme, de ses dépenses et recettes, est considéré comme relevant de la même préoccupation. Lors du débat aux Chambres, l'importance de cette référence à un principe également ancré en droit international a été soulignée à diverses reprises⁵¹. Même si la volonté du législateur ne s'est pas toujours exprimée de façon univoque, il s'agit de l'émergence d'un principe constitutionnel qui ne se limite pas à un contenu déclamatoire.

a) *La portée juridique du principe*

Si l'on essaye de résumer la portée de l'insertion de ce nouveau principe dans la Constitution, on verra avant tout l'exigence d'une prise en compte aussi large que possible de la nécessité de préserver à la fois le milieu naturel et des éléments de solidarité sociale caractéristiques, lorsque ces impératifs entrent en conflit avec les buts de certaines lois ou d'autres principes constitutionnels. La complexité du concept ne le rend pas plus impropre à une application concrète que d'autres principes tels que l'égalité ou la proportionnalité qui sont plus familiers aux juristes. C'est ainsi, par exemple, que l'on pourra en tenir compte dans le cadre de la législation économique. Les principes de l'ordre économique sont fixés par l'article 94 Cst. Ils sont fondés sur la liberté économique, avec la précision que la Confédération doit veiller à sauvegarder "*les intérêts de l'économie nationale*" et "*la prospérité*" et la "*sécurité économique de la population*". Cette dernière formule, qui rappelle l'article 2 alinéa 2 Cst concernant les buts de la Confédération qui impose de veiller à la prospérité commune, fait apparaître un objectif qui va au-delà des exigences de liberté économique. Or, l'article 94 alinéa 4 Cst prévoit la possibilité de déroger au principe de la liberté économique par des mesures menaçant la concurrence, lorsque celles-ci sont prévues par la Constitution fédérale. La préservation à long terme des ressources naturelles étant désormais érigée en principe constitutionnel, elle devrait donc entrer dans la pesée des intérêts traditionnels qui s'effectue entre les exigences traditionnelles de l'économie et d'autres exigences de nature sociale ou écologique. On aurait toutefois tort de réduire l'exigence de développement durable à la simple possibilité de dérogation au principe de la liberté économique. Il faut au contraire essayer de concilier ces deux notions de sorte que la garantie de la propriété privée des moyens de production et la liberté contractuelle, qui relèvent de la liberté économique, puissent être mis au service de la préservation à long terme des ressources nécessaires à la vie.

b) *Le développement durable et le principe de précaution*

⁵¹ BO CN 1998, p. 630-631, 649; BO CE 1998, p. 76

La nature complexe du développement durable va en outre l'amener à s'appliquer en conjonction avec d'autres principes. Dans cette perspective, le principe de précaution, que l'on considère parfois comme un de ses « sous-principes », en constitue en tout cas un complément nécessaire, sans en être pour autant un substitut. La préservation à long terme des conditions d'existence des sociétés est en effet difficile à concevoir si l'on attend la preuve de l'absence de viabilité d'un comportement pour le modifier. En matière de ressources naturelles, cette preuve équivaut à la destruction, souvent irréversible, de la ressource (mais il n'en va pas autrement des équilibres culturels ou socio-économiques à l'intérieur des sociétés). Le principe de précaution vise précisément à aborder les problèmes sans recourir à cette pédagogie des catastrophes⁵².

Dans la perspective du développement durable, le principe de précaution n'est toutefois pas limité à des mesures qui relèvent de la protection de l'environnement stricto sensu et ne souffre dès lors pas les restrictions que l'on pourrait être tenté de lui apporter dans le cadre de l'article 74 alinéa 2 Cst : celui-ci reprend, dans sa première phrase, le principe contenu à l'article 1 alinéa 2 LPE. Dans sa version allemande (*Vorsorgeprinzip*), cette notion correspond à la fois au principe de prévention (que l'on qualifie parfois "d'action préventive") et au principe de précaution. Toutefois, cette dernière signification n'a été jusqu'ici évoquée qu'avec beaucoup de prudence⁵³ en Suisse. En revanche, il faut admettre que le principe de précaution est imposé, au même titre que celui d'action préventive (et celui de causalité, figurant à l'article 74 alinéa 2, 2ème phrase Cst) par le principe de développement durable, au-delà du texte de l'article 74 alinéa 2 Cst. Tel est d'ailleurs bien le cas si l'on considère l'influence actuelle du principe de précaution dans des domaines qui relèvent, par exemple, de la biotechnologie, et dont la réglementation est fondée sur la norme de compétence de l'article 120 Cst.

Si l'on essaie de dégager les éléments essentiels de ce principe, on constate qu'il implique les éléments suivants, même si certains sont plus souvent sous-entendus qu'affirmés :

- la volonté d'agir préventivement sans attendre une preuve scientifique au sens strict;
- l'existence d'une marge significative d'erreur résultant de la complexité des systèmes;
- le caractère "proportionnel" des mesures à prendre;
- un renversement du fardeau de la preuve à charge de celui qui propose un nouveau produit, un projet ou une nouvelle technologie;
- la mise en œuvre d'un processus de recherche transparent d'une plus grande certitude scientifique;
- la recherche de solutions alternatives.

L'application systématique de ces éléments permet de définir des solutions qui présenteront des garanties de "durabilité".

⁵² Voir sur cette question MARTIN LENDI, *Subtilitäten des Rechts*, Zürich 1996, p. 92 ss; ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse* (note 49), N 18-19; ég l'arrêt de la Cour suprême indienne dans l'affaire « Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and others », *Journal of Environmental Law* 1997, p. 387 ss.

⁵³ Voir notamment HERIBERT RAUSCH, *Kommentar USG*, Art. 1 N 19, Art 8 N 8 ; KLAUS VALLENDER / RETO MORELL, *Umweltrecht*, Bern 1997, § 5, N 24 ss; BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht I*, Zürich Basel Genf 2009, 3. Auflage, p. 44 ss; MARTIN LENDI (note 52) p. 85 et 92; ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse* (note 49), ch. II.3; on comparera utilement, pour apprécier l'évolution de cette interprétation, l'ATF 116 Ib 265 du 1^{er} novembre 1990, qui analyse le problème des rayons ionisants sous l'angle exclusif de l'aménagement du territoire et de la *prévention au sens strict* (tout en constatant l'absence de risques) et l'arrêt du 30 août 2000 relatif aux valeurs limites en matière de rayons non ionisants (URP/DEP 2000-602), qui relève la marge d'incertitude scientifique dont il faut tenir compte.

Les principes de prévention et de causalité qui sont désormais liés dans l'article 74 Cst ont indiscutablement vocation à s'appliquer dans des cas concrets devant les tribunaux. Dans la mesure où le droit suisse inclut dans un même terme la prévention et la précaution, il faut l'admettre également pour le principe de précaution. Si la classification juridique de ces principes a pu prêter à discussion, leur ascension formelle au rang constitutionnel devrait désormais y mettre fin. On peut comparer avec intérêt la nouvelle situation suisse avec celle de l'Union européenne qui énonce les mêmes principes dans le cadre du Traité consolidé : la Cour de justice des communautés européennes a examiné le grief de violation des principes du pollueur-payeur et de la correction par priorité à la source avec ceux de violation de la proportionnalité et du droit de propriété, sans distinction de nature. Le principe de précaution vient ainsi renforcer le caractère de principe juridique du développement durable dont il constitue un aspect essentiel. La reconnaissance du lien existant entre développement durable et principe de précaution paraît d'ailleurs avoir plus de chances de s'imposer en pratique que celle du développement durable comme principe constitutionnel directement applicable. Le Tribunal fédéral lui-même a examiné les deux principes conjointement dans un arrêt récent relatif à la crise la vache folle⁵⁴. On y constate que l'application de ces deux principes se heurte encore à des objections⁵⁵ quant à la définition du développement durable et à son contenu que l'on pourrait considérer comme conceptuellement dépassées, mais que le lien entre les deux notions paraît clairement reconnu. En même temps, le Tribunal fédéral considère que ces deux principes servent à interpréter et appliquer l'article 9 de loi sur les épizooties, ce qui est bien le rôle que l'on peut attribuer à tout principe juridique⁵⁶.

c) *Le développement durable en droit économique international*

A côté des Etats, dont le rôle traditionnel est élargi à celui de partenaire dans une définition internationale du développement durable, les organisations internationales ont un rôle croissant à jouer. Elles sont le lieu où peuvent s'élaborer des objectifs globaux, mais aussi des mécanismes de solution de conflits entre des aspirations et des objectifs contradictoires. La nécessité de tels mécanismes apparaît clairement si l'on considère le fonctionnement de ceux qui existent en matière purement économique. Ainsi, l'OMC, qui a considérablement étendu son rôle en matière de résolution des conflits, s'est trouvée confrontée à la nécessité de concilier des règles d'ouverture des marchés et la nécessaire protection des ressources naturelles⁵⁷. La synthèse s'est avérée difficile et les résultats n'ont

⁵⁴ ATF 132 II 30 concernant la responsabilité des autorités fédérales pour n'avoir pas pris certaines mesures immédiates pour faire face à la crise de la vache folle (cons. 4.3).

⁵⁵ Les objections de forme relèvent sans doute, pour ce qui concerne spécifiquement le principe du développement durable, d'un excès de scrupules : ce principe apparaît à divers endroits de la constitution et il est difficile de trouver dans les débats qui ont précédé l'adoption des différents articles s'y référant un fil conducteur quant au choix d'un emplacement particulier, si ce n'est peut-être le refus de le faire figurer à l'article 4 Cst (avec la proportionnalité), de sorte que, par sa nature et sa diffusion, ce concept nécessite une interprétation conçue en fonction de l'unité de la constitution (sur cette notion, voire BERNHARD EHRENZELLER, « Bestreben, den Bund zu erneuern », in *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, p. 992).

⁵⁶ ALAIN GRIFFEL (*Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zürich, 2001, p.9) estime pouvoir qualifier le principe de développement comme le « *fundamentale umweltrechtliche Prinzip schlechthin* » ; voir ég. l'examen approfondi qu'il en fait : N 22 ss, p. 20 ss.

⁵⁷ Ainsi, pour interpréter les notions qui relèvent du droit de l'OMC, mais sans y être clairement définies, peut-on se référer à diverses conventions, ratifiées ou non ratifiées par les parties au litige, mais portant toutes sur l'utilisation des ressources naturelles, dans la mesure où elles sont censées, soit refléter la coutume en cette matière, soit concrétiser la référence au « développement durable » contenue dans le préambule à l'Accord OMC 1994: cela a été fait au moins en une occasion (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R) pour définir l'objectif de développement durable, remplaçant dans le Préambule du GATT la « pleine utilisation des

pas toujours répondu aux attentes⁵⁸. Que ce soit dans le conflit entre l'objectif de protection des tortues et la libre circulation des produits de la pêche⁵⁹ ou lors du refus de prendre en considération le principe de précaution, pourtant instauré par la Communauté internationale⁶⁰, dans le cadre de l'interdiction du veau aux hormones, les limites d'un système à objectif unidimensionnel sont apparues. Plus récemment, son approche du contrôle des OGM dans l'Union européenne a montré le caractère inadéquat des catégories juridiques limitées à un seul domaine du droit international. L'idée selon laquelle un moratoire sur l'usage des OGM serait une mesure « phytosanitaire » pour le motif qu'il permettrait de « protéger » l'environnement végétal paraît procéder davantage de l'application mécanique de textes (en l'espèce, l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires)⁶¹ que d'une analyse de la réalité environnementale. Le refus de recourir à des critères d'interprétation ou des notions tirées de conventions sur la protection de l'environnement⁶² pour le motif qu'elles n'ont pas été adoptées par toutes les parties en cause montre en outre l'inconvénient du découpage des réalités en domaines présumés imperméables. C'est ainsi que les organes de l'OMC ont refusé de prendre en considération les modes d'évaluation des risques spécifiquement destinés aux OGM⁶³, tels qu'ils sont définis par le Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des

ressources mondiales » de 1947, qui doit être considéré comme n'étant « *plus adapté au système du commerce mondial des années 90* ».

⁵⁸ La pratique de l'OMC n'est pas pour autant exempte d'ouvertures intéressantes dans ce domaine : ainsi, dans l'affaire dite des « Crevettes » (WT/DS58/AB/R), qui concernait le refus des Etats-Unis d'importer des crevettes pêchées avec des filets qui entraînaient la capture et la mort de tortues marines, l'Organe d'appel de l'OMC a-t-il préconisé une interprétation « évolutive » de l'accord du GATT (en fonction d'une nouvelle conception des ressources naturelles non renouvelables), de même que le recours à la notion de développement durable admise en droit de l'environnement ; il est vrai que ce dernier est mentionné dans le préambule de l'accord GATT et n'est donc pas totalement étranger au droit de l'OMC.

⁵⁹ Ce litige (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R) a fait l'objet d'un examen dans le cadre de l'art. XX g) du GATT 1994 qui a trait aux mesures se rapportant « à la conservation des ressources naturelles épuisables » : ces mesures ne se limitent pas, selon l'Organe d'appel de l'OMC, aux ressources « nationales » (c'est-à-dire se trouvant sur le territoire de l'Etat qui prend les mesures), mais, surtout, elles ne concernent pas seulement les ressources non renouvelables au sens strict, ce qui aurait exclu les espèces vivantes ; il est significatif que l'organe d'appel cite à l'appui de sa conception large le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement.

⁶⁰ Et résultant même, dans une mesure restreinte, d'une disposition de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe 1A.4 à l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (art. 5.7).

⁶¹ Même dans cette optique, on peut d'ailleurs se demander si cette affirmation est compatible avec la définition des mesures « sanitaires et phytosanitaires » que donne l'Annexe A à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech le 15 avril 1994), applicable dans ce domaine, soit : les mesures destinées à préserver les animaux ou les plantes des « parasites, maladies, organismes pathogènes », celles destinées à protéger le territoire des Etats membres des « risques découlant des additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux », celles visant les « maladies véhiculés par des animaux, des plantes ou leurs produits, ou de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites », ou encore de la protection contre « d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites », ou encore la protection contre « d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites » toutes catégories dans lesquelles il paraît difficile de ranger les mesures visant les OGM (surtout si l'on se place dans l'optique de la protection de la biodiversité).

⁶² En l'espèce, l'évaluation des risques selon le Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique.

⁶³ L'Annexe III du Protocole propose une méthode d'évaluation dont le but est « de déterminer et d'évaluer les effets défavorables potentiels des organismes vivants modifiés sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans le milieu récepteur potentiel probable, en tenant compte également des risques pour la santé humaine », qui aurait permis d'apprécier si les mesures prises dans l'Union européenne répondaient aux exigences d'une évaluation adéquate.

risques biotechnologiques, pour apprécier les mesures prises par l'Union européenne dans ce domaine précis, alors même que les accords sur l'OMC (en particulier l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires invoqué en l'espèce) ne contiennent aucune méthodologie d'évaluation des risques.

Un système de solution des conflits prenant en compte l'ensemble des éléments litigieux doit pouvoir octroyer la même valeur et la même portée juridique aux règles et principes internationaux destinés à protéger les ressources qu'à ceux destinés à protéger le marché. Il ne s'agit pas de faire jouer au marché un rôle de substitut de la Providence, à valeur universelle, mais bien d'harmoniser des exigences divergentes avant qu'elles ne deviennent contradictoires. Aussi longtemps qu'il s'agit d'interpréter le droit international, le recours à des définitions, précisions, notions relevant d'autres domaines que la convention invoquée par les parties au litige ne devrait pas être exclus. Les conventions internationales deviendraient alors des règles qui se "supportent mutuellement" au lieu de s'exclure ou de se combattre⁶⁴. Cela est particulièrement vrai des accords internationaux qui ont trait aux trois aspects du développement durable : l'économie, l'écologie et les considérations sociales.

d) En guise de conclusion provisoire

A long terme, il n'y a pas plus de décisions économiques saines sur un lit de mécontentement social qu'il n'y a de gestion économique des ressources naturelles qui ne tienne compte de leur disparition probable ou certaine. La décision économique doit tenir compte en particulier de l'irréversibilité, en termes écologiques, de certaines options. Une décision "économique" qui ne tient pas compte de l'usage destructeur des ressources naturelles qu'elle implique, est une mauvaise décision économique. Elle peut peut-être, parfois, être néanmoins la moins mauvaise à court ou à moyen terme, mais si, à long terme, elle atteint la ressource de façon irréversible, elle est sans aucun doute la plus mauvaise, de tous les points de vue.

Nous sommes tous des acteurs économiques: entreprises, consommateurs, collectivités publiques. Ce qui est une saine gestion de l'environnement et de la société par une collectivité publique l'est aussi pour une entreprise, et réciproquement, dans la mesure où l'on définit une gestion saine comme une gestion qui permet à long terme la survie de l'organisme concerné. Le consommateur doit donc être considéré comme partie prenante à une nouvelle définition des critères économiques. La prestation "bon marché" au rayon du supermarché est bien souvent payée par la souffrance du producteur, mais elle est aussi payée par la destruction d'une ressource qui fera, à terme, défaut au consommateur lui-même. Lorsque cette ressource est vitale, c'est le consommateur qui risque de faire défaut. Dans ce domaine, des trésors de psychologie sont dépensés pour amener le consommateur à modifier son approche gourmande et le transformer en gourmet (labels, taxes, campagnes de presse, etc..), démontrant ainsi, si besoin était, combien l'économie est dépendante de critères qui lui sont présumés étrangers : la morale, l'éthique et la culture.

Même si, pour les juristes, la portée du principe de développement durable suscite encore certains débats, à la fois pour des raisons matérielles (définition) et formelles (place dans le texte constitutionnel), aucune objection fondamentale à son application effective ne devrait être retenue. La répétition de la référence au développement durable et sa place au niveau des buts de la Confédération comme à celui des principes régissant la gestion de l'environnement en indique bien le caractère nécessaire à la mise en œuvre du droit. Sa seule reconnaissance comme critère d'interprétation de certaines normes constitue déjà une façon d'infléchir leur contenu. La pratique de l'OMC a montré

⁶⁴ Comme le relève le Préambule de Protocole de Cartagena : "... les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable".

l'importance que cette méthode peut avoir, en redéfinissant sur cette base la notion de « ressource naturelle épuisable ». Que ce soit comme principe d'interprétation de la loi ou comme justification de mesures relevant de l'appréciation des autorités, le principe de développement durable ne suscite a priori pas plus de difficultés d'application que la notion d'égalité ou celle de proportionnalité. On peut donc espérer que l'évolution des esprits permettra de lui donner dans la pratique du droit la place qui est la sienne dans l'ordre constitutionnel.

Chapitre 2 : Le développement durable dans la constitution

On touche ici au problème de la portée juridique d'un « principe » que l'on a parfois décrit comme un texte purement « déclamatoire », au mieux, « programmatoire », mais sans aucun effet contraignant. Tel n'est toutefois pas le cas, à moins d'admettre que, ni la définition des buts de la Confédération (art. 2, al. 2 et 4 Cst), ni l'orientation de la politique agricole (art. 104 Cst) ou environnementale (art. 73 Cst), ni l'exigence d'équilibres budgétaires (art. 126 Cst) ne sont impératifs pour les collectivités publiques. L'exemple de la législation agricole (ci-dessus, p. 2) indique toutefois que telle n'est pas la conception du législateur. En revanche, on a pu s'interroger sur la portée de ce principe dans la mise en œuvre du droit et la prise de décisions individuelles.

Bien que peu utilisé dans la constitution, le terme de « principe » désigne un élément fondamental de l'ordre juridique constitutionnel. Les principes contribuent à rendre cohérentes des règles contenues dans des lois diverses par leur objet, leur origine et leur portée, remettant ainsi l'administration (voire le législateur) dans le droit chemin de la justice. Ainsi, par exemple, considèrera-t-on une décision qui viole les principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire comme injuste, déraisonnable et source d'insécurité⁶⁵. Un élément de transversalité est introduit dans ce qui apparaîtrait sans cela comme un alignement de règles disparates qui s'ignorent. Il en va de même pour la compréhension des normes constitutionnelles elles-mêmes qui doivent se combiner entre elles⁶⁶. Dans cette optique, le principe de développement durable est exemplaire : son respect permet de trouver des solutions à des développements économiques ou sociaux problématiques nouveaux qui ne soient pas en contradiction avec la législation existante. Ce rôle est développé dans les articles et contributions suivantes :

- 2.1. *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse* : ce texte fait partie de l'ouvrage collectif « Droit constitutionnel suisse », édité par Jean-François Aubert / Jörg-Paul Müller / Daniel Thürer, Zürich 2001, § 36⁶⁷.
- 2.2. *Que fait le développement durable dans la constitution ?* publié dans les Essais en l'honneur du Prof. Charles Albert Morand, « Aux confins du droit », Bâle – Genève - Munich 2001, p. 553 et ss.
- 2.3. *Ordre public écologique et développement durable, l'exemple de la nouvelle constitution suisse* : ce texte a été publié dans les Actes et débats du Colloque de Dijon des 6 et 7 février 2003 sur l'«Ordre public écologique», Bruxelles 2005.

Ils reprennent sur certains points la définition du développement durable figurant au chapitre 1 et complètent les développements relatifs au droit constitutionnels.

⁶⁵ Sur cette question, voir ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, Des règles et des principes constitutionnels, (note 8), p. 174-175.

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ Le résumé de la contribution figurant en tête du texte dans l'ouvrage n'a pas été repris ici.

2.1 Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse

A. Introduction

Analyser les fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse, c'est en premier lieu constater qu'à la différence du texte constitutionnel en vigueur jusqu'en 1999, la Constitution fédérale contient actuellement une option fondamentale définissant les relations de la société qu'elle régit avec l'environnement naturel qui constitue la base de la vie sur l'ensemble de la planète. Ces nouvelles dispositions issues des débats parlementaires vont au-delà de la protection de l'environnement et de la nature introduite progressivement dans la Constitution dès la fin du 19^{ème} siècle, mettant ainsi en évidence la stature acquise par la problématique environnementale dans la société. Les éléments "écologiques" contenus dans la Constitution sont très largement l'expression de valeurs sociales présentes dans la législation existante et leur apparition dans le texte constitutionnel relève de l'adaptation à la réalité, c'est-à-dire de la prise en compte d'éléments apportés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, la pratique des autorités, et en particulier du gouvernement, ainsi que par le droit international⁶⁸. En insistant particulièrement dans le préambule et l'article 2 Cst sur la relation qui doit exister entre la société et le milieu naturel qui lui permet d'exister, ainsi que sur la nécessité de prendre en compte, dans son usage, des intérêts des générations futures, le constituant n'a pas seulement défini de nouveaux "accents" écologiques⁶⁹, mais posé un principe constitutionnel⁷⁰.

a) Le préambule de la Constitution fédérale

Le préambule de la nouvelle Constitution fédérale contient deux éléments relevant d'une conception "écologique" de l'Etat. Tout d'abord, le peuple et les Cantons suisses se déclarent "conscients de leur responsabilité envers la Création". La formule est empruntée à l'article 24^{novies} alinéa 2 aCst sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique des animaux, des plantes et d'autres organismes. On la retrouve dans l'article 120 Cst dans les versions allemande et italienne, alors que, la version française a transformé la "responsabilité envers la Création" en "intégrité des organismes vivants" sans toutefois modifier la portée de cette disposition⁷¹. Le préambule se réfère ensuite aux responsabilités du peuple et des cantons "envers les générations futures". Le texte établit une relation entre ces responsabilités et les "acquis communs" figurant à la même phrase. La reconnaissance d'obligations des générations actuelles envers les générations futures est un élément constitutif du concept de développement durable⁷² que l'on voit apparaître ensuite à l'article 2 Cst.

⁶⁸ DIETER BIEDERMANN, Que nous apporte la nouvelle constitution ? Document de travail du Département fédéral de justice et police (Office fédéral de la justice) du 18 décembre 1998, avec quelques compléments, AJP/PJA 1999, p. 759.

⁶⁹ LUZIUS MADER, Die Umwelt in neuer Verfassung ?, URP/DEP 2000 p. 106.

⁷⁰ Sur cette notion, voir KURT EICHENBERGER in Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction à la Constitution fédérale N 87 ss.; sans parler de "Naturstaat" (BERND SÖHNLEIN, Rechtsstaat und Naturstaat – ein hölzernes Eisen? in Herausgeforderte Verfassung, 16^{ème} Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999, p. 575), on voit émerger un principe constitutionnel ayant pour conséquence une prise en compte aussi large que possible du milieu naturel, lorsque sa protection entre en conflit avec des "buts simplement légaux et d'autres principes constitutionnels, comme l'état de droit, la démocratie ou l'état social" (ibid); voir ég. JÖRG LEIMBACHER, Staat machen ohne Natur? Herausgeforderte Verfassung, 16^{ème} Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999, p. 595 ss; le débat du Conseil national, à l'origine du texte actuel, est ambigu sur cette question, les partisans et adversaires du texte se fondant également sur l'importance qu'ils entendaient conférer au principe de développement durable (BO CN 1998, p. 629-633; ég. BO CE 1998, p. 76: intervention AEBY).

⁷¹ Message du Conseil fédéral : FF 1997 I 340.

⁷² Ci-dessous ad D; cette notion n'était toutefois pas exprimée comme telle dans le projet du Conseil fédéral (FF 1997 I ss, 598).

En principe, le préambule n'a pas de valeur normative. Du moins ne saurait-il fonder des compétences particulières de la Confédération⁷³. Tel était, assez clairement, le cas du préambule précédent qui présentait un caractère narratif très marqué⁷⁴, mais également, sans doute, du nouveau préambule en dépit de son caractère plus programmatique⁷⁵. Le nouveau texte n'en indique pas moins les intentions et les motivations du constituant⁷⁶ auxquelles s'ajoute la conviction que ces éléments font déjà partie de la réalité constitutionnelle⁷⁷. Son rôle d'instrument d'interprétation s'en trouve plus marqué que précédemment⁷⁸.

b) L'article 2 Cst concernant les buts de la Confédération

L'article 2 Cst a été modifié non seulement dans sa structure mais également dans son contenu. Deux références à l'attitude de la Confédération à l'égard de l'environnement et, de façon plus générale, du milieu vital et des ressources naturelles, ont été introduites. Tout d'abord, la Confédération favorise non seulement la prospérité commune (développement économique)⁷⁹, mais également "le développement durable"⁸⁰, situé sur le même plan que la "cohésion interne" et la "diversité culturelle" du pays.

L'article 2 Cst donne un poids particulier au développement durable en reprenant cette notion à son chiffre 4, bien que dans une conception plus limitée qui impose à la Confédération de s'engager "*en faveur de la conservation durable des ressources naturelles*"⁸¹ en même temps qu'en faveur "*d'un ordre international juste et pacifique*". Il s'agit moins d'insister sur cette orientation politique que de souligner qu'on ne saurait aspirer à un "développement durable" purement helvétique en ignorant les dimensions internationales de cette question, en particulier dans la politique d'aide au développement. La coopération internationale dans ce domaine constitue à la fois une condition nécessaire à la réalisation du développement durable sur le plan interne, une nécessité dictée par la nature des choses⁸² et une exigence de justice.

c) La notion de développement durable

La référence au développement durable apparaît explicitement dans l'article 2 chiffre 2 Cst, dans l'intitulé de l'article 73 Cst et à l'article 104 Cst relatif à l'agriculture, qui doit répondre "*à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché*"⁸³. On peut également considérer l'article 2 chiffre 4 comme une référence claire au développement durable en dépit de sa variante rédactionnelle qui reste proche de la définition de l'article 73 Cst.

⁷³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT in Commentaire de la Constitution fédérale, Préambule, n° 19-21; BO CN 1998 p. 619 (interventions SCHMID et DEISS), 623 (intervention WEIGELT).

⁷⁴ AUBERT (note 73), N 9 ss.

⁷⁵ Voir notamment MONIQUE SULSER, Aufbau und Grundsatzartikel in BV-CF 2000, La nouvelle Constitution suisse, Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'Etat, Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse (Editeurs : FLEINER / FORSTER / MISIC / THALMANN) Bâle, Genève, Munich 2000, p. 24; également la remarque d'Aubert (note 73) N 23.

⁷⁶ AUBERT (note 73) N 13 et ss; BO CN 1998, p. 619 (intervention DEISS).

⁷⁷ BIEDERMANN (note 68) p. 759.

⁷⁸ SULSER (note 75) p. 24.; BO CN 1998, p. 623 (intervention WEIGELT)

⁷⁹ AUBERT (note 73), art. 2 N 17.

⁸⁰ Au sens des textes allemand et français de la Constitution. Le texte italien en revanche suppose que le caractère "durable" est un attribut de la "prospérité" souhaitée.

⁸¹ La différence terminologique s'explique peut-être par le fait qu'à la différence du ch. 2, le ch. 4 (resp. ch. 3) figurait dans le projet du Conseil fédéral qui évite soigneusement la formule "développement durable".

⁸² Voir infra ad III.C.

⁸³ Selon le projet du Conseil fédéral, l'agriculture devait être à la fois "durable et orientée vers le marché"(art. 95 du projet).

Dans tous ces cas, il s'agit de la notion de développement durable telle qu'elle a été définie par la Commission Brundtland en 1987⁸⁴ : le développement durable ("soutenable" dans le rapport de la Commission) satisfait les besoins des générations présentes sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire leurs propres besoins. Les doutes sur la portée de cette notion et sa plus ou moins grande précision relèvent davantage du débat politique que de l'interprétation⁸⁵. Il s'agit, certes, d'une notion complexe, qui correspond à la réalité des sociétés modernes, complexes tant au niveau des intérêts qui s'y manifestent qu'à celui des mécanismes économiques ou sociaux impliqués ou des besoins et des aspirations de la population. Le terme de développement durable n'en résume pas moins en deux mots ce qui constitue la finalité de ces sociétés : survivre le plus longtemps possible et évoluer en fonction du monde qui les entoure et du renouvellement constant des aspirations et des enjeux.

Le développement durable est avant tout une notion économique. Il a trait à l'utilisation des ressources naturelles, au sens le plus large du terme. Dans ce contexte, la "prospérité commune" ne s'évalue pas en termes purement monétaires de "croissance", mais par un "développement", c'est-à-dire une amélioration constante du rendement des ressources naturelles, mais aussi humaines et financières. Cette nécessité d'améliorer le rapport existant entre les ressources consommées et la satisfaction des besoins qui en découle est, à son tour, liée à la notion de "durabilité". Ce concept suppose le maintien à long terme des conditions permettant un développement nouveau et, surtout, renouvelable. Dans ce sens, la définition du développement durable inclut nécessairement l'exigence de sauvegarder les chances des générations futures : tout choix de consommation ou de distribution des ressources qui comporte leur destruction immédiate est incompatible avec la notion de durabilité⁸⁶.

Le développement durable doit donc être compris comme un objectif de politique nationale (au même titre que la cohésion interne ou la diversité culturelle) qui ne s'identifie pas exclusivement avec la protection de l'environnement ou des ressources naturelles, bien que celles-ci en soient les bases nécessaires, la consommation d'une ressource naturelle non renouvelable rendant impossible la satisfaction du même besoin par les générations futures. Il ne peut se concevoir sans le respect de conditions économiques et sociales permettant de satisfaire les besoins légitimes des individus. Le développement durable exige donc une synthèse de paramètres jusqu'ici réservés à des domaines présumés de nature différente⁸⁷.

B. De la protection de l'environnement au développement durable

⁸⁴ Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, Notre avenir à tous, édition française, Montréal 1988; le terme "soutenable" utilisé dans le rapport est une transposition directe du terme anglais "sustainable" ("sostenibile" en italien); é.g. Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse, OFEFP, 1997 ; Conseil du développement durable, Développement durable, plan d'action pour la Suisse, OFEFP, 1997, chiffre 1.1, p. 1 ss; BO CN 1998 p. 629 (intervention GROSS).

⁸⁵ Voir sur ce point MADER, URP/DEP (note 69), p. 109 et la controverse amorcée entre Messieurs KOHN et SCHIESSER dans les NZZ du 3 février 99 et du 23 mars 99 (ibid., note 2, p. 109); é.g. BO CN 1998, p. 65 (intervention FEHR).

⁸⁶ Voir en particulier la notion d'"éco-efficience" in STEPHAN SCHMIDHEINY/RODNEY CHASE/LIVIO DESIMONE, Signals of change, World Business Council for Sustainable Development, Genève 1997, p. 10.

⁸⁷ Cette synthèse n'est qu'imparfaitement exprimée par les images des "trois piliers" ou du "triangle magique" souvent utilisées pour exprimer le lien entre économie, écologie et préoccupations sociales : Comité interdépartemental de Rio (Ci-Rio), Eléments pour un concept de développement durable OFEFP 1997, ad ch. 1.1, p. 23; é.g. : Comité interdépartemental de Rio (Ci-Rio) Le développement durable en Suisse état des réalisations OFEFP 1997 ad chiffre 1.4 et ss p. 9 ss ; *L'intégration de l'économie dans le développement durable*, chapitre 1, ch. 1.1, p. 269.

La Constitution fédérale a une longue histoire écologique qui va de la disposition de l'article 25 aCst sur la chasse et la pêche à l'article 73 Cst concernant le développement durable en passant par la série des articles 24 à 24^{novies} qui ont guidé l'évolution de la législation dans ce domaine. L'adoption de l'article 24^{septies} aCst constitue, dans cette perspective, un tournant décisif, non seulement à cause de l'apparition de la notion d'environnement⁸⁸, mais également à cause du devoir de légiférer "sans retard et au mieux"⁸⁹ imposé au législateur qui s'est vu ainsi charger d'une "tâche essentielle de notre Etat"⁹⁰.

a) La protection de l'environnement : l'élaboration d'un concept écologique

On peut définir l'environnement comme étant constitué par l'ensemble, à un moment donné, des agents physiques, chimiques et biologiques et des facteurs sociaux susceptibles d'avoir un effet direct ou indirect, immédiat ou à terme, sur les organismes vivants et les activités humaines⁹¹. L'article 1 LPE, quant à lui, y inclut "les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses⁹² et leurs biotopes⁹³" auquel il ajoute la fertilité du sol. Il s'agit donc d'un concept qui comprend à la fois des éléments du milieu naturel de l'homme, un concept territorial (biotope) et des mécanismes physiques, chimiques et biologiques régissant les interactions entre les organismes vivants⁹⁴.

1. De l'article 25 à l'article 24^{septies} aCst

L'évolution du droit de l'environnement issu des modifications successives de la Constitution fédérale portant sur la protection de ressources naturelles, puis du milieu naturel dans son ensemble, traduit l'évolution des mentalités et des connaissances scientifiques dans ce domaine. A partir d'une législation de police⁹⁵, qui devait permettre à la Confédération d'intervenir dans une situation de quasi désastre⁹⁶ afin de protéger le gros gibier de montagne, ainsi que les oiseaux "utiles à l'agriculture et à la sylviculture", la législation fondée sur l'article 25 aCst a débouché sur l'approche que reflète l'article 79 Cst. La Confédération se préoccupera désormais de "la diversité des espèces de poissons, de mammifères sauvages et d'oiseaux" étendant ainsi sa bienveillance aux "nuisibles" comme aux "utiles", mais, surtout, aux espèces dans leurs écosystèmes.

Cette évolution est celle de l'ensemble des dispositions constitutionnelles sur les ressources naturelles. Très rapidement perceptible dans les dispositions sur les forêts⁹⁷ et dans les avatars de l'article 24^{bis} aCst sur la gestion des eaux, elle a débouché sur l'adoption de l'article 24^{septies} aCst. Le législateur a alors écarté une rédaction de police, qui se serait limitée à la protection contre les immissions, en faveur de la protection de l'"homme" et son "milieu naturel"⁹⁸ dans leur interaction réciproque. Ce

⁸⁸ Encore appelé "milieu naturel" mais correspondant à la notion, désormais solidement implantée, d'"environnement" : Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, L'article 24^{septies} de la Constitution fédérale et la responsabilité du pollueur in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Genève, p. 399 ss.

⁸⁹ Peter SALADIN in *Commentaire de la Constitution fédérale*, article 3 n° 85; Hans-Ulrich MÜLLER-STAEHEL/Heribert RAUSCH, *Der Umweltschutz in der Bundesverfassung*, RDS 1975 I 47.

⁹⁰ Message du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement du 31 octobre 1979, p. 4; Heribert RAUSCH, *Kommentar USG*, N 7 ad art. 1.

⁹¹ *Vocabulaire de l'environnement*, Conseil international de la langue française, Paris, 1976.

⁹² "Lebensgemeinschaften" : RAUSCH (note 90) N 8 ad art. 1; selon le "Vocabulaire de l'environnement" (note 24) : ensemble des animaux et végétaux qui vivent dans les mêmes conditions de milieu et dans un espace donné de dimensions variables.

⁹³ "Lebensräume" en allemand; en français cette notion est proche de celle d'"habitat" ou "écosystème".

⁹⁴ RAUSCH (note 90) N 8-10 ad art. 1.

⁹⁵ FLEINER-GERSTER in *Commentaire de la Constitution fédérale*, Historique et art. 25 n° 2.

⁹⁶ Voir le message du Conseil fédéral in *FF* 1975 III 241; FLEINER-GERSTER (note 95), art. 25.

⁹⁷ Ricardo JAGMETTI in *Commentaire de la Constitution fédérale* art. 24 n° 7 à 11.

⁹⁸ FLEINER-GERSTER (note 95) art. 24 ^{septies} N 1 à 10.

dernier doit donc être géré dans l'intérêt de l'homme, mais aussi de la "création" et des "générations futures". Il acquiert ainsi la valeur d'un bien en soi⁹⁹.

2. Les nouvelles dispositions sur l'environnement (article 73 à 80 Cst)

La rédaction de l'article 74 Cst. consacre cette conception large du droit de l'environnement¹⁰⁰ à laquelle elle garantit une application cohérente en donnant rang constitutionnel aux principes de prévention et de causalité (principe pollueur-payeur). Le rôle du principe de prévention, clairement affirmé lors de l'adoption de l'article 1 alinéa 2 LPE, qui le désigne comme critère d'interprétation prioritaire dans l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités,¹⁰¹ en sort considérablement renforcé.

Le chapitre sur l'environnement et l'aménagement du territoire s'ouvre par l'art. 73 définissant le "développement durable", soit un "équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain". S'il ne fait donc plus de doute que ce principe est décisif pour l'interprétation du droit de l'environnement dans le domaine de l'utilisation des ressources naturelles, la relation est moins claire en ce qui concerne les autres aspects du développement durable¹⁰².

b) Le développement durable et la gestion économique des ressources

1. Economie et écologie

Le "développement durable" est en premier lieu un concept économique¹⁰³. Par son analyse, la Commission mondiale sur l'environnement et le développement qui a popularisé cette notion, a mis en évidence l'impact destructeur du développement, et surtout de la croissance purement quantitative, sur les ressources naturelles, qui sont néanmoins les conditions nécessaires à l'amélioration des conditions économiques¹⁰⁴. En particulier, un développement ne peut être durable que si l'utilisation qu'il fait des ressources naturelles n'en comporte pas la destruction irrémédiable¹⁰⁵. Les dispositions sur la gestion des ressources naturelles relèvent donc, matériellement, du droit économique¹⁰⁶ et le développement durable fusionne indissolublement l'écologie et l'économie¹⁰⁷.

La constitution souligne ce rapport étroit en ce qui concerne la politique agricole (art. 104 Cst). La production agricole doit répondre "à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché" et contribuer substantiellement "à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural". Il serait toutefois erroné d'en déduire que les autres secteurs de l'économie n'auraient pas à se soucier de la préservation des ressources naturelles. L'activité industrielle, et même

⁹⁹ Voir Klaus A. VALLENDER/Reto MORELL, *Umweltschutzrecht*, Bern 1997, p. 4 ss; 70 ss ; ég. le concept de "Naturstaat" défendu par SÖHNLEIN (note 70) p. 576 ss.

¹⁰⁰ FLEINER-GERSTER (note 95) art. 24^{septies} N 31 ss; RAUSCH (note 90) N 8 ss ad art. 1.

¹⁰¹ RAUSCH (note 90) ad art. 1 N 19 ; sur ce principe et ses relations avec celui de précaution, voir infra ad B. 2.

¹⁰² Voir toutefois l'importance de principe attribuée à cette définition par le Conseil des Etats : BO CE 1998, p. 76.

¹⁰³ *L'intégration de l'économie dans le développement durable* d'abord publié dans l'annuaire de la Nouvelle Société Helvétique 1999/2000 : La Suisse sous la pression de la mondialisation, p. 272 ; ég. BO CN 1998 P. 632 (intervention LEUBA); SCHMIDHEINY/CHASE/DESIMONE (note 86), p. 10 ss.

¹⁰⁴ Notre avenir à tous (note 84) 1^{ère} partie, chapitre 1, II.

¹⁰⁵ Voir ég. Plan d'actions pour la Suisse (note 84) p. 2 et 19; Ci-Rio, *Le développement durable en Suisse* (note 87) p. 10-11.

¹⁰⁶ Klaus A. VALLENDER, *Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung*, AJP/PJA 1999 p. 677.

¹⁰⁷ *L'intégration de l'économie dans le développement durable* (note 103), p. 272 ss ; Klaus A VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, Berne 1991, définit la responsabilité de l'Etat dans l'économie comme incluant la protection de l'environnement (p. 240 ss.).

commerciale (notamment à travers la consommation d'énergie), comporte nécessairement une utilisation des ressources naturelles (au minimum l'eau et l'air). Ce faisant, ces secteurs doivent également se soucier de la préservation à long terme de ces ressources, comme en témoigne leur assujettissement aux principes de base de la gestion de l'environnement, le principe de prévention et celui de causalité dont la nature économique ne fait guère de doute¹⁰⁸. La "durabilité" dans l'usage des ressources naturelles relève d'ailleurs d'une réflexion globale relative à l'utilisation de l'ensemble des ressources nécessaires à l'économie, en particulier les ressources financières¹⁰⁹.

2. Le principe de précaution

En matière de gestion des ressources naturelles, il existe une relation étroite entre le principe de développement durable et celui de précaution, énoncés tous deux en parallèle, sur le plan international, dans le cadre de la déclaration de Rio, en 1992¹¹⁰. Le principe de précaution permet de gérer l'incertitude scientifique, tant au niveau de la législation que dans les décisions de mise en œuvre, en particulier celles des tribunaux. Il exige qu'"en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue" ne serve pas de prétexte "pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement". Il pourra privilégier l'abstention en présence de risques qui ne sont pas clairement identifiés ou maîtrisés. Il n'est dès lors pas surprenant que ce principe destiné à répondre aux nombreuses incertitudes existantes dans le domaine écologique ait remporté un succès considérable dans des domaines voisins, en particulier celui de la santé publique¹¹¹.

L'application du principe de précaution est indispensable à une politique de gestion des ressources qui vise à préserver le potentiel pour les générations futures. De ce point de vue, il est difficile de concevoir la notion même de développement durable sans une approche basée sur ce principe¹¹². La Constitution fédérale a intégré les principes de prévention et de causalité à l'article 74 relatif à la protection de l'environnement. Ce faisant, elle a donné un poids supplémentaire à ces principes, tous deux exprimés dans la LPE. A la différence de l'Acte Unique européen, la Constitution fédérale ne mentionne pas expressément le principe de précaution. On peut toutefois considérer qu'il est inclus à la fois dans la notion de développement durable définie à l'article 73 Cst et dans la portée que l'on donne aujourd'hui en droit suisse au principe de prévention¹¹³.

¹⁰⁸ VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit* (note 107) § 16 p. 248 ss ; RAUSCH (note 90) N 20 et 26 ad art. 1, N 11 ad art. 2; Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, *Le principe pollueur-payeur dans la loi sur la protection des eaux, URP/DEP 1999 p. 495 ss. et la littérature citée aux notes 2, 6 et 8.*

¹⁰⁹ Luzius MADER, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, AJP/PJA 1999 p. 704 ; BO CN 1998 P. 635 (intervention LEUBA).

¹¹⁰ Déclaration de la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement réunie à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992, principes 3 (développement durable) et 15 (principe de précaution).

¹¹¹ En dépit du refus de l'organe d'appel de l'OMC de l'appliquer aux risques découlant de l'usage d'hormones dans l'élevage du bétail (Communautés Européennes c. Etats-Unis d'Amérique réf. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R), le principe de précaution est de plus en plus souvent invoqué en matière sanitaire; voir notamment Commentaire TUE-MANES, art. 174 n° 45 ss.

¹¹² En dépit de certaines critiques cette relation est admise en droit international : voir en particulier Philippe SANDS, *International Law in the Field of Sustainable Development : Emerging Legal Principles*, in *Sustainable Development and International Law* (Editeur Winfried LANG) London/Dordrecht/ Boston, 1995 p. 65.

¹¹³ Le texte allemand de l'article 1 al. 2 LPE se réfère à la notion de "Vorsorge" qui correspond en réalité au principe de précaution (Alexandre KISS/Dinah SHELTON *Traité de droit européen de l'environnement*, Paris, 1995 p. 41), comme en témoigne d'ailleurs la version allemande des traités des Maastricht (art. 130r) et d'Amsterdam (art. 174/2). Le reste du texte de l'article 1 alinéa 2 LPE indique toutefois que le législateur se référerait au principe de prévention, comme cela résulte également des textes français et italien (RAUSCH (note

A. *Les relations entre le développement durable et les dispositions constitutionnelles sur l'ordre économique, l'état social et la sécurité du pays*

Les dispositions sur la protection de l'environnement concrétisaient l'intérêt public à la protection de l'environnement au niveau constitutionnel, ce qui a pu justifier des restrictions aux droits fondamentaux, en particulier à la liberté économique¹¹⁴. Le développement durable, but de la Confédération, principe général en matière d'environnement et d'aménagement du territoire, ainsi que pour l'exploitation de certaines ressources économiques (agriculture), constitue également un principe général de nature à faciliter la pesée d'intérêts dans les cas où des restrictions aux droits constitutionnels sont en jeu¹¹⁵. Le développement durable est en outre étroitement lié à certains aspects de la législation et de l'action politique dont l'importance est réaffirmée dans la Constitution.

a) Développement durable et législation économique

L'article 94 Cst. fixe les principes de l'ordre économique. Il consacre le principe de la liberté économique et donne pour tâche à la Confédération de veiller à sauvegarder les "intérêts de l'économie nationale" et "la prospérité et la sécurité économique de la population". Cette dernière formule rappelle l'article 2 alinéa 2 Cst. relatif à la prospérité et au développement durable. Ce dernier est donc en relation directe avec l'objectif de prospérité commune, tout en étant un principe applicable à la gestion des ressources naturelles, qui constitue à son tour une part importante de l'activité économique¹¹⁶.

L'article 94 alinéa 4 Cst prévoit la possibilité de déroger au principe de la liberté économique par des mesures menaçant la concurrence lorsque celles-ci sont prévues par la Constitution fédérale. La préservation à long terme des ressources naturelles compte au nombre des objectifs de cette constitution. La relation entre développement durable et législation économique ne se limite toutefois pas à une pesée d'intérêts dans le cadre de l'article 94 alinéa 4 Cst. Au contraire, le concept de développement durable suppose que le choix du constituant en faveur d'un ordre économique fondé sur une économie privée de marché¹¹⁷ n'est pas remis en question. L'exigence d'assurer la préservation et l'utilisation à long terme des ressources naturelles se réfère en effet aux conditions cadre qui doivent permettre l'intégration dans les mécanismes du marché des considérations écologiques, selon la méthode de l'internalisation des coûts sociaux¹¹⁸.

b) Développement durable et choix de société

90) N 18 ss. ad art. 1). Les travaux parlementaires font néanmoins apparaître des préoccupations qui relèvent du principe de précaution (ibid N 6 ad art. 1); é.g. VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit* (note 107), par. 16 p. 248-9 et la jurisprudence citée; VALLENDER/MORELL (note 99), p. 131 ss.

¹¹⁴ FLEINER-GERSTER (note 95) N 69 ad. art. 24^{septies}; quant au rôle de l'intérêt public dans ce contexte, voir Andreas AUER/Giorgio MALIVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 2 Berne 2000 N 204 ss p. 100 ss; art.3 Cst; voir é.g. PETITPIERRE-SAUVAIN, *L'article 24^{septies}* (note 88) p. 401 et les auteurs cités.

¹¹⁵ Sur la pesée des intérêts et, en particulier, sur son rôle dans le cadre du principe de proportionnalité, voir AUER/MALIVERNI/HOTTELIER (note 114) N 207 ss., p. 102, N 225 ss., p. 112 ss.; sur le rôle des principes dans ce domaine voir Charles-Albert MORAND, *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in *De la constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1996, p. 57 ss., not. 63 à 67; é.g. BO CE 1998 p. 76 (intervention RHINOW).

¹¹⁶ *Supra* ad B, a) 1.

¹¹⁷ Voir VALLENDER, *AJP/PJA* 1999 (note 106) p. 682 ss., 684 et les références citées.

¹¹⁸ Voir notamment Beat BÜRGENMEIER/Yuko HARAYAMA/Nicolas WALLART, *Théorie et pratique des taxes environnementales*, Paris 1997, Première partie, Chapitre 1; *New Market-oriented Instruments for Environmental Policies* (HUPPES/VON DER VOET/VON DER NAALD/MAXSON/VONKEMAN); *European Communities Environmental Policy Series* London 1992, Part. I, ch. 3 p. 16 ss; é.g. SCHMIDHEINY/CHASE/DESIMONE (note 86) p. 12 ss.

La notion de développement durable suppose une intégration de facteurs non seulement écologiques et économiques mais également sociaux dans les décisions ayant trait au développement économique et à la préservation des ressources naturelles. Cet aspect de politique sociale est souvent souligné en rapport avec la lutte contre la pauvreté et la nécessité de développer les économies du Tiers-Monde, mais cette préoccupation est également présente dans les sociétés que l'on considère comme "développées"¹¹⁹. La constitution suisse ne contient aucune référence au développement durable dans la partie consacrée plus particulièrement à la politique sociale¹²⁰. Elle ne consacre pas expressément un droit individuel à un environnement sain ou au maintien des ressources naturelles nécessaires à la vie¹²¹. Seule la protection de la vie humaine elle-même est de nature à assurer indirectement une protection dans ce sens¹²². C'est sans doute dans les buts sociaux énoncés à l'article 41 Cst que l'on peut identifier les éléments qui relèvent de la solidarité sociale à la base de la notion même de développement durable (du moins entre générations vivantes)¹²³. Leur prise en compte dans la définition de la "prospérité commune" constitue une exigence du principe de développement durable.

c) Développement durable et politique extérieure

En droit international, le développement durable est rangé parmi les "principes" qui peuvent : (a) faciliter l'interprétation de normes peu claires, (b) influencer le développement de normes conventionnelles, et (c) s'appliquer aux procédures de contrôle de l'application des normes¹²⁴. Il inclut dans cette optique la nécessité de prendre en compte autant les besoins des générations futures que ceux des générations actuelles, la nécessité, pour des raisons écologiques, de poser des limites à l'usage et à l'exploitation des ressources, l'exigence d'une certaine équité dans la répartition des droits et obligations dans ce contexte, et l'intégration de tous les aspects de l'environnement et du développement lors des décisions politiques qui les affectent.

L'article 2 chiffre 4 Cst qui donne pour but à la Confédération l'engagement "en faveur de la conservation durable des ressources naturelles et en faveur d'un ordre international juste et pacifique" fait de ce principe de droit international un principe directeur de la politique extérieure suisse, concrétisé de deux points de vue : la coopération au développement et la sécurité.

1. Coopération au développement

L'importance du concept de développement durable dans les documents issus de la Conférence de Rio confirme son rôle primordial dans la politique de coopération au développement. Déjà dans le rapport Brundtland la nécessité d'orienter la politique d'aide au développement dans cette direction était à la base de la réflexion sur ce concept. Les conventions internationales issues du processus de Rio, en

¹¹⁹ Plan d'action pour la Suisse, (note 84), p. 2 ss; Ci-Rio (note 87) ch. 1, ad 1.2, 1.4, 1.9, ch. 2 ad 2.2.2 ; ég. VALLENDER/MORELL (note 99) p.12 ss.

¹²⁰ Seul l'article 120, qui relève en réalité de problèmes environnementaux, en particulier de la protection de la diversité génétique, intègre ces considérations, mais il ne figure dans ce chapitre que parce qu'il est issu du même article 24^{novies} aCst que l'article 119 Cst relatif au génome humain (Message du Conseil fédéral (note 67) p. 340).

¹²¹ FLEINER-GERSTER (note 95) N 89 ad art. 24^{septies}.

¹²² Sur un devoir de l'Etat d'empêcher un usage nuisible pour autrui de l'environnement, voir SÖHNLEIN (note 70) p. 576-78; sur le devoir de l'Etat d'intervenir pour protéger l'individu, voir AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, (note 114) N 287 ss p. 141 ss.

¹²³ Plan d'action pour la Suisse (note 84) ad ch. 1.1; sur la portée des buts sociaux AUER/MALIVERNI/HOTTELIER (note 114) N 1493 ss, p. 682-83, not. N 1498.

¹²⁴ SANDS (note 112) p. 56-7

particulier la Convention sur la diversité biologique et celle sur les changements climatiques¹²⁵ contiennent une orientation claire en faveur d'un développement durable. La politique étrangère de la Suisse s'inspire de ce principe lorsqu'elle doit, selon l'article 54 Cst promouvoir la "préservation des ressources naturelles"¹²⁶. Au-delà de la différence terminologique, cette exigence est la même qu'à l'article 2 chiffre 4 Cst. En liant la préservation des ressources naturelles à la lutte contre la pauvreté et au respect de la personne humaine, l'article 54 Cst reprend de façon plus globale qu'à l'article 2 chiffre 4 Cst le principe international de développement durable.

2. Sécurité du pays

L'efficacité de la politique de défense d'un pays se mesure moins à ses effets visibles sur le terrain qu'à son effet de prévention : un pays est bien défendu s'il ne vient à l'idée de personne de prendre le risque de l'attaquer. L'établissement de relations internationales pacifiques et fondées sur la renonciation à l'usage de la force relève donc également de la politique de sécurité. Or, l'approche préventive est aussi le fondement de la réflexion sur la durabilité de ressources d'un double point de vue. D'une part ce que l'on évite de détruire sera plus utile que tous les efforts que l'on pourrait faire pour le remplacer. La notion de "sécurité du pays" et de "protection de la population" de l'article 57 Cst doit donc aujourd'hui être comprise comme incluant l'objectif d'assurer au pays et à sa population une survie à long terme et la satisfaction durable de leurs besoins vitaux¹²⁷. D'autre part, le renforcement des mécanismes de prévention des conflits relève de la même philosophie générale¹²⁸ dans la mesure où il suppose une préoccupation analogue à l'égard du reste du monde.

Sources et littérature

- ANDREAS AUER/GIORGIO MALIVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne, 2000
- Beat BÜRGENMEIER/Yuko HARAYAMA/Nicolas WALLART, Théorie et pratique des taxes environnementales, Paris 1997.
- Comité interdépartemental de Rio (Ci-Rio), Eléments pour un concept de développement durable, Publication de l'OFEFP, Berne 1997
- Comité interdépartemental de Rio (Ci-Rio), Le développement durable en Suisse état des réalisations Publication de l'OFEFP, Berne 1997
- Commission mondiale sur l'environnement et le développement, Notre avenir à tous, édition française, Montréal 1988
- Conseil du développement durable, Développement durable, plan d'action pour la Suisse, Publication de l'OFEFP, 1997.
- HUPPES/VON DER VOET/VON DER NAALD/MAXSON/VONKEMAN, New Market-oriented Instruments for Environmental Policies, European Communities Environmental Policy Series London 1992.

¹²⁵ Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 et Convention cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992; voir également la Convention des Nations-Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique du 17 juin 1994.

¹²⁶ Plan d'action pour la Suisse (note 84) ad. ch. 1.2 et 4.1; Stratégie du Conseil fédéral (note 84) ch. 1.

¹²⁷ Plan d'action (note 84) p. 28.

¹²⁸ Stratégie du Conseil fédéral (note 84) p. 9-10.

- WINFRIED LANG (éd.), Sustainable Development and International Law, London/Dordrecht/Boston, 1995
- LUZIUS MAEDER, URP/DEP 2000, p.107 , Die Umwelt in neuer Verfassung ? – Anmerkungen zu umweltschutzrelevanten Bestimmungen der neuen Bundesverfassung
- CHARLES-ALBERT MORAND, Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles, in De la constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1996
- HANS-ULRICH MÜLLER-STAHEL/HERIBERT RAUSCH, Der Umweltschutz in der Bundesverfassung, RDS 1975 I 47 - OFEFP, Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse, Berne 1997
- HERIBERT RAUSCH, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 1998
- STEPHAN SCHMIDHEINY / RODNEY CHASE / LIVIO DESIMONE, Signals of change, World Business Council for Sustainable Development, Genève 1997
- BERND SÖHNLEIN, Rechtsstaat und Naturstaat – ein hölzernes Eisen? in Herausgeforderte Verfassung, 16ème Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999
- KLAUS A. VALLENDER/ RETO MORELL, Umweltschutzrecht, Bern 1997
- KLAUS A VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 1991.

2.2 Que fait le développement durable dans la constitution fédérale ?

La nouvelle Constitution fédérale contient plusieurs dispositions qui se réfèrent expressément ou indirectement au concept de développement durable. C'est ainsi que l'article 2 alinéa 2 relatif au but de la Confédération prévoit que celle-ci "favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays". La même notion revient à l'alinéa 4 du même article bien que dans une terminologie un peu différente : "elle s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles..."¹²⁹. Le développement durable figure ensuite à l'article 73, placé en tête de la section 4 sur l'environnement et l'aménagement du territoire, avec encore une terminologie différente : "la Confédération et les Cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain". L'intitulé de l'article est en revanche dépourvu d'ambiguïté. Enfin, l'article 104 impose à la Confédération de veiller "à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement" à la sécurité de l'approvisionnement de la population, mais également "à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural", de même qu'à l'occupation décentralisée du territoire. L'article 126 CF imposant à la Confédération un équilibre, à terme, de ses dépenses et recettes, est considéré comme relevant de la même préoccupation¹³⁰. Lors du débat aux Chambres, l'importance de cette référence à un principe également ancré en droit international a été soulignée à diverses reprises.¹³¹ Même si la volonté du législateur ne s'est pas toujours exprimée de façon univoque, il s'agit de l'émergence d'un principe constitutionnel qui ne se limite pas à un contenu déclamatoire.

1. Définition du développement durable

La notion de développement durable a été définie par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (dite "Commission Brundtland") en 1987 : le développement durable ("soutenable" dans le rapport de la Commission) satisfait les besoins des générations présentes sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire leurs propres besoins. Cette définition a été reprise en 1992 dans le cadre de la Déclaration de Rio (déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, principes 3 et 4) . C'est une notion complexe, qui correspond à la réalité des sociétés modernes, complexes tant au niveau des intérêts qui s'y manifestent qu'à celui des mécanismes économiques ou sociaux impliqués ou des besoins et des aspirations de la population. Son contenu est avant tout économique et concerne en premier lieu l'utilisation des ressources naturelles, au sens le plus large du terme. Dans ce contexte, la "prospérité commune" évoquée par la Constitution ne s'évalue pas en termes purement monétaires de "croissance", mais par un "développement", c'est-à-dire une amélioration constante du rendement des ressources naturelles, mais aussi humaines et financières. Cette nécessité d'améliorer le rapport existant entre les ressources consommées et la satisfaction des besoins qui en découle est au cœur de la notion de "durabilité". Elle est parfois expressément liée à l'exigence de n'utiliser que les ressources naturelles renouvelables,

¹²⁹ La différence de terminologie résulte du fait que l'alinéa 4 figurait dans le projet du Conseil fédéral qui ne mentionnait pas le terme "développement durable" alors que l'alinéa 2 a été introduit par les Chambres fédérales dans le but de conférer une certaine importance à ce principe (BO CN 1998, p. 629-633; ég. BO CE 1998, p. 76 : intervention AEBY).

¹³⁰ RENÉ RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung*, Basel/Genève/München 2000, p. 52 ; LUZIUS MADER "Die Sozial- und Umweltverfassung", *AJP/PJA* 1999, 704 ; LUZIUS MADER, "Die Umwelt in neuer Verfassung ?" *URP/DEP* 2000, p. 106 ; BO CN 1998, p.632 (intervention LEUBA).

¹³¹ BO CN 1998, p. 630-631, 649; BO CE 1998, p. 76.

c'est-à-dire de ne percevoir que les "revenus" de la nature sans en entamer le "capital". Si cette exigence relève sans doute du développement durable, elle n'en est pas le seul critère.

Le développement durable n'est concevable, selon sa définition même, que s'il remplit les conditions de : (a) préserver les ressources naturelles nécessaires à la vie, (b) garantir la solidarité entre les individus, les sociétés et les générations, (c) permettre la satisfaction des besoins légitimes des individus et des sociétés. Il est par essence un principe de synthèse.

2. *Le développement durable en droit international*

D'abord qualifié d'"émergent", le principe de développement durable paraît actuellement bien établi en droit international. Depuis la déclaration de Rio, il ne manque pas d'être réaffirmé dans toutes les conventions multilatérales ayant trait aux ressources naturelles, ainsi que, de façon particulièrement significative, dans le préambule de l'accord OMC de 1994¹³². Le principe se voit ainsi attribuer diverses fonctions à la portée normative variable. Tout d'abord il constitue un moyen d'interprétation des textes conventionnels. Il peut d'autre part servir d'éléments de référence dans le contrôle de la bonne application et de l'exécution de conventions internationales. Il peut enfin donner des lignes directrices dans le cadre de négociations en vue de l'élaboration de nouvelles normes ou du développement de normes existantes¹³³.

Dans ce contexte, le principe du développement durable est considéré comme incluant un certain nombre d'éléments eux-mêmes qualifiés de "principes" ou de "sous-principes". Il s'agit tout d'abord du principe de la solidarité entre générations, et d'autre part de l'usage "soutenable" ou "durable" des ressources naturelles auquel s'ajoute parfois la notion d'"équitable". Enfin, la synthèse de ces divers aspects est caractéristique du principe parfois également qualifié, de ce fait, de "principe d'intégration". En outre une série d'autres principes, découlant, soit de la déclaration de Rio, soit d'autres conventions multilatérales sur la protection de l'environnement sont considérées comme ayant une relation particulièrement étroite avec la notion de développement durable, notamment le principe de collaboration internationale et celui de responsabilité conjointe mais différenciée, de même que les principes désormais classiques en droit interne comme en droit international d'action préventive (ou "de prévention"), de causalité (plus connu comme "pollueur-payeur") et de précaution.

L'accord de 1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce présente un intérêt particulier dans cette perspective, au vu de l'interprétation qui en a été faite par l'organe d'appel de l'OMC dans le cadre du litige relatif aux importations de crevettes en provenance de pays du sud-est asiatique. Dans le préambule de l'accord, en effet, l'objectif de "pleine utilisation des ressources mondiales", qui avait été retenu en 1947, a fait place un objectif d'"utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable". La décision de l'organe d'appel de l'OMC soulignant la nécessité d'interpréter les accords du GATT dans une perspective évolutive, en particulier lorsqu'ils se réfèrent à des notions relevant du droit de l'environnement, cite, de façon significative, le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement dans sa définition d'une conception

¹³² Parmi les conventions ayant un objectif très large, on relèvera l'art. 6 de la Convention sur la diversité biologique qui engage les parties contractantes à intégrer "la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique" dans leurs plans, programmes et politiques diverses, ainsi que l'art. 3 ch. 5 de la Convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 qui en fait un objectif du système économique. Eg. l'art. 2 al. 1 de la Convention des Nations-Unies sur la lutte contre la désertification.

¹³³ Voir sur ces questions l'examen détaillé de PHILIPPE SANDS, "International Law in the field of the Sustainable Development : Emerging Legal Principles", in : WINFRIED LANG (éd.) *Sustainable Development and International Law*, Londres 1995, p. 56 ss.

large des ressources naturelles épuisables au sens de l'article XX (g) du GATT 1994. La référence au "développement durable" doit, dans ce contexte, être comprise dans le sens donné par diverses conventions multilatérales, portant toutes sur l'utilisation des ressources naturelles, qui sont censées refléter la coutume en cette matière.

Si, en droit international, l'application du principe de développement durable peut donc être considérée comme ayant un impact direct sur l'application et l'interprétation de normes conventionnelles, une certaine incertitude subsiste quant au degré de concrétisation, que le principe peut souffrir. Il consacre néanmoins la prépondérance des considérations de gestion à long terme des ressources communes sur l'exploitation destructrice à court terme et il appartient au législateur et aux tribunaux nationaux d'en préciser les applications concrètes.

3. *La portée de principe de la référence au développement durable*

La présence du principe de développement durable dans l'ordre juridique suisse avant son insertion dans le texte de la Constitution fédérale ne devrait pas faire de doute¹³⁴, même si sa portée n'a pas eu l'occasion d'être précisée dans la pratique. La Suisse a adhéré aux principes de Rio et le principe découle également de l'évolution que l'on peut remarquer dans l'approche législative en matière de protection de l'environnement,¹³⁵ comme de l'action politique du Conseil fédéral et du Parlement¹³⁶. Sa consécration dans le nouveau texte et l'importance que lui a attribuée, à cette occasion, le législateur,¹³⁷ devrait permettre d'aboutir à la conclusion qu'il s'agit d'un principe décisif pour l'interprétation et l'évolution de l'ensemble du droit suisse.

a) Le développement durable, un principe constitutionnel

Le nouveau texte de la Constitution contient des principes et des notions fondamentales de nature diverse dont il conviendra d'interpréter la portée,¹³⁸ surtout pour ceux d'entre eux qui ne correspondent pas aux types de principes précédemment admis. S'il est vrai que leur multiplication peut rendre plus difficile leur application cohérente¹³⁹, ils n'en ont pas moins été voulus (et parfois avec insistance) par

¹³⁴ Voir notamment sur cette question MARTIN LENDI, *Subtilitäten des Rechts*, Zürich 1996, p. 74 ss.

¹³⁵ ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, "Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse," in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, JÖRG-PAUL MÜLLER ET DANIEL THÜRER (éd.) *Manuel de droit public suisse*, Zürich 2001, §36, N 10 ss.

¹³⁶ Voir en particulier : OFEFP, *Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse*, Berne, 1997; COMITÉ INTERDÉPARTEMENTAL DE RIO (CI-RIO), *Eléments pour un concept de développement durable* OFEFP, Berne 1997; CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Développement durable, Plan d'action pour la Suisse*, OFEFP, Berne 1997 ; ég. GIOVANNI BIAGGINI, « Die Oeffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre » in *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangertner*, p. 957 ss, concernant le rôle « constitutionnel » du droit international (974-975).

¹³⁷ BO CN 1998, P. 629-633 (interventions FRITSCHI, ZWYGART, LEUBA) ; ég. BO CE 1998, p. 76 (intervention AEBY).

¹³⁸ RENÉ RHINOW, (note 130), p. 52 attribue au principe de développement durable une complexité plus grande qu'à ceux de l'intérêt public ou de la proportionnalité. Pour BERNHARD EHRENZELLER (« Im Bestreben, den Bund zu erneuern », in *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangertner*, p. 992) il nécessite une concrétisation systématique ; HENRICH KOLLER (« Die Aufnahme staatsgestaltender Grundsätze », in *Der neue Bundesverfassung, Solothurner Festschrift zum Schweizerischen Juristentag 1998* p. 41) exprime toutefois des réserves quant à la multiplication des principes éthiques et écologiques dans la nouvelle constitution.

¹³⁹ HENRICH KOLLER (note 138), p. 41ss.

le législateur¹⁴⁰. Le développement durable apparaît dans ce contexte comme un principe constitutionnel imposant une prise en compte aussi large que possible de la nécessité de préserver à la fois le milieu naturel et les éléments de solidarité sociale qui le caractérisent, lorsque ces impératifs entre en conflit avec des "buts simplement légaux et d'autres principes constitutionnels"¹⁴¹.

La complexité du concept ne le rend pas plus impropre à une application concrète que d'autres principes réputés plus simples (égalité ? proportionnalité ?), mais en réalité seulement plus familiers. Son but ne se limite pas davantage à orienter le raisonnement juridique. En revanche, son interprétation doit être à la fois concrétisée et harmonisée, au-delà des différences de rédaction qui l'accablent, des "responsabilités envers les générations futures" du préambule à "l'établissement d'un équilibre durable entre la nature... et son utilisation" de l'article 73 CF, en passant par le développement durable proprement dit de l'article 2 alinéa 2 CF. Il ne s'épuise pas en une option fondamentale de nature politique, mais constitue bien un principe constitutionnel susceptible d'être appliqué par les tribunaux en conjonction avec des droits.

La nature complexe du Développement durable va en outre l'amener à s'appliquer en conjonction avec d'autres principes. Dans cette perspective, le principe de précaution, que l'on considère parfois comme un de ses « sous-principes », en constitue en tout cas un complément nécessaire, sans en être pour autant un substitut. La préservation à long terme des conditions d'existence des sociétés est en effet difficile à concevoir si l'on attend la preuve de l'absence de viabilité d'un comportement pour le modifier. En matière de ressources naturelles, cette preuve équivaut à la destruction, souvent irréversible, de la ressource (mais il n'en va pas fondamentalement différemment des équilibres culturels ou socio-économiques à l'intérieur des sociétés). Le principe de précaution vise précisément à aborder les problèmes sans recourir à cette pédagogie des catastrophes. Dans la perspective du développement durable, le principe de précaution n'est toutefois pas limité à des mesures qui relèvent de la protection de l'environnement stricto sensu et ne souffre dès lors pas les restrictions que l'on pourrait vouloir lui apporter dans le cadre de l'article 74 alinéa 2 CF qui reprend, dans sa première phrase, le principe contenu à l'article 1 alinéa 2 LPE. Dans sa version allemande (Vorsorgeprinzip), cette notion correspond à la fois au principe de prévention (dans la terminologie européenne, celui "d'action préventive") et au principe de précaution. Toutefois, cette dernière signification n'a été jusqu'ici évoquée qu'avec beaucoup de prudence par la doctrine et la jurisprudence. En revanche, il faut admettre que le principe de précaution est imposé, au même titre que celui d'action préventive (et celui de causalité, figurant à l'article 74 alinéa 2, 2ème phrase) par le principe de développement durable, au-delà de l'article 74 alinéa 2 CF. Tel est d'ailleurs bien le cas si l'on considère l'influence actuelle du principe de précaution dans des domaines qui relèvent, par exemple, de la biotechnologie, et dont la réglementation est fondée sur la norme de compétence de l'article 120 CF.

¹⁴⁰ Sur la multiplicité et la diversité des principes constitutionnels dans l'ancienne Constitution voir KURT EINHENBERGER in *Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction à la Constitution fédérale* N 87ss; ég. BLAISE KNAPP "Les principes constitutionnels et leurs relations" in *Festschrift Nef*, Zürich 1981, p. 167ss; CHARLES-ALBERT MORAND "Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles" in *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort sur le Main, 1996, p. 57 ss, 61-62.

¹⁴¹ Bernd SÖHNLEIN, "Rechtsstaat und Naturstaat – ein hölzernes Eisen?" in *Herausgeforderte Verfassung*, 16ème Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999, p. 575; ég. Jörg LEIMBACHER, "Staat machen ohne Natur?" in *Herausgeforderte Verfassung*, 16ème Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999, p. 595 ss; BÉATRICE WAGNER PFEIFER (*Umweltrecht I*, Zürich 1999, p. 30) souligne cet aspect en indiquant comme domaine d'application du principe non seulement l'agriculture mais également le secteur énergétique.

b) Choix législatifs et application du principe.

Les principes de prévention (respectivement de précaution) et de causalité ont indiscutablement vocation à s'appliquer dans des cas concrets devant les tribunaux. Si la classification juridique de ces principes a pu prêter à discussion, leurs ascension formelle au rang constitutionnel devraient désormais y mettre fin. On peut comparer avec intérêt la nouvelle situation suisse avec celle de l'Union européenne qui énonce les mêmes principes dans le cadre du Traité : la Cour de justice des communautés européennes a examiné le grief de violation des principes du pollueur-payeur et de la correction par priorité à la source avec ceux de violation de la proportionnalité et du droit de propriété, sans distinction de nature. La portée du principe de développement durable, en revanche, suscite encore certains doutes, à la fois pour des raisons matérielles (définition) et formelles (place dans le texte constitutionnel).

Les objections de forme relèvent sans doute, pour ce qui concerne spécifiquement le principe du développement durable, d'un excès de scrupules. Ce principe apparaît à divers endroits de la constitution et il est difficile de trouver dans les débats qui ont précédé l'adoption des différents articles s'y référant un fil conducteur quant au choix d'un emplacement particulier, si ce n'est peut-être le refus de le faire figurer à l'article 4 CF. De par sa nature, ce concept nécessite une interprétation conçue en fonction de "l'unité de la constitution".

En ce qui concerne l'argument de fond, il n'a pas trait à sa nature de principe, mais bien à sa portée pratique. Il s'agit de savoir dans quelle mesure ce principe va au-delà d'une déclaration "de programme" ou, au mieux, d'une "option fondamentale". Sur ce point, il convient de distinguer la portée du principe à l'égard du législateur et celle qu'il peut avoir dans la mise en œuvre du droit.

i) Choix législatifs

La notion de développement durable comporte au moins trois éléments qui sont décisifs pour l'orientation de choix législatifs : (a) l'exigence de cohérence entre les objectifs économiques, écologiques et sociaux, (b) la préférence donnée aux solutions garantissant à long terme le maintien de cette cohérence et la sauvegarde des ressources naturelles vitales et (c) l'application du principe de précaution. Dans les choix législatifs, ces trois éléments sont une nécessité à laquelle ni le Gouvernement ni le Parlement ne sauraient se soustraire¹⁴². Il ne semble d'ailleurs pas que le législateur (ou du moins le Conseil fédéral) le veuille, comme en témoigne le projet dit "Gen-Lex" pour ce qui a trait aux organismes génétiquement modifiés¹⁴³. Le respect de cette obligation constitutionnelle suppose toutefois une cohérence dans l'action appliquée à un ensemble de domaines qui ne sont pas toujours perçus comme étroitement liés¹⁴⁴. La difficulté à faire adopter une réforme fiscale écologique (rejetée par le peuple en septembre 2000) en témoigne de façon éloquentes¹⁴⁵. De ce point de vue, les problèmes posés par l'application de la nouvelle constitution ne diffèrent pas fondamentalement de l'obligation de mettre en œuvre les engagements pris sur le plan international. Or

¹⁴² LUZIUS MADER (note 130) p. 115, qui cite en particulier la controverse relative au droit de recours des organisations de protection de l'environnement (ALEXANDRE FLUCKIGER/CHARLES-ALBERT MORAND/THIERRY TANQUEREL, *Evaluation du droit de recours des organisations écologistes* OFEFP, Berne 2000).

¹⁴³ ANNE PETITIERRE-SAUVAIN (note 135) ch. II.3; ég. *Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse* (note 136).

¹⁴⁴ Sur l'ampleur de la tâche, voir CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 136) ch. 2 et 4.

¹⁴⁵ Sur la nécessité d'une telle réforme dans l'optique de développement durable : *ibid* ch. 4.5; ég. KLAUS A. VALLENDER "Ökologische Steuerreform und Eidgenössische Energieabgaben" *URP/DEP 2000 527 ss.*

L'on sait que cette mise en œuvre se heurte à des difficultés relevant parfois de l'incompréhension, mais le plus souvent du manque de volonté et de ressources¹⁴⁶. En revanche, les objections fondées sur la compatibilité avec le système de l'OMC ne sont insurmontables, ni au regard de l'évolution des traités multilatéraux en matière de protection de l'environnement, ni sur la base de la jurisprudence de l'organe d'appel de l'OMC¹⁴⁷.

L'application du principe du développement durable peut amener le législateur à restreindre certaines libertés fondamentales. Une loi fondée sur ce principe satisfait en tout cas à l'exigence d'un intérêt public. Pour certaines d'entre elles, il s'agit en réalité d'une nouvelle définition (ou d'une évolution de la définition) qui relève de l'interprétation de cette liberté elle-même. Telle est le cas pour la liberté économique, puisque le développement durable est, en soi, un concept économique. Il s'agit ici de considérer la liberté économique, dans sa fonction institutionnelle, comme intégrant le facteur de durabilité dans la notion même d'économie de marché. Dès lors, l'« ordre économique fondé sur le marché », que l'on évoque souvent pour faciliter la compréhension de la liberté économique, ne mérite le qualificatif d'« ordre » que si le marché en question permet de satisfaire l'exigence de «durabilité». Dans l'analyse économique, cette exigence correspond à celle d'intégration (ou internalisation) des coûts sociaux et environnementaux. Le marché lui-même, qui n'est qu'un mécanisme d'échange de biens, ne peut constituer un bien en soi, mais seulement une expression de la liberté des acteurs économiques. Encore faut-il qu'il fonctionne de façon adéquate, c'est-à-dire qu'il puisse réaliser sa fonction d'échange de biens et de fixation de prix de telle sorte que ces derniers correspondent à un optimum (rencontre de l'offre véritable et de la demande informée). L'existence de coûts externalisés (soit, reportés sur la société dans son ensemble) constitue un dysfonctionnement du marché, de sorte que l'exigence d'internalisation ne constitue pas une entrave au marché, mais le rétablissement du marché véritable. Traduite en termes juridiques, cette exigence n'est donc pas une restriction de la liberté économique.

ii) Application de la loi

L'application du principe du développement durable comme critère d'interprétation de l'ensemble du droit ne pose pas davantage de problèmes particuliers. Certes, le caractère durable d'une mesure peut être examiné dans de nombreux domaines, qui ne se limitent pas à la protection de l'environnement, ce qui permet à l'exigence de durabilité d'être intégrée aux décisions, qu'elles soient politiques ou de stricte application de la loi, qui relèvent de domaines que l'on n'associe pas traditionnellement avec la préservation des ressources naturelles. Pour ce dernier domaine, l'application pratique devrait être d'autant moins discutable que l'article 73 CF relatif au développement durable sert de "chapeau" à l'article 74 CF qui contient les deux autres principes qui lui sont habituellement associés le plus étroitement, celui de précaution-prévention et celui de causalité. Or, ceux-ci sont issus de la LPE dans laquelle ils jouaient précisément ce rôle.

En soi, la compatibilité avec ce principe d'une mesure déterminée, dans un cas concret, ne constitue pas un examen plus complexe que pour ces derniers. Sa mise en œuvre ne paraît pas non plus être plus

¹⁴⁶ Voir notamment GÜNTHER HANDL, "The Sustainable Development : General Rules Versus Specific Obligations" et ANTONIA HANDLER CHAYES / ABRAM CHAYES/ RONALD B. MITCHELL "Active Compliance Management in Environmental Treaties", in *The Sustainable Development and International Law* (note 133) p. 75 ss ; ég. l'expérience anglaise : ANDREA ROSS, "Greening Government – Tales from the New Sustainability Watchdog," *Journal of Environmental Law* 2000 175 ss.

¹⁴⁷ ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN (note 135) ch. II.3 ; WT/DS 58/AB/R, p. 81 ss ; *Message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 1^{er} mars 2000* : FF 2000 2283 ss.

difficile que celle du principe de proportionnalité ou de tout autre principe faisant appel à une pesée d'intérêts. La proportionnalité occupe toutefois désormais, par son inscription à l'art. 5 CF, une place dans l'ordre constitutionnel que l'on a refusée au principe de développement durable. On n'en peut déduire pour autant qu'il y ait une différence qualitative, le développement durable ne pouvant justifier un choix d'interprétation ou s'opposer à une application du droit qui en violerait les fondements. D'une part, en effet, ce principe était présent dans l'ordre juridique avant d'être inscrit dans le texte constitutionnel. D'autre part, le débat relatif à un éventuel article 4a qui l'aurait repris comme "autre" principe, ne tient pas compte de l'ensemble des mentions du développement durable dans la constitution et de ses relations avec les principes de l'activité de l'Etat de l'actuel article 5 CF. Que ce soit dans l'examen de l'intérêt public ou pour le respect du droit international (alinéas 2 et 4) l'examen de la durabilité a sa place.

Il s'agit donc d'examiner si une mesure est conforme à l'objectif politique recherché (dans ce cas le développement durable comme objectif de gouvernement), mais également de s'assurer qu'intrinsèquement la mesure répond aux critères essentiels de la durabilité. Ceux-ci doivent donc être dégagés et, sans doute, schématisés, pour permettre cette évaluation. Ils comportent nécessairement la cohérence entre les aspects écologiques, économiques et sociaux de la mesure et sa viabilité à long terme dans l'optique de la préservation des ressources naturelles.

iii) Application au droit cantonal

La portée du principe pour les cantons a toujours fait l'objet de références très prudentes.¹⁴⁸ Le texte de l'article 73 CF ne laisse aucun doute quant au fait qu'il s'impose également aux cantons. S'agissant d'une même notion que la constitution reprend dans divers contextes, il n'y a pas lieu d'en déduire que les cantons seraient moins tenus de le respecter que la Confédération (dont il est un but) ou qu'ils ne pourraient s'en prévaloir pour justifier les mesures qu'ils prennent pour le réaliser. Les remarques formulées dans ce sens lors du débat aux chambres fédérales sont dépassés par le texte finalement adopté et par la nécessité d'assurer une interprétation cohérente de la constitution.¹⁴⁹

Les cantons sont, tout comme la Confédération, en mesure de se prévaloir de l'interprétation de la liberté économique qui résulte de la prise en compte du développement durable. Ils peuvent également considérer que leurs interventions fondées sur des préoccupations de développement durable répondent au critère d'intérêt public (art. 5 al. 2 CF). En revanche, il ne leur est pas loisible d'en faire abstraction dans leur politique économique, sociale et environnementale, sous le prétexte que le développement durable ne relèverait que des buts de la Confédération. Une telle interprétation, outre l'incohérence qu'elle introduirait dans l'interprétation du principe lui-même, irait à l'encontre de l'article 73 CF et violerait également l'article 5 alinéa 4 CF.

4. Conclusion

Le développement durable comme objectif politique ne peut se réaliser "par le seul établissement de règles d'actions simples. Le développement durable doit être compris comme un processus d'apprentissage économique, social et politique à long terme". Sa concrétisation et sa mise en œuvre supposent en particulier "une harmonisation des intérêts politiques, sociaux et économiques"¹⁵⁰,

¹⁴⁸ Voir par exemple : CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 136) ch. 3.2 p. 12-13 ; ég. l'intervention parlementaire d'OSTERMANN pourtant favorable au principe (BO CN 1998, p. 630).

¹⁴⁹ Dans le sens préconisé par BERNHARD EHRENZELLER (note 138) p. 992, en tenant compte en particulier de la portée du préambule.

¹⁵⁰ CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 138) ch. 1.1 p. 3.

articulée autour de la prise en considération du seuil de tolérance écologique de la biosphère, la cohérence des mesures adoptées et la prise en compte des générations futures.

En prenant dans la Constitution la place qui lui revenait, il est reconnu comme instrument d'évaluation et de pilotage de la mise en œuvre concrète de ces exigences. L'évaluation de la durabilité d'une mesure devient dès lors un élément de compatibilité de cette mesure avec les valeurs fondamentales de la Constitution. Le principe peut ainsi favoriser "l'internormativité croisée entre les valeurs et intérêts exprimés dans le cadre des politiques publiques et ceux qui figurent dans d'autres réseaux normatifs" qu'évoque Charles-Albert Morand à propos notamment du principe de proportionnalité.

L'attribution d'une portée plus modeste (caractère purement programmatique) à cette exigence paraît difficilement compatible avec sa réaffirmation à la fois dans le préambule, dans les buts de la confédération et dans l'exercice des compétences qui lui sont conférées dans la gestion des ressources naturelles. "L'introduction à l'échelle mondiale du développement durable deviendra à long terme une question de survie pour l'humanité"¹⁵¹. On peut espérer que l'évaluation permanente de l'action de la Confédération et des Cantons en fonction de l'exigence constitutionnelle de développement durable puisse apporter une contribution à cette survie.

¹⁵¹ CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 138) ch. 1.2 p. 6.

4.3. Ordre public écologique et développement durable. L'exemple de la nouvelle constitution suisse

A. La mention du développement durable dans la constitution suisse¹⁵².

La révision totale de la Constitution fédérale suisse a été adoptée par scrutin populaire (majorité du peuple et majorité des cantons) le 18 avril 1999. La nouvelle constitution est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. L'ambition de la révision n'était pas un remaniement fondamental du contenu, mais une mise à jour et une modernisation du texte remontant à 1874, quoique souvent modifié et amendé. Selon le gouvernement, il s'agissait surtout de supprimer ou de moderniser des dispositions "dépassées" ou "désuètes". Il fallait consolider l'acquis et préparer l'avenir. Néanmoins, bien que le terme ait été soigneusement évité par le projet du gouvernement, c'est à l'occasion de cette révision que le *développement durable* a fait son entrée dans la constitution.

Le terme « développement durable » ne figure expressément qu'aux articles 2 al. 2 (buts de la Confédération) et 104 (agriculture) Cst. Il constitue en outre le titre de l'art. 73 (protection de l'environnement) Cst placé en tête du chapitre sur l'environnement et l'aménagement du territoire. Il ressort toutefois du débat des Chambres fédérales relatif au projet de nouvelle constitution et de l'avis des commentateurs que certaines dispositions dont la rédaction est moins claire se réfèrent à la même notion, bien que dans une rédaction légèrement différente. Il s'agit du préambule de la constitution et de l'art. 2 al. 4 Cst.

a) Le développement durable dans le Préambule de la Constitution

"...

Le peuple et les cantons suisses,

Conscients de leur responsabilité envers la Création

....

Conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures,

....."

La première référence concerne la "responsabilité envers la Création". Cette formule est empruntée à l'ancien article 24novies alinéa 2 de la constitution sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique des animaux. L'article 120 de la constitution actuelle ne la mentionne plus dans la version française, bien qu'il ait repris l'essentiel du texte de l'article 24novies et son contenu juridique. En revanche les textes allemand et italien n'ont pas été modifiés, de sorte que le toilettage du français apparaît davantage comme une coquetterie linguistique que comme une absence de respect pour le monde animal. Le maintien de la terminologie dans le Préambule indique bien que cette préoccupation demeure. On peut la considérer comme une responsabilité de même nature que celle envers les générations futures que le Parlement a introduite dans la suite du Préambule.

¹⁵² Pour plus de détails sur cette innovation en droit constitutionnel suisse cf. ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.) *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, et *Que fait le développement durable dans la Constitution fédérale ?* in : *Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Prof. CHARLES ALBERT MORAND*, Bâle – Genève - Munich 2001, p. 553 et ss, ainsi que les auteurs cités et les débats parlementaires mentionnés.

La "responsabilité envers les générations futures" est clairement en rapport avec la notion de développement durable dont elle constitue l'un des éléments fondamentaux. De l'avis de certains commentateurs, ces éléments auraient fait partie de l'ordre constitutionnel suisse avant l'adoption du nouveau texte.

La portée juridique du préambule de la constitution est sujette à controverses : l'ancien préambule était plus bref et, de l'avis des commentateurs, présentait un caractère "narratif" indiscutable. Le nouveau est plus "programmatique" et souligne davantage les intentions du constituant. Il ressort également du débat parlementaire qu'il est un instrument utile d'interprétation du texte constitutionnel.

b) Le développement durable dans l'article 2 (5) de la Constitution

L'article 2 Cst mentionne à deux reprises le développement durable en utilisant une terminologie différente. Il convient d'ignorer cette différence dans la mesure où elle est due à la prudence du gouvernement qui ne souhaitait pas mentionner le terme « développement durable » dans son projet de révision de crainte de se voir accuser d'introduire subrepticement une notion nouvelle, ayant une portée juridique propre, dans le cadre d'un toilettage de la Constitution. Le souci de promouvoir le développement durable, en particulier dans les relations internationales, n'en était pas moins présent dans le programme politique du Conseil fédéral qui avait adopté un plan d'action dans ce sens dès 1997¹⁵³.

Le Parlement n'ayant pas eu de réticence à formuler sa pensée en langage décodé, l'alinéa 2 de l'article 2 Cst contient désormais le terme « développement durable » qui représente un objectif de même importance que ceux déjà formulés dans la constitution de 1874, de « prospérité commune » ou de « cohésion interne ».

c) Le développement durable et les dispositions relatives à la protection de l'environnement

La notion de développement durable est, à l'origine, de nature économique. Dans le sens popularisé par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (Commission Brundtland), elle réalise la synthèse entre les exigences économiques, écologiques et sociales. C'est néanmoins en rapport avec la protection de l'environnement et la gestion des ressources naturelles que le concept est le plus souvent évoqué. Aussi, le constituant a-t-il placé une disposition générale sur le développement durable en tête du chapitre consacré aux bases constitutionnelles de la législation fédérale sur la protection de l'environnement. Il s'agit de l'article 73 Cst qui est suivi des dispositions sur la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire, la protection des eaux, celle des forêts, de la nature, du « patrimoine¹⁵⁴ » et des animaux, ainsi que la législation sur la pêche et la chasse.

« Art. 73 Développement durable

La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. »

Le développement durable est donc un objectif qui doit déterminer l'ensemble de la législation sur la protection de l'environnement et sa mise en œuvre. Il a valeur de principe pour l'ensemble du chapitre

¹⁵³ *Développement durable, plan d'action pour la Suisse*, Publication de l'OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORETS ET DU PAYSAGE, Berne 1997; voir ég. HERIBERT RAUSCH (Umwelt und Raumplanung dans l'ouvrage collectif précité (note 152: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.) Droit constitutionnel suisse) sur les réticences du Conseil fédéral.

¹⁵⁴ Traduction très approximative du terme allemand « Heimatschutz », plus proche de la notion de « patrie » que de celle de « patrimoine ».

qui suit. En même temps, le constituant a renforcé les principes qui donnent son unité à un droit de l'environnement qui reste influencé par son évolution à partir de normes de protection ponctuelles ou de secteurs particuliers protégés selon les concepts fluctuants de leur époque d'adoption. Pour ce faire, en particulier, il a donné un rang constitutionnel à des principes qui n'étaient jusqu'alors contenus que dans la loi sur la protection de l'environnement (et parfois dans celle sur les eaux). L'article 74 Cst sur la protection de l'environnement n'est pas la simple reproduction de l'article 24septies de l'ancienne constitution sur le même sujet. Il précise que la Confédération, qui doit légiférer sur la protection de l'environnement, doit en particulier veiller à « prévenir » les atteintes nuisibles ou incommodes et que « les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent ». Même si la rédaction des principes de prévention et de causalité (pollueur-payeur) ainsi « constitutionnalisés » pourrait être améliorée, il ne fait pas de doute que ces principes s'imposent avec plus de force et de façon plus générale que lorsqu'ils ne se trouvaient que dans la loi sur la protection de l'environnement. Il paraît dès lors cohérent de considérer que l'ensemble des principes consacrés à la section 4 du chapitre 2 de la constitution fédérale (compétences en matière d'environnement et d'aménagement du territoire), y compris celui du développement durable, ont la portée de principes constitutionnels qui vont influencer l'application de l'ensemble de la législation.

d) Le chapitre relatif à l'agriculture

"Art. 104 Agriculture

¹ La Confédération veille à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement:

a. à la sécurité de l'approvisionnement de la population;

b. à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural;

c. à l'occupation décentralisée du territoire."

Le cumul de l'exigence de conformité au développement durable et à l'économie de marché peut paraître un pléonasme. Le développement durable suppose en effet une réconciliation des exigences économiques et écologiques, ce qui dans un ordre économique libéral suppose la conformité à l'économie de marché. Toutefois, malgré une exigence générale de libéralisation, l'agriculture ne constitue pas en Suisse un secteur entièrement soumis aux exigences du marché, en dépit même de l'influence des accords internationaux dans ce domaine. L'article 104 Cst voudrait à la fois rappeler qu'elle devrait l'être, en tant que secteur producteur de biens de consommation, et qu'elle n'a pas besoin de l'être totalement, dans la mesure où cette production doit être garantie à long terme. Implicitement, l'article 104 consacre la multifonctionnalité de l'agriculture¹⁵⁵.

La volonté de souligner le rôle du secteur agricole pour la préservation des ressources naturelles à long terme est explicitée par la suite de l'article 104 alinéa 1 Cst qui précise que l'agriculture doit contribuer également "à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural". Dans cette optique, le rappel des exigences du marché devrait surtout avoir pour conséquence le démantèlement des subventions axées sur la productivité. La référence au développement durable, en revanche permettrait le maintien d'aides à l'agriculture dans la mesure où elles ont pour objectif la conservation des ressources naturelles, l'entretien du paysage rural, voire l'occupation décentralisée du territoire, ces objectifs étant de nature "méta-économique".

¹⁵⁵ Sur cette question, voir KLAUS A. VALLENDER, *Wirtschaft*, dans l'ouvrage collectif précité (note 152) : Thürer/Aubert/Müller (éd.) *Droit constitutionnel suisse*, p. 965.

B. *La portée de la référence au développement durable*

a) La relation avec d'autres dispositions de la Constitution

La nouvelle Constitution fédérale contient des dispositions en relation avec la notion et l'exigence de développement durable : il s'agit du choix en faveur de l'économie de marché, qu'on qualifie toutefois "*d'économie sociale de marché*", ainsi que certains principes généraux relatifs à la politique extérieure.

i) Développement durable et législation économique

L'article 94 Cst fixe les principes de l'ordre économique. Ils sont fondés sur la liberté économique, mais cette disposition donne également pour tâche à la Confédération de veiller à sauvegarder "*les intérêts de l'économie nationale*" et "*la prospérité et la sécurité économique de la population*". Cette dernière formule rappelle l'article 2 alinéa 2 de la Constitution concernant les buts de la Confédération qui doit veiller à la prospérité commune. En premier lieu, toutefois, l'article 94 Cst ne constitue qu'un choix en faveur d'une économie libérale par opposition à une économie dirigée ou collectiviste. Il implique également un choix en faveur de la propriété privée, en particulier celle des moyens de production et la liberté contractuelle¹⁵⁶.

L'article 94 alinéa 4 Cst prévoit la possibilité de déroger au principe de la liberté économique par des mesures menaçant la concurrence lorsque celles-ci sont prévues par la Constitution fédérale. La préservation à long terme des ressources naturelles compte au nombre des objectifs de cette constitution. On pourrait donc penser qu'elle entre dans la pesée des intérêts traditionnels qui s'effectuaient entre les exigences de l'économie et d'autres exigences de nature sociales ou écologiques. En donnant au développement durable le rang d'un principe constitutionnel, on peut toutefois admettre qu'il s'agit d'une exigence allant au-delà de la pesée d'intérêts. La nécessité d'assurer la préservation et l'utilisation à long terme des ressources naturelles impose en effet des conditions cadre qui doivent permettre l'intégration de facteurs écologiques dans les mécanismes du marché, selon la méthode de l'internalisation des coûts sociaux. Dès lors, l'exigence du développement durable ne constitue pas simplement une possibilité de dérogation au principe de la liberté économique mais bien une définition nouvelle de la liberté économique soit celle qui, tout en garantissant la propriété privée des moyens de production et la liberté contractuelle, les met en service de la préservation à long terme des ressources nécessaires à la vie.

ii) Développement durable et considérations sociales

Le chapitre consacré par la Constitution fédérale à la politique sociale ne contient aucune référence au développement durable. Cet aspect est manifestement bien moins intégré dans la compréhension de la notion de "développement durable" que les relations économie-écologie. En outre, bien que les articles 118 à 120 soient consacrés à la protection constitutionnelle de la santé, il n'est fait aucune mention d'un droit individuel à un environnement sain ou au maintien des ressources naturelles nécessaires à la vie. Seule la protection de la vie humaine elle-même est de nature à assurer, indirectement, une protection dans ce sens. L'article 120 Cst traite, indirectement également, de cette question lorsqu'il traite du génie génétique dans le domaine non humain et exige que non seulement l'être humain mais également "*son environnement*" soit protégé contre les abus en matière de génie génétique. La Confédération doit légiférer sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique des animaux, des végétaux et des autres organismes et, ce faisant, respecter l'*intégrité* des organismes vivants. Cette formule a remplacé la *dignité* de la créature que l'on trouve dans le texte allemand. Toutefois, l'article 120 Cst ne figure au chapitre de la Constitution sociale que parce qu'il est lié à l'article 119 concernant

¹⁵⁶ Ibid p. 957.

la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain, tous deux étant issus de l'ancien article 24^{novies} Cst. Il relève en fait de la protection de la diversité génétique et complète le chapitre sur la protection de l'environnement dans ce domaine.

C'est sans doute plutôt dans les buts sociaux énoncés à l'article 41 de la Constitution que l'on peut identifier les éléments qui relèvent de la solidarité sociale à la base même du développement durable. Celui-ci implique en effet une solidarité entre les générations vivantes et entre celles-ci et les générations futures. L'article 41 alinéa 4 précise toutefois qu'aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux énumérés dans ce chapitre. C'est la recherche de la "prospérité commune" figurant à l'article 2 alinéa 2 Cst qui relie les considérations sociales aux dispositions sur la liberté économique telles que redéfinies dans l'optique du développement durable.

iii) Développement durable et relations extérieures

C'est dans le domaine de la coopération au développement que l'exigence du développement durable est le plus souvent évoquée. La contribution de la Confédération à des projets de développement serait ainsi soumise à l'exigence que ceux-ci contribuent au développement durable. L'influence de l'objectif de développement durable sur la politique extérieure n'est toutefois pas limitée aux rapports de coopération technique ou d'aide au développement. Il s'agit de l'ensemble de la politique extérieure du pays qui doit, selon l'article 2, être orienté vers la "*conservation durable des ressources naturelles*". L'article 54 Cst précise en outre que la Confédération contribue à la lutte contre la pauvreté, mais aussi à la préservation des ressources naturelles. L'objectif de développement durable dans les relations extérieures doit donc être compris comme un objectif global qui doit être poursuivi également dans les domaines de la politique extérieure qui ne sont pas directement en rapport avec l'aide au tiers-monde. Ainsi, cet objectif est-il également pertinent en matière économique et dans la recherche d'une sécurité collective.

La contribution à la politique de sécurité est un aspect important du développement durable, par le souci de solidarité qu'il implique et la préservation à long terme des ressources naturelles vitales qu'il suppose. L'établissement de relations internationales pacifiques et basées sur la renonciation à l'usage de la force relève de la même préoccupation d'équilibre à long terme.

b) La portée pratique dans l'application des règles constitutionnelles

A la différence des droits fondamentaux, les buts et les principes figurant dans la constitution ne fondent pas des droits directement justiciables par les tribunaux¹⁵⁷. En revanche ils sont importants pour orienter l'interprétation de la constitution et des lois par les organes de l'Etat. Ils définissent en particulier les *valeurs* qui doivent les guider dans l'usage qu'ils font des pouvoirs que leur confèrent la constitution et la loi. Si cette portée ne devrait plus faire de doute pour les principes de droit de l'environnement énoncés dans la loi sur la protection de l'environnement et réaffirmés dans la constitution (art. 74 al.2 Cst), il n'y a pas lieu de traiter différemment le principe de développement durable qui a fait sa première apparition dans la nouvelle constitution¹⁵⁸.

C'est ainsi que la conformité au principe de causalité permettra de justifier l'imposition d'une charge financière au pollueur potentiel ou actuel, dans le but d'internaliser les coûts environnementaux, de

¹⁵⁷ Dans ce sens Augustin MACHERET, « Buts et spécificités du droit constitutionnel suisse », dans l'ouvrage collectif précité (note 152 : THÜRER/AUBERT/MULLER (éd.) *Droit constitutionnel suisse*) p.130.

¹⁵⁸ Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, « Que fait le développement durable dans la Constitution fédérale ? », in : *Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Prof. Charles Albert Morand*, Bâle – Genève – Munich, 2001, pp. 553 et s.

préférence à une mesure purement réparatrice laissant à la charge de la collectivité une partie du dommage. La même justification de conformité aux principes a permis aux tribunaux d'accepter des mesures préventives sans égard à leur caractère plus ou moins coûteux au regard de mesures de réparation. La recherche d'un développement plus durable permet également de légitimer des mesures étatiques conformes à la valeur supérieure définie par la constitution.

C. La mention du développement durable dans la Constitution reflète-t-elle la reconnaissance d'un "ordre public écologique" ?

La mention du développement durable dans la constitution relève de la reconnaissance de *valeurs fondamentales*¹⁵⁹ qui dominent l'ensemble de la législation et contribuent à en orienter le sens. La répétition de cette notion à travers les chapitres et son affirmation dans le préambule dont le caractère « *programmatische* » a été souligné plus d'une fois par les parlementaires dans le cadre de la révision constitutionnelle contribuent à donner à cette innovation une portée que l'on ne peut limiter à la *déclamation*.

Si la place et l'importance données à la notion ont un sens, ce ne peut-être que celui d'une valeur sous-jacente à l'ordre juridique dans son ensemble. Sans doute est-il difficile de déterminer la portée précise que le législateur a voulu conférer aux diverses références qu'il a faites au développement durable, compte tenu de la diversité terminologique et systématique qu'il a donnée au sujet. Il n'en reste pas moins que l'importance de ces références est une constante des débats parlementaires et que le terme a été imposé en dépit des réticences du gouvernement. Celui-ci d'ailleurs n'en sous-estimait pas l'importance, puisqu'il avait défini depuis plusieurs années une politique de développement durable tant sur le plan interne que dans les relations extérieures. On peut dès lors être tenté de donner à ces efforts convergents la valeur d'une reconnaissance, à tout le moins d'une perception, de l'existence d'un ordre public écologique.

¹⁵⁹ « Le développement durable est tout simplement le principe fondamental du droit de l'environnement » (traduction libre) : Alain GRIFFEL, *Die Grundprinzipien des Schweizerischen Umweltrechts*, Zürich, 2001, n°11, p. 11.

Chapitre 3 : Les principes « auxiliaires » du développement durable

Par sa nature complexe le développement durable requiert souvent que les décisions ou les politiques qui l'appliquent se fondent également sur d'autres principes, qui en concrétisent la portée. C'est dans cette optique, que l'on examinera ici certains principes parfois décrits comme « auxiliaires » du développement durable. Cela n'implique ni un rapport de subordination de ces principes, ni le fait qu'ils ne puissent s'appliquer de façon autonome, mais simplement qu'ils relèvent de la même exigence fondamentale que le développement durable. Dans cette perspective, le principe de précaution n'est pas un « sous-principe » du développement durable, comme on l'affirme parfois, mais en constitue un complément de nature opérationnelle, sans en être pour autant un substitut¹⁶⁰. La préservation à long terme des conditions d'existence des sociétés est en effet difficile à concevoir si l'on attend la preuve de l'absence de viabilité d'un comportement pour le modifier. Cette question est particulièrement cruciale en ce qui concerne les ressources naturelles, car la preuve de la nocivité d'un comportement équivaut le plus souvent à la destruction, souvent irréversible, de la ressource. A bien des égards d'ailleurs, il n'en va pas autrement des équilibres culturels ou socio-économiques à l'intérieur des sociétés, qui sont également pris en compte dans un développement durable. L'application du principe de précaution permet d'aborder les problèmes d'atteinte au milieu naturel ou d'épuisement des ressources sans recourir à la pédagogie des catastrophes.

Rôle des principes

La caractéristique essentielle des principes constitutionnels est qu'ils imposent à la collectivité un comportement respectueux de valeurs jugées fondamentales pour la société. Ainsi, par exemple, le principe de bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire prévus à l'art. 9 Cst¹⁶¹, que l'on déduisait auparavant du principe d'égalité de traitement. Une décision qui viole ces principes est ressentie comme profondément injuste. On peut donc retenir des principes qu'ils sont la traduction juridique non seulement d'orientations politiques (par exemple, l'Etat de droit), mais du sentiment général de justice et d'équité dans un Etat organisé. Ils sont par nature indépendants de domaines spécifiques du droit. Comme on l'a vu pour le développement durable, les principes vont permettre d'affronter des problèmes nouveaux sans les isoler de la législation existante. En droit de l'environnement, ce rôle est essentiel. Il existe toutefois dans la législation et dans la constitution elle-même des principes que l'on considère comme étroitement liés à un domaine spécifique. Tel est le cas de ceux qui régissent la mise en œuvre du droit de l'environnement. Ils sont liés à l'aspect horizontal de ce droit et à la nécessité d'appliquer des législations diverses en fonction de l'objectif commun de protection de l'environnement. En fournissant des critères de choix lorsque l'interprétation de la loi est laissée à la disposition des autorités d'exécution, ils permettent une meilleure compréhension des interactions entre divers types de normes. Ils servent ainsi de « cadre général » pour interpréter la loi et lui donner sa cohérence¹⁶². La loi sur la protection de l'environnement a défini d'entrée de cause des principes qui, même sans impliquer des obligations directement applicables aux particuliers, ont joué un rôle décisif dans l'interprétation, et donc la mise en œuvre, de cette loi. Il s'agit non seulement de la

¹⁶⁰ Sur la relation étroite entre développement durable et précaution, voir notamment ALAIN GRIFFEL, *Die Grundprinzipien des Schweizerischen Umweltrechts*, Zürich, 2001 p. 46.

¹⁶¹ ANDREAS AUER /GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, N 1013, p.474, N 1136 ss, p. 531 ss. PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert / Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich, Bâle, Genève 2003, ad art. 9, N 1-3, p. 92-3

¹⁶² ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement*, Genève, Zürich, Bâle 2012, p. 7 ; ATF 132 II 320.

prévention, la précaution et la causalité (art. 1 et 2 LPE), mais aussi de l'évaluation globale des atteintes (art. 8 LPE) et de la coopération (art. 41a, 43a et 46 LPE)¹⁶³.

Les articles reproduits ci-dessous traitent des principes qui ont été intégrés, comme le développement durable, dans la constitution. On examinera donc le rôle de certains principes de droit de l'environnement en relation avec l'exigence générale de développement durable en insistant sur le principe de précaution, qui lui est étroitement lié. Mais il est utile d'évoquer également le principe pollueur-payeur dont l'extension aujourd'hui envisagée à des domaines tels que le « consommateur payeur » montrent l'importance pour les décisions à long terme et les choix politiques.

Les principes de précaution, de prévention et de causalité (pollueur payeur)

Ces trois principes sont regroupés dans la constitution fédérale au chapitre « environnement et aménagement du territoire ». Leur formulation est plutôt timide : la Confédération est chargée de la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes et pour cela, elle « *veille à prévenir ces atteintes. Les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent* » (art. 74 Cst). La portée de ces deux phrases n'est vraiment compréhensible qu'en se référant à leur origine dans la loi sur la protection de l'environnement : « *Les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodes seront réduites à titre préventif et assez tôt* » (art. 1 al. 2 LPE), et « *Celui qui est à l'origine d'une mesure prescrite par la présente loi en supporte les frais* » (art. 2 LPE)¹⁶⁴. Si le principe de prévention paraît avoir été d'emblée acquis et sa portée clairement réaffirmée, la précaution a eu plus de peine à s'imposer¹⁶⁵. C'est à travers la loi sur le génie génétique¹⁶⁶ et sous l'influence du débat de droit international que la portée de la précaution dans l'article 1 alinéa 2 LPE a été pleinement appréciée.

Le principe de causalité est exprimé de façon plus large dans le texte constitutionnel. L'application de l'article 2 LPE avait fait apparaître la faiblesse de sa rédaction. Celle-ci avait amené le législateur à recopier la disposition dans d'autres lois¹⁶⁷. Malgré son extension au niveau de principe, il n'est pas certain que l'exigence de causalité comporte la généralisation de l'internalisation des coûts environnementaux¹⁶⁸.

¹⁶³ ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN (note 162), p. 7-18.

¹⁶⁴ Encore faut-il interpréter ces deux dispositions, comme on verra ci-dessous pour le principe de précaution (*Coexistence et responsabilité: « Im Sinne der Vorsorge »*) ; sur les principes constitutionnels, voir HERIBERT RAUSCH, *Umwelt und Raumplanung*, in : Jean-François Aubert / Jörg-Paul Müller / Daniel Thürer (éd.) *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, N 8-9, p. 919 ; PASCAL MAHON, (note 161), ad art. 74, N11-14.

¹⁶⁵ Ci-dessous ch. 3.1.

¹⁶⁶ Voir ci-dessous *Coexistence et responsabilité: « Im Sinne der Vorsorge »*.

¹⁶⁷ Voir sur la portée de principe de la causalité et son introduction dans d'autres lois, ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Le principe pollueur-payeur dans la loi sur la protection des eaux*, UR/DEP 1999 492 ss ; ég. art. 2 LGG.

¹⁶⁸ HERIBERT RAUSCH, (note 164), N 9, p. 919; sur la signification de ce principe pour l'internalisation des coûts environnementaux, voir ci-dessous, *Le principe pollueur-payeur : mode d'internalisation des coûts*.

3.1. Le principe de précaution

Le principe de précaution relève d'une préoccupation qui s'est en premier lieu exprimée par le principe de prévention: éviter de porter atteinte à l'environnement (ou à la santé humaine ou animale) plutôt que réparer ou compenser les dégâts, surtout lorsque l'atteinte peut avoir un caractère irréversible. Il comporte toutefois un élément additionnel important qui permet de l'appliquer pour gérer l'incertitude scientifique, car il postule que l'absence de certitude scientifique concernant les effets d'une substance ou d'une activité n'est pas un motif suffisant pour s'abstenir de prendre des mesures de prévention, lorsqu'il existe des indices sérieux d'atteinte grave à l'environnement¹⁶⁹. De ce fait, on a pu dire que le principe de précaution est « au service des générations futures ». Il évite la création d'états de fait négatifs irréversibles¹⁷⁰. A l'origine de cette notion on trouve le «*Vorsorgeprinzip* » du droit allemand¹⁷¹ que le TFUE (à la différence du législateur suisse) traduit clairement par « précaution »¹⁷². Il exprime un changement de paradigme : alors que les politiques et les législations ont longtemps reflété la conviction que l'on pouvait évaluer précisément l'impact environnemental des actions humaines et la capacité de l'environnement d'y répondre, l'apparition de ce principe résulte de la constatation que la science ne peut offrir des conclusions solides dans tous les cas où l'on souhaiterait prévenir les effets négatifs des activités envisagées¹⁷³.

La portée de ce principe a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 avril 2006 qui avait écarté l'application directe du principe de développement durable (ci-dessus, p. 2). Il en résulte d'une part que le principe de précaution est « *implicitement consacré à l'art. 74 al. 2 Cst en matière d'environnement* »¹⁷⁴ et, d'autre part, qu'il peut être considéré comme concrétisé à l'article 9 de la Loi sur les épizooties, car les autorités y sont engagées à agir, même en cas d'incertitude scientifique. Il s'agit là d'une interprétation d'un texte, antérieur à l'adoption du principe de précaution dans la constitution, qui impose aux autorités de prendre « *toutes les mesures qui, d'après l'état de la science et de l'expérience* » peuvent empêcher « *l'apparition et la propagation d'une épizootie* » (art 9 LFE). Manifestement, l'« état de la science » peut, à un moment déterminé être l'incertitude de la science. Le devoir d'agir non seulement préventivement, mais avec anticipation est donc une préoccupation qui ne se limite pas à la protection de l'environnement, et n'a pas jailli soudainement de l'art. 74 Cst (d'ailleurs repris de l'art. 1 LPE). Le Tribunal fédéral s'est dans ce cas interrogé sur la pertinence du principe de précaution dans d'autres domaines que l'environnement, soit la santé humaine ou animale ou la sécurité alimentaire¹⁷⁵. C'est dans ces domaines que les conséquences d'une prise en compte tardive d'indices du caractère dangereux de substances ou de pratiques se sont révélées particulièrement néfastes¹⁷⁶. Il n'est dès lors pas surprenant que la référence au « principe de précaution » (*Vorsorgeprinzip*) apparaisse dans des décisions relatives à la mise en circulation de

¹⁶⁹ HERIBERT RAUSCH, (note 164), N 9, p. 919.

¹⁷⁰ MICHEL PRIEUR, Droit de l'environnement, droit durable, Bruxelles 2014, p. 58 ss.

¹⁷¹ Sur les origines allemandes du principe (et son éventuelle application en droit américain), voir FRANZ PERREZ La précaution – de Rio à Johannesburg : une introduction, Publication du PNUE, Genève 2002, p.5.

¹⁷² Sur cette question en droit suisse, voir : *Coexistence et responsabilité : « Im Sinne der Vorsorge »*, URP/DEP 2007 742-756 (ci-dessous).

¹⁷³ FRANZ PERREZ, (note 171), p. 6.

¹⁷⁴ ATF 132 II 320-321.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Voir chez BRIGITTE FASEL (La précaution en matière de santé publique, démarche ou principe ?, Bâle 2011, p. 162 ss) les exemples de l'amiante, des antibiotiques, promoteurs de croissance animale, et de la crise de la « vache folle » qui montrent qu'il est d'une importance cruciale de prendre des mesures de protection dès que l'on soupçonne l'existence d'un risque significatif, surtout en présence de résultats scientifiques lacunaires ou contestés.

médicaments, jusqu'à la mention d'un « *heilmittelrechtliches Vorsorgeprinzip* » dans un arrêt de 2010¹⁷⁷, même si, pour définir le contenu de ce principe de précaution, c'est au droit de l'environnement que l'on se réfère le plus souvent¹⁷⁸.

L'applicabilité du principe de précaution comme base décisionnelle à des domaines différents de la protection de l'environnement au sens stricte dont il est historiquement issu ne doit pas être confondue avec l'analyse philosophique de la précaution comme fondement de comportements humains. Celle-ci est un élément de la problématique des risques : société du risque, aversion au risque ou acceptation du risque, évaluation ou gestion du risque, gestion de l'incertitude, voire même rationalité ou émotivité dans l'appréciation de scénarios d'avenir¹⁷⁹. Du point de vue de l'appréciation des risques, on a pu formuler le principe de précaution comme celui qui s'applique « lorsqu'il y a *présomption raisonnable d'un risque déraisonnable* ». L'absence de certitude scientifique quant à la réalisation de ce risque « *ne doit pas être prétexte à retarder l'adoption de mesures visant à limiter ou éliminer ce risque* »¹⁸⁰. Ainsi conçu comme une méthode d'évaluation et de gestion du risque la précaution est plus qu'un outil juridique. C'est un principe directeur des politiques publiques (décisions législatives ou activités administratives) ou privées (gestion des entreprises), ou un choix démocratique¹⁸¹. Mais il demeure un critère d'interprétation de certaines notions légales (prudence, diligence, faute, négligence) et une justification de décisions administratives très concrètes. On peut même considérer son application comme un renversement du fardeau de la preuve pour les activités qui lui sont soumises.

La législation suisse a longtemps fait preuve de frilosité dans la réception et l'application du principe de précaution. Alors que la doctrine juridique l'a souvent considéré comme allant de soi dès l'adoption de la politique de prévention dans la loi sur la protection de l'environnement, le législateur est resté volontairement ambigu. La portée réelle de la précaution n'a été affirmée clairement qu'au moment de l'adoption de la loi sur le génie génétique¹⁸². La difficile insertion de ce principe en droit international comme en droit suisse fait l'objet des deux articles qui suivent :

3.1.1 Impact de la mondialisation sur les droits nationaux : droit de l'environnement, cet article est une version remaniée d'un exposé présenté lors d'un Colloque sur la mondialisation et le droit du 22 au 24 juin 2000, à Sion /Bramois, et publié dans « *Le droit saisi par la mondialisation* » (Charles-Albert Morand, éd.), Bruxelles 2001, p. 407 et ss.

¹⁷⁷ ATF 136 I 184 ; pour une description de l'évolution jurisprudentielle dans ce domaine : BRIGITTE FASEL (note 176), p. 144-145.

¹⁷⁸ Par exemple, l'ATF 113 Ib 60 relatif à la protection contre les catastrophes (« *Bei der Katastrophenschutzpflicht geht es namentlich in Bezug auf Chemikalien vermehrt und stärker als beim bisherigen Polizeirecht um langfristige, schleichende Gefahren mit besonderem Vorsorgebedürfnis und ungewohnten Unsicherheitsfaktoren* » ; BRIGITTE FASEL (note 176), p. 145, 147.

¹⁷⁹ On pourra trouver une vaste étude de tous les aspects et éclairages de la « précaution » dans le cahier de la Revue européenne des sciences sociales consacré aux « Usages de la précaution », Cahiers Vilfredo Pareto, tome XLII – 2004 – N° 130.

¹⁸⁰ MARK HUNYADI, La logique du raisonnement de précaution, in : Cahier s Vilfredo Pareto (note 179), p. 10 ; sur la relation entre risque et précaution, voir CHRISTINE NOUVILLE / NICOLAS DE SADELEER, La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres, Le droit entre enjeux scientifiques et politiques, Revue du droit de l'Union Européenne 2001, p. 389 ss.

¹⁸¹ Il existerait des « écoles » de la précaution (catastrophistes, prudentielles, dialogiques) qui s'efforcent de définir la « nature » de la précaution dans l'espoir d'en extraire des lignes fondamentales de conduite dans un monde incertain et face à des évolutions technologiques mal maîtrisées : MARK HUNYADI, (note 180), p. 12 ss.

¹⁸² Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (Loi sur le génie génétique, LGG) : RS 814.91.

3.1.2 Coexistence et responsabilité: « Im Sinne der Vorsorge », Symposium en l'honneur d'Heribert Rausch, version remaniée publiée dans la revue *URP/DEP* 2007 742-756.

Ils traitent tous deux de la relation entre les problèmes nouveaux que doit affronter le droit de l'environnement, mais l'impact du principe de précaution est aisément transposable à des domaines aux difficultés comparables et en particulier la santé¹⁸³.

¹⁸³ Comme le démontre BRIGITTE FASEL (note 176), p. 145 ss.

3.1.1 Impact de la mondialisation sur les droits nationaux : droit de l'environnement.

I. Généralités

Si, selon les termes du Professeur Ost¹⁸⁴, le marché n'est pas "l'état de nature", la destruction des ressources naturelles par les sociétés humaines l'est indiscutablement. Le droit de l'environnement a donc été saisi par la mondialisation bien indépendamment de l'ouverture des marchés dans la mesure où les législations nationales sur l'environnement n'ont jamais été qu'un pis-aller pour faire face aux problèmes que le droit de l'environnement doit s'attacher à résoudre. Certes le droit de l'environnement doit fixer les normes applicables à des problèmes locaux dans des situations géographiquement délimitées, mais la plupart des problèmes environnementaux relèvent des lois de la nature et ne sont donc que l'expression locale de phénomènes globaux. En particulier, les problèmes qui préoccupent actuellement les écologistes (changements climatiques, biodiversité, modifications génétiques) ne sauraient donner lieu à des réponses adéquates limitées à une législation nationale. Cette "mondialisation"¹⁸⁵ (quelle que soit la terminologie utilisée) revêt deux aspects : la globalisation des instruments juridiques et le décloisonnement de la législation.

Dans le cadre restreint d'une introduction à cette problématique, il ne s'agit pas de déterminer toutes les conséquences de cette évolution mais bien de montrer, à travers des exemples la réponse du droit de l'environnement à une évolution qui n'est, en fin de compte, que la restitution de ce droit à son milieu naturel, celui de la planète. Le présent rapport se réfère en premier lieu au droit suisse.

1. La globalisation des instruments juridiques

La nature des problèmes environnementaux a vite révélé les limites des approches sectorielles, qu'il s'agisse de la protection d'un élément de l'environnement (eau, air, sol, espèces) indépendamment du reste du milieu naturel ou de l'approche nationale (protection de l'environnement à travers le territoire soumis à la souveraineté des états). L'approche globale qui s'est traduite par les grandes conventions sur la protection non seulement des ressources naturelles mais des mécanismes physiques, chimiques et biologiques qui assurent leur reproduction et conservation à long terme a mis en évidence la nécessité d'utiliser des instruments juridiques analogues, sinon identiques, dans l'ensemble des pays qui les ont adoptés. Ni les changements climatiques, ni la biodiversité, ni les espèces, les ressources maritimes ou la couche d'ozone ne peuvent être gérés sur la seule base du génie propre à chaque législation.

Il n'est dès lors pas surprenant que l'on doive aujourd'hui répondre à des problèmes mondiaux en recourant à des instruments juridiques et des solutions de même nature quelles que soient les législations nationales dans lesquelles ces solutions nouvelles doivent s'insérer.

2. Le décloisonnement de la législation

La mondialisation, au sens redoutable du terme, fondée sur la généralisation des mécanismes économiques de marché, a pour principal résultat une mise en évidence, plus flagrante encore qu'auparavant, du caractère global des problèmes environnementaux. Elle a en effet révélé à quel point des secteurs du droit qui prétendaient régir la protection de l'environnement sur une base strictement nationale étaient inadéquats.

¹⁸⁴ Référence à l'exposé du Prof. François Ost publié dans le même ouvrage.

¹⁸⁵ Nous renonçons à distinguer, pour les besoins de cette brève introduction au problème, les variations sémantiques relatives aux termes "mondialisation", "globalisation", "internationalisation", ainsi que les jugements de valeur qui s'y rattachent.

A travers, en effet, la jurisprudence de l'OMC, on a pu réaliser l'impossibilité de protéger réellement les ressources naturelles en se bornant à vouloir interdire la pollution sur un territoire national limité. La mondialisation au sens économique du terme est un révélateur de la vanité des efforts de protection d'une espèce sauvage en Suisse, en France ou aux États-Unis d'Amérique si, en même temps, les cadavres de cette espèce sauvage peuvent être librement importés sous forme de conserves. De même, pour les efforts tendant à protéger "la forêt" tout en laissant circuler librement le bois.

II. Le principe de précaution et la gestion des risques

Le principe de précaution est une méthode de gestion, de l'incertitude scientifique dans la législation et dans la mise en œuvre du droit. En présence de phénomènes complexes, mal connus, tant sur le plan scientifique que socio-économiques, il doit permettre de procéder à une évaluation et à une gestion des risques. L'importance qu'il a prise en une dizaine d'années, pour l'application et l'évolution du droit de l'environnement, reflète bien l'un des aspects de la globalisation des problèmes.

Même si les principes du droit de l'environnement adoptés au terme de la Conférence de Rio en 1992 ne sont pas reconnus comme des règles de droit international, c'est la formulation du principe N° 15 de la déclaration de Rio qui constitue la définition généralement reconnue du principe de précaution. Il suppose qu'en présence d'indices d'atteintes graves ou irréversibles à l'environnement, l'absence de certitudes scientifiques ne puisse pas justifier l'absence d'interventions préventives.

1. *Définition du principe*

C'est cette définition que l'on peut considérer comme celle du principe de précaution auquel il est fait référence dans des textes qui le mentionnent sans le définir, en particulier dans le Traité d'Amsterdam. C'est également ce principe que certains voudraient voir reconnaître comme une règle de droit coutumier d'ores et déjà reconnue en droit international. Cette définition implique les éléments suivants :

- la volonté d'agir préventivement sans attendre une preuve scientifique au sens strict;
- l'existence d'une marge significative d'erreur résultant de la complexité des systèmes;
- le caractère "proportionnel" des mesures prises (avec les incertitudes liées à cette notion);
- un renversement du fardeau de la preuve à charge de celui qui propose un nouveau produit, un projet ou une nouvelle technologie;
- la mise en œuvre d'un processus de recherche transparent d'une plus grande certitude scientifique;
- la recherche de solutions alternatives.

2. *Le principe de précaution en droit international*

Même si le principe de précaution peut être considéré comme faisant partie de certaines législations (la loi française le cite expressément¹⁸⁶, la loi suisse est interprétée dans ce sens¹⁸⁷), c'est en droit international qu'il a trouvé toute sa portée. En particulier, il ne fait pas de doute qu'en dépit de sa mise à l'écart par l'OMC dans le conflit du bœuf aux hormones¹⁸⁸, c'est dans l'appréciation de l'opportunité de mesures de protection de l'environnement qui pourraient entrer en conflit avec la libre circulation des biens, voire des services, que ce principe revêt toute son importance.

Il n'est dès lors pas surprenant que ce soit en droit international que ce principe a été le plus discuté et qu'il est le plus souvent invoqué. Il doit permettre à un Etat de justifier non seulement des mesures

¹⁸⁶ Loi n 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, Art. 1^{er}.

¹⁸⁷ Voir art 1 al. 2 LPE in : H. Rausch, Kommentar USG, Art. 1 N 19, Art. 8 N 8

¹⁸⁸ Organe d'appel de l'OMC : WT/DS48/AB/R (réf. AB-1997-4)

concrètes mais une politique de protection de l'environnement sans devoir apporter la preuve (au sens strict que les règles de procédure donnent le plus souvent à ce terme) que le laisser faire dans ce domaine produirait des effets désastreux ou irréversibles à l'égard de l'homme, des animaux, des plantes ou, de façon plus générale des mécanismes écologiques. De l'OCDE à l'Union Européenne, il représente une constante des recommandations et des interventions en matière de protection des ressources naturelles¹⁸⁹, même si ses applications les plus visibles ont eu trait à la protection de la santé humaine.

Enoncé et défini comme principe No 15 de la Déclaration de Rio, il fait également partie du Préambule de la Convention sur la diversité biologique. L'article 3 de la Convention sur les changements climatiques en fait même une obligation des parties. L'article 5.7 de l'Accord de l'OMC sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)¹⁹⁰ est parfois considéré comme une concrétisation de ce principe.

2. *Le principe de précaution dans la législation suisse.*

Le principe de précaution a, en droit suisse, un statut ambigu. Sa présence dans la législation en vigueur, jusqu'au niveau constitutionnel, est rarement contestée. Le terme n'est en revanche jamais clairement utilisé. Cette ambiguïté résulte de la terminologie allemande¹⁹¹. Le terme de « Vorsorgeprinzip » qui figure à l'article 1 alinéa 2 LPE désigne à l'origine le principe de précaution.¹⁹² Ainsi, la version allemande de l'article 174 du Traité sur l'Union européenne se réfère-t-elle aux « Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung » là où le texte français indique « les principes de précaution et d'action préventive ». En revanche, la loi suisse qualifie le "Vorsorgeprinzip" de principe « de prévention » dans la version française de l'article 1 alinéa 2 LPE. C'est également son interprétation traditionnelle en droit suisse¹⁹³. Il intègre néanmoins la notion de « précaution » dans la mesure où il inclut la nécessité de prendre des mesures sans attendre la certitude scientifique¹⁹⁴.

Si l'on considère en outre les développements les plus récents du droit de l'environnement en Suisse, on constate que le principe de précaution dicte de plus en plus souvent l'intervention du législateur. Le projet de modification de la LPE dit « Gen-Lex » en est l'illustration la plus visible. Bien que le terme de « précaution » ne figure dans le message du Conseil fédéral à l'appui du projet de loi que dans la partie consacrée au Protocole additionnel à la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique dit « de Cartagena », qui en est effectivement une concrétisation¹⁹⁵, il y est fait référence à diverses reprises à des mesures qui relèvent de ce principe. Ainsi, l'insistance sur la nécessité d'évaluer les dangers « potentiels » pour pouvoir intervenir¹⁹⁶ et l'absence de sûreté absolue en matière

¹⁸⁹ Voir en particulier A. Kiss/ D. Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge 1993, p. 37 ss; Ph. Sands, *International Law in the field of Sustainable Development : Emerging Legal Principles*, in *Sustainable Development and International Law* (ed. W Lang), London 1995, p. 65.

¹⁹⁰ Voir : Communication de la Commission des Communautés européennes sur le recours au principe de précaution, Annexe II.

¹⁹¹ P. Sands (note 188)

¹⁹² P. Sands (note 188)

¹⁹³ En particulier celle du Tribunal fédéral telle qu'exprimée par exemple dans l'ATF 116 Ib 265 ; ég. K.A.Vallender/R.Morell, *Umweltrecht*, Bern 1997, §5, N 24 ss.

¹⁹⁴ H. Rausch (note 186) Art. 1, N 8, qui se réfère en outre aux travaux parlementaires ; ég. L'arrêt du Tribunal fédéral du 30 août 2000 traitant des valeurs limites relatives aux rayons non ionisants, un domaine dans lequel il existe encore des lacunes sur le plan scientifique (URP/DEP 2000 602, 608).

¹⁹⁵ Message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 1^{er} mars 2000 : FF 2000 2283 ss.

¹⁹⁶ FF 2000 2291

d'appréciation des effets de nouvelles découvertes scientifiques (en particulier dans le domaine des organismes génétiquement modifiés). D'une façon générale, la législation dans ce domaine, où l'incertitude scientifique est patente, relève de la mise en œuvre, consciente ou non, du principe de précaution.

III. La territorialité du droit et la nécessité de « déterritorialiser » la protection de l'environnement.

L'ouverture des marchés a également révélé l'inadéquation des protections purement nationales lors de conflits entre mesures nationales de protection et libre circulation des marchandises. Dans la conception traditionnelle, ce conflit est résolu en faveur des mesures de protection de l'environnement qui interdisent l'accès d'une marchandise au territoire national dans la mesure seulement où le produit en question est susceptible de porter atteinte à l'environnement « national ». La règle vise donc le produit en soi polluant. En revanche, le produit « propre » mais fabriqué selon des méthodes polluantes ne peut être proscrit à l'étranger. Il en va de même de méthodes de production (ou de capture d'espèces sauvages) qui mettent en danger l'environnement en général (air, haute mer, etc.)¹⁹⁷. Les mesures de protection de l'environnement sont donc, dans cette optique, des conséquences de la souveraineté territoriale et doivent le rester. Mais le problème général des méthodes de production et de capture portant atteinte à l'environnement résulte de l'inadéquation de cette conception si l'on veut lutter contre des atteintes ayant un effet global (par ex. les changements climatiques ou la dépletion des ressources halieutiques).

1.3.1 La pratique de l'OMC.

Cette question a fait l'objet de plusieurs décisions de l'Organe de règlement des différends et de l'Organe d'appel de l'OMC concernant les produits les plus divers. La plus récente et la plus caractéristiques en ce qui concerne le droit de l'environnement est sans doute celle concernant l'importation aux Etats-Unis d'Amérique de crevettes en provenance de pays du Sud-Est asiatique où les méthodes de pêche ne permettent pas d'éviter la capture (et la destruction indiscriminée) de tortues.¹⁹⁸ Par rapport aux autres décisions relatives au même domaine, elle présente l'avantage de concerner une espèce (les tortues) faisant l'objet d'une protection internationale et de poser clairement le problème de la réconciliation du droit international de l'environnement avec les règles de l'OMC.

La décision conforte, certes, les tenants du refus traditionnel des mesures restrictives fondées sur les processus et méthodes de production (PMP), mais elle ne constitue pas le triomphe de la force brute du marché que l'on a souvent critiqué dans ce domaine. En particulier, les éléments suivants constituent des bases intéressantes pour un rapprochement futur du droit de l'environnement et du droit de l'OMC :

- (a) Le litige a fait l'objet d'un examen dans le cadre de l'art. XX g) du GATT 1994 qui a trait aux mesures se rapportant « à la conservation des ressources naturelles épuisables » : ces mesures ne se limitent pas aux ressources « nationales » (c'est-à-dire se trouvant sur le territoire de l'Etat qui prend les mesures)¹⁹⁹, mais, surtout, elles ne concernent pas seulement les ressources non

¹⁹⁷ On peut penser également à des produits qui ne sont pas polluants mais sont *transportés* de façon polluante hors du pays, bien que la question n'ait pas donné lieu à jurisprudence.

¹⁹⁸ Décision de l'organe d'appel du 12 décembre 1998 : WT/DS58/AB/R (No 98-3899) disponible sur le site : www.wto.org en version anglaise originale et en version française.

¹⁹⁹ Il est vrai que sur ce point, l'organe d'appel se montre prudent, se bornant à relever que les tortues étant des espèces migratrices, il s'en rencontre parfois dans les eaux territoriales des Etats-Unis et que personne n'allègue en l'espèce de droit de propriété sur de telles espèces. Il ne tranche donc pas la question d'une éventuelle « limitation de juridiction implicite » : WT/DS58/AB/R, p.55.

renouvelables au sens strict, ce qui aurait exclu les espèces vivantes. Il est significatif que l'organe d'appel cite à l'appui de sa conception large le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement.²⁰⁰

- (b) La décision souligne la nécessité d'interpréter les accords du GATT dans une perspective évolutive, en particulier lorsqu'ils se réfèrent à des notions relevant du droit de l'environnement. Ainsi, pour interpréter les notions qui relèvent de ce droit, se réfère-t-elle à diverses conventions, ratifiées ou non ratifiées par les parties au litige, mais portant toutes sur l'utilisation des ressources naturelles, qui sont censées, soit refléter la coutume en cette matière, soit concrétiser la référence au « *développement durable* » contenue dans le préambule à l'Accord OMC 1994. Celui-ci doit donc être interprété en fonction d'accord multilatéraux environnementaux et non sur la base du GATT de 1947. En particulier, l'objectif de « *pleine utilisation des ressources mondiales* » de 1947 ayant cédé la place à celui d'assurer un développement durable, il doit être considéré comme n'étant « *plus adapté au système du commerce mondial des années 90* ».
- (c) La législation américaine a finalement été considérée comme incompatible avec les accords du GATT dans son application effective, et non dans son principe. Cette application est en effet appréciée au regard des conditions du « *texte introductif* » de l'article XX qui exclut du bénéfice de cette disposition des mesures qui, bien qu'inspirées de bons sentiments, aboutissent à une « *discrimination arbitraire ou injustifiables entre les pays où les mêmes conditions existent* ». Sont donc proscrites les mesures qui ont, dans leur application pratique²⁰¹, pour effet d'entraîner une « *restriction déguisée* » au commerce international, soit, en fait, l'utilisation abusive des exceptions admises par l'article XX²⁰². Dans cette optique, l'organe d'appel souligne également un certain arbitraire dans l'octroi des « *certifications* » qui devaient permettre aux pays exportateurs de bénéficier de l'accès au marché américain²⁰³.

En l'état actuel de sa jurisprudence on peut retenir que l'Organe d'appel de l'OMC reconnaît la nécessité de mesures nationales de protection de l'environnement, et plus encore, la nécessité d'accords internationaux portant sur la préservation des ressources naturelles. Conscient du peu de crédit fait jusqu'alors à la fibre environnementale de l'OMC, l'Organe d'appel insiste d'ailleurs sur la portée spécifique de sa décision : « *Ce que nous avons décidé dans cet appel, c'est tout simplement ceci: bien que la mesure prise par les États-Unis qui fait l'objet de cet appel serve un objectif environnemental reconnu comme légitime en vertu du paragraphe g) de l'article XX du GATT de 1994, elle a été appliquée par les États-Unis de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les Membres de l'OMC, ce qui est contraire aux prescriptions du texte introductif de*

²⁰⁰ WT/DS58/AB/R, p. 51, note 106.

²⁰¹ On relèvera d'ailleurs que l'organe d'appel critique de façon insistante la mise en œuvre des mesures américaines en distinguant d'une part la législation et d'autre part les « *Directives promulguées par le Département d'Etat* » qui ont éliminé toute flexibilité dans l'application de la loi (ibid. p. 68). En outre, l'application mécanique de ces mesures aurait de fait exclu du marché américain des crevettes pêchées de façon identique à la pratique américaine pour le seul motif que ces méthodes avaient été appliquées dans les eaux de pays non certifiés (comme imposant des techniques conformes) par les États-Unis (ibid. p. 70). Enfin, l'organe d'appel souligne également le peu d'empressement du gouvernement à entamer des négociations internationales pour parvenir à une solution acceptable pour tous, alors même que le Congrès américain avait instamment demandé qu'on le fit (ibid. p. 71).

²⁰² Ibid. p. 61,62,64

²⁰³ « *Les Membres exportateurs qui demandent la certification et dont les demandes sont rejetées ne bénéficient pas de l'équité élémentaire ni des garanties d'une procédure régulière* » (ibid. p. 80).

l'article XX. ». Et pour faire bonne mesure, il précise : « *En formulant ces conclusions, nous tenons à insister sur ce que nous n'avons pas décidé dans cet appel. Nous n'avons pas décidé que la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont.* »²⁰⁴ Il admet ainsi que ces considérations sont non seulement pertinentes pour l'application du droit de l'OMC, mais peuvent aboutir à la définition de critères décisifs pour l'application des accords du GATT. En revanche, il se garde de tout développement qui pourrait inciter les Etats à utiliser le système de règlement des conflits de l'OMC comme instrument de mise en œuvre du droit de l'environnement.

2.3.1 *L'examen de la « compatibilité » de la législation suisse.*

Pour le lecteur des messages du Conseil fédéral, l'examen de leur « Eurocompatibilité » est devenu une rubrique familière. Il en va de plus en plus souvent de même pour la compatibilité avec les règles du commerce international. Ainsi, le Conseil fédéral se penche-t-il sur la "Gattocompatibilité" du projet Gen-Lex dans son message du 1^{er} mars 2000²⁰⁵. Cet examen revêt une importance particulière, par rapport aux relations de la législation avec d'autres accords internationaux,²⁰⁶ puisque l'incompatibilité avec les règles de l'OMC peut entraîner des sanctions et faire l'objet de « condamnations » par l'organe de solution des litiges.

Dans le cadre du projet Gen-Lex, le Conseil fédéral examine précisément à quelles conditions des restrictions au commerce des OGM ou une obligation de déclarer la contenance en OGM²⁰⁷ de certains produits est admissible selon les règles du commerce international. Très prudemment, il estime que la déclaration obligatoire des OGM introduite en Suisse « *devrait concorder avec les règles internationales* » puisqu'elle a pour but de « *lutter contre les tromperies* »²⁰⁸. Il ressort toutefois assez clairement des termes choisis par le Conseil fédéral que la « Gattocompatibilité » n'est pas entièrement garantie. Le projet de loi n'en repose pas moins sur une exigence de transparence et de précaution dans ce domaine, exigence très largement justifiée par le Protocole sur la sécurité en biotechnologie qui devrait réconcilier les exigences de la protection de l'environnement et celle de la libre circulation des marchandises dans ce domaine délicat²⁰⁹.

Cet exemple met en évidence l'équilibre encore délicat qui s'établit entre la force de la mondialisation des échanges économiques et la résistance des législations nationales résolues à conserver leur souveraineté écologique. La législation suisse ne peut ignorer les contraintes des règles de l'OMC, mais celles-ci ne peuvent s'exercer contre une législation qui protège l'environnement spécifiquement « national » et, plus encore, la confiance et la sécurité des consommateurs. Dans le *choix des moyens*, le législateur doit donc donner la préférence à ceux qui lui éviteront le grief d'arbitraire et ne peuvent constituer une « discrimination injustifiable » à l'égard des autres Etats membres de l'OMC. Sa marge

²⁰⁴ Et il ajoute, non sans quelque impatience : « *Nous n'avons pas décidé que les nations souveraines qui sont Membres de l'OMC ne peuvent pas adopter de mesures efficaces pour protéger les espèces menacées telles que les tortues marines. Il est évident qu'elles le peuvent et qu'elles le doivent. Et nous n'avons pas décidé que les États souverains ne devraient pas agir de concert aux plans bilatéral, plurilatéral ou multilatéral, soit dans le cadre de l'OMC, soit dans celui d'autres organismes internationaux, pour protéger les espèces menacées ou protéger d'une autre façon l'environnement. Il est évident qu'ils le doivent et qu'ils le font.* » (ibid. p. 81)

²⁰⁵ FF 2000 2292

²⁰⁶ Par exemple, la Convention sur la diversité biologique, également mentionnée : FF 2000 2293

²⁰⁷ Ou, selon la terminologie qui s'impose de plus en plus, les OVM (FF 2000 2293)

²⁰⁸ FF 2000 2292

²⁰⁹ Adopté en janvier 2000 lors de la 1^{ère} réunion de la Conférence extraordinaire des Parties contractantes à la Convention, ce Protocole est entré en vigueur le 12 octobre 2014

de manœuvre est sans doute réduite, mais son action reste justifiée pour autant qu'elle se situe dans la protection de son territoire.

En revanche, une incertitude subsiste lorsque des mesures sont nécessaires pour protéger l'environnement sans référence territoriale. Or, de plus en plus, le caractère global et diffus des atteintes à l'environnement rend nécessaire une action extraterritoriale. Ce qui légitime la protection des tortues par les Etats-Unis, ce n'est pas le passage fortuit de l'une ou l'autre d'entre elles sur les côtes californiennes²¹⁰ mais bien le risque de disparition irrémédiable d'une espèce sauvage. Il paraîtrait aujourd'hui difficile d'admettre que l'Organe d'appel de l'OMC qui considère que les Etats membres non seulement peuvent mais doivent « *protéger les espèces menacées ou protéger d'une autre façon l'environnement* »²¹¹ affirme demain le contraire pour le motif que la mesure de protection a été prise par un pays où les tortues ne se rendent jamais ou qui n'a pas d'accès à la mer. On peut donc espérer que la rencontre de deux exigences de globalisation, celle du commerce international et celle de la protection des ressources naturelles mondiales, aboutisse à une remise dans leur juste dimension des mesures prises par les Etats : celles qui ont pour but et pour effet de protéger l'environnement sont admises et reconnues par la communauté internationale, y compris l'OMC dans ses décisions propres ; celles qui sous le couvert d'écologie ne poursuivent que des buts commerciaux ne sont reconnues ni par l'OMC, ni par les protecteurs de l'environnement. Dans un tel système, il n'y a pas de conflit entre l'environnement mondial et le marché mondialisé.

²¹⁰ WT/DS58/AB/R, p.55.

²¹¹ WT/DS58/AB/R, p. 81

3.1.2 Coexistence et responsabilité: « Im Sinne der Vorsorge »²¹²

Au sens général du terme, la “coexistence” fait partie des contraintes de l’activité agricole dès l’instant où, sur un territoire limité, différents types de production et différentes techniques agricoles sont appliquées. Elle est la conséquence de la liberté de l’agriculteur de choisir ses méthodes de production. En revanche, on ne qualifie pas de « coexistence » la relation entre activités de types différents, par exemple entre l’agriculture et l’industrie ou le tourisme. Ce terme n’a fait son apparition dans la terminologie juridique qu’avec le développement de semences génétiquement modifiées dont la cohabitation avec les semences traditionnelles et, surtout, avec les cultures dites « biologiques » pose des problèmes spécifiques²¹³, de sorte qu’on ne désigne pratiquement plus aujourd’hui par coexistence que ce type de relation²¹⁴. Il ne s’applique toutefois qu’indirectement aux aspects sanitaires de cette relation, soit l’effet des OGM sur la santé humaine ou sur la qualité de l’environnement²¹⁵.

La loi sur le génie génétique dans le domaine non humain²¹⁶ constitue une étape importante dans l’évolution de la cohabitation des techniques agricoles en soumettant les *organismes*, sans égard à leur mode de transfert, à une surveillance particulière, de sorte que les semences peuvent désormais être sujettes à autorisation. Ce faisant, la LGG a introduit dans la législation un élément de prévention des risques qui peuvent être liés à la coexistence de méthodes de culture trop éloignées les unes des autres (*infra*, ch. 1), mais elle a, simultanément précisé un principe fondamental en matière de protection de l’environnement, le principe de *précaution* (*infra*, ch. 2), levant ainsi une ambiguïté de la législation suisse dans ce domaine qui remontait à la première version de la LPE. Celle-ci traduit systématiquement le terme «*Vorsorge* » par «*prévention* », en lieu et place du terme «*précaution* » qui lui correspond en réalité. Cette ambiguïté est à la fois linguistique et conceptuelle, et il n’est pas inutile de la souligner à l’occasion d’une journée consacrée aux principes fondamentaux de droit de l’environnement.

Le texte allemand de l’article 1 alinéa 2 LPE adopté en 1983 prévoyait: «*Im Sinne der Vorsorge sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen*». Pour le commentateur germanophone²¹⁷, cette terminologie implique non seulement la prévention d’atteintes dont les conséquences sont parfaitement connues, mais également la prévention de celles dont les conséquences, en termes de dommage potentiel ou d’irréversibilité, ne sont pas encore certaines. Tel

²¹² Texte remanié d’un exposé effectué dans le cadre du Symposium en l’honneur d’Heribert Rausch, publié dans la revue URP/DEP 2007 742-756.

²¹³ Voir *infra* ch. A.2.

²¹⁴ Ainsi, par exemple, la Commission européenne définit-elle dans une recommandation la *coexistence* comme étant “*la capacité des agriculteurs à pouvoir choisir librement entre une agriculture utilisant des OGM, une agriculture biologique et une agriculture conventionnelle, dans le respect des obligations légales en matière d’étiquetage et/ou de normes de pureté*” : Recommandation de la Commission CE du 23 juillet 2003 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 biologiques ; le droit suisse ne connaît pas encore de définition formelle de la coexistence, mais ce problème n’est évoqué qu’en relation avec la proximité de cultures OGM et biologique, ou la possibilité de mélange de produits de ces deux cultures.

²¹⁵ FAL-Studie, «*Koexistenz verschiedener landwirtschaftlicher Anbausysteme mit und ohne Gentechnik* », Schriftenreihe der FAL (55), 2005 4.

²¹⁶ Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l’application du génie génétique au domaine non humain (Loi sur le génie génétique, LGG) : RS 814.91.

²¹⁷ Le terme «*Vorsorge* » a en effet son origine dans la doctrine allemande : sur sa portée et son développement, voir HERIBERT RAUSCH, Kommentar USG, Art. 1 N 4-6 ; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, p. 53ss, 60 ; HERIBERT RAUSCH / ARNOLD MARTI / ALAIN GRIFFEL, Umweltrecht, Zürich 2004, p. 20ss.

n'est en revanche pas le cas pour le législateur suisse lorsqu'il traduit l'article 1 alinéa 2 LPE par : « *Les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodantes seront réduites à titre préventif et assez tôt* ». Le terme « préventif » ne comporte que la référence à des atteintes connues. Il se réfère donc au *principe de prévention*²¹⁸ alors que la terminologie allemande inclut également la précaution. Le caractère volontaire de cette imprécision linguistique apparaît dans le soin mis à éviter le terme « précaution », tant en français qu'en italien²¹⁹. Une comparaison avec le droit européen, qui connaît également la distinction, est de nature à lever le doute. L'article 174 du Traité européen précise en effet que: « *Die Umweltpolitik der Gemeinschaft beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung.....* », ce qui s'exprime, dans la version française, par: « *La politique de la Communauté... est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive....* ». Le texte italien est identique²²⁰. Cette distinction n'est pas qu'une nuance: si la *prévention* impose (a) des mesures prises *le plus tôt possible* dès qu'il apparaît qu'un projet aura un impact sur l'environnement, et (b) fait préférer celles qui ont un *effet à la source* de l'atteinte, la *précaution* y ajoute que (c) les mesures doivent être de nature à empêcher la survenance *d'atteintes potentielles*, et, surtout, (d) il faut intervenir avant d'avoir une preuve absolue du caractère nuisible d'une activité ou d'une substance²²¹. Il s'agit d'un principe de *gestion de l'incertitude*, en particulier de l'incertitude scientifique. Pour la mise en œuvre d'une technologie nouvelle comme le génie génétique la différence est d'importance.

A. *La coexistence en agriculture : de la responsabilité à la prévention*

1. La coexistence en agriculture, un problème traditionnel ?

La « coexistence » de techniques de production différentes n'est pas nouvelle en agriculture, bien qu'une relative standardisation ait caractérisé l'évolution des méthodes de culture. Dans la mesure où celles-ci n'ont pas qu'un effet limité à la surface cultivée par chaque agriculteur, l'action de chacun peut avoir des incidences sur les productions environnantes. Ce vieux problème a reçu un éclairage nouveau avec l'usage accru d'intrants chimiques. Ainsi, les fertilisants, pesticides et herbicides nécessaires et efficaces pour un type de culture peuvent s'avérer dommageables pour la culture voisine. Les insecticides et pesticides utilisés pour l'un d'entre eux peuvent porter préjudice aux insectes pollinisateurs d'autres cultures, voire faire disparaître des espèces sauvages utiles à l'agriculture (oiseaux, hérissons, papillons, etc). A cela s'ajoute la pollution de l'eau consécutive à l'usage de certains produits qui peut la rendre impropre à tout usage agricole ultérieur. Bien qu'il s'agisse, manifestement et littéralement, de « coexistence », cette relation n'a pas jusqu'ici été qualifiée comme telle. Juridiquement, elle relevait plutôt de la relation de « voisinage ».

²¹⁸ Parfois désigné uniquement comme „lutte à la source“ (voir sur cette notion, ALAIN GRIFFEL, (note 216), p. 145ss, 147).

²¹⁹ Le texte italien de l'art. 1 al. 2 LPE est en effet identique au français, qui n'était pourtant pas la langue originale du projet (« *A scopo di prevenzione, gli effetti che potrebbero divenire dannosi o molesti devono essere limitati tempestivamente* »).

²²⁰ Il mentionne en effet que la politique environnementale de la Communauté « *è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva* »

²²¹ Le principe de précaution a été défini de façon précise dans un certain nombre de convention internationales récentes : ainsi, par exemple, la Convention du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (RS 0.814.20) précise-t-elle qu'en vertu de ce principe on ne doit pas différer « *la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière, d'autre part* » (art. 2) ; ég. Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution (COM(2000) 1).

L'utilisation nouvelle des produits issus du génie génétique en agriculture a entraîné des difficultés supplémentaires. D'une part, ces produits échappent plus largement au contrôle de leurs utilisateurs que les produits traditionnels. D'autre part l'absence d'OGM est devenue un élément constitutif de la définition juridique de l'agriculture biologique, de sorte que la présence à proximité de cultures biologiques de champs de produits OGM présente, pour l'agriculteur biologique, un risque de perte de son statut. C'est pourquoi, l'une des difficultés les plus fréquemment évoquée en matière de coexistence est l'impact dommageable de l'activité agricole d'un producteur sur le voisinage. Pour les OGM, la seule présence de produits d'un agriculteur dans la récolte de son voisin sera la cause du dommage²²².

Dans un contexte traditionnel les dommages causés à l'un ou l'autre producteur du fait des méthodes de culture différentes sont soumis aux règles de la responsabilité. Il s'agit, outre la responsabilité civile générale de l'article 41 CO, des règles sur le voisinage (art. 679 et 684 CC) et de celles découlant de l'article 59a LPE sur les activités particulièrement dangereuses pour l'environnement²²³. Pour les OGM, la responsabilité seule ne suffit pas. Les inconvénients liés au caractère potentiellement irréversible des dégâts que peut causer un OGM ne permettent en effet pas de se contenter de la compensation du dommage.

2. Les nouveaux aspects de la cohabitation des cultures : la « coexistence »

Deux facteurs nouveaux ont modifié l'approche traditionnelle des relations entre agriculteurs voisins : l'usage agricole d'intrants génétiquement modifiés et la protection particulière dont jouit désormais dans la loi la diversité biologique. Le premier aspect de cette évolution est soumis à la LGG, qui exige une évaluation de la dangerosité des *organismes* en tant que tels avant leur mise en circulation (art. 6 LGG). La procédure varie en fonction des usages envisagés : expérience en laboratoire, diffusion dans l'environnement, mise dans le commerce. Pour l'activité agricole, c'est la diffusion dans l'environnement qui constitue la création d'un risque que le législateur a voulu contrôler.

i) Le génie génétique « moderne »

Un *organisme* se caractérise par sa capacité à transférer ou répliquer du matériel génétique (art. 7 al. 5^{bis} LPE ; 5 al.1 LGG) sans nécessiter une intervention humaine. On le qualifie de « génétiquement modifié » (OGM) lorsqu'il a obtenu certaines de ses caractéristiques par l'intervention de l'homme, soit, selon la définition de l'article 5 alinéa 2 LGG (et de l'art. 7 al. 5^{ter} LPE) : « *une modification qui ne se produit pas naturellement, ni par multiplication, ni par recombinaison naturelle* »²²⁴.

²²² Cet aspect est évoqué dans la Communication de la Commission européenne sur la coexistence (*supra*, note 2) lorsqu'elle précise : « *La question de la coexistence abordée dans la présente recommandation traite du préjudice économique potentiel et de l'incidence des mélanges entre cultures génétiquement modifiées et autres cultures ainsi que des mesures de gestion les plus appropriées pour réduire les risques de ces mélanges* ».

²²³ Voir sur le régime de responsabilité, ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, Protection de l'environnement et immobilier : aperçu du droit de l'environnement, in : Protection de l'environnement et immobilier, MICHEL HOTTELIER et BENEDICT FOËX (édit.) Zurich 2005, p. 27 ; ANNE-SYLVIE DUPONT, Le dommage écologique : le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, Genève / Zurich / Bâle 2005.

²²⁴ Il s'agit d'une définition standardisée que l'on retrouve en droit européen (art. 2 Directive 2001/18, étant en outre précisé que les êtres humains sont exclus et que la modification visée résulte de techniques énumérées à l'annexe I A de la Directive), et à l'art. 3 du Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (à la différence que celui-ci les qualifie d'*organismes vivants* modifiés pour souligner leur capacité de reproduction autonome).

Les organismes issus du génie génétique moderne²²⁵ présentent donc un risque particulier dans la mesure où ils échappent en partie au contrôle de leur créateur. En interagissant avec le monde extérieur sans qu'une nouvelle intervention humaine soit nécessaire, l'organisme peut transmettre ses caractéristiques à des variétés végétales proches de celle volontairement modifiée. Une variété sauvage peut ainsi acquérir une résistance à certains produits que l'on ne voulait conférer qu'à la plante cultivée. En outre, les méthodes de modification du matériel génétique des plantes sont suffisamment rudimentaires pour que la modification génétique se produise ailleurs qu'à l'endroit spécifiquement visé par les généticiens, de sorte que la plante peut avoir des caractéristiques négatives imprévues²²⁶. Enfin, la modification des variétés cultivées ayant le plus souvent pour objet de permettre une résistance accrue à certains produits ou animaux, elle peut avoir un impact négatif sur des insectes ou d'autres organismes vivants différents de ceux qui étaient visés à l'origine²²⁷.

L'ensemble de ces facteurs fait de l'OGM une source de conflits potentiels avec le voisinage bien supérieur à la capacité de nuisance du produit agricole traditionnel. Il ne s'agit plus seulement de contrôler la diffusion, ou les conditions de culture, de plantes déterminées et des intrants qui les accompagnent²²⁸, mais bien de connaître le parcours potentiel d'un organisme, parcours dépourvu de toute visibilité. L'instrument privilégié du contrôle des OGM est donc l'évaluation des risques effectuée *in concreto* avant toute diffusion de l'organisme²²⁹.

ii) La protection de la biodiversité

L'appréciation des risques que peuvent présenter les OGM n'est pas limitée à l'appréciation de leur caractère toxique ou biodégradable. C'est l'impact de l'organisme sur l'ensemble des mécanismes environnementaux du voisinage qui est déterminant. La LPE imposait déjà cet examen en se fixant pour but la protection des biotopes et des biocénoses. La LGG y a ajouté la sauvegarde de la biodiversité qui figure désormais également à l'article 1 alinéa 2 LPE.

Traditionnellement, cette question n'est pas envisagée dans l'optique de la coexistence, mais plutôt dans celle de l'impact des activités humaines sur le milieu naturel, celui-ci étant présumé être plus diversifié que le milieu cultivé. Avec le développement de l'agriculture biologique il devient toutefois difficile d'opérer une distinction nette entre ces deux problèmes : d'une part, celle-ci se consacre

²²⁵ Dans le Protocole de Cartagena la définition de l'«organisme vivant modifié», se réfère au fait que cette modification repose sur *"une combinaison de matériel génétique inédite obtenue par recours à la biotechnologie moderne"* (art. 3 g), et il précise que l'on doit entendre par «biotechnologie moderne», *«l'application de techniques in vitro aux acides nucléiques, y compris la recombinaison de l'acide désoxyribonucléique (ADN) et l'introduction directe d'acides nucléiques dans des cellules ou organites», et «la fusion cellulaire d'organismes n'appartenant pas à une même famille taxonomique, qui surmontent les barrières naturelles de la physiologie de la reproduction ou de la recombinaison et qui ne sont pas des techniques utilisées pour la reproduction et la sélection de type classique ».*

²²⁶ Voir sur cette question, BARBARA BORDOGNA PETRICCIONE, Introduction to GMO : technique and safety, une étude effectuée dans l'optique de la sécurité biologique, in : Les Cahiers du RIBios No 1, IUED Genève, 2004.

²²⁷ Pour cette raison l'article 6 alinéa 2 c) LGG n'envisage d'autoriser la dissémination expérimentale d'organismes génétiquement modifiés que *"si ces organismes ne contiennent pas de gènes introduits par génie génétique qui induisent une résistance aux antibiotiques utilisés en médecine humaine et vétérinaire"*.

²²⁸ Cette question fait l'objet d'une série d'ordonnances sur l'utilisation de produits sanitaires, phytosanitaires et fertilisants, à l'exclusion des OGM, dont la principale est l'Ordonnance du 18 mai 2005 sur la réduction des risques liés à l'utilisation de substances, de préparations et d'objets particulièrement dangereux (ORRChim : RS 814.81), sur laquelle se fondent des obligations de détenir un permis pour utiliser certaines substances à titre professionnel ou commercial (OPer-AH pour l'emploi de produits phytosanitaires dans l'agriculture et l'horticulture (RS 814.812.34), OPer-Fo (RS 814.812.36), pour l'économie forestière, OPer-S (RS 814.812.35) pour l'emploi dans des domaines spéciaux).

²²⁹ Voir *infra* ch. B.1 (i).

souvent à la diversification des cultures traditionnelles et comporte l'alternance des récoltes, et d'autre part, le système d'encouragement à certains modes de cultures, de même que la promotion de la multifonctionnalité de l'agriculture, devraient accroître la diversité biologique. De ce point de vue, il importe en outre de prévenir les atteintes, car celles-ci auront le plus souvent un caractère irréversible. Tel est notamment le cas lorsque l'atteinte fait disparaître certaines espèces ou variétés.

3. Prévention et responsabilité

L'ordre juridique a longtemps manifesté une relative indifférence à l'égard du choix des techniques agricoles. La liberté de choix de l'exploitant prévalant, l'agriculteur lésé par les méthodes de production de son voisin pouvait utiliser la panoplie des actions en responsabilité, en prévention du dommage, en cessation du trouble, que lui offraient, en particulier, les dispositions sur le voisinage. Le souci de protéger la qualité de l'environnement par des mesures de prévention a entraîné l'introduction d'un système d'autorisations pour certaines substances ou activités, puis pour les organismes. Pour compléter ce système, dont le suivi ne peut être assuré uniquement par l'administration, on a enrichi le droit de la responsabilité de règles visant spécifiquement le pollueur et la réparation du dommage environnemental²³⁰.

A l'origine, il est douteux que le législateur ait pensé à l'exploitant d'une entreprise agricole en définissant les conditions de la responsabilité pour atteinte à l'environnement dans le cadre de l'article 59a LPE²³¹, bien que les exploitations agricoles, même modestes, soient indiscutablement des entreprises. Les conditions prévues par l'article 59a alinéa 2 LPE, en particulier le fait d'utiliser des substances susceptibles de polluer les eaux, rendent néanmoins cette disposition applicable au secteur agricole²³². Ce n'est toutefois qu'avec la législation sur les OGM que l'on voit s'instituer, pour la première fois, un système de responsabilité qui vise à tenir compte des spécificités de l'activité agricole.

En principe, la LGG voulait exclure la responsabilité de l'agriculteur pour le dommage résultant des particularités des OGM en la concentrant sur celui qui les met en circulation. Cette relation entre mise en circulation et responsabilité constitue le fondement du système instauré par la loi, comme en témoigne non seulement l'article 30 alinéa 2 LGG relatif à l'usage agricole des OGM, mais également le fait que la loi impose une responsabilité pour l'usage non autorisé des OGM à celui qui *aurait dû requérir* l'autorisation et non à l'utilisateur en tant que tel (art. 30 al. 1 LGG). La LGG perçoit donc l'agriculteur comme victime et non comme auteur d'une atteinte. L'usage agricole de produits du génie génétique est néanmoins sujet, comme l'utilisation de tout autre intrant agricole aux règles sur le voisinage qui reposent sur une appréciation du comportement du voisin en fonction des particularités du lieu²³³, sans que l'exploitation d'une entreprise agricole en accord avec les règles de la zone n'entraîne une plus grande tolérance aux nuisances qui lui sont spécifiques.

²³⁰ Voir, sur la définition du dommage environnemental, la thèse d'ANNE-SYLVE DUPONT (note 222).

²³¹ L'article 59a LPE prévoit une responsabilité du «*détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement* » pour les «*dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne...* » : il s'agit d'une responsabilité objective pour risque.

²³² ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, La responsabilité environnementale de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Genève / Bâle / Munich 2006, p. 138ss ; ég. ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN (note 222) p. 29ss.

²³³ La notion d'excès varie selon l'usage local et résulte d'une pesée des intérêts du propriétaire et du voisin ; ATF 88 II 10, JT 1962 I 541 ; il est lié à un quartier ou un secteur déterminé (ATF 101 II 248, JT 1976 I 252) au moment où l'action est ouverte et donc indépendant de l'usage existant au moment où l'activité litigieuse a débuté (ATF 44 II 463) ; voir ég. sur la relation avec les autorisations de construire, l'ATF 129 III 161.

Dans un contexte agricole où coexistent divers types de cultures, l'exploitant doit prendre en compte le risque que les intrants qu'il utilise se révèlent nocifs pour d'autres types de cultures et prendre les précautions nécessaires pour que leur action ne déborde pas sur les fonds voisins. On ne voit pas pourquoi cette règle ne s'appliquerait pas aux intrants issus du génie génétique²³⁴, lorsque, par exemple, la présence d'OGM provenant d'un fond voisin fait perdre à l'agriculteur biologique le bénéfice de sa certification. C'est donc également dans l'intérêt de l'agriculteur utilisateur d'OGM que la LGG a introduit d'une part un système de contrôle préventif, en exigeant une autorisation préalable à toute diffusion d'OGM, et d'autre part des conditions de responsabilité spécifiques²³⁵.

B. La coexistence en agriculture : de la prévention à la précaution

Le recours à des autorisations destinées à prévenir les atteintes « nuisibles ou incommodantes » est caractéristique du système de protection de l'environnement instauré par la LPE. En règle générale ce contrôle s'exerce en évaluant les atteintes prévisibles et en exigeant que toutes les mesures conformes aux règles de l'art et au principe de proportionnalité soient prises pour les éviter²³⁶. Les atteintes prévisibles sont non seulement celles dont la survenance est de nature à produire des effets négatifs connus, mais aussi celles pour lesquelles des atteintes sont envisageables sans qu'il existe une certitude absolue quant à leur nature et à leurs conséquences²³⁷. En agriculture, cette distinction n'a pas joué un grand rôle tant que les substances contrôlées n'étaient que des semences traditionnelles ou des produits chimiques connus. Les autorisations dans ce domaine visaient d'ailleurs davantage à s'assurer que les agriculteurs savaient utiliser les produits qu'à tester leurs effets sur l'environnement, dans la plupart des cas largement connus²³⁸. La mise sur le marché de produits issus du génie génétique moderne a modifié cette situation car la LGG précise que la diffusion d'OGM est soumise à un contrôle basé sur le *principe de précaution*²³⁹.

1. Les conditions préalables à la diffusion d'OGM dans l'environnement

Une autorisation préalable est nécessaire à l'utilisation d'OGM en milieu ouvert comme en milieu fermé. Sauf accident, il n'y aura donc production OGM en agriculture que si un producteur ou un importateur de semences génétiquement modifiées a obtenu l'autorisation de les mettre sur le marché. L'autorisation s'applique à la mise dans le commerce de "l'organisme". Pour les produits agricoles, il ne s'agit donc pas d'opérer des distinctions entre variétés d'une même plante, mais bien de s'assurer qu'un organisme, quel que soit la plante dans laquelle il est inséré, ne puisse transférer ses caractéristiques modifiées à une autre variété, ou encore affecter des animaux qui seraient en contact avec la plante (notamment les insectes pollinisateurs). De ce point de vue, le produit génétiquement modifié n'est que le véhicule de l'OGM. Il n'est en revanche pas, lui-même, soumis à une exigence à laquelle échapperaient d'autres produits similaires²⁴⁰.

i) Les conditions formelles de l'autorisation

²³⁴ Dans ce sens, les Recommandations de la Commission CE du 23 juillet 2003, ch.2.1.9.

²³⁵ Voir *infra* ch..B.1.(ii).

²³⁶ HERIBERT RAUSCH / ARNOLD MARTI / ALAIN GRIFFEL (note 216), § 5, p. 61ss.

²³⁷ Voir *supra* note 4 ; ég. ATF 126 II 399, 402 relatif aux radiations non ionisantes.

²³⁸ Voir *supra* note 16, ch. I.B.1.

²³⁹ Cette affirmation reste prudente car elle débouche seulement sur l'exigence de limiter les atteintes « le plus tôt possible » (art. 2 al. 1 LGG), mais le terme, repris de la LPE, « *im Sinne der Vorsorge* », est correctement traduit « *par mesure de précaution* », levant ainsi l'ambiguïté de la LPE.

²⁴⁰ Au sens, notamment, de l'article III.4 GATT qui exclut la discrimination entre produits « similaires ».

Quiconque entend diffuser dans l'environnement ou mettre sur le marché un organisme génétiquement modifié doit requérir une autorisation. L'article 6 alinéa 3 LGG exclut leur mise en circulation s'ils contiennent des gènes introduits par génie génétique qui induisent une résistance aux antibiotiques utilisés en médecine humaine et vétérinaire. En application du principe de précaution, la loi exige en outre que des essais en milieu confiné et des disséminations expérimentales aient été établis que ces organismes ne présentent pas de risques pour l'homme et les écosystèmes avant qu'ils ne soient mis sur le marché à des fins de diffusion dans l'environnement. En particulier, l'autorisation est soumise à la condition que les organismes en question : (a) "*ne portent pas atteinte à une population d'organismes protégés ou importants pour l'écosystème concerné*"; (b) "*ne provoquent pas la disparition non voulue d'une espèce d'organismes*"; (c) "*ne perturbent pas gravement ou à long terme l'équilibre des composantes de l'environnement*"; (d) "*ne portent pas atteinte, gravement ou à long terme, à des fonctions importantes de l'écosystème concerné, en particulier à la fertilité du sol*"; (e) "*ne se propagent pas ni ne propagent leurs propriétés de manière indésirable*" (art. 6 al. 3 LGG). Il appartient au requérant d'apporter les informations et les démonstrations nécessaires. L'innocuité n'est pas présumée.

C'est l'Ordonnance du Conseil fédéral du 25 août 1999 sur la diffusion d'organismes dans l'environnement (ODE), prise en application de la LPE et étendue à la LGG, qui précise les conditions d'octroi de l'autorisation et désigne les autorités compétentes, en fonction de l'utilisation prévue (médicaments, denrées alimentaires, matériel de multiplication à usage agricole ou sylvicole)²⁴¹. Elle s'applique à celui qui veut mettre des OGM ou des organismes pathogènes dans le commerce²⁴², soit pour la première fois, soit pour un nouveau type d'application.

ii) L'évaluation du risque

L'évaluation du risque fait partie de la procédure d'autorisation. Elle en constitue l'élément essentiel. Elle est également prévue dans la plupart des législations, dans l'Union européenne²⁴³ et par le Protocole de Cartagena. L'article 14 ODE prévoit une *évaluation du risque* (art. 14 al. 1 d) ODE) par le requérant, ainsi qu'un plan de surveillance (art. 14 al. 1 e) ODE) et des propositions quant à l'information du preneur (art. 14 al. 1 g) ODE). Celles-ci sont assorties d'obligations d'étiquetage (art. 15 LGG). L'influence du principe de précaution sur l'évaluation des risques se manifeste dans la conception même du risque²⁴⁴, mais également lorsque le risque se matérialise, par des dispositions spéciales relatives à la preuve du dommage (art. 33 al. 2 LGG).

2. Le contrôle autonome et la responsabilité

L'autorisation vise à prévenir les risques que comporte la diffusion d'OGM dans l'environnement. Elle ne suffit toutefois pas à garantir que les risques préalablement évalués ne se réaliseront pas, encore moins à prévenir ceux que l'état de la science et de la technique ne permettent pas d'identifier clairement. Le bénéficiaire de l'autorisation doit donc exercer un *contrôle autonome* sur l'organisme autorisé, selon des exigences analogues à celle applicables aux substances et produits pouvant porter atteinte à l'environnement (art. 26 LPE). L'ODE impose toutefois, à la différence de la LPE, que

²⁴¹ RS 814.911 ; pour les conditions d'octroi, l'article 14 de l'ODE se réfère à la directive européenne 2001/18 (texte actuel modifié) relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement.

²⁴² Bien que soumis aux mêmes contraintes que les OGM, les organismes pathogènes sont soumis à la LPE et non à la LGG.

²⁴³ Article 13.2 b) Directive 2001/18 qui renvoie pour l'évaluation à l'annexe II section D.

²⁴⁴ Voir en particulier l'identification des risques à l'annexe II sections D.1 et D.2 de la directive 2001/18.

l'évaluation doit permettre : " *la conclusion fondée que, lorsqu'ils sont utilisés dans l'environnement, ces organismes ne peuvent pas mettre en danger l'homme et l'environnement*" (art. 5 al. 1 ODE). L'évaluation portera en particulier sur "*la capacité de survie, la propagation et la multiplication des organismes dans l'environnement*" et "*les interactions possibles des organismes avec d'autres organismes et les biocénoses ainsi que les effets sur les biotopes*" (art. 5 al. 2 ODE).

Le contrôle autonome est en relation directe avec la responsabilité de celui à qui il est imposé : il s'agit d'un devoir de diligence particulière. L'OGM autorisé est donc celui qui a franchi la barrière de l'étude de risque et qui est censé être inoffensif pour la santé humaine ou animale et pour l'environnement, mais l'autorisation n'est pas considérée comme un motif d'exonération de la responsabilité de celui qui met le produit en circulation. Il reste soumis aux conditions générales du contrôle autonome.

i) Evaluation du risque et information du preneur

L'étude de risque aura permis de déterminer si l'écosystème peut être affecté par le nouvel OGM, en particulier si des organismes existants peuvent être menacés dans leur survie, si l'équilibre des composantes de l'environnement peut être compromis (notamment ceux qui garantissent la fertilité du sol) et s'il ne se propagera pas, ni ne propagera ses propriétés, de manière indésirable. Elle permettra d'informer l'acquéreur sur les propriétés de l'organisme en question et de lui communiquer "*toutes instructions propres à garantir que, si ces organismes sont utilisés conformément à leur destination, les principes visés aux art. 6 à 9²⁴⁵ ne seront pas violés*" (art. 15 al. 1 b) LGG, art. 6 ODE). Cela comprend les caractéristiques identifiées dans le cadre de l'étude de risque susceptibles d'être influencées par l'utilisation de l'organisme autorisé. Cette obligation fait partie, comme pour les substances et les produits soumis à la LPE, des obligations découlant du contrôle autonome.

L'information du preneur a également pour but de garantir le libre choix du consommateur (art. 7 LGG). Elle ne porte donc pas seulement sur les éléments qui peuvent ressortir de l'évaluation des risques, mais également sur la nature des organismes contenus dans les produits mis sur le marché. Dans l'optique du consommateur, comme dans celle de l'agriculteur biologique, l'un des risques les plus importants est celui qu'un mélange s'opère entre produits génétiquement modifiés et produits « naturels »²⁴⁶. L'information du preneur a donc un double but, d'une part, celui de permettre une utilisation conforme à la destination du produit avec les précautions nécessaires, et d'autre part celui d'informer le consommateur de l'existence même d'OGM dans le produit. Elle aura en outre des conséquences en matière de responsabilité du producteur et du preneur lorsque, soit les

²⁴⁵ Il s'agit de garantir que les organismes ne puissent pas mettre en danger l'homme, les animaux ou l'environnement, ni porter atteinte à la diversité biologique (art. 6 LGG), de veiller à ce que "*ces organismes, leurs métabolites et leurs déchets ne portent pas atteinte à une production exempte d'organismes génétiquement modifiés ni au libre choix des consommateurs*" (art. 7 LGG), de respecter "*l'intégrité des organismes vivants*" dans toute modification du patrimoine génétique d'un animal ou d'un végétal (art. 8 LGG) et de limiter "*la production et la mise en circulation de vertébrés génétiquement modifiés ... à des fins scientifiques, thérapeutiques ou de diagnostic médical ou vétérinaire*" (art. 9 LGG).

²⁴⁶ La Commission européenne identifie cinq sources de mélanges dont il faut tenir compte : le transfert de pollen entre champs contigus, le mélange de récoltes, le transfert de semences ou d'autre matériel végétal viable, les repousses de précédents culturaux, et les impuretés dans les semences, y compris les effets cumulatifs des différentes sources de mélange, et de l'accumulation dans le temps. : Recommandation de la Commission CE du 23 juillet 2003, ch.2.2.2 ; l'étude FAL (note 214) mentionne également les mélanges qui interviennent au cours du transport et de l'entreposage des récoltes.

caractéristiques propres de l'OGM sont à l'origine d'un dommage, soit un étiquetage ou une information insuffisante induit le consommateur en erreur sur la nature du produit²⁴⁷.

ii) La concentration de la responsabilité

La LGG introduit dans la législation environnementale une responsabilité objective fondée sur le risque liée, non pas à une activité, mais à la diffusion de certains organismes en tant que tels. Ce risque, la loi l'identifie comme lié à la reproduction ou à la modification des organismes et au transfert du matériel génétique modifié à d'autres organismes vivants²⁴⁸. En principe, cette responsabilité est concentrée sur le producteur qui est également la personne tenue de solliciter une autorisation pour la mise en circulation de son produit. Ni la loi, ni l'ordonnance d'application, ne précisent toutefois que le requérant doit être celui qui a mis au point l'organisme en question. Il ne s'agit donc pas nécessairement du titulaire de droits sur une invention du génie génétique, ni de l'utilisateur de l'organisme. En matière agricole, ce peut être le producteur de semences, l'importateur, le revendeur ou même l'agriculteur qui les utilise lorsqu'il assure lui-même, soit la production, soit l'importation des semences.

L'article 30 alinéa 2 LGG précise que : «*si la mise en circulation autorisée d'organismes génétiquement modifiés cause aux exploitants agricoles ou sylvicoles ou aux consommateurs des produits de ces exploitants un dommage dû à la modification du matériel génétique de ces organismes, le titulaire de l'autorisation est seul à répondre du dommage si ces organismes: (a) sont contenus dans des matières auxiliaires de l'agriculture ou de la sylviculture; (b) sont issus de ces matières auxiliaires...* ». Le législateur a donc clairement voulu exclure que l'utilisateur d'OGM à des fins agricoles réponde des conséquences de leurs caractéristiques telles que décrites à l'article 30 alinéa 7 LGG. Lorsque les OGM utilisés en agriculture causent à des tiers un dommage lié au transfert de leur matériel génétique modifié, l'agriculteur doit être exempté de toute responsabilité, car les risques liés à la manipulation génétique ont été déterminés et assumés par le créateur de l'organisme. L'utilisateur n'est pas en mesure de les contrôler ou les limiter (en dehors des instructions d'utilisation préconisées par le producteur lui-même²⁴⁹).

La responsabilité ainsi concentrée sur le titulaire de l'autorisation est une responsabilité conforme à la logique du risque, puisqu'elle s'étend aux risques de développement²⁵⁰. Il n'en va pas de même pour l'exigence d'un « défaut » de l'OGM, que la loi impose comme condition de responsabilité pour l'organisme autorisé. Le défaut exigé par l'article 30 alinéa 4 LGG est un corps étranger dans ce système, directement repris de la loi sur la responsabilité du fait des produits²⁵¹. Il signifie que l'organisme n'offre « *pas la sécurité que l'on est en droit d'attendre* » compte tenu des circonstances et eu égard à la manière dont il est présenté au public, à l'utilisation qu'on est raisonnablement en droit d'en attendre et à la date de sa mise dans le commerce. Si cette condition peut s'appliquer, avec

²⁴⁷ Afin d'éviter une charge de contrôle excessive au producteur, ce sont toutefois des seuils d'étiquetage qui sont le plus souvent proposés (Recommandation de la Commission européenne, ch.2.2.3), de sorte qu'un mélange n'est pas entièrement exclu, sans que cela implique un défaut d'information.

²⁴⁸ « *Le dommage causé doit être dû: (a) aux nouvelles propriétés des organismes; (b) à la reproduction ou à la modification des organismes, ou (c) au transfert du matériel génétique modifié de ces organismes* » (art. 30 al. 7 LGG).

²⁴⁹ *Supra*, ch. B.2(ii).

²⁵⁰ Selon l'article 30 alinéa 4 LGG le titulaire de l'autorisation « *répond également des défauts que l'état des connaissances scientifiques et de la technique n'a pas permis de détecter au moment de la mise en circulation de l'organisme concerné* » ; cette prise en compte est également conforme au principe de précaution.

²⁵¹ Article 4 alinéa 1 LRFP (RS 221.112.944).

quelques ajustements, à un organisme *consommé* par l'agriculteur ou par les acheteurs de ses produits, elle s'adapte plus difficilement aux rapports entre exploitants voisins.

L'article 30 alinéa 2 LGG ne mentionne pas l'exigence du défaut, mais il n'indique pas non plus qu'en matière agricole on puisse y déroger. La condition que le dommage soit « *dû à la modification du matériel génétique de ces organismes* » est en revanche rédigée dans les mêmes termes que pour la responsabilité générale de l'article 30 alinéa 4 LGG, ce qui laisse supposer que la concentration de la responsabilité n'en modifie pas les conditions. Dès lors, si l'agriculteur utilise un produit génétiquement modifié autorisé contrairement à l'usage prescrit, (par exemple de la nourriture pour animaux comme semence²⁵²) le dommage qui en résulte pour le tiers ne sera pas dû à un défaut, et sa responsabilité devrait être engagée (vraisemblablement comme voisin). Si l'usage est conforme aux instructions du titulaire, celui-ci est seul responsable à condition que le dommage soit dû aux nouvelles propriétés des organismes, à la reproduction ou à la modification des organismes, ou au transfert du matériel génétique modifié de ces organismes. Tel est en effet le risque créé par la mise en circulation d'un OGM.

La recherche du défaut perturbe cette systématique : il faudrait, par exemple, distinguer pour un OGM résistant à certains parasites selon le type d'insectes que l'organisme affecte. S'il s'agit de nuisibles, l'OGM est conforme, mais s'il nuit aux abeilles, il serait défectueux. Dans le premier cas, toutefois, le dommage causé à un agriculteur voisin ne serait pas soumis à la responsabilité du titulaire de l'autorisation. De même, le simple déplacement de l'organisme, que ce soit par l'intermédiaire d'insectes ou porté par le vent, ne correspond pas à la définition du défaut.

Enfin, l'article 30 alinéa 3 LGG prévoit une action récursoire du titulaire de l'autorisation contre celui qui a utilisé l'organisme de façon inadéquate ou contribue à la survenance du dommage. Il faut néanmoins distinguer la manipulation inadéquate d'un organisme défectueux, qui a aggravé le dommage, de celle qui a abouti à un mélange sans que l'organisme soit défectueux. Dans ce dernier cas, le titulaire de l'autorisation ne répondrait de rien et aucun recours ne serait possible. Il n'y aurait alors aucune incitation à se conformer aux instructions du producteur, par exemple à respecter d'éventuelles distances de sécurité.

Dans tous ces cas, le voisin subit bien un dommage résultant de « *la modification des organismes* », qui ne pourra être compensé qu'en recourant aux règles générales sur la responsabilité²⁵³. Le problème du mélange n'aurait dès lors pas été réglé, alors même que l'indemnisation de l'agriculteur biologique lésé par la simple *présence* d'OGM dans ses champs ou dans ses récoltes était l'un des objectifs du législateur²⁵⁴.

²⁵² En principe, les OGM contenus dans la nourriture animale ne sont pas soumis à autorisation s'ils sont limités à moins de 0,5 % de nourriture non OGM et s'ils sont homologués selon les règles du droit européen (art. 21b Ordonnance du 26 mai 1999 sur les aliments pour animaux).

²⁵³ Pour la Commission européenne le risque que comporte le mélange en matière de responsabilité, tant pour l'agriculteur biologique que pour celui qui utilise des produits du génie génétique doit faire l'objet d'un examen particulier dans chaque Etat, et « *...les agriculteurs, les fournisseurs de semences et les autres opérateurs devraient être pleinement informés des critères nationaux applicables en matière de responsabilité en cas de préjudice causé par un mélange. Dans ce contexte, les États membres peuvent faire une étude de faisabilité sur l'adaptation des régimes d'assurance existants ou concevoir de nouveaux régimes* » (Recommandation de la Commission CE du 23 juillet 2003, ch.2.1.9).

²⁵⁴ Dans son Message relatif à la modification de la LPE (FF 2000 2283), le Conseil fédéral indiquait en effet : « *La responsabilité s'étend à tout dommage causé par la pollinisation (p. ex. dévalorisation des fruits de plantes qui ne peuvent plus être vendus au prix de produits biologiques; perte des contributions écologiques allouées aux exploitations agricoles appliquant des modes de production en accord avec la nature, cf. art. 76*

iii) Responsabilité et principe de précaution

Le principe de précaution s'applique avant tout dans le cadre des autorisations préalables à la mise en circulation des OGM. Toutefois, le problème de l'incertitude scientifique que ce principe vise à résoudre n'est pas limité à la procédure d'autorisation. Un fois mis sur le marché, l'OGM doit être contrôlé par le titulaire de l'autorisation, ne fût-ce que pour donner des instructions adéquates à l'utilisateur. En outre, les conditions de la responsabilité font appel à des critères nécessitant une certaine expertise. Ainsi faudra-t-il déterminer dans chaque cas si le dommage est dû à la « *modification du matériel génétique* » de l'organisme considéré, s'il a trait à ses « *nouvelles propriétés* », à sa « *reproduction* » ou sa modification, ou encore au transfert du matériel génétique modifié à d'autres organismes (art. 30 al. 7 LGG). Dans un deuxième temps, il faudra déterminer si l'OGM est « *défectueux* », ce qui n'est pas moins délicat que pour l'origine du dommage. Dans bien des cas d'ailleurs les modifications qui sont à l'origine du dommage seront difficiles à identifier²⁵⁵ ou se combineront avec d'autres facteurs. Les effets à long terme de la diffusion dans l'environnement sont en outre souvent mal connus, de même, l'impact sur la diversité biologique.

La loi tient compte ces divers éléments d'incertitude dans les conditions de mise en cause de la responsabilité : d'abord en étendant la responsabilité au risque de développement (art. 30 al. 4 *in fine* LGG), ensuite, en allégeant le fardeau de la preuve qui incombe au lésé. Selon l'article 33 LGG, « *si cette preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration par la personne à qui elle incombe, le juge peut se contenter d'une vraisemblance convaincante* » et faire constater les faits *d'office* (art. 33 al. 2 LGG). Cette faculté s'applique aussi bien à la preuve de l'effet de la modification génétique qu'à l'identification d'un défaut en rapport de causalité avec le dommage subi. Ainsi tient-on compte de l'incertitude scientifique aussi bien en matière de responsabilité que dans la procédure d'autorisation. Ces règles particulières ne s'appliquent toutefois que dans le cadre de l'article 30 LGG, et non lorsque c'est l'utilisateur de l'OGM qui est recherché.

C. Les deux approches du génie génétique en agriculture

L'analyse des problèmes posés par la coexistence est dominée par deux conceptions différentes du génie génétique en agriculture. Pour les uns, il s'agit d'un problème de contrôle de la *diffusion des organismes*, en fonction de leurs caractéristiques propres (créations du génie génétique « moderne »²⁵⁶). Dans cette conception, le risque doit être évalué en fonction des caractéristiques de l'organisme modifié. Le vecteur (nature de l'intrant utilisé) est secondaire. La responsabilité est une responsabilité pour risque au sens stricte. Le dommage causé à la diversité biologique est un élément important.

Pour les autres, c'est le *produit* génétiquement modifié qui doit être considéré. Le vecteur est donc au premier plan, alors que l'organisme n'est qu'un facteur de production²⁵⁷. L'évaluation des risques se

de la loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture) », mais aucune explication n'a été donnée sur ce point lorsque la modification de la LPE a été remplacée par un projet de loi autonome (LGG) avec de nouvelles conditions de responsabilité.

²⁵⁵ Sur l'incertitude relative, par exemple, aux transferts de matériel génétique à travers la pollinisation, voir l'étude effectuée par l'Agence Européenne de l'Environnement : The significance of gene flow through pollen transfer (http://reports.eea.eu.int/environmental_issue_report_2002_28).

²⁵⁶ *Supra*, ch. A.2 (i).

²⁵⁷ Voir pour cette conception le point de vue des Etats-Unis dans le cadre du litige qui les a opposés à l'Union européenne au sein de l'OMC (Rapport du groupe spécial du 29 septembre 2006 : WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R); le Groupe spécial chargé de l'examen du litige considère, quant à lui, les

concentrera donc sur la présence de traces du mode de production dans le produit final (dans l'optique surtout de la *santé* du consommateur). La diversité biologique n'est pas un bien spécifiquement protégé. La responsabilité pour risque est « corrigée » par l'exigence d'un *défaut* qui affecterait le produit.

1. Le choix du droit suisse

A première vue, le droit suisse a opté pour la première approche. D'une part, la LGG a notamment pour but de «...conserver à long terme la diversité biologique...» (art. 1 al. 2 b) LGG) et l'on en tiendra compte lors de l'octroi d'autorisations de diffusion dans l'environnement (art. 6 al. 3 LGG). D'autre part, le risque dont la matérialisation déclenche la responsabilité du producteur d'OGM est celui lié à la modification génétique, même si cette modification est bien celle voulue par le créateur et si l'effet produit est inhérent à cette modification. Ainsi, si le gène introduit dans la plante la rend résistante à un herbicide et que ce gène se transmet à travers le pollen ou les semences, il suffira qu'il se soit transmis à une variété différente de la plante sélectionnée pour que le risque se soit matérialisé. Enfin, l'application du principe de précaution va dans le même sens : l'incertitude scientifique concerne le comportement de l'organisme, une fois lâché dans la nature, ses combinaisons possibles avec d'autres vecteurs ou des effets sur d'autres organismes. La nature de la plante modifiée ne constitue pas un facteur d'incertitude supplémentaire. On pourrait dès lors considérer que le seul déplacement de l'organisme sur les cultures du voisin, même si le produit n'est pas en soi modifié, fait partie du risque que le législateur veut éviter, mais sur ce point la loi n'est pas aussi claire.

En fait, la législation sur le génie génétique n'est pas exempte de traces du second point de vue. La plus visible est l'exigence d'un défaut de l'organisme donnant lieu à responsabilité (art. 30 al. 4 LGG). Cette exigence est reprise presque mot pour mot de la loi sur la responsabilité du *fait des produits*. Elle est donc conçue pour la protection du consommateur qui ne trouve pas dans le produit qu'il achète les caractéristiques qu'il en attend *dans son usage* : la machine cause un accident parce qu'une pièce cède inopinément, le médicament a des effets secondaires pires que le mal, les fruits achetés contiennent des pesticides sources d'allergies...Ce dernier cas peut naturellement se produire aussi pour un fruit génétiquement modifié, mais il s'agit d'une hypothèse différente de celle du mélange. Dans ce dernier cas, le consommateur n'est pas directement atteint : seul son droit à une information complète est en cause. La seule présence de l'OGM dans le fruit ne peut être un *défaut*, même si ce fruit est mélangé à des fruits « naturels ».

Si le mélange n'entre pas clairement dans le cadre des hypothèses visées par le législateur, la transmission de l'OGM par pollinisation ou mélange de semences peine également à se soumettre à la logique du « défaut ». La modification génétique vise en effet précisément à conférer à l'organisme une caractéristique *définitive et transmissible*. C'est aussi en cela que réside la source du dommage. Deux aspects essentiels de la coexistence en matière agricole sont donc en marge de la réglementation sur la responsabilité, par la confusion que celle-ci crée entre le défaut d'un organisme et celui d'un produit.

2. La logique de la précaution

Une certaine incohérence se manifeste également dans l'application du principe de précaution. L'une des expressions de ce principe est l'extension de la responsabilité au risque de développement. Il s'agit de répondre à l'incertitude qui règne encore quant aux effets de la diffusion dans l'environnement

mesures de contrôle de la diffusion de OGM comme des mesures phytosanitaires, sans se prononcer clairement sur cette question.

d'organismes auxquels on a conféré des caractéristiques génétiques *qui ne se produisent pas dans la nature*²⁵⁸. Il existe donc un aléa quant à la survenance de certains transferts de patrimoine génétique que l'on n'a pas, faute d'expérience ou de données statistiques suffisantes, pu traduire en risques maîtrisables et chiffrés. Tel n'est pas l'hypothèse qui sert de base à la LRFP, de sorte que le risque de développement est dans ce cas exclu (art. 5 al. 1 e) LRFP). La difficulté d'appliquer cette règle à la matière vivante a toutefois conduit le législateur à faire une exception à cette règle pour les tissus et transplants destinés à l'homme (art. 5 al. 1^{bis} LRFP). On voit donc la difficulté de coller le défaut sur la surface mouvante de l'organisme²⁵⁹.

L'application du principe de précaution imposerait de considérer l'incertitude et ses conséquences comme base du système de gestion des OGM, de l'autorisation préalable à la responsabilité. La procédure d'autorisation doit permettre (a) d'identifier les risques liés à la diffusion d'OGM dans l'environnement, y compris quant à leur seule présence sur un territoire qui ne leur était pas destiné, et (b) de prendre les mesures nécessaires à éviter les conséquences négatives que cette diffusion peut comporter. Dans tous les cas, la décision comporte néanmoins la prise en compte de ce que l'effet de l'OGM sur l'environnement n'est pas connu dans tous ses détails. Des mesures de confinement du risque doivent donc être prises, ce qui représente exactement l'exigence du principe de précaution. La loi n'impose donc pas un choix entre autorisation sans réserve et interdiction.

L'autorisation ne met d'ailleurs pas fin à la gestion du risque découlant de l'OGM. Elle est suivie par la phase de « contrôle autonome » qui comporte pour le titulaire de l'autorisation la nécessité de maintenir une évaluation permanente de l'organisme et d'adapter les mesures préconisées pour son usage à l'amélioration des connaissances. A nouveau c'est très précisément ce que postule le principe de précaution : le contrôle autonome consiste dans un suivi de l'incertitude.

Enfin, si le risque identifié par la loi (et non seulement celui identifié lors de la procédure d'autorisation) se matérialise, le titulaire de l'autorisation devra répondre du dommage, même s'il n'avait pas évalué l'étendue du risque effectif. La nature exacte du risque et tous les impacts que l'organisme peut avoir sur l'environnement n'étant pas nécessairement connus, il ne peut y avoir d'autre fondement à la responsabilité que l'existence d'un rapport de causalité entre la modification résultant du génie génétique et le type de dommage subi. Compte tenu des incertitudes scientifiques existantes, aucune autre condition nécessitant une expertise technique ne devrait être posée. A plus forte raison, aucune autre exigence que ce rapport de causalité ne devrait être posée lorsque le dommage résulte uniquement du caractère génétiquement modifié de l'organisme, comme c'est le cas lors de mélange.

En suivant ainsi le fil conducteur de la précaution, on peut donner à l'application de la loi une cohérence qu'elle ne peut avoir dans le contexte actuel, où règne une confusion entre une logique de risque et une logique de responsabilité fondée sur une anomalie de l'organisme. L'OGM doit être suivi

²⁵⁸ Soit, selon les termes de l'article 5 alinéa 2 LGG et de l'article 7 alinéa 5^{ter} LPE « ... *qui ne se produit pas naturellement, ni par multiplication ni par recombinaison naturelle* ».

²⁵⁹ Il est particulièrement difficile de savoir ce qui constitue pour un organisme, par exemple résistant à un parasite, le fait de ne pas présenter la « *sécurité que l'on est en droit d'attendre compte tenu des circonstances* », et notamment de l'« *utilisation qu'on est raisonnablement en droit d'attendre* » (art. 30 al. 5 LGG) : s'agit-il du fait qu'il ne résiste pas aux parasites, du fait qu'il transmet cette résistance à des mauvaises herbes ou qu'elle subsiste même si la plante n'est pas cultivée conformément aux instructions du producteur ? Si le premier cas peut paraître clair, les deux autres le sont d'autant moins que l'organisme remplit dans ces hypothèses exactement la fonction que l'on pouvait attendre de lui.

et contrôlé de par sa nature même, dont les caractéristiques sont encore incertaines. S'il échappe à son créateur, c'est à celui-ci d'en assumer les conséquences en vertu de l'*insécurité* qu'il a lui-même créée.

3.3. Les principes de prévention et de causalité

Si la relation entre la prévention et le développement durable est rarement soulignée, elle est claire pour la précaution. Dès lors, on doit comprendre que les deux préoccupations sont fondamentales pour l'application d'une politique de durabilité. La prévention doit en premier lieu être préférée à la réparation. C'est un critère de choix pour la législation, mais également un moyen de trancher entre diverses solutions d'application du droit existant. On peut ainsi prendre en considération le caractère souvent latent des atteintes à l'environnement, dont les effets n'apparaissent que lorsque leurs conséquences ont déjà atteint un caractère irréversible²⁶⁰. Pour les conséquences avérées, il s'agit de prévention, alors que pour celles encore incertaines, il s'agit de précaution.

Le principe de causalité (pollueur-payeur) peut paraître moins directement lié au développement durable. Il l'est pourtant dans la mesure où il introduit dans la législation l'exigence d'internalisation des coûts sociaux engendrés par les activités consommatrices de ressources environnementales. Sa signification et sa portée sont larges. Il s'agit, dans sa portée la plus générale, d'une obligation pour celui qui crée une situation d'impact environnemental d'assumer les conséquences (négatives) qui en découlent²⁶¹. Cette obligation peut relever du droit de la responsabilité²⁶² ou comporter des obligations de faire²⁶³. En droit positif, il joue un rôle important dans la gestion des déchets²⁶⁴, ce qui en fait un instrument de développement durable, tant la gestion des déchets est un élément décisif pour la capacité d'une société à satisfaire à long terme les besoins des individus.

A l'origine du principe de causalité, on trouve une exigence économique : une recommandation du Conseil de l'OCDE relative aux mesures nécessaires pour effectuer une « meilleure allocation des ressources »²⁶⁵. Tout comme le développement durable, le principe de causalité est une notion économique traduite en droit. Il découle directement des théories économiques de Pigou²⁶⁶ sur l'internalisation des coûts sociaux. Il a toutefois pris une signification plus large avec sa transcription en droit, notamment du fait de son application à la responsabilité du pollueur. Il implique actuellement aussi que celui qui bénéficie d'une activité ou de l'accès à une ressource environnementale assume les charges liées à sa mise à disposition²⁶⁷. Pour l'OCDE, qui a ultérieurement développé ce principe, il justifie également l'utilisation accrue des instruments dits « économiques » du droit de l'environnement dans l'allocation des ressources environnementales²⁶⁸. Il s'est donc partiellement détaché de son sens strict d'origine dont on trouve toutefois une trace dans son expression juridique.

²⁶⁰ ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement*, Genève, Zürich, Bâle 2012, p. 8.

²⁶¹ ALAIN GRIFFEL, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zürich 2001, p. 163.

²⁶² ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Le principe pollueur-payeur, en relation avec la responsabilité du pollueur*, RDS 1989 II 433 et ss ; en droit européen, arrêt *Raffinerie Méditerranée (ERG) SpA e a.*, C-379/08 et C-380/08 ; MARC CLÉMENT, *Droit européen de l'environnement*, 2^e édition, Bruxelles 2012, p. 92, 95 ; sur la relation avec le dommage écologique, MICHEL PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles 2014, p. 170 ss.

²⁶³ ALAIN GRIFFEL, (note 261), p. 164.

²⁶⁴ *Ibidem* ; ég. ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement* (note 260), p. 135 ss ;

²⁶⁵ Pour plus de détails sur cette origine, PATRICK THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement*, 3^{ème} édition, Bruxelles 2015, p. 203-4.

²⁶⁶ *The Economics of Welfare*, London (éd. Macmillan) 1946 ; ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement* (note 260), p. 12.

²⁶⁷ Voir sur ce point PATRICK THIEFFRY, (note 265), p. 211.

²⁶⁸ Sur la nature de ces instruments, voir ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement* (note 260), p. 181 ss ; ég. ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, *Les instruments économiques dans le protocole de Kyoto: l'instauration d'un marché des droits d'émission*, Actes du séminaire du 6 octobre 2006, *L'environnement peut-il être confié au marché ? UVP/DEP 2007 87-114* p. 87-114 ; PATRICK THIEFFRY, (note 265), p. 210.

Dans l'optique du développement durable on considérera le principe de causalité comme l'un des instruments permettant une gestion à long terme des ressources naturelles, soit une gestion garantissant que ces ressources seront encore à disposition des générations futures. On a longtemps songé en premier lieu à celles qui sont nécessaires à la vie, comme l'air et l'eau. On constate aujourd'hui que des aspects plus complexes de la gestion de l'environnement doivent être aussi soumis à l'exigence de causalité. Tel est le cas pour la biodiversité qui souffre de son caractère diffus et gratuit, ainsi que l'évolution du climat dont l'impact économique est manifeste, ce qui justifie que les mesures destinées à en contrôler les effets négatifs soient fondées sur le principe de causalité.

C'est ce rôle dans la gestion à long terme des ressources qui est souligné dans le texte suivant :

Le principe pollueur-payeur : mode d'internalisation des coûts, publié dans : Gloria Teixeira, Ana Sofia Carvalho (édit.), Os 10 anos de investigação do CIJE, Coimbra 2010, p. 59 ss.

3.3.1 Le principe pollueur-payeur : mode d'internalisation des coûts

A. Introduction

Le « principe pollueur-payeur » que l'on nomme également « principe de causalité » impose la *prise en charge des coûts résultant des atteintes à l'environnement par ceux qui sont responsables de ces atteintes, soit les pollueurs*. En droit international, le principe pollueur-payeur a été énoncé en premier lieu dans le cadre de l'OCDE, dans la Recommandation C (72) 128 du 26 mai 1972 sur des Principes concernant les aspects économiques des politiques environnementales, et la Recommandation C (74.223) du 14 novembre 1974 sur l'implémentation du principe pollueur-payeur. Dans un cadre plus universel, il est inclut dans la Déclaration de Rio (principe 16). Il est présent dans presque toutes les législations nationales sur la protection de l'environnement dans une conception plus ou moins extensive. L'adoption par l'Union Européenne de la *Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux* impose désormais une concrétisation minimale de ce principe par le biais de la responsabilité.

Il s'agit ici d'examiner dans quelle mesure ce principe s'applique aux *coûts dits externes ou "externalités"* (c'est à dire les coûts sociaux résultant des atteintes à l'environnement) et quels types de coûts doivent être pris en compte dans ce contexte pour concrétiser l'objectif du principe. Son application aux externalités correspond, pour les économistes, à l'application de la théorie des externalités définie par Pigou²⁶⁹. L'internalisation n'est toutefois réalisée que si les coûts visés incluent *non seulement ceux de réhabilitation ou d'assainissement mais également ceux destinés à prévenir des atteintes ultérieures*. La prévention doit donc aussi être à charge du pollueur potentiel. En outre, le principe suppose une définition appropriée des conditions de responsabilité du pollueur. Dans l'ensemble, les règles édictées dans ce sens doivent à la fois permettre de se procurer les montants nécessaires à la couverture des frais de protection de l'environnement et mettre en évidence le prix réel des produits et des services, ce qui lui confère également une fonction d'information et d'éducation. En revanche, il ne s'agit pas d'un principe à caractère répressif qui exprimerait une volonté de sanctionner un comportement.

B. L'atteinte à l'environnement en tant que coût social

Le principe pollueur-payeur permet d'éliminer des coûts résultant d'atteintes à l'environnement qui sont, au départ, supportés par la collectivité. Il ne suppose donc aucune appréciation des raisons qui ont amené celui qui est à l'origine des coûts à entreprendre ou poursuivre l'activité source de pollution. En revanche, les effets induits par l'activité sont évalués et leur impact négatif sur l'environnement est, soit établi, soit vraisemblable. Ces effets peuvent être directement perçus comme une *destruction*, un *dommage* ou une *dégradation de la qualité*, mais ils peuvent également consister en une simple *modification* de mécanismes écologiques ou de caractéristiques d'un milieu ou d'une ressource naturelle²⁷⁰. On songera ainsi aussi bien aux cas évidents de pollution de l'air ou pollution

²⁶⁹ Voir ci-dessus note 265.

²⁷⁰ Ainsi, en matière de pollution de l'eau, on considère que la simple augmentation (ou diminution) de température d'un cours d'eau constitue une « pollution » (voir par exemple l'art. 4 d) de la loi suisse sur les eaux qui définit la pollution comme « toute altération nuisible des propriétés physiques, chimiques ou biologiques de l'eau » ; voir ég. la décision de la CJE dans l'affaire *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France* (C-213/03) qui traite du « déversement de substances qui, tout en étant non toxiques, ont un effet défavorable sur la teneur en

des eaux, qu'à la surexploitation des ressources accessibles à tous (forêts, pêche) ou à la détérioration de mécanismes environnementaux (climat).

La théorie économique de l'internalisation des coûts sociaux ne constitue qu'un point de départ qui permet de mettre en évidence, d'une part, l'existence d'un coût social, et d'autre part, un échec du marché qu'il importe de corriger²⁷¹. On peut caractériser ces deux facteurs en les reliant : « *un échec du marché s'observe chaque fois que le bénéfice privé provenant d'une activité économique inflige un coût à un tiers* »²⁷² ; c'est ce dernier que l'on qualifie de coût social. Le plus souvent, la reconnaissance d'un tel coût est considérée comme une invite à l'intervention de l'Etat, en particulier par la fiscalité. Celle-ci ne couvre toutefois pas l'ensemble des mécanismes propres à replacer le coût dans la sphère de celui qui « tire un bénéfice privé » de l'atteinte à l'environnement. La responsabilité, que ce soit au sens traditionnel (pour le juriste) du terme, ou dans une acception plus large, justifiant une intervention de police étatique (comme le préconise la Directive 2004/35/CE), a également un rôle à jouer. Dans cette conception large, le principe de causalité ne se rattache pas seulement à la définition de l'environnement comme bien public²⁷³, mais également à des atteintes qui mettent en jeu des biens individuels comme la santé ou la propriété. La responsabilité comme règle d'internalisation joue alors pleinement son rôle. Il est d'ailleurs caractéristique que les critiques des théories de l'intervention de l'Etat aux fins d'internaliser les coûts sont le plus souvent partisans de l'attribution de « droits de propriété » sur les biens environnementaux²⁷⁴, ce qui devrait entraîner l'admission d'une atteinte illicite à ces droits en cas de pollution. De ce point de vue, on ne peut opposer les solutions légales basées sur le principe pollueur-payeur à l'analyse économique²⁷⁵ : dès l'instant où l'on base la protection de l'environnement sur l'attribution de droits de propriété, même sur des biens immatériels, ("certificats d'émission", par exemple), une atteinte à ces droits ou une entrave à leur exercice est susceptible de donner lieu à responsabilité.

Le principe pollueur-payeur suppose toutefois un choix plus délibéré, *de principe*, en faveur d'une diminution des atteintes à l'environnement que la seule attribution de droits de propriété ne permet pas de réaliser par le jeu de la négociation des droits respectifs du pollueur et du pollué²⁷⁶. En termes de « coûts de transaction », le maintien d'une atteinte à l'environnement peut être plus économique que sa suppression, comme le montre l'exemple des droits de pollution négociables (droits d'émission de CO₂ ou de gaz polluants), qui doivent être périodiquement annulés pour garantir leur efficacité²⁷⁷. Le principe pollueur-payeur, en exigeant que la transaction se fasse toujours dans le sens de la

oxygène du milieu marin » que la Convention de Barcelone soumettrait aux même exigence qu'un déversement polluant.

²⁷¹ Voir la discussion des diverses théories économiques et de leurs implications, en particulier le rapport avec le principe pollueur-payeur, chez Beat Bürgenmeier, *Economie du développement durable*, Ed. De Boeck, Bruxelles 2004 41 et ss.

²⁷² *Ibidem* p. 45.

²⁷³ Une analyse privilégiée par les économistes : Beat Bürgenmeier, *op. cit.*, p. 50, 53 ; en termes juridiques, l'environnement ne devrait être considéré comme « bien public » que dans la mesure où il n'est pas susceptible d'appropriation : tel est le cas pour l'air, les espèces sauvages, les phénomènes écologiques, dans une moindre mesure pour l'eau.

²⁷⁴ *Ibidem* p. 53 et ss.

²⁷⁵ *Ibidem* p. 55.

²⁷⁶ Sur l'apport des analyses de Coase à cette problématique et sur la relation avec les interventions de l'Etat, voir *ibidem* p. 55.

²⁷⁷ Voir Anne Petitpierre-Sauvain, *Les instruments économiques dans le processus de Kyoto : l'instauration d'un marché des droits d'émission*, DEP 2007 87 et ss.

compensation effective de la diminution de valeur environnementale, postule en revanche un effet de réduction de l'atteinte.

Le « coût social » que l'on identifie ici consiste dans une diminution de bien-être pour la collectivité. Il peut résulter de tous les aspects de la pollution, que ce soit la destruction d'une ressource environnementale, d'une espèce sauvage, d'un bien appartenant à un particulier ou d'un bien « collectif » (air, eau), ou encore la mise en péril de mécanismes environnementaux (protection contre des phénomènes naturels dangereux, qualité du climat, caractère renouvelable des ressources), de la diversité biologique, du patrimoine génétique. Il s'agit le plus souvent d'un coût qui doit être évalué sur le long terme, de sorte qu'il est souvent caché lors des évaluations à court terme du calcul économique. Enfin, il ne comporte pas nécessairement une « dépense » ou une « charge » au sens comptable, ni un « dommage », au sens du droit de la responsabilité²⁷⁸. Le coût est le plus souvent supporté par la collectivité, de sorte que c'est plus en termes de diminution de qualité de vie qu'en termes de diminution patrimoniale qu'il est tout d'abord perçu. Ce n'est que lorsque cette diminution atteint un certain niveau que les individus et la collectivité entreprennent de lutter contre les atteintes qui sont à l'origine du « mal-être », et doivent assumer un coût au sens patrimonial ou comptable du terme.

C. *La relation entre le « coût » social et une activité économique*

L'*internalisation* suppose que l'on puisse traduire l'atteinte à l'environnement en une modification du coût d'un bien ou d'une activité. D'où la difficulté de l'appliquer, par exemple, à la perte d'un avantage idéal tel que l'existence ou la non existence d'une espèce que l'on ne connaît pas. Cela explique certaines limites dans l'application des règles de responsabilité au dommage dit « environnemental » ou « purement écologique », ainsi que l'évolution vers une prise en compte des coûts de remise en état et de prévention dans le cadre de l'indemnisation des atteintes à l'environnement. Pour que l'on puisse rattacher effectivement un coût à une activité économique, il faut envisager un rapport de causalité entre l'atteinte et l'activité, mais il n'est pas nécessaire que cette activité soit la *seule cause* de l'atteinte. La relation consiste plutôt dans un *usage* du bien environnemental aux fins de faciliter la production ou la distribution d'un bien. En reportant le coût de cet usage sur la collectivité, le bénéficiaire de la prestation s'approprie en quelque sorte une partie ou une qualité du bien environnemental. Cette relation comprend deux aspects distincts : le rapport de causalité entre l'activité économique et le coût social, d'une part, et un lien particulier entre le coût social et un bien ou un processus déterminé.

1. L'activité économique est dans un rapport de causalité avec le coût social

La fabrication, l'utilisation ou la destruction du bien en question détermine l'ampleur du coût social, soit parce que la collectivité doit assumer des frais de réparation d'un bien environnemental endommagé, soit parce qu'elle doit se substituer à un marché défaillant pour un produit nécessaire qui a été détruit. Les domaines de la gestion de l'eau et des déchets urbains sont particulièrement caractéristiques de cet aspect du coût social. On peut dans ce domaine identifier différents cas :

- La production du bien induit un coût social (ex: pollution de l'eau)
- La distribution du bien induit un coût social (ex: transport par véhicule polluant)

²⁷⁸ Voir sur les problèmes que peut susciter l'évaluation du dommage écologique lorsque la législation (comme c'est le cas en droit suisse) ne le prévoit pas expressément, la thèse d'Anne-Sylvie Dupont, *Le dommage écologique, Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, Zürich 2005.

- La consommation du bien entraîne un coût social (ex: les emballages vides).

Cet aspect de la causalité peut être direct et ponctuel. Ainsi, lorsque une activité industrielle porte atteinte à un bien environnemental (eau, air, sol, espèces sauvages). L'atteinte peut résulter d'un accident : l'explosion d'une installation ou le naufrage d'un navire entraîne la pollution d'un fleuve ou des rives de la mer, ou encore la mort d'animaux aquatiques. Cette situation sera souvent liée à une évaluation insuffisante ou inadéquate des risques inhérents à une activité dont l'exploitant tire profit sans engager les frais de prévention nécessaires à assurer la sécurité de l'environnement. Le soin de « réparer » ce dernier est reporté sur les voisins, les collectivités locales ou l'Etat. L'atteinte peut toutefois également être inhérente à l'activité, comme en cas d'exploitation minière ou de rejets autorisés dans les eaux publiques. Dans ce cas, le risque est clairement identifié, mais la charge de l'éviter ou de le supprimer est délibérément reportée sur la collectivité, parfois par une réglementation inadéquate ou une mise en œuvre lacunaire, le plus souvent pour des raisons historiques, l'activité en question ayant précédé la prise de conscience écologique.

La répartition inadéquate du coût social peut également être de nature structurelle : la solution apportée par la société à certains problèmes environnementaux crée des charges pour la collectivité, sans demander de contrepartie à ceux qui tirent un avantage économique des atteintes à l'environnement. Cette situation correspond à une fiscalisation des coûts environnementaux. Ainsi, la gestion des déchets dits « urbains » ou « domestiques » est-elle souvent assumée par l'Etat, sans distinguer ceux qui résultent d'une activité économique et ceux qui sont le fait de la vie quotidienne des ménages²⁷⁹. De même pour la gestion des eaux usées. La mise à disposition de voies et moyens de communication présente souvent les mêmes caractéristiques. Dans ce cas, la prise en charge du coût social par la collectivité, met clairement en évidence une insuffisance ou un échec du marché. Dans certains cas, il s'agit en réalité d'un refus du marché : l'Etat prend en charge certains coûts dans le but de faciliter une activité économique (aide indirecte). L'application du principe pollueur-payeur devient alors un moyen de rétablir une concurrence véritable²⁸⁰.

Dans tous ces cas, le coût supporté par la collectivité est sans relation avec les avantages tirés de l'activité. En revanche, le coût évité par celui qui est à l'origine de l'atteinte est clairement en rapport avec la production ou la commercialisation d'un bien. Sans l'atteinte à l'environnement, le bien ne serait, soit pas produit, soit produit à un coût supérieur et, éventuellement, moins concurrentiel.

2. Le coût social peut être rattaché à un bien ou un processus déterminé

L'application du principe pollueur-payeur comme exigence d'internalisation des coûts sociaux, suppose que l'on saisisse l'atteinte qui est en relation avec la production ou la consommation *d'un bien*. Si elle résulte de façon diffuse de n'importe quelle production industrielle ou agricole, l'internalisation équivaudra tout simplement à une charge imposée à tous, soit une fiscalisation du problème. Il peut donc parfois être difficile de distinguer une taxe environnementale, qui réalise l'internalisation des coûts, d'une taxe d'incitation ou d'une taxe causale ordinaire qui tend à faire disparaître un type de pollution généralisé. Dans ce dernier cas, il peut également s'agir de

²⁷⁹ Voir le cas tranché par l'ATF 125 II 508, qui concernait les déchets d'une entreprise consistant en un mélange de déchets de construction et d'emballages, restes de nourriture et autres substances comparables aux déchets des ménages et admet la nature globale de "déchet urbain" de l'ensemble.

²⁸⁰ Le principe pollueur-payeur, loin de constituer une distorsion systématique de la concurrence, rétablit en réalité souvent une concurrence réelle (sur ce problème, voir Anne Petitpierre-Sauvain, *L'environnement a-t-il un avenir dans la concurrence?* in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, p. 628 et ss, 630).

l'application du principe pollueur-payeur, mais l'effet d'internalisation des coûts ne sera que partiellement réalisé. Ainsi, en matière de diminution des émissions de CO₂ : l'effet de diminution effective ne peut se réaliser que si l'on vise toutes les formes d'émission, soit presque toutes les activités sociales. L'intérêt d'une analyse à travers l'internalisation de coûts reportés sur la collectivité est très limité, puisque c'est toujours la même collectivité qui les assume (la répartition interne peut, certes, varier, mais faiblement, comme en témoignent les redistributions de taxes environnementales réalisées dans certains pays).

Il n'est en revanche pas nécessaire que le coût environnemental se rattache au processus de *production* du bien : sa vente ou son utilisation peuvent aussi être l'occasion de l'internaliser. Tel est le cas, par exemple pour les taxes anticipées pour la gestion des déchets²⁸¹, ou encore la compensation des émissions de CO₂ effectuée par les compagnies aériennes. L'élément décisif est que le coût soit supporté par la collectivité permettant ainsi de diminuer les coûts de production d'un bien ou d'agir directement sur son prix. Les exemples les plus frappants concernent le report du coût sur la collectivité ayant trait à la gestion des déchets ou à l'organisation des transports. Il est rare que tous les frais relatifs à la gestion des déchets (ramassage, transport, tri, recyclage, élimination, stockage) soient pris en charge par celui qui bénéficie de la production d'un bien, encore moins de sa consommation. De même, ni les effets négatifs du bruit des infrastructures de transport, ni les coûts pour la santé ou l'environnement du transport de marchandises ne sont entièrement à charge de ceux qui bénéficient des produits transportés ou qui tirent leurs revenus du transport. La possibilité d'internaliser les coûts trouve en outre ses limites dans la difficulté de chiffrer l'ampleur des atteintes²⁸².

D. *L'internalisation*

En théorie, l'internalisation est un processus relativement simple : la part du coût social attribuable à la production ou la consommation d'une unité du bien en question est ajoutée à son coût de production (ou directement à son prix de vente). Les moyens juridiques de la réaliser sont en outre nombreux : *taxes, conditions d'autorisation, accords contractuels, responsabilité, concessions*. Elle peut intervenir à divers niveaux du cycle de vie d'un produit : fabrication, distribution, consommation, gestion des déchets. La difficulté réside dans son rattachement à l'acte qui produit l'atteinte la plus directe à l'environnement, afin de réaliser non seulement un effet d'internalisation, mais simultanément un effet dissuasif. Dans la mesure, toutefois, où l'on considère que le mécanisme dissuasif doit résulter des règles du marché, on pourra se désintéresser de ce dernier aspect : le coût sera reporté sur les divers

²⁸¹ Voir par exemple, en droit suisse, l'article 32a^{bis} LPE sur la taxe d'élimination anticipée («*Le Conseil fédéral peut imposer le paiement d'une taxe d'élimination anticipée ... aux producteurs et aux importateurs qui mettent dans le commerce des produits qui, après usage, deviennent des déchets qui se répartissent sur un grand nombre de détenteurs et qui doivent être traités séparément ou dont la valorisation est jugée appropriée*», étant précisé que «*compte tenu du coût de l'élimination, le Conseil fédéral fixe un taux de taxation minimal et un taux de taxation maximal*») et l'ordonnance sur la restitution, la reprise et l'élimination des appareils électriques et électroniques (OREA) qui en constitue la mise en œuvre et qui a amené la mise en place d'un système privé centralisé de collecte et d'élimination de ces produits.

²⁸² Dans le préambule de la Directive 2004/35/CE concernant la responsabilité pour atteintes à l'environnement, il est souligné que «*toutes les formes de dommages environnementaux ne peuvent être réparées dans le cadre d'un régime de responsabilité. Pour que ce dernier fonctionne, il faut un ou plusieurs pollueurs identifiables, le dommage devrait être concret et quantifiable, et un lien de causalité devrait être établi entre le dommage et le ou les pollueurs identifiés. La responsabilité ne constitue pas de ce fait un instrument approprié face à la pollution à caractère étendu et diffus, pour laquelle il est impossible d'établir un lien entre les incidences environnementales négatives et l'acte ou l'omission de certains acteurs individuels*».

acteurs économiques sans qu'il soit nécessaire de décider au préalable qui paiera²⁸³. Ce faisant, on évitera toutefois d'appliquer mécaniquement les théories économiques fondées sur la négociation, pour lesquelles le résultat optimal d'allocation des ressources peut être obtenu par un jeu de rapports de force. Dans ce cas, le coût environnemental sera pris en charge par celui des divers acteurs en présence pour qui il constitue la moindre charge sur un plan purement financier²⁸⁴. Ces théories omettent en effet de prendre en compte que ce type de répartition suppose presque toujours le maintien d'un niveau résiduel d'atteinte à l'environnement, lorsque son élimination coûte beaucoup plus cher que la satisfaction qui en est retirée par les tiers²⁸⁵. Le coût environnemental et le coût financier sont alors séparés, alors que le but recherché par le principe pollueur-payeur, comme par l'internalisation, est d'en faire un seul et même coût²⁸⁶.

1. Le niveau d'internalisation

En principe, on choisira le niveau d'internalisation en fonction de l'efficacité souhaitée. S'il s'agit d'obtenir un effet d'incitation en même temps que la réalité des coûts, on pourra reporter le coût environnemental sur le consommateur qui choisira alors un produit de substitution. On peut toutefois obtenir un effet dissuasif au niveau du producteur également si le produit ou le processus qui porte atteinte à l'environnement n'est qu'une composante du bien fabriqué ou une méthode de production parmi d'autres. En matière de consommation d'énergie, les changements de comportement entraînant une réduction de la pollution sont plus fréquents et plus spectaculaires lorsqu'ils ont trait à des processus industriels.

Si le choix d'un niveau adéquat de perception est important pour les taxes incitatives, il l'est moins lorsque l'internalisation résulte d'une règle de comportement (telle que la reprise d'emballages ou de produits usagés, le prétraitement des eaux usées ou la sécurité dans la manipulation de substances dangereuses), ou encore lorsque les taxes prélevées correspondent au coût effectif d'une activité (par exemple, les taxes anticipées sur les déchets). Un lien doit néanmoins exister entre la charge assumée et la capacité de celui qui l'assume de modifier son comportement ou de choisir une solution économique alternative.

a) *L'internalisation au niveau des processus de production*

Si le processus de production comporte des atteintes à l'environnement (pollution), ou s'il implique l'utilisation de biens collectifs, les coûts liés à la suppression ou la réparation des atteintes, ou le prix attribuable au bien affecté, sont ajoutés aux coûts de production. Cela peut s'effectuer directement, par l'obligation d'effectuer des investissements, ou indirectement par une taxe d'accès à un service public. Ainsi, en matière d'épuration des eaux peut-on exiger un prétraitement des eaux usées qui parviendraient dans les canalisations publiques ou calculer le prix de la prise en charge de ces eaux en fonction de leur degré de pollution. Celui qui est tenu d'effectuer des investissements en intégrera le coût dans ses propres charges d'exploitation.

²⁸³ L'organisation en Suisse de la récolte et de la valorisation des appareils électriques et électroniques fournit un exemple de ce mécanisme : alors que l'OREA (*supra* note 280) exigeait dans un premier temps que le coût d'élimination des déchets soit reporté sur le consommateur, l'organisation mise en place laisse finalement le choix aux distributeurs d'appareils d'assumer eux-mêmes le coût ou de le reporter sur le prix de vente (de façon visible ou occulte) ; dans les deux cas, l'internalisation a toutefois eu lieu, puisque le coût d'élimination est intégré aux coûts de gestion du produit dans son cycle de vie complet : voir l'analyse en termes de concurrence de ce système in DPC 2005 251.

²⁸⁴ Voir les exemples donnés par Beat Bürgenmeier, *op. cit.*, p. 55, 57, 59.

²⁸⁵ *Ibidem* p. 59, encadré 3.4.

²⁸⁶ Sur les inconvénients du point de vue de la théorie économique, voir *ibidem* p. 57 et ss.

L'internalisation au niveau des coûts de production peut, plus facilement que celle qui touche les consommateurs, comporter des obligations de résultat tout en laissant aux entreprises concernées le choix des moyens. Tel est le cas, en particulier lorsque des valeurs limites d'émission sont fixées pour les substances polluantes, ou pour le CO₂ dans le cadre de la lutte contre les changements climatiques. Elle est toutefois soumise à certaines exigences spécifiques, en particulier la neutralité concurrentielle, qui s'exprime de deux points de vue :

- L'ensemble des entreprises d'un même secteur, ou susceptibles d'entrer en concurrence les unes avec les autres doivent être assujetties dans la même mesure aux exigences légales; cette égalité n'est pas entièrement réalisée par exemple en matière de réduction des émissions de CO₂ lorsque des secteurs qui sont de gros émetteurs (centrales électriques, cimenteries) sont exclus des programmes de réduction, car s'ils ne sont pas des concurrents des entreprises assujetties quant à leurs produits, ils le sont sur le marché de l'approvisionnement en combustibles ;
- les moyens de réaliser l'internalisation doivent être accessibles à tous ; ainsi, par exemple, toutes les entreprises dans un rapport de concurrence doivent avoir accès au marché des certificats d'émission, lorsque ceux-ci sont un moyen de réaliser les obligations de réduction qui sont à leur charge²⁸⁷.

b) *L'internalisation au niveau du consommateur*

C'est la consommation du produit qui, dans ce cas, entraîne une atteinte à l'environnement, soit directement, soit indirectement, par la création de déchets. L'internalisation vise alors à faire supporter au consommateur le prix réel du produit conçu comme un tout « du berceau à la tombe ». De ce fait :

- le prélèvement s'effectuera au moment de l'acte d'acquisition, même si celui-ci n'est pas, en soi, « polluant » (tel est par exemple le cas pour la gestion des déchets²⁸⁸ ou des taxes sur les produits chimiques dangereux) ;
- le montant prélevé sera calculé en fonction de la charge réelle imposée à la collectivité pour résoudre le problème environnemental identifié.

A la différence du prélèvement au niveau de la production, ce type d'internalisation recourra plus fréquemment à des « taxes », réelles ou improprement dénommées²⁸⁹.

2. L'internalisation par la responsabilité

Les règles sur la responsabilité du pollueur sont souvent considérées comme des exigences d'équité, de justice ou de répartition des charges dans la société en fonction de besoins sociaux, que le principe

²⁸⁷ Sur les inégalités qui résultent de la structure de certains marchés ou de l'antériorité d'une partie des entreprises actives dans certains secteurs, voir la table ronde de l'OCDE sur la réglementation de la concurrence et l'environnement de juin 2006 (DAF/COMP (2006)30, p. 236: www.oecd.org/dataoecd/39/15/37981581.pdf), en particulier ch. 2.2.

²⁸⁸ *Supra* note 12.

²⁸⁹ Il est douteux que des prélèvements effectués par les détaillants d'un produit pour satisfaire aux obligations que leur impose la reprise de ce même produit usagé soit réellement une taxe, comme on les qualifie souvent ; de même, le « centime climatique » imaginé par le secteur pétrolier en Suisse pour éviter la mise en application d'une taxe sur les carburants (selon le promoteurs de cette mesure, il s'agit d'une « redevance de 1,5 centimes par litre prélevée sur toutes les importations d'essence et de diesel », par les importateurs eux-mêmes et qui sert à financer des investissements permettant de réduire les émissions de CO₂ : voir le site de la fondation chargée de gérer ces fonds, www.klimarappen.ch); pour un examen général de ces questions, voir les articles de Valerie Duvanel-Donzel et de Jean-Frédéric Maraia dans le cadre du Séminaire « *L'environnement peut-il être confié au marché ?* », DEP 2007 37-86.

pollueur-payeur traduirait dans le domaine environnemental. La fonction d'internalisation des coûts n'apparaît pas dans ce cas comme un élément primordial. La responsabilité de celui qui porte atteinte à l'environnement dans le cadre de son activité économique est pourtant une méthode directe d'internalisation des coûts. Son application est, en revanche, plus délicate pour ce qui concerne le consommateur, mais la répercussion des coûts de production qu'elle entraîne n'en constitue pas moins un levier économique important. Elle peut être à l'origine de changements dans les habitudes de consommation ou favoriser la compétitivité de biens de substitution. Pour cela, il faut que cette responsabilité présente certaines caractéristiques :

- elle doit être conçue en fonction du risque que présentent certaines activités, modes de production ou produits, ce qui rend la responsabilité aquilienne traditionnelle²⁹⁰ inadéquate;
- elle doit permettre de prendre en compte l'ensemble des coûts environnementaux concernés (atteintes directes, protection contre des atteintes possibles, pollutions accidentelles ou inhérentes à l'activité en question).

a) *Le caractère objectif de la responsabilité*

La *responsabilité objective pour risque* est la solution actuellement la plus adaptée à l'internalisation des coûts environnementaux. Elle suppose en effet l'identification préalable des risques liés à une activité économique, la prise en charge par l'exploitant des coûts en rapport avec la réalisation du risque spécifique et la possibilité d'assurer le risque en question. Ainsi, par exemple, l'article 59a de la loi suisse sur la protection de l'environnement (LPE), identifie-t-il un certain nombre d'entreprises ou installations qui présentent un « danger particulier » pour l'environnement, comme celles qui présentent des risques d'accident majeur (catastrophes) en raison des substances, des organismes ou des déchets qu'elles utilisent, celles qui servent à éliminer les déchets, celles dans lesquelles sont utilisés des liquides pouvant altérer les eaux, celles qui détiennent des substances dangereuses (sous réserve des dispositions spéciales applicables aux organismes pathogènes²⁹¹ et génétiquement modifiés²⁹²) (art. 59a al. 2 LPE). Le détenteur de ces entreprises ou installations « *répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne* ». Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un défaut de fonctionnement ou d'un manquement quelconque à la diligence de l'exploitant²⁹³. Une responsabilité de ce genre, mais aggravée par le fait qu'elle s'applique également aux risques de développement, est prévue en droit suisse, pour celui qui met des OGM sur le

²⁹⁰ Si cela paraît assez évident pour les règles du droit civil relatives à la responsabilité pour faute, il n'en va pas différemment de la responsabilité de *common law*, comme on peut s'en convaincre à la lecture des divers arrêts anglais relatifs à la *Cambridge Water Authority (Cambridge Water Authority v. Eastern Counties Leather plc* : Court of Appeal Civil Division, 19 novembre 1992, *Journal of Environmental Law* 1993 173, appel d'une décision du Juge Ian Kennedy J. du 31 juillet 1991 ; House of Lords, 9 décembre 1992, [1994] 2 WLR 53 ; Nicola Atkinson, *Strict Liability for Environmental Law: the Deficiencies of the Common Law*, *Journal of Environmental Law* 1992 81-107.

²⁹¹ Responsabilité particulière de l'article 59a^{bis} LPE à charge de celui qui, étant soumis « au régime de la notification ou de l'autorisation » (pour les organismes pathogènes ou génétiquement modifiés) utilise des organismes pathogènes en milieu confiné, les dissémine dans l'environnement à titre expérimental ou les met dans le commerce.

²⁹² Soumis à une responsabilité particulière par l'article 30 de la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG).

²⁹³ Pour un aperçu de cette responsabilité voir Anne Petitpierre-Sauvain, *La responsabilité environnementale de l'entreprise*, in : Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle, Genève, Munich, 2006, p. 138.

marché²⁹⁴. Dans ce cas, toutefois, il s’y ajoute l’exigence d’un défaut du bien. Pour renforcer ce type de responsabilité, l’exploitant peut être assujéti à des garanties, par exemple sous forme d’assurance. La prise en charge du coût de cette dernière constitue un mode d’internalisation, de même que, le cas échéant, la constitution de provisions pour faire face aux conséquences du risque.

La responsabilité ainsi définie doit être comprise dans un sens large qui dépasse le cadre de la responsabilité civile traditionnelle. En effet on englobe dans ce cadre celle prévue par la Directive 2004/35/CE qui consiste dans la possibilité pour les *autorités* d’imposer la prise en charge par un exploitant des frais en rapport avec une atteinte à l’environnement ou sa menace²⁹⁵. Dans ce cas également, il existe une possibilité d’identifier préalablement les risques et d’en prévoir la couverture²⁹⁶. Il est donc possible d’internaliser à la fois les coûts inévitablement liés à l’activité exercée et ceux encourus à la suite d’un accident ou de l’identification d’une menace concrète. Il ne fait pas de doute que le mécanisme instauré par la Directive, comme celui prévu en droit suisse par l’article 59 LPE sont des expressions du principe pollueur-payeur²⁹⁷.

La responsabilité objective, si elle constitue une charge relativement lourde, notamment du fait des mesures de couverture envisagées (assurances, provisions, constitutions de fonds comme celui couvrant les pollutions maritimes), présente toutefois l’avantage d’être maîtrisable par celui qui l’assume. Elle correspond en effet à un risque qu’il est en mesure d’évaluer lui-même mieux que personne et ne dépend pas de l’aléa de l’appréciation des comportements dans l’entreprise²⁹⁸. Elle restitue en outre à la responsabilité pour atteinte à l’environnement son caractère de mise en œuvre du principe pollueur-payeur et le concrétise comme mode d’internalisation des coûts.

b) *La réparation intégrale des atteintes*

Si l’on veut que la responsabilité concrétise entièrement l’internalisation des coûts environnementaux, la « réparation » doit prendre en compte l’ensemble des coûts concernés, qu’il s’agisse de dommage au sens traditionnel du terme ou de frais de prévention de l’atteinte. Une première étape dans ce sens consiste à définir largement le « dommage » au sens traditionnel²⁹⁹.

²⁹⁴ Voir sur cette responsabilité Anne Petitpierre-Sauvain, *Coexistence et responsabilité : le dilemme des OGM en agriculture, L'exemple du droit suisse*, in : Pour un droit commun de l’environnement, Mélanges en l’honneur de Michel Prieur, Paris 2007, p. 1646.

²⁹⁵ Dans le même sens, en droit suisse, la prise en charge de coûts imposés par l’autorité dans le cadre de l’article 59 LPE : « *Les frais provoqués par des mesures que les autorités prennent pour empêcher une atteinte imminente, ainsi que pour en déterminer l’existence et y remédier, sont mis à la charge de celui qui en est la cause* ».

²⁹⁶ Selon l’article 14 de la Directive, « *les États membres prennent des mesures visant à encourager le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d’instruments et de marchés de garantie financière, y compris des mécanismes financiers couvrant les cas d’insolvabilité, afin de permettre aux exploitants d’utiliser des instruments de garantie financière pour couvrir les responsabilités qui leur incombent en vertu de la présente directive* »

²⁹⁷ La Directive l’indique clairement dans le considérant 2 de son préambule : « *Il convient de mettre en œuvre la prévention et la réparation des dommages environnementaux en appliquant le principe du «pollueur-payeur» inscrit dans le traité, et conformément au principe du développement durable. Le principe fondamental de la présente directive devrait donc être que l’exploitant dont l’activité a causé un dommage environnemental ou une menace imminente d’un tel dommage soit tenu pour financièrement responsable, afin d’inciter les exploitants à adopter des mesures et à développer des pratiques propres à minimiser les risques de dommages environnementaux, de façon à réduire leur exposition aux risques financiers associés* ».

²⁹⁸ Le considérant 2 de la Directive 2004/35/CE le souligne en précisant « *de façon à réduire leur exposition aux risques financiers associés* » (*supra* note 30).

²⁹⁹ Ainsi, par exemple, dans un arrêt relatif à la prise en charge des frais occasionnés à une station d’épuration des eaux par une entreprise industrielle, le Tribunal fédéral suisse a-t-il posé comme principe que le principe

Une étape ultérieure consiste à admettre que des mesures préventives destinées à empêcher la survenance d'un dommage imminent peuvent être soumises à un régime de responsabilité semblable à celui qui s'applique aux conséquences d'une atteinte survenue. Tel est le cas, par exemple, pour les interventions de l'autorité dans le cadre de la prévention des accidents. La Directive 2004/35/CE prévoit la possibilité d'obliger l'«exploitant» d'une entreprise présentant certains risques à prendre des mesures de prévention *«lorsqu'un dommage environnemental n'est pas encore survenu, mais qu'il existe une menace imminente qu'un tel dommage survienne»* (art. 5). Elle précise en outre que *«l'exploitant supporte les coûts des actions de prévention et de réparation entreprises en application de la présente directive»* (art. 8), réalisant ainsi leur internalisation complète³⁰⁰.

3. Les limites de l'internalisation

Théoriquement tous les coûts liés aux atteintes à l'environnement peuvent être internalisés, car ils sont en rapport avec des activités identifiables. Toutefois, plusieurs limites sont en pratique fixées à ce système : d'abord le coût total des atteintes résultant de certaines activités n'est pas quantifiable³⁰¹, ensuite, la part attribuable à chaque unité produite est parfois impossible à définir sans frais excessifs³⁰², enfin, la répartition des coûts entre activités qui contribuent conjointement à une atteinte n'est pas toujours possible³⁰³.

i. L'acceptabilité de l'internalisation des coûts

La difficulté principale de l'internalisation des coûts résulte toutefois de son absence d'acceptation politique (ou sociale). Ainsi, la prise en charge d'atteintes à la santé dues à la consommation d'énergie fossiles ne fait jamais l'objet d'une internalisation totale. Les réticences relatives à la prise en charge des déchets par ceux qui les causent sont également perceptibles, lorsque celle-ci se traduit par des coûts frappant indistinctement tous les auteurs de cette atteinte. Deux éléments contribuent à cette absence d'acceptation: d'une part, la légitimité des activités qui entraînent l'atteinte. Ainsi, celui qui utilise des produits chimiques polluants à des fins agricoles s'estime "pénalisé" par la hausse des coûts

pollueur-payeur devait aussi être pris en considération pour déterminer le sens actuel de règles antérieures à son adoption, et que la perception de frais relatifs à une pollution *« est elle-même, indirectement, un instrument de la protection du milieu vital, de sorte qu'elle doit recevoir l'application la plus étendue qui soit appropriée à cet objectif et compatible avec le texte dûment interprété »*, en conséquence de quoi, il a considéré qu'ils ne devaient *« être déterminés de façon trop restrictive »* et que *« les frais d'élimination de boues d'épuration polluées peuvent comprendre non seulement les débours nécessaires à cette fin, mais aussi le sacrifice des boues elles-mêmes, en tant que celles-ci, normalement, se prêtent à l'utilisation agricole et ont dès lors une valeur marchande »* (ATF 122 II 31-32).

³⁰⁰ Dans le même sens l'article 59 LPE permet de faire supporter à celui qui est à l'origine du risque *« les frais provoqués par des mesures que les autorités prennent pour empêcher une atteinte imminente, ... »*; voir sur cette question en droit suisse Paul-Henri Moix, *La prévention ou la réduction d'un préjudice: les mesures prises par un tiers, l'Etat ou la victime*, Fribourg 1995, en particulier p. 240-241.

³⁰¹ Les coûts résultant de l'utilisation à grande échelle d'énergies fossiles n'ont été évalués que de façon relativement approximative, et bien après l'identification des effets négatifs des changements climatiques: voir le rapport Stern sur l'économie du changement climatique, disponible sur le site de l'administration britannique (www.hm-treasury.gov.uk), qui n'a procédé à cette évaluation qu'après deux rapports du GIEC sur les effets des changements climatiques.

³⁰² Par exemple, la part attribuable à chaque véhicule automobile dans les frais induits par la pollution de l'air dépend à la fois du type de frais que l'on rattache directement au transport automobile (atteintes à l'environnement, à la santé, réduction des écosystèmes naturels, etc..) et de la fraction de ces coûts attribuable à chaque véhicule (ou type de véhicule) individuellement.

³⁰³ Tel est le cas par exemple pour la part attribuable respectivement au chauffage et aux transports dans la pollution de l'air et dans les émissions de CO₂

ou la nécessité de compenser les dommages qu'il cause à ses voisins alors qu'il exerce une activité licite et utile. De même celui qui a obtenu une autorisation de l'autorité pour exercer une activité jugée utile (production d'énergie, transport, fabrication de produits de consommation), mais doit en internaliser les coûts environnementaux. D'autre part, le fait que certaines prestations sont, pour des raisons historiques ou conjoncturelles, assumées par les collectivités sur leur budget ordinaire contribue aujourd'hui au refus des particuliers de prendre en charge personnellement les coûts de ce qui leur apparaît comme un "service public". Tel est le cas en matière de déchets, d'épuration des eaux, de transports. La difficulté relative à ce domaine reflète alors la difficulté de passer d'un système de prestations de l'Etat à un système de marché, que l'on connaît dans d'autres domaines.

La création d'un "marché de la pollution" peut diminuer ces réticences. Il paraît en effet plus facilement acceptable pour tous que la répartition de la charge entre les divers acteurs économiques soit fonction des coûts réels qu'ils occasionnent à la collectivité. Il a en principe également le mérite de permettre l'internalisation au coût le plus bas pour le pollueur, comme on peut le voir pour les certificats d'émission du CO₂. Il s'agit toutefois d'une modalité de mise en œuvre du principe pollueur-payeur qui ne s'adapte pas nécessairement à toutes les situations, ne fût-ce que par les coûts de transaction qu'il comporte (octroi des certificats, contrôle de leur utilisation, annulation ou dépréciation périodique, validation des réductions effectives).

ii. Les problèmes spécifiques à la responsabilité

Ces problèmes se présentent également lorsque le principe pollueur-payeur s'applique par le biais de la responsabilité. Cet aspect du principe suppose en effet une responsabilité *objective* pour le *risque* créé et donc l'exclusion de la faute comme facteur de responsabilité. Lorsque l'on recourt aux règles générales sur la responsabilité on s'expose à donner à la responsabilité environnementale un caractère répressif totalement étranger à la notion d'internalisation des coûts.

La difficile identification du risque se traduit souvent par une difficulté dans l'identification du responsable. La contribution d'un grand nombre à ce qui constitue actuellement les atteintes les plus graves à l'environnement est un facteur de "déresponsabilisation" sur le plan moral, mais surtout une difficulté d'application des règles d'attribution de la responsabilité, de celles sur le fardeau de la preuve, comme du calcul du coût individuel. La nécessité d'une responsabilité *solidaire* dès l'instant où plusieurs sources de pollution sont identifiées entraîne la nécessité d'une règle de répartition des charges entre les responsables. Cette nécessité est particulièrement manifeste lorsque l'on s'écarte du cas particulier, plus visible, de la responsabilité pour les atteintes accidentelles, pour aborder la responsabilité liée au fonctionnement ordinaire des entreprises ou à l'utilisation courante d'un bien. Mis à part le calcul basé sur les quantités de substances polluantes émises ou produites, ce sont souvent des facteurs juridiques formels qui détermineront le partage des responsabilités, comme la propriété d'un bien³⁰⁴ ou l'obtention d'une autorisation³⁰⁵.

³⁰⁴ Tel est souvent le cas en matière de sites contaminés; voir, par exemple, en droit suisse la répartition instaurée pour éviter une charge excessive au propriétaire actuel par opposition à ceux qui sont à l'origine de la pollution: «*Si plusieurs personnes sont impliquées, elles assument les frais de l'assainissement proportionnellement à leur part de responsabilité. Assume en premier lieu les frais celle qui a rendu nécessaires les mesures par son comportement. Celle qui n'est impliquée qu'en tant que détenteur du site n'assume pas de frais si, même en appliquant le devoir de diligence, elle n'a pas pu avoir connaissance de la pollution*» (art. 32d al. 2 LPE).

³⁰⁵ Tel est le cas, en droit suisse pour celui qui obtient l'autorisation de mettre des OGM dans le commerce sur qui se concentre la responsabilité pour les dommages résultant des caractéristiques biologiques de ces organismes.

La responsabilité qui réalise l'internalisation des coûts est une responsabilité pour *atteinte* à l'environnement et non pour *dommage* à l'environnement. Elle est susceptible de justifier des remèdes allant au-delà de l'attribution de dommages-intérêts: par exemple, permettre la prise en charge des coûts de *cessation du trouble* ou de *remise en état d'un bien environnemental* sans valeur marchande. La nécessité d'inclure les *frais de prévention* est en accord avec la notion d'internalisation. Elle correspond en effet au premier devoir de celui dont l'activité crée un risque pour les tiers, soit celui d'éviter autant que possible que celui-ci ne se matérialise, entraînant des atteintes dommageables à des biens protégés. Dans certaines circonstances, néanmoins, il peut paraître moins coûteux de réparer les dommages survenus, Une approche reposant exclusivement sur des mécanismes économiques risque alors de se heurter à la finalité des principes de droit de l'environnement qui est d'assurer une meilleure protection des biens environnementaux. La responsabilité, même comprise comme une règle d'internalisation des coûts, ne permet donc pas nécessairement la réalisation des objectifs du principe pollueur-payeur.

D. Conclusion

Dans la perspective d'un usage accru d'instruments économiques pour la mise en œuvre du droit de l'environnement, l'analyse du principe pollueur-payeur comme une méthode d'internalisation des coûts sociaux constitue un apport substantiel. Elle permet également de réaliser l'utilité de règles sur la responsabilité dans cette perspective. Celles-ci ne sont en effet pas destinées à réprimer des comportements déviants, mais répondent à la nécessité de faire assumer les conséquences économiques de leurs activités à ceux dont l'action, par ailleurs légitime, comporte des risques inévitables. Dans bien des cas elle est la contrepartie de la reconnaissance des aspects positifs et utiles des activités visées. Comme d'autres instruments juridiques du droit de l'environnement, le principe pollueur-payeur, ni dans sa version fiscale, ni dans sa version de responsabilité, ne peut couvrir l'ensemble des mesures nécessaires à protéger l'environnement. L'analyser comme un mode d'internalisation de coût sociaux ne lui donne pas une portée accrue, mais contribue à en rendre l'application cohérente et peut-être à le rendre plus compréhensible, et donc acceptable.

Remarques finales

Les principes que l'on vient de rappeler ne sont pas les seuls que l'on met en relation étroite avec le développement durable, en particulier pour sa mise en œuvre en matière environnementale. Un lien étroit existe entre la reconnaissance d'un droit à l'environnement sain et le droit à l'information³⁰⁶, à la participation³⁰⁷ ou le principe récemment développé de « non-régression »³⁰⁸. De même, on peut relever l'importance de certains instruments développés en droit de l'environnement, comme l'étude d'impact³⁰⁹, pour la réalisation effective d'un « développement durable ». Le présent ouvrage se borne à rappeler ceux qui sont dans un lien particulièrement étroit avec le développement durable, lui-même un principe allant au-delà de la problématique environnementale.

Le principe de « non-régression », d'un développement récent et qui ne connaît pas en droit suisse de transcription législative, mérite toutefois une mention dans ce contexte. En premier lieu parce qu'il n'est pas limité au droit de l'environnement mais revêt une importance particulière en matière de droits de l'homme³¹⁰. Ensuite parce qu'il suppose une conception à long terme de la législation dont il faut garantir qu'elle ne subira pas les aléas des modes et pressions du court terme, en particulier lorsqu'il s'agit de répondre à des situations de crises ou de pertes de contrôle³¹¹. Or c'est précisément par des mesures à long terme, cohérentes et réfléchies que l'on peut répondre à l'exigence du développement durable. A la différence de la conception qui veut que des normes actuelles ne puissent imposer des charges irréversibles aux générations futures, il s'agit de garantir que les comportements actuels ne privent les générations futures de ressources sur lesquelles elles doivent pouvoir compter³¹². Le développement durable implique donc nécessairement une forme de non-régression. Il s'agit d'éviter que par des adaptations (ou pseudo-adaptations) constante des normes protectrices, on aboutisse à un démantèlement d'une protection complexe nécessairement applicable sur le long terme. De ce point de vue on préférera une interprétation jurisprudentielle progressiste (en fonction

³⁰⁶ Voir en particulier l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 19 février 1998 dans l'affaire *Guerra et autres c. Italie* (116/1996/735/932).

³⁰⁷ Concrétisé par la Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (dite Convention d'Aarhus).

³⁰⁸ MICHEL PRIEUR / GONZALO SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles 2012 ; ég. MICHEL PRIEUR (note 170), p. 31.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 43.

³¹⁰ Bien que le mécanisme de non-régression n'ait pas encore trouvé sa place dans la jurisprudence dans ce domaine : JEAN-PIERRE MARGUENAUD, *Le principe de non-régression et la Cour européenne des droits de l'homme*, in : MICHEL PRIEUR / GONZALO SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement* (note 308), p. 183 ss.

³¹¹ Le terme de « nondegradation » (ou « anti-backsliding ») utilisé par la pratique américaine pour se référer à des ensembles de mesures destinées à éviter les retours en arrière ou les insuffisances involontaires des programmes de protection de l'environnement illustre particulièrement l'aspect de « filet de sécurité » que peut revêtir la préoccupation de non-régression : ROBERT L. GLICKSMAN, *The justifications for nondegradation programs in U.S. Environmental Law*, in : MICHEL PRIEUR / GONZALO SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement* (note 308), p. 471 ss ; ég. la théorie de l'« effet-cliquet » permettant de s'opposer à des normes qui n'assureraient plus la protection de l'environnement obtenue par le passé : CHARLES-HUBERT BORN / FRANCIS HAUMONT, *Le principe de non-régression en droit de l'environnement – la situation en Belgique*, in : MICHEL PRIEUR / GONZALO SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement* (note 308), p. 285 ss.

³¹² MICHEL PRIEUR, *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement ; ainsi que les conclusions de GONZALO SOZZO, El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica : el progreso como perdurabilidad para la generaciones futuras, tous deux* in : MICHEL PRIEUR / GONZALO SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement* (note 308), p. 7, 65 ss, 89.

d'objectifs définis) à une constante adaptation législative³¹³. Si le droit de l'Union Européenne peut offrir un point d'accrochage de la solution « non-régressive » en combinant l'exigence du TFUE que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé* » (art. 191 al. 2) et la notion d'« acquis communautaire » conçu comme un socle commun des droits et obligations qui lient les pays membres³¹⁴, cette conception implique la définition d'un noyau dur du droit de l'environnement³¹⁵ qui, le cas échéant serait soustrait aux caprices mêmes du législateur. Le droit suisse en revanche ne dispose pas de tels instruments. Une interprétation jurisprudentielle en fonction des objectifs et des finalités des normes existantes en revanche n'écarte pas les risques de législation chaotique, mais permet au moins de maintenir un certain cap. L'application de principes constitutionnels en est un instrument. La prise en compte du principe de développement durable permettrait donc au juge de donner un contenu au moins « non-dégressif » à la mise en œuvre de politiques environnementales (et sociales).

³¹³ Sur le conflit entre la préoccupation d'évolution et le maintien d'un acquis (en particulier dans la notion d'acquis communautaire), voir NATHALIE HERVE-FOURNEREAU, Le principe de non-régression environnementale en droit de l'Union Européenne : entre idéalité et réalité normative, in : MICHEL PRIEUR / GONZALO SOZZO, La non régression en droit de l'environnement (note 308), p. 198ss, 203-204.

³¹⁴ Sur cette question, *idem*, p. 203 ss, 212.

³¹⁵ *Idem*, p. 216.