

DROIT DE LA DURABILITÉ

DROIT PÉNAL DE L'ENVIRONNEMENT

Quelle consécration ?

Anne-Christine Favre
Anne-Christine Fornage
Loïc Parein
(éditeurs)



Helbing Lichtenhahn

DROIT PÉNAL DE L'ENVIRONNEMENT

Anne-Christine Favre
Anne-Christine Fornage
Loïc Parein
(éditeurs)

DROIT DE LA DURABILITÉ

DROIT PÉNAL DE L'ENVIRONNEMENT

Quelle consécration?

Anne-Christine Favre
Anne-Christine Fornage
Loïc Parein
(éditeurs)



Helbing Lichtenhahn

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4545-6



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4545-6 (édition imprimée)

2022, Helbing Lichtenhahn, Bâle

www.helbing.ch

Avant-propos

L'histoire débute traditionnellement par un « il était une fois ». L'invitation alors faite au lecteur est un voyage dans le temps, plus ou moins mouvementé, jusqu'aux origines du récit. Marquer un début a toutefois ceci d'être quelque peu artificiel, arbitraire préférentiellement peut-être dire les juristes. Sous réserve d'être omniscient, le narrateur n'est en effet pas en capacité d'énoncer toutes les causes ayant concouru à ce qui sera raconté, encore moins le point exact de leur collision. Et pourtant, il faut bien commencer quelque part. Dimension de temps, dimension de lieu auxquelles s'ajoute, évidemment, celle d'action.

Le 10 avril 2019 sur le site de l'Université de Lausanne. Une conférence intitulée « *Phoque le réchauffement climatique* » : à quand l'infraction d'écocide dans le Code pénal suisse ? Il faut d'emblée le préciser, non pas pour décharger l'orateur de toute responsabilité quant à la valeur du jeu de mots, mais bien pour rendre compte de l'impulsion à la base de cet ouvrage, que la première partie du titre était reprise d'une pancarte brandie sur des images prises lors de la marche pour le climat du 6 avril 2019 en Suisse. Ce quatrième défilé avait rassemblé plus de 50 000 personnes, dont la majorité était issue de la jeunesse, dans une vingtaine de villes du pays. En marge de ces événements, la discussion autour de la criminalisation de ce que l'on cherche à désigner sous le terme d'« écocide » prenait de l'ampleur. En France par exemple, le Sénat discutait activement d'une proposition de loi portant sur la criminalisation du phénomène. Le titre était donc tout trouvé.

Plus que la conférence elle-même, c'est le partage d'un café après celle-ci qui a compté. C'est l'occasion de se rappeler ou tout simplement de rappeler, après plus de deux ans de crise sanitaire, de confinement et de reconfinement, que du bon peut aussi ressortir de relations simples nouées sans écrans interposés. Quoi qu'il en soit, l'idée a germé de pousser plus à fond la réflexion au travers d'un ouvrage choral. Le pari était pris que les voix seraient nombreuses et variées sur le thème de la protection de l'environnement et de ses rapports avec le droit pénal. Il fallait cependant se garder de tomber dans un traitement cloisonné où le savoir s'accumulerait en silos. Le droit pénal était certes en première ligne, mais le front s'étendait tout autant en droit public et en droit privé.

C'est donc naturellement que le projet a mobilisé les Centres de droit pénal, de droit privé et de droit public de l'École de droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

Les efforts généalogiques conduisent encore à rendre compte d'autres aspects formels qui caractérisent cet ouvrage. Ce n'étaient pas que les limites en droit qui devaient être dépassées. S'agissant de la protection juridique de la nature, toute politique sectaire semble plus que jamais vouée à l'échec. Il paraissait logique d'aller au-delà des frontières de l'université en proposant à des chercheurs d'autres horizons, en Suisse mais égale-

ment à l'étranger, de participer à cette réflexion collective. Celle-ci s'est en outre menée par écrit et au travers de conférences. Le 8 juin 2021, le colloque *Atteintes à l'environnement et droit pénal – État des lieux, perspectives* restituait en avant-première certaines contributions, deuxième événement du genre piloté par le Centre d'études en droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire de Lausanne créé en 2019. Et, pour terminer, comme un hommage aux jeunes auteurs et autrices de slogans qui parfois inspirent au-delà de la rue, il a été proposé, outre à des assistantes et assistants, à des étudiantes et étudiants de Master en droit de traiter de la thématique dans leur mémoire de fin d'études. Aux côtés de contributrices et contributeurs rompus à l'exercice, la publication des meilleurs travaux symbolise bien en définitive la nécessité de promouvoir une discussion intergénérationnelle.

Historiquement, le droit pénal et sa pratique forment un terrain sur lequel s'observent de grands changements de société. Peu importe le sens de ceux-ci. La dépénalisation de l'avortement ou l'extension des délais de prescription, voire de l'imprescriptibilité, révèlent une sensibilité commune qui s'exprime à travers la répression. Plus qu'une sensibilité, ce sont au fond les représentations individuelles qui, mises côte à côte, délimitent le champ de la punissabilité et son intensité. En matière de protection pénale de l'environnement, on est sans conteste en présence d'une véritable tectonique des idées-forces dont on se demande bien quel en sera l'équilibre, même temporaire.

Quelle consécration pour le droit pénal de l'environnement ?

Il est rare d'assister à l'émergence d'un nouveau domaine du droit. La situation actuelle, notamment à raison du réchauffement climatique, réunit toutefois les conditions propres à l'observation d'une telle apparition, qui agit comme un marqueur, moins d'une lente évolution que d'une éruption provoquée par des excès. Ce sont précisément ces excès qui heurtent désormais d'abord par leurs conséquences, mais également car ils témoignent d'un bouleversement des valeurs. Le droit pénal étant notoirement de nature axiologique, il paraît presque logique que le débat politique, public ou médiatique se polarise aujourd'hui autour de sa construction ou plutôt de sa reconstruction. Se pose inévitablement la question de savoir sur quel bien juridique, ou quelle valeur – le débat sémantique a tout son sens – doit s'aligner la protection désirée, le Code pénal suisse ne contenant aucun titre qui y soit consacré. Le pari est ici pris que cette lacune est vouée à disparaître et qu'à moyen terme la loi en comprendra un afin de prévenir les infractions à la « sûreté de la planète ». À ce niveau, la discussion acquiert une portée quasiment ontologique puisqu'il s'agit de déterminer si l'enjeu est la Nature ou l'environnement. L'alternative pareillement posée revient à opposer deux visions classiques. La première pourrait être qualifiée de spirituelle ou d'anthropomorphique si la Nature devait être sacralisée, éventuellement en présentant des caractéristiques humaines comme une personnalité juridique, mais pouvant aussi conduire à une impasse eu égard aux nombreuses interrelations et usages de la nature qui nous sont nécessaires. Le second terme renvoie, lui, à une vision anthropocentrée faisant de l'homme le seul

acteur au sein d'un reste qui n'est que décor, tout en relevant que « ce décor » et notre interrelation avec l'ensemble des éléments relevant du « vivant » sont de plus en plus saisis par le droit, ainsi que le montrent les définitions les plus abouties de la notion « d'environnement »¹. Ainsi posé, le débat semble insoluble, chacun étant pressé de choisir son camp. Outre la recherche d'un équilibre, une sortie de l'impasse pourrait être de dépasser tout clivage découlant d'une pensée somme toute déconnectée de la complexité des enjeux. C'est en tout cas l'invitation qui est faite en repensant la situation au moyen de la notion de « milieu » qui intègre sans ségréguer, comme le fait François Ost dans *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*². Cela étant, dans le titre du présent ouvrage, la préférence a été donnée au droit pénal *de l'environnement*, non pas ensuite d'un choix fondamental, mais bien pour désigner un objet selon une acception considérée en pratique comme la plus commune.

Sauf à s'engager dans une modification compulsive de la loi pénale favorisant une incohérence typique d'un droit post-moderne³, il faut encourager le premier réflexe qui est celui de s'interroger sur l'état actuel de la législation. Dresser un état des lieux apparaît en effet comme une démarche sensée en priorité parce qu'elle marque une pause nécessaire, et ce même dans un contre-la-montre découlant de l'urgence d'agir. Elle offre ensuite l'occasion de s'apercevoir que les initiatives ne sont pas nouvelles et leurs réalisations nombreuses. Cela fait plusieurs décennies que d'aucuns désignent la répression en tant qu'outil central de régulation des atteintes à l'environnement. De plus, l'état à constater n'est pas celui d'un lieu mais de plusieurs, ce que le pluriel de l'expression rappelle. Le coup d'œil sur ce qui se fait ailleurs constitue un geste, outre d'ouverture indispensable puisque la pollution ignore les frontières, permettant de tirer des leçons sur ce qui a été fait avec plus ou moins de succès. La contribution de Julien Krebs offre ce panorama en droit suisse et un aperçu dans quelques législations étrangères complété grâce à d'autres contributions. Quant à celle d'André Kuhn, Léa Berger Kolopp et Camille Montavon, elle confère à l'image une profondeur en décrivant l'arrière-plan des réflexions par le biais de la *Green Criminology*. Encore plus au fond se dessinent des questions fondamentales plus larges, notamment celle d'un changement non pas dans

1 Voir l'art. 3 de la Convention signée à Aarhus le 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 (RS 0.814.07), entrée en vigueur, en Suisse, le 1^{er} juin 2014 ; selon cette disposition la notion d'« information sur l'environnement » désigne : a) L'état d'éléments de l'environnement tels que l'air et l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, le paysage et les sites naturels, la diversité biologique et ses composantes, y compris les organismes génétiquement modifiés, et l'interaction entre ces éléments ; b) Des facteurs tels que les substances, l'énergie, le bruit et les rayonnements et des activités ou mesures [...] ; c) L'état de santé de l'homme, sa sécurité et ses conditions de vie ainsi que l'état des sites culturels et des constructions dans la mesure où ils sont, ou risquent d'être, altérés par l'état des éléments de l'environnement ou, par l'intermédiaire de ces éléments, par les facteurs, activités ou mesures visés à l'alinéa b) ci-dessus.

2 OST FRANÇOIS, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris 2003.

3 MASSÉ MICHEL/JEAN JEAN-PAUL/GIUDICELLI ANDRÉ, *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris 2009.

l'ordre juridique mais dans les paradigmes qui le sous-tendent, en particulier celui devant présider à une transition écologique durable, comme le discute Véronique Jaworski. Il en ressort, si l'on en doutait encore, que le droit pénal de l'environnement est une discipline émergente en ce sens que, sans être nouvelle, elle est en phase d'autonomisation.

Au cœur de ce qui désormais se nomme l'« écocriminalité », il y a les causes emblématiques, à l'instar de l'écocide⁴. C'était ainsi une évidence qu'une contribution y soit dédiée, à savoir celle d'Eléa Baudevin. Tout aussi dans la lumière, la consécration d'une infraction de mise en danger de l'environnement est une idée de plus en plus soutenue, comme le démontre Laetitia Léger en s'appuyant sur l'expertise commandée en 2016 par l'Office fédéral de l'environnement aux Professeurs Marianne Johanna Hilf⁵ et Hans Vest de l'Université de Berne. La protection de l'environnement dépassant la défense d'intérêts nationaux, une partie de la communauté internationale milite en faveur d'une répression ne se limitant pas à celle découlant de la souveraineté des États. Le bien commun transcenderait en quelque sorte les intérêts étatiques, et *a fortiori* individuels, de sorte qu'à l'instar des crimes de masse, tels que le génocide et le crime contre l'humanité, une juridiction internationale devrait être instituée pour poursuivre et juger les auteurs d'atteinte massive à l'environnement. À l'appui de cette proposition est prioritairement convoqué l'argument de la force de la symbolique. Le partage des préoccupations environnementales ne permet cependant pas de faire l'économie d'une lecture critique de la proposition, ce à quoi s'est attelé Damien Scalia. Aussi, le cheminement à suivre se situe vraisemblablement le long de la crête entre évidence et pragmatisme.

La différence entre changement et révolution est ténue. La tendance pourrait être de penser qu'en temps de crise, les bouleversements doivent être à la mesure de l'urgence ; le mouvement se doit d'être radical. Cette radicalité aurait pour conséquence de rendre nécessaire, et donc licite, la violation de la loi résultat d'un ordre prétendument dépassé et au fond indépassable par les outils démocratiques. La désobéissance civile apparaît ainsi comme l'ultime instrument à disposition des citoyens pour éviter le chaos⁶. Cet instrument présente l'avantage d'avoir été pensé, voire d'avoir fait ses preuves selon le regard que l'on jette dans le passé. Clémence Demay et Audrey Loetscher se sont attachées à retracer l'évolution du concept dans le cadre de la protection de l'environnement. Quant à Alexia Tissières, elle a confronté la pratique à la théorie en s'appuyant sur une affaire lausannoise impliquant des militants ayant dénoncé les pratiques d'investissement d'une banque en jouant dans ses locaux un match de tennis folklorique. Leur acquittement en première instance avait fait dire à leurs détracteurs que c'était en réalité leur désobéissance qui conduirait au chaos. En tous les cas, de ces contributions ressort

4 NEYRET LAURENT, Des écocrimmes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015.

5 Désormais : Marianne Johanna Lehmkuhl.

6 BOURG DOMINIQUE/DEMACY CLÉMENCE/FAVRE BRIAN, Désobéir pour la Terre, Paris 2021.

l'existence nette de la belle part du juge appelé à se prononcer, au terme de sa mission d'interprétation, sur le respect des engagements étatiques vis-à-vis des citoyens.

L'affaire du match de tennis restitue une idée-force particulièrement palpable dans la lutte pour la protection de l'environnement. La critique vise en première ligne le capitalisme, entendu comme l'appropriation des moyens de production dans une perspective de maximisation des profits, ou plutôt ses dérives identifiées comme une des causes principales de la mise en danger de l'écosystème. Entre bouc émissaire et responsable avéré, l'entreprise est ainsi épinglée au centre de la cible d'un discours appelant à une réforme sociétale impliquant celle de l'économie. Juridiquement, sa responsabilité est susceptible d'être engagée dans les limites de la compétence *ratione loci* des juridictions nationales et aux conditions relevant de leur ordre interne. Deux sujets auxquels se sont intéressés Laurent Moreillon et Mathilde de Würstemberger pour le premier et Marc Silvant pour le second. Dans ce contexte, la question des conséquences en cas de condamnation occupe une place singulière. Le prononcé d'une créance compensatrice à l'entreprise apparaît comme une forme de sanction à laquelle recourir pour justement frapper la cupidité «là où ça fait mal». Nul doute en tout cas que cette responsabilité pénale sera à l'avenir toujours plus pointée du doigt, comme elle l'a déjà été sur le plan civil lors de la votation sur l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» en 2020⁷.

Le capitalisme fonctionne à plein dans une société construite sur la consommation. L'économie repose alors en partie sur la stimulation et la circulation du désir de profiter des biens et des services qui y sont proposés. Lorsqu'il est exacerbé, ce désir constitue sans aucun doute un danger pour l'environnement dès lors que consommer sans restriction se fait à son détriment. Justine Cosson s'est intéressée à la répression du *littering* dont les dégâts se sont avérés particulièrement visibles dans les espaces publics (rue, parcs, forêts, vignes, etc.) à l'occasion de la fermeture des bars et restaurants durant la crise sanitaire récente. Les atteintes à l'environnement ne sont cependant pas toujours aisément localisables. La production excessive de déchets et leur traitement, qui entraînent la création d'un véritable marché de l'exportation accroissant le risque d'exploitation des pays en voie de développement, sont grandement favorisés par l'obsolescence programmée dont la pénalisation a été étudiée par Romina Rutta. La limitation de la durée de vie des appareils pousse les consommateurs à en changer toujours plus vite, toujours plus souvent. En 2020, une plainte avait été déposée en Belgique relayant celle d'utilisateurs d'iPhone en raison du ralentissement consécutif à une mise à jour du logiciel. Accusée d'avoir volontairement limité la capacité de fonctionnement des appareils, Apple avait déjà dû se défendre dans le cadre d'une procédure pénale pour les mêmes motifs dans plusieurs États. La lutte contre l'obsolescence programmée suppose dès lors une coordination législative interétatique. Elle rend nécessaire la promulgation de

7 Le 29 novembre 2020, l'initiative a été rejetée à une majorité des cantons, même si 50,7% des votants ont dit «oui».

sources comprenant les obligations des producteurs, sujet sur lequel s'est penchée Lisa Baumgartner sous l'angle du droit européen. Cela étant, il faut probablement se garder de surinvestir la responsabilité du « consomm'acteur » dans l'exercice du rôle économique qui lui est assigné, sauf à croire, en y accolant la responsabilité des autres acteurs économiques, à une sorte de « métarécit de responsabilité » qui, plutôt que de responsabiliser tout un chacun, agit comme opérateur d'une déresponsabilisation de tous⁸.

En marge des critiques des effets de l'économie sur l'écosystème, la consécration du droit pénal s'inscrit dans une dynamique plus large de criminalisation croissante des comportements. Qu'il s'agisse d'un réflexe social durkheimien, d'un impératif d'essence morale ou tout simplement d'une rhétorique politique à des fins électorales, recourir au pénal, c'est « tendance », pour l'écrire trivialement. Au-delà d'être d'éventuels épiphénomènes, l'intensification de la répression du trafic des espèces protégées ou la pénalisation de la biopiraterie n'en demeurent pas moins des champs de réflexion propres auxquels se sont intéressées Joëlle Vuille d'une part et Maité Andrade d'autre part, en insistant sur les nouveaux défis posés à la répression. Il existe cependant des exceptions qui confirment la règle. En 2020, à nouveau sur le plan démocratique, la population suisse s'est exprimée sur la révision de la loi fédérale sur la chasse. Le projet comprenait des modifications du régime pénal n'impliquant pas de durcissement significatif, comme le relève Aude Magnien dans son travail, sans que cela ne soit identifié comme une cause du refus du texte par l'opinion publique.

Adossé aux thématiques fondamentales, il y a le terrain, la poursuite et le jugement au quotidien. La procédure pénale est un thème en soi en matière de protection de l'environnement. D'un point de vue historique, la politique répressive a déjà connu de grands tournants, que ce soit dans les années 1970 avec la lutte contre le trafic de stupéfiants ou dans les années 1990 avec celle contre la criminalité en col blanc en Suisse. Dans ce dernier domaine, l'*Appel de Genève* émis en 1996 par plusieurs grands magistrats anti-corruption tendait à l'instauration d'un espace judiciaire européen afin de coordonner la répression visant par exemple le blanchiment d'argent. L'idée d'une spécialisation de la poursuite en droit pénal économique est désormais acquise. En droit pénal de l'environnement, on observe probablement une évolution similaire, tant le domaine présente des spécificités. Yoann Favre et Chloé Pignolet pointent les réflexions à ce sujet dont l'avancée varie selon les pays concernés. Le besoin de spécialisation des autorités de poursuite ou de jugement pose également la question de celui des participants à la procédure, en particulier de l'autorité administrative susceptible d'être partie, un des sujets auxquels Anne-Christine Favre s'est intéressée dans l'articulation du droit administratif et du droit pénal. La mise en œuvre du droit de fond n'est par ailleurs pas sans soulever des difficultés sur le plan de l'administration des preuves. Les sciences forensiques sont appelées à en résoudre certaines, comme celle de l'interprétation des traces de pollution

8 FEIX AURÉLIEN/PHILIPPE DÉBORAH, Capital responsable : croire à l'incroyable, Revue Esprit 2021, 20 ss.

mise en lumière par Nicolas Estoppey. Enfin, à l’instar de la poursuite en droit pénal ordinaire, et malgré l’intensification progressive de la répression déjà mentionnée, le principe de la légalité des poursuites ne saurait trouver une application stricte sans conduire à des excès. C’est pourquoi celui de l’opportunité des poursuites doit prévaloir dans une certaine mesure à des fins d’optimisation des ressources par exemple. C’est en tout cas ce que soutiennent Alexandre Guisan et Jonathan Rutschmann en développant le concept original de « pollueur-réparateur ».

La consécration progressive d’une nouvelle discipline en droit pénal est une occasion rêvée pour innover, en particulier en droit des sanctions. Le recours à des outils classique comme la peine privative de liberté ou la peine financière paraît insatisfaisant sur le plan de l’efficacité. La première est inapplicable si la responsabilité pénale d’une société est engagée. Quant à la seconde, elle peut bien s’élever jusqu’à plusieurs millions sans que cela ne semble avoir d’effet contenant marqué. Les deux genres de peines apparaissent par ailleurs conceptuellement pauvres du point de vue de la réparation. Comment alors sanctionner efficacement ? C’est la question que posent Nathalie Dongois et Nicolas Benoît dans leur contribution en insistant sur la confiscation, laissant entendre qu’une piste se situerait peut-être en marge de la peine *stricto sensu*. En matière de créativité, une source d’inspiration doit immanquablement être recherchée par un effort en droit comparé. Le droit canadien apparaît à la pointe avec le concept d’ordonnance créative (*Creative Sentencing*) permettant par exemple à l’autorité d’imposer au coupable l’obligation de fournir une partie de sa production de navets à une banque alimentaire régionale dans une perspective de réparation de l’intérêt général atteint par son désir de produire sans tenir compte des effets sur l’environnement. Ces ordonnances ne sont pas sans poser des difficultés sur le plan de la légalité ou de leur exécution, sans que celles-ci soient de nature à dissuader d’y recourir mais bien d’améliorer le dispositif. C’est en tout cas une conclusion à laquelle parvient Paule Halley.

Les sujets cités sont loin d’épuiser la matière. Les facettes du droit pénal de l’environnement ne se limitent pas à celles égrainées dans cet ouvrage. À titre d’exemple, il en est une qui n’a pas été traitée et qu’il s’agit de mentionner comme un appel à prolonger le travail de recherche dans ce champ. Nous pensons évidemment à l’écoféminisme. C’est en 1974 que Françoise d’Eaubonne forge cette expression. La protection de l’environnement et la lutte contre les discriminations faites aux femmes avancent encore de manière séparée. Il faut attendre l’accident nucléaire de *Three Mile Island* en 1979 pour que se produise une réaction des femmes américaines, d’où émergera le groupe *Women and Life on Earth* déclarant qu’être écoféministe, c’est considérer « *des liens entre l’exploitation et la brutalisation de la Terre et de ses populations, et la violence physique, économique, psychologique perpétrée quotidiennement envers les femmes* ». On retrouve du reste une fine et dense analyse de ce croisement historique notamment dans *Être écoféministe*⁹ paru en 2020.

9 BURGART GOUTAL JEANNE, *Être écoféministe, Théories et pratiques*, Paris 2020.

Avant de conclure, il y a lieu de remercier les personnes qui ont rendu possible la réalisation de cet ouvrage. Nos premiers remerciements vont à Léa RoCHAT, Andrea Frattolillo, Eléa Baudevin, Chloé Pignolet et Christine de Bernardis, qui nous ont efficacement assistés tant dans les travaux de publication que dans l'organisation du colloque. La maison d'édition Helbing Lichtenhahn et son équipe, en particulier Jérôme Voumard et Maguelone Brun, sont en outre remerciés pour s'être montrés d'emblée partants avec un projet par lequel est lancée une collection que l'on souhaite durable. Ce projet n'aurait enfin pas pu voir le jour sans le soutien financier de la Faculté de droit, d'administration publique et de sciences criminelles de l'Université de Lausanne.

Lausanne, le 30 mai 2022

Pour les éditeurs scientifiques, Loïc Parein

Inhalt

Avant-propos	V
Liste des abréviations	XV
§ 1 La révision du droit pénal de l'environnement en Suisse : état des lieux et aperçu de droit comparé	1
Julien Krebs	
§ 2 La <i>Green Criminology</i> – Ou lorsque la criminologie chausse de nouveaux verres pour se tourner vers le vert et s'intéresser au vair et au ver	35
André Kuhn, Léa Berger-Kolopp et Camille Montavon	
§ 3 De la résilience face aux risques environnementaux : les nouveaux outils pénaux pour lutter contre la mise en danger de l'environnement	49
Véronique Jaworski	
§ 4 Ecocide : du concept au crime	85
Eléa Baudevin	
§ 5 L'infraction de mise en danger avec des perspectives en droit de l'environnement : Pertinence et caractéristiques	127
Laetitia Léger	
§ 6 Environnement et droit international pénal : polluer le débat ?	167
Damien Scalia	
§ 7 Face à la crise de la non-durabilité, analyse de la réponse citoyenne au travers de la désobéissance civile	193
Clémence Demay et Audrey Loetscher	
§ 8 « L'état de nécessité climatique » : entre application concrète, herméneutique et abduction	233
Alexia Tissières	
§ 9 Pollution environnementale internationale : la responsabilité pénale personnelle de l'auteur physique et sociale de l'entreprise. Territorialité et conflits de juridictions	275
Laurent Moreillon et Mathilde von Wurstemberger	
§ 10 La responsabilité pénale des entreprises dans la commission des infractions environnementales	293
Marc Silvant	

§ 11 Le <i>littering</i> en droit suisse : quelles obligations, quelles sanctions ?	337
Justine Cosson	
§ 12 Pénalisation de l'obsolescence programmée : quelle effectivité ?	375
Romina Rutta	
§ 13 Directive 2009/125/CE : analyse de l'article 15 et de sa transposition en France et en Allemagne, et comparaison avec la situation en Suisse	405
Lisa Baumgartner	
§ 14 La répression du trafic d'espèces protégées	449
Joëlle Vuille	
§ 15 Lutter contre la biopiraterie : le droit pénal comme outil ?	475
Maïté Andrade	
§ 16 Le droit de la chasse en Suisse : cadre juridique et questions choisies en matière pénale	515
Aude Magnien	
§ 17 L'instauration d'autorités de poursuite spécialisées en droit pénal de l'environnement : une nécessité ?	569
Yoann Favre et Chloé Pignolet	
§ 18 Infractions environnementales et qualité pour agir	597
Anne-Christine Favre	
§ 19 Pollution de l'environnement : exploiter le potentiel informatif des traces de contaminants	613
Nicolas Estoppey	
§ 20 L'article 53 du Code pénal : vers un principe du « pollueur-réparateur » ?	639
Alexandre Guisan et Jonathan Rutschmann	
§ 21 Comment sanctionner efficacement les personnes morales en matière d'atteinte à l'environnement ?	667
Nathalie Dongois et Nicolas Benoit	
§ 22 Les peines créatives en droit de l'environnement canadien	691
Paule Halley	

Liste des abréviations

§	paragraphe(s)
ABCA	Cour d'appel de l'Alberta (Canada)
ABPC	Cour provinciale de l'Alberta (Canada)
ABQB	Cour du banc de la Reine de l'Alberta (Canada)
ABS	Access and Benefit Sharing
ACA	analyse coûts-avantages
ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
aCP	ancien Code pénal (Code pénal dans sa version antérieure au 31 décembre 2006 ou au 1 ^{er} juillet 2019)
aCst.	ancienne Constitution fédérale (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874)
ADEME	Agence de la transition écologique (France)
ADN	acide désoxyribonucléique
ADPIC	Accords sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce
AELE	Association européenne de libre-échange
AFDI	Annuaire français de droit international
AFNOR	Association française de normalisation
AFP	Agence France Presse
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
A.J.	Alberta Judgments (Canada)
al.	alinéa(s)
ANBI	South African National Biodiversity Institute (Afrique du Sud)
AP	avant-projet
APA	accès et partage des avantages
AppGer	Appellationsgericht
Arr.	arrondissement(s)
art.	article(s)
AT	Allgemeiner Teil
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral

ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATS	Agence télégraphique suisse
ATTM	Accord type de transfert de matériel
BAM	Bundesanstalt für Materialforschung und -prüfung (Allemagne)
BCCA	Cour d'appel de la Colombie-Britannique (Canada)
BCPC	Cour provinciale de la Colombie-Britannique (Canada)
BCrim	Bulletin de criminologie
BCSC	Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada)
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung(en)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Allemagne)
BGH	deutscher Bundesgerichtshof (Allemagne)
BGH/St	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Allemagne)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BMWi	Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (Allemagne)
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil national
BOE	Boletín Oficial del Estado (Espagne)
BPI	Barreau pénal international
Bull. Crim	Bulletin criminel
BYIL	British Yearbook of International Law
c.	considérant(s)/contre
C.A.	Cour d'appel
CAAS	Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985
C.A.C.	Cour of Appeal Case (Canada)
CAD	dollar(s) canadien(s)
CAPS	Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse
Cass.	Cour de cassation (France)
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle (France)
CBE	Convention du 5 octobre 1973 sur le brevet européen (RS 0.232.142.2)

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
C.C.C.	Canadian Criminal Cases (Canada)
C.cr.	Code criminel du Canada
CDB	Convention du 15 juin 1992 sur la diversité biologique (RS 0.451.43)
CDI	Commission du droit international
CE	Conseil européen
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, RS 0.101)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CEEJ	Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1)
CEEX	Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1)
C.E.L.R.	Canadian environmental law reports
CENELEC	Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i> (voir)
ch.	chiffre(s)
Ch. Acc.	Chambre d'accusation
chap.	chapitre(s)
Ch. correct.	Chambre correctionnelle
CHF	franc(s) suisse(s)
Chron.	Chroniques (Répertoire Dalloz)
CIAT	Centre international pour l'agriculture tropicale
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CIPEL	Commission internationale pour la protection des eaux du Léman
CIRL	Canadian Institute of Resources Law
cit.	cité
CITES	Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction (RS 0.453)

CJ	Cour de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLB	Criminal Law Bulletin (Canada)
cm	centimètre(s)
CN	Conseil national
CNIID	Centre national d'information indépendante sur les déchets
CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (RS 0.747.305.15)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Code des obligations, RS 220)
CO ₂	dioxyde de carbone
COMCO	Commission de la concurrence
comm.	commentaire
comp.	comparaison
COP	condition objective de punissabilité
COP	Conférence des parties
COP15	15 ^{ème} réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique (CDB)
COP 21	Conférence de Paris de 2015 sur les changements climatiques
Cour interam. DH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
COV	Certificat d'obtention végétale
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPF	Code pénal français du 22 juillet 1992
CPI	Cour pénale internationale
C.P.L.M.	Codification permanente des lois du Manitoba (Canada)
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CPN	Code pénal neuchâtelois du 20 novembre 1940 (RSN 312.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, RS 312.0)
CRISP	Centre de recherche et d'information socio-politiques
CSC	Cour suprême du Canada

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
cts.	consorts
<i>cum</i>	avec
D	Recueil Dalloz, partie Doctrine
DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
DEEE	Déchets d'équipements électriques et électroniques
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	directeur(s)
DJ	Recueil Dalloz, partie Jurisprudence
doc.	document(s)
DOJ	Département américain de la justice
DOV	Droit d'obtention végétale
DP	Droit pénal (revue)
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
DPMIn	Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, RS 311.1)
Ds	Ministry Publications Series (Suède)
dStGB	Strafgesetzbuch (Allemagne)
DTEE	Département des transports, de l'équipement et de l'environnement (CH, VS)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
EA	Environment Act (SNS 1994-95, c 1) (Canada, Nouvelle-Ecosse)
EB	Emballage de boisson
EBPG	Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz (Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte) vom 27 Februar 2008 (BGBl. I 2008, 258) (Allemagne)

Liste des abréviations

EC	Economie circulaire
éd.	éditeur(s)/édition
EEE	Espace économique européen
<i>e.g.</i>	<i>exemplia gratia</i> (par exemple)
ég.	également
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, RS 351.1)
EMA	Environmental Management Act (SBC 2003, c 53) (Canada, Colombie-Britannique)
EMPA	Environmental Management and Protection Act 2010 (SS 2010, c E-10.22) (Canada, Saskatchewan)
ENMOD	Convention du 10 décembre 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (RS 0.515.06)
ENPE	European Network of Prosecutors for the Environment
EPEA	Environmental Protection and Enhancement Act (RSA 2000, c E-12) (Canada, Alberta)
EPFL	École polytechnique fédérale de Lausanne
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autre[s])
ETC	Action Group on Erosion, Technology, and Concentration
ETN	entreprises transnationales
EVPG	Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz (Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte) vom 25 November 2011 (BGBl. I S. 2224) (Allemagne)
EVPGV	Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte vom 14 August 2013 (BGBl. I S. 3221) (Allemagne)
FAO	Food and Agriculture Organisation
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FR	Canton de Fribourg
fr.	français
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GCRAI	Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale

GE	Canton de Genève
GES	Gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GWA	Gas Wasser Abwasser
H.E.	His/Her Excellency
HCC	Haut Conseil pour le Climat
HOP	Halte à l'Obsolescence Programmée
HRGC	High-Resolution Gas Chromatography
HS	Hors-série
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
IEC	Commission électrotechnique internationale
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
Int.	Interpellation
Interpol	Organisation internationale de police criminelle
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
IPR	Intellectual Property Rights
IUCN	International Union for Conservation of Nature
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
J.L.M.B	Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
JO	Journal officiel de l'Union européenne
JORF	Journal officiel de la République française
JR	Juristische Rundschau
JTDE	Ancien journal de droit européen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KassGer	Kassationsgericht
kg	kilogramme(s)
Kger	Kantonsgericht
km ²	kilomètre(s) carré(s)
Krim	Kriminalistik

Liste des abréviations

LA	Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (RS 748.0)
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LAC	Lausanne Action Climat (collectif)
LACE	Loi fédérale du 21 juin 1991 sur l'aménagement des cours d'eau (RS 721.100)
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, RS 837.0)
LACP-FR	Loi du 6 octobre 2006 d'application du code pénal (RSF 31.1) (CH, FR)
LaCP-GE	Loi genevoise du 27 août 2009 d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (RSGE E 4 10) (CH, GE)
LACP-VS	Loi du 12 mai 2016 d'application du code pénal (RSVS 311.1) (CH, VS)
LAgr	Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (RS 910.1)
LAO	Loi fédérale du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre (RS 741.03)
LAOC-VD	Loi du 29 septembre 2015 sur les amendes d'ordre communales (RSV 312.15) (CH, VD)
LArm	Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS 514.54)
LAVI	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14)
L.C.	Lois annuelles du Canada
LCart	Loi fédérale du 22 juin 2006 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LcChP	Loi du 30 janvier 1991 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RSVS 922.1) (CH, VS)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCha	Loi du 14 novembre 1996 sur la chasse et la protection des mammifères, des oiseaux sauvages et de leurs biotopes (RSF 922.1) (CH, FR)

LChim	Loi fédérale du 15 septembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (RS 813.1)
LChP	Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS 922.0)
LCITES	Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (Loi sur les espèces protégées, RS 453)
LContr	Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur les contraventions (RSV 312.11) (CH, VD)
LcPE	Loi valaisanne du 18 novembre 2010 sur la protection de l'environnement (RSVS 814.1) (CH, VS)
LCPE (1999)	Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999 (L.C. 1999, c 33) (Canada)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LD	Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (RS 631.0)
LDAI	Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usueés (RS 817.0)
LDPE	Low Density Polyethylene
LE	Loi sur l'environnement (CPLM c E125) (Canada, Manibota)
LEaux	Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
LEmb	Loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application des sanctions internationales (Loi sur les embargos, RS 946.231)
LEne	Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (RS 730.0)
LENu	Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (RS 732.1)
LES	Loi sur les espèces sauvages du Canada (L.R.C. 1985, c W-9) (Canada)
LFaune	Loi du 28 février 1989 sur la faune (RSV 922.03) (CH, VD)
LFE	Loi fédérale du 1er juillet 1966 sur les épizooties (RS 916.40)
LFINMA	Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, RS 956.1)
LFo	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0)

LFS	Loi du 7 février 1995 sur la faune sauvage (RSN 922.10) (CH, NE)
LFSP	Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (RS 923.0)
LGD-FR	Loi fribourgeoise du 13 novembre 1996 sur la gestion des déchets (RSF 810.2) (CH, FR)
LGD-VD	Loi du 5 septembre 2006 sur la gestion des déchets (RSV 814.11) (CH, VD)
LGG	Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (Loi sur le génie génétique, RS 814.91)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIB	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur l'imposition de la bière (RS 641.411)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 142.20)
lit.	<i>littera</i> (lettre)
LJAr	Loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (RS 935.51)
LOAP	Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur les autorités pénales, en projet)
loc. cit.	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
Loi sur le CO ₂	Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO ₂ (RS 641.71)
LOM	Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs (L.C. 1994, c. 22) (Canada)
LP	Loi sur les pêches (L.R.C 1985, c F-14) (Canada)
LPA	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux (RS 455)
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (Loi sur le partenariat, RS 211.231)
LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, RS 814.01)
LPE (Ontario)	Loi sur la protection de l'environnement (L.R.O. 1990, c. E.19) (Canada, Ontario)
LPêche	Loi vaudoise du 29 novembre 1978 sur la pêche (RSV 923.01) (CH, VD)

LPN	Loi fédérale du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)
LPT _h	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, RS 812.21)
LQE	Loi sur la qualité de l'environnement (RLRQ c Q-2) (Canada, Québec)
L.R.C.	Lois codifiées du Canada
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, RS 170.32)
LRCN	Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44)
LRNSS-VD	Loi vaudoise du 11 décembre 2008 sur les ressources naturelles du sous-sol (RSV 730.02) (CH, VD)
L.R.O	Lois révisées de l'Ontario (Canada)
LSCPT	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RS 780.1)
LStup	Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, RS 812.121)
LTab	Loi fédérale du 21 mars 1969 sur l'imposition du tabac (RS 641.31)
LTD-NE	Loi neuchâteloise du 13 octobre 1986 concernant le traitement des déchets (RSN 805.30) (CH, NE)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTVA	Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, RS 641.20)
LVCPP	Loi vaudoise du 19 mai 2009 d'introduction du Code de procédure pénale suisse (RSV 312.01) (CH, VD)
LVP _{PP} Min	Loi vaudoise du 2 février 2010 d'introduction à la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (RSV 312.05) (CH, VD)
m	mètre(s)
M.	Monsieur
m ²	mètre(s) carré(s)
m ³	mètre(s) cube(s)

MARPOL	Convention internationale du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires
MAT	Mutually agreed terms
M.A.U.S.S.	Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales
Mél.	Mélanges
Mess.	Message
Mme	Madame
Mo.	motion
MPC	Ministère public de la Confédération
Mtep	Mégatonne équivalent pétrole
MTTF	mean time to failure
N	note(s) marginale(s)
n.	note(s)
n°	numéro
NBA	National Biodiversity Authority (Inde)
nbp	note de bas de page
nCP	nouveau Code pénal suisse (modification du 13 décembre 2002)
NE	Canton de Neuchâtel
Nfld. & P.E.I.R.	Newfoundland and Prince Edward Island Report (Canada)
NILR	Netherlands International Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCA	Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (Canada)
nLCJ	Nouvelle Loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (Loi sur le casier judiciaire, FF 2016 4703), dont l'entrée en vigueur est prévue pour début 2023.
NLPC	Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador (Canada)
NLTD	Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador (Canada)
NoOPS	No Obsolescence Programmée Suisse
not.	Notamment
n.p.	non publié(s)
N.S.	New Series (Canada)
NSCA	Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (Canada)
NStW	Neue Zeitschrift für Strafrecht
n.t.	non traduit

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
O	obligation
OAo	Ordonnance du 16 janvier 2019 sur les amendes d'ordre (RS 314.11)
Obs.	Observation(s)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OCF	Ordonnance du Conseil fédéral
OCha	Ordonnance du 6 juin 2016 concernant la chasse (RSF 922.11) (CH, FR)
OChP	Ordonnance du 29 février 1988 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (Ordonnance sur la chasse, RS 922.01)
OCITES	Ordonnance du 4 septembre 2013 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (RS 453.0)
OCont	Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les teneurs maximales en contaminants (Ordonnance sur les contaminants, RS 817.022.15).
ODF	Ordonnance du 30 septembre 1991 concernant les districts francs fédéraux (RS 922.31)
OEaux	Ordonnance du 28 octobre 1998 sur la protection des eaux (RS 814.201)
OEB	Office européen des brevets
OEB	Ordonnance du 5 juillet 2000 sur les emballages de boissons (RS 814.621)
OEEE	Ordonnance du 1 ^{er} novembre 2017 sur les exigences relatives à l'efficacité énergétique d'installations, de véhicules et d'appareils fabriqués en série (Ordonnance sur les exigences relatives à l'efficacité énergétique, RS 730.02).
OENE	Ordonnance du 1 ^{er} novembre 2017 sur l'énergie (RS 730.01)
OFEN	Office fédéral de l'énergie
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OFS	Office fédéral de la statistique
OGer	Obergericht
OGM	Organisme(s) génétiquement modifié(s)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, abrogée le 1 ^{er} janvier 2007 (art. 131 LTF)

O.J.	Ontario Judgments (Canada)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLED	Ordonnance du 4 décembre 2015 sur la limitation et l'élimination des déchets (RS 814.600)
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMoD	Ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (RS 814.610).
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONCA	Cour d'appel de l'Ontario (Canada)
ONCJ	Cour de justice de l'Ontario (Canada)
ONG	Organisation(s) non gouvernementale(s)
ONU	Organisation des Nations-Unies
OPair	Ordonnance du 16 décembre 1985 sur la protection de l'air (RS 814.318.142.1)
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (ouvrage cité)
OPN	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451.1)
OPPh	Ordonnance du 12 mai 2010 sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (Ordonnance sur les produits phytosanitaires, RS 916.161)
ORB	Ordonnance du 30 avril 1990 sur la régulation des populations de bouquetins (RS 922.27)
Ord.	Ordonnance
OREA	Ordonnance du 14 janvier 1998 sur la restitution, la reprise et l'élimination des appareils électriques et électroniques (RS 814.620)
OROEM	Ordonnance du 21 janvier 1991 sur les réserves d'oiseaux d'eau et de migrateurs d'importance internationale et nationale (RS 922.32)
ORRChim	Ordonnance du 8 mai 2005 sur la réduction des risques liés à l'utilisation de substances, de préparations et d'objets particulièrement dangereux (Ordonnance sur la réduction des risques liés aux produits chimiques, RS 814.81)
OSAV	Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires
OSites	Ordonnance sur l'assainissement des sites pollués (Ordonnance sur les sites contaminés, RS 814.680)

OSol	Ordonnance du 1 ^{er} juillet 1998 sur les atteintes portées aux sols (RS 814.12)
öStGB	Strafgesetzbuch (Autriche)
OTCA	Traité de coopération amazonienne
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) vom 19 Februar 1987 (BGBl. I S. 448) (Allemagne)
p.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe(s)
PCB(s)	Polychlorobiphényles
PC CP	Petit commentaire du Code pénal
PET	Polytéréphtalate déthylène.
p. ex.	par exemple
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PME	Petites et moyennes entreprises
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
pollut.	pollution(s)
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PVC	Polychlorure de vinyle
QCCM	Cours municipales
QCCQ	Cour du Québec (Canada)
QCCS	Cour supérieure du Québec (Canada)
QCTAQ	Tribunal administratif du Québec (Canada)
RAFI	The Rurale Advancement Foundation International
rapp.	rapport(s)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDC	Revue de droit de la communication
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé

RDPC	Revue de droit pénal et criminologie
RDS	Revue de droit suisse
R.D.T.I.	Revue du droit des technologies de l'information
REAS	Responsabilité et assurance
Rec.	Recueil
Recht	recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RECIEL	Review of European, Comparative and International Environmental Law
réf.	référence(s)
rem.	remarque(s)
rem. préł.	remarque(s) préliminaire(s)
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
rés.	résolution
rés.	résumé
RexChP	Règlement du 22 juin 2016 d'exécution de la loi sur la chasse (RSVS 922.100) (CH, VS)
RF	Revue fiscale (= StR)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RGD-FR	Règlement fribourgeois du 20 janvier 1998 sur la gestion des déchets (RSF 810.21) (CH, FR)
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICPTS	Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RLGD-VD	Règlement d'application du 20 février 2008 de la loi du 6 septembre 2006 sur la gestion des déchets (RSV 814.11.1) (CH, VD)
RLPêche	Règlement d'application du 15 août 2007 de la loi du 29 novembre 1978 sur la pêche (RSV 923.01.1) (CH, VD)
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec (Canada)
RO	Recueil officiel des lois fédérales

ROF	Recueil officiel de la législation fribourgeoise
RPE	Règles pénitentiaires européennes
RPEE	Réseau des procureurs européens pour l'environnement
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique
RSA	Lois révisées de l'Alberta (Canada)
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSE	Responsabilité Sociale des Entreprises
RSF	Recueil systématique fribourgeois
RSGE	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
R.S.N.L.	Revised Statutes of Newfoundland and Labrador, 1990 (Canada)
R.S.O.	Lois refondues de l'Ontario de 1990 (Canada)
R.S.O.	Responsabilité sociétale des organisations
RSV	Recueil systématique vaudois
RSVS	Recueil systématique valaisan
RTS	Radio Télévision Suisse
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)
SA	société anonyme
SA	Statutes of Alberta (Canada)
SBC	Consolidated Statutes of British Columbia (Canada, Colombie-Britannique)
SGNU	Secrétariat Général des Nations Unies
SJ	La Semaine judiciaire
SKPC	Cour provinciale de la Saskatchewan (Canada)
SNS	Consolidated Statutes of Nova Scotia (Canada, Nouvelle-Ecosse)
sp.	spécialement
SRAS	syndrome respiratoire aigu sévère
ss	suivant(e)s

Liste des abréviations

SSt	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes in Strafsachen
Statut de Rome	Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1)
STCE	States of the Council of Europe
STE	Série des Traités européens
StGB	deutsches Strafgesetzbuch (Allemagne)
StRäG	Strafrechtsänderungsgesetz (Allemagne et Autriche)
SWI	swissinfo.ch
t.	tome(s)
TAF	Tribunal administratif fédéral
TAR	Taxe anticipée de recyclage
TC	Tribunal cantonal
TEA	Taxe d'élimination anticipée
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Version consolidée, JO n° L 239, du 22.9.2000, 0019 – 0062)
TG	Canton de Thurgovie
TGI	Tribunal de grande instance (France)
TIG	travail d'intérêt général
TIRPAA	Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture
TKDL	Traditional Knowledge Digital Library (Inde)
TMI	Tribunal militaire international (Nuremberg et Tokyo)
TPF	Tribunal pénal fédéral (CH)
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TPol	Tribunal de police
trad.	traduction/traduit
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TWC	Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals
TWh	térawattheure
UE	Union européenne

UNEP	United Nations Environment Program
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation la science et la culture
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
URP	Umweltrecht in der Praxis
URSS	Union des républiques socialistes soviétiques
US-PTO	United-States Patent and Trademark Office
US/USA	United States of America
USD	United States Dollar(s)
v.	<i>versus</i>
VD	Canton de Vaud
VELJ	Virginia Environmental Law Journal
VG	Verwaltungsgericht
Vict.	Victoria
vol.	volume(s)
VOSTRA	vollautomatischer Strafregister
VS	Canton du Valais
vs	<i>versus</i>
WCB	Weekly Criminal Bulletin (Canada)
WOSTA	Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren
WTO	World Trade Organization
WWF	World Wide Fund for Nature
XR	Rebellion against Extinction (Extinction Rebellion)
YKTC	Cour territoriale du Yukon (Canada)
YTTC	Cour territoriale du Territoire du Yukon (Canada)
ZEE	Zone économique exclusive
ZH	Canton de Zurich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

§ 1 La révision du droit pénal de l'environnement en Suisse : état des lieux et aperçu de droit comparé

Julien Krebs*

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	La révision du droit pénal de l'environnement en Suisse : état des lieux	3
1.	Position du Conseil fédéral	3
a)	Urgence climatique	4
b)	Révision du droit pénal	5
2.	Débats parlementaires	6
3.	OFEV et expertise en droit pénal de l'environnement	7
a)	OFEV	7
b)	L'expertise « Droit pénal de l'environnement » sur mandat de l'OFEV	9
4.	Doctrines	14
a)	La responsabilisation des entreprises dans le domaine de la criminalité environnementale	15
b)	La révision du Code pénal	16
c)	L'accessorité administrative	19
d)	Globalisation : extension aux questions étrangères	20
e)	Obligation de dénoncer des autorités et de l'exécution en général	20
III.	Bilan de l'état des lieux	22
IV.	Aperçu de droit comparé : la situation en Allemagne, en Autriche, et en France	25
1.	Situation en Allemagne et en Autriche	26
2.	Situation en France	28
V.	Droit pénal de l'environnement : <i>de lege ferenda</i>	30
1.	Révolution socio-juridique du droit ?	30
2.	Surtout ne pas conclure	33

Bibliographie

CABANES VALÉRIE, Un nouveau droit pour la Terre : pour en finir avec l'écocide, Paris 2016; DAVID VICTOR, La lente consécration de la nature, sujet de droit: Le monde est-il enfin Stone?, RJE 2012, 469 ss; FAURE MICHAEL, Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal, Revue Européenne de l'Environnement 2005, 3 ss (cité: FAURE, Modèle); FAURE MICHAEL, A paradigm shift in environmental criminal law, in Sollund *et al.* (éd.), Fighting Environmental Crime in Europe and Beyond, Londres 2016, 17 ss (cité: FAURE, Paradigm); FAURE MICHAEL, The revolution in environmental criminal law in Europe, Virginia Environmental Law Journal 2017, 321 ss (cité: FAURE, Revolution); FONBAUSTIER LAURENT, L'(in)efficacité de la norme environnementale, Délibérée 2019, 19 ss; HEINE GÜNTER, Reform des Umweltstrafrechts: Internationale Entwicklung und nationaler Stand, in Vereinigung für Umweltrecht (éd.), Umweltrecht in der Praxis, Vereinigung für Umweltrecht, Zurich 2011, 95 ss; HEINE GÜNTER, Umweltschutzrecht in der Schweiz, Umweltrecht in der Praxis 1985, 345 ss (cité: HEINE,

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de Me Parein.

Umweltschutzrecht); HILF MARIANNE JOHANNA, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht: Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in Ackermann/Hilf (éd.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht: 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2017, 89 ss (cité: HILF, Wirtschaftsstrafrecht); HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Expertise « droit pénal de l'environnement » sur mandat de l'OFEV, Berne 2016 (cité: HILF/VEST, Expertise); HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Reform des schweizerischen Umweltstrafrechts: eine Standortbestimmung, in Gropp *et al.* (éd.), Strafrecht als ultima Ratio: Giessener Gedächtnisschrift für Günter Heine, Tübingen 2016, 177 ss (cité: HILF/VEST, Reform); HUREL BENOIST, Droit pénal de l'environnement: une situation largement perfectible, Délibérée 2019, 38 ss; JAWORSKI VÉRONIQUE, L'état du droit pénal de l'environnement français: entre forces et faiblesses, Cahiers de Droit 2009, 889 ss; JENNY GUIDO/KUNZ KARL-LUWIG, Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt, Bâle/Francfort 1996; KRÄMER LUDWIG, Le droit répressif et le droit de l'environnement européen, RJE 2014, 75 ss; LEPAGE CORINNE, Les véritables lacunes du droit de l'environnement, Pouvoirs 2008, 123 ss; MABILE SEBASTIEN, Quelle organisation de la justice pour enrayer la disparition du vivant?, Délibérée 2019, 33 ss; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, Magazine « l'environnement » 1/2918 – Lutter contre l'éco-criminalité (cité: OFEV, Éco-criminalité); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, Stratégie de l'OFEV 2030, Berne 2016 (cité: OFEV, Stratégie 2030); OST FRANÇOIS, La nature hors la loi: L'écologie à l'épreuve du droit, Paris 2003; PFOHL MICHAEL, Das deutsche Umweltstrafrecht – ein Erfolgsmodell?, Natur und Recht 2012, 307 ss; TIEDEMANN KLAUS, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts: Gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechszehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität), Berlin 1980.

Travaux préparatoires

Avant-projet et rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (LCITES); Neuvième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, 21 mai 2008, FF 2008 4077; Rapport de la Commission des affaires juridiques du conseil des États du 25 janvier 2002 concernant l'initiative parlementaire « Les animaux dans l'ordre juridique suisse », 99.467; Rapport de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États du 10 octobre 2016, 15.3958; Rapport du Conseil fédéral du 15 mai 1996 concernant le classement du postulat Ott 86.160 du 23 juin 1996 (Environnement. Révision du code pénal), 96.052; Travaux législatifs en cours ou planifiés de l'OFEV pour la période de 2021 à 2024 en matière d'environnement, R514-1794 (cité: OFEV, Travaux législatifs en cours ou planifiés 2021-2024).

I. Introduction

- 1.1 Depuis 2010, les manifestations, grèves et sommets pour le climat se multiplient tout autour du globe avec une intensité de plus en plus marquée¹. La nouvelle et grandissante sensibilité de la population à l'égard des risques environnementaux ne peut plus être niée. Le réchauffement climatique, ainsi que la protection de l'environnement, semblent être plus que jamais au cœur des préoccupations contemporaines. Cependant, le droit pénal de l'environnement, supposé être au service de ces préoccupations, est une discipline encore émergente et il est permis de se demander s'il est véritablement à la hauteur des enjeux en l'état. Depuis plusieurs années, des voix s'élèvent pour

1 2019 a connu une mobilisation historique: <<https://fr.globalclimatestrike.net/about/>> (25.11.2020).

que ce droit soit révisé, car ne répondant plus aux exigences actuelles. En effet, le droit se doit de s'adapter à cette demande sociale croissante afin de mieux répondre aux multiples atteintes à l'environnement. En Suisse pourtant, à ce jour, aucun article du CP² ne se rapporte directement à la criminalité environnementale, par exemple.

Dans ce nouveau contexte, ce travail aura ainsi pour objectif de présenter une « photographie » de la situation actuelle en droit Suisse, et devrait permettre de démontrer toutes les raisons pour lesquelles une révision est à présent nécessaire. Ainsi, le premier chapitre de cette contribution établira un état des lieux concernant la révision du droit pénal de l'environnement en Suisse. Pour ce faire, la position du Conseil fédéral (CF), de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), de la doctrine ainsi que le contenu des délibérations parlementaires seront présentés. Le deuxième chapitre dressera un bilan sur la base de cet état des lieux, dans le but de comparer les différentes prises de position de chacune des parties, mais surtout d'identifier les principaux développements et problèmes qui en découlent. Vu le caractère transfrontalier de la protection environnementale et la position de la Suisse au centre de l'Europe, le troisième chapitre sera dédié à un aperçu de droit comparé avec l'Allemagne, l'Autriche et la France. Le quatrième et dernier chapitre tentera d'ouvrir la discussion au lieu de conclure par la démonstration. Il aura surtout pour objectif d'élaborer des propositions pour la future révision du droit pénal de l'environnement. 1.2

II. La révision du droit pénal de l'environnement en Suisse : état des lieux

La révision du droit pénal de l'environnement, comme toute révision législative, nécessite de passer par une première phase de discussion. Actuellement, et cela sera examiné plus en détail, la politique suisse en est à ce stade. De ce fait, il semble judicieux de passer en revue les diverses prises de position des acteurs majeurs en Suisse afin de présenter un état des lieux clair et concret de la situation. 1.3

1. Position du Conseil fédéral

La mission principale du Conseil fédéral (CF) étant d'analyser en permanence la situation politique et de fixer les objectifs et les moyens de l'activité de l'État, au sens de l'art. 180 al. 1 Cst.³, il paraît naturel d'examiner en premier lieu sa position. Cet examen est d'autant plus important, car il permettra de démontrer quelles sont ses ambitions et fixera d'emblée le cadre, ou à tout le moins les lignes directrices sur le sujet. Effectivement, ses décisions ainsi que son influence, sur le système législatif notamment, permettront aussi de mieux comprendre dans quel contexte le travail de révision a lieu. 1.4

2 Code pénal suisse du 21 octobre 1937 (CP, RS 311.0).

3 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

a) *Urgence climatique*

- 1.5 Suite aux nombreuses grèves pour le climat, le Parlement européen ainsi que de nombreux parlements en Europe ont décidé de déclarer l'urgence climatique, faisant passer les questions environnementales au premier plan⁴. En Suisse, certains cantons et certaines villes, tels que Bâle, Berne, Lausanne, Vaud ou Genève ont décidé de déclarer l'urgence climatique de leur propre initiative⁵. Au vu de l'engouement récent et de la dimension prise par les grèves pour le climat, tant au niveau suisse qu'au niveau planétaire, il n'a pas été surprenant de constater qu'une motion a été déposée le 7 mars 2019 demandant au CF de déclarer, lui aussi, l'état d'urgence⁶.
- 1.6 Le CF a admis être conscient de la situation et des risques qui émanent de la perturbation du système climatique, et que déclarer l'état d'urgence permettrait « de tenir compte du danger potentiel pour les êtres humains et les écosystèmes »⁷. En revanche, il a considéré qu'il restait « dans l'obligation d'appliquer la répartition des compétences telle qu'elle est prévue par la Constitution et ne pourrait édicter de prescriptions primant sur les compétences cantonales ou communales, même pour des projets législatifs s'inscrivant dans la logique de l'état d'urgence climatique »⁸. Plus loin, le CF a ajouté qu'il était « plus judicieux, au niveau international, d'exercer son influence en faveur d'une gouvernance mondiale efficace et, au niveau national, d'amorcer la transition vers une société plus soucieuse du climat et des modes de production plus faibles en carbone »⁹. Ce dernier a donc recommandé de rejeter le texte.
- 1.7 À ce jour, la motion n'a toutefois pas encore été traitée au Parlement. S'il n'était lui-même pas prêt à prendre de véritables mesures, le CF a cependant ouvert la porte afin que le Parlement puisse en définir des plus ambitieuses ou des supplémentaires¹⁰. Le suivi des délibérations parlementaires sur ce texte sera donc très intéressant. Jusqu'à présent il n'a été discuté que de la Loi sur le CO₂ et de politique climatique. Et si la révision du droit pénal de l'environnement y était aussi discutée à l'avenir ?

4 AFP/OANG, Le Parlement européen décrète symboliquement l'urgence climatique, RTS, 28.11.2019, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/monde/10902019-le-parlement-europeen-decrete-symboliquement-lurgence-climatique.html>> (29.10.2020).

5 AFP/OANG, Le Grand Conseil genevois déclare à son tour l'urgence climatique RTS, 18 octobre 2019, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/regions/geneve/10795157-le-grand-conseil-genevois-declare-a-son-tour-lurgence-climatique.html>> (15.7.2020).

6 Motion Marti 19.3063 au Conseil national du 7 juillet 2019, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193063>> (28.5.2021).

7 Réponse du CF du 29 mai 2019 à la motion précitée, disponible au même endroit.

8 Réponse du CF du 29 mai 2019 à la motion précitée, disponible au même endroit.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

b) Révision du droit pénal

Le CF a dû se prononcer sur la révision du droit pénal en 2015, à la suite du dépôt de la motion de M. Guillaume Barazzone, du groupe Parti démocrate-chrétien suisse, concernant le renforcement des sanctions pénales en Suisse contre le commerce illicite d'espèces menacées¹¹. En réponse à ce texte, le CF a déclaré que des améliorations des dispositions pénales étaient à l'étude. Il a précisé que « cet examen inclut aussi une comparaison des textes législatifs qui protègent les mêmes biens, y compris la Loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées¹² (LCITES) »¹³, tout en examinant comment les dispositions pénales de la LCITES pourraient être renforcées. Sans donner plus de détails ou de précisions, le CF a proposé d'accepter la motion¹⁴. 1.8

En 2017, ce dernier a également dû se prononcer, suivant l'interpellation déposée par Mme Adèle Thorens Goumaz, du groupe des Verts parti écologiste suisse, sur l'incrimination des écocides ou des atteintes majeures à l'environnement, dans le but de mettre fin à l'impunité¹⁵. Interrogé sur plusieurs points, il convient tout particulièrement de retenir la réponse que le CF a donné concernant la question de savoir si les législations nationales devraient être adaptées pour que les atteintes majeures à l'environnement puissent être sanctionnées. Plus précisément, il lui a été demandé quelles dispositions du droit suisse pourraient être améliorées en la matière, et si une notion comparable à celle d'écocide pourrait y être introduite. Le CF a commencé par admettre qu'« en Suisse, le droit pénal environnemental consiste presque exclusivement en des infractions constitutives de contraventions et de délits. Il n'existe que peu d'infractions qualifiées de crimes. Le cadre pénal est donc très limité, même en cas de graves délits environnementaux »¹⁶. Le CF a même affirmé qu'une lacune existe et que celle-ci complique « la poursuite des crimes internationaux, dans la mesure où, par exemple, l'art. 305^{bis} CP (blanchiment d'argent) ne s'applique pas »¹⁷. Le CF a terminé sa réponse en renvoyant simplement à son avis de 2015 concernant la motion Barazzone, et en précisant qu'il avait déjà indiqué que des améliorations des dispositions pénales du droit de l'environnement étaient à l'étude. Il n'a pas donné plus de précisions, ni sur la nature exacte de ces améliorations et modifications, ni sur l'avancée des travaux à ce sujet. Le CF n'a pas non plus concrètement répondu à la question de l'incrimination de l'écocide sur le plan 1.9

11 Motion Barazzone 15.3598 au Conseil national du 24 septembre 2015, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=36409>> (28.5.2021).

12 Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (Loi sur les espèces protégées, LCITES, RS 453).

13 Réponse du CF à la motion Barazzone 15.3598, BO 2016 N 378.

14 La suite donnée à cette motion sera examinée dans le chapitre consacré aux débats parlementaires.

15 Interpellation Thorens Goumaz 17.3947 au Conseil national du 29 septembre 2017, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=42256>> (28.5.2021).

16 Réponse du CF à l'interpellation Thorens Goumaz 17.3947, disponible au même endroit.

17 *Ibid.*

national, et s'est montré réticent à l'idée d'une modification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹⁸ (ci-après : Statut de Rome).

- 1.10 Ces deux réponses du CF sont très importantes pour l'état des lieux de ce travail. Effectivement, elles permettent de bien comprendre sa position, et rappellent que la Suisse n'en est qu'au stade de l'étude, et de ce fait, qu'au début du processus de révision. Le cadre et le contexte sont ainsi posés.

2. Débats parlementaires

- 1.11 Les discussions concernant la révision du droit pénal de l'environnement ne sont pour le moment que peu nombreuses. Cela est confirmé par le nombre de délibérations parlementaires qu'il est actuellement possible de dénombrer à ce sujet. En effet, la question a été débattue uniquement lors des délibérations qui ont fait suite à la motion Barazzone.
- 1.12 Lors des premiers débats parlementaires du 15 mars 2016 au Conseil national, le conseiller fédéral M. Alain Berset, chef du Département fédéral de l'intérieur, a déclaré que «l'administration est en train d'examiner comment renforcer les dispositions pénales du droit de l'environnement en général [...]. Ainsi, dans le cadre de ce projet – qui en est pour l'instant à l'étude préliminaire –, on devrait examiner comment les dispositions pénales de la loi en Suisse pourraient être renforcées, notamment pour ce qui concerne la lutte contre le crime organisé, le blanchiment de capitaux, ou plus généralement la qualification de cas graves»¹⁹. Il a conclu en invitant à accepter la motion. Le conseiller national M. Felix Müri, du groupe de l'Union démocratique du centre, a demandé de ne pas accepter la motion, l'estimant non nécessaire. La motion a finalement été acceptée par 122 voix contre 57 et 10 abstentions.
- 1.13 Le 10 octobre 2016, la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États (ci-après : la Commission) s'est réunie et a procédé à un examen préalable de la motion adoptée par le Conseil national. Dans le cadre de cet examen, la Commission a retenu que le durcissement des sanctions pénales prévues par la motion pourrait avoir un effet préventif, et permettrait d'éviter que la Suisse ne devienne une plaque tournante de la contrebande internationale, point le plus discuté lors des débats²⁰. Il s'agit donc plus précisément de considérer le commerce illégal d'espèces menacées et de produits issus de celles-ci comme un crime et non plus comme un délit, et de renforcer les sanctions pécuniaires infligées. La Commission a aussi reconnu que les peines maximales appliquées en Suisse sont plutôt faibles en comparaison internationale, et que cette révision est nécessaire afin de les relever à un niveau comparable à

18 Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1).

19 BO 2016 N 378.

20 Rapport de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États du 10 octobre 2016, 15.3958, 3.

celui de ses pays voisins²¹. Par 8 voix contre 1, la Commission a proposé d'adopter la motion et a encouragé « les travaux actuellement effectués par l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires et l'Office fédéral de l'environnement, en collaboration avec des experts scientifiques, qui visent à améliorer et à uniformiser les peines prévues par la loi sur la protection de l'environnement, notamment en rapport avec la loi sur les espèces protégées »²².

Lors des débats parlementaires du 13 décembre 2016 au Conseil des États, Mme Brigitte Häberli-Koller, membre du Parti démocrate-chrétien, a dans un premier temps rappelé, au nom de la Commission, que celle-ci a décidé d'accepter la motion pour les raisons évoquées, et qu'avec sa proposition d'adoption elle soutenait également les travaux en cours pour améliorer et uniformiser le niveau des sanctions dans le droit pénal de l'environnement. Dans un second temps, M. Thomas Minder, du groupe de l'Union démocratique du centre, est intervenu et a aussi demandé d'accepter la motion. La troisième et dernière intervention parlementaire lors de ces débats était celle du CF, représenté par M. Alain Berset qui, pour les mêmes raisons que la Commission, a recommandé d'accepter la motion. En outre, il a ajouté que le CF était conscient de la nécessité d'agir et qu'en acceptant cette motion, le Parlement enverrait un message fort en affirmant qu'il souhaite, lui aussi, un renforcement des sanctions. Chose qu'il a faite, puisque la motion a été adoptée par le Conseil des États. À la suite de ces débats, un avant-projet relatif à la modification de la LCITES, prévoyant l'aggravation et donc le durcissement de certaines dispositions pénales de la loi, a finalement été mis en consultation en automne 2019²³. 1.14

3. OFEV et expertise en droit pénal de l'environnement

a) OFEV

Selon l'art. 12 de l'Ordonnance sur l'organisation du DETEC²⁴, l'OFEV est l'autorité compétente pour l'environnement sur le plan fédéral. L'alinéa 2 du même article précise qu'il est responsable de la protection contre les dangers naturels, de la préservation de l'environnement et de la santé contre les atteintes graves ainsi que de la sauvegarde et l'utilisation durable des ressources naturelles. Il est également chargé de préparer et de mettre en œuvre la politique environnementale de la Suisse. Il doit en outre « s'attacher à renforcer l'exécution des lois existantes en collaboration avec les cantons et à promouvoir le dialogue avec l'économie et la société sur la valeur de l'environnement »²⁵. Un des 1.15

21 *Ibid.*, 2.

22 *Ibid.*, 3. Il est à préciser que la Commission n'évoque pas les autres domaines.

23 Avant-projet et rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (LCITES).

24 Ordonnance du 6 décembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (Org DETEC, RS 172.217.1).

25 OFEV, Stratégie 2030, N 1.3.

instruments d'intervention de l'OFEV est l'élaboration et l'exécution des lois qui peut se traduire tant par des obligations que des interdictions²⁶. Dans son document portant sur sa stratégie 2030, l'OFEV rappelle, dans son chapitre relatif aux instruments d'intervention, que la Suisse possède une législation environnementale bien développée, mais que « [d]'importantes lacunes existent dans l'exécution tant à l'échelle internationale que sur le plan fédéral et cantonal »²⁷.

- 1.16 En janvier 2018, Florian Wild, chef de la division droit à l'OFEV, a été interrogé concernant les forces et faiblesses de la législation pénale en matière d'environnement et de son application²⁸. Il est à noter que ses réponses se font l'écho de l'expertise en droit pénal de l'environnement, mise en œuvre par l'OFEV quelques années auparavant, et traitée plus loin dans ce travail.
- 1.17 Après un rappel sur le fait que la plupart des dispositions pénales se trouvent effectivement sous forme d'appendices dans les lois environnementales, Florian Wild a tout d'abord été questionné au sujet de la révision du CP, de la possible amélioration de l'effet dissuasif et de l'engagement des autorités pénales que cela pourrait engendrer. Il a répondu : « [j]e ne pense pas que le droit pénal de l'environnement serait mieux appliqué. Ce sont la volonté et le savoir-faire de l'autorité pénale qui sont déterminants »²⁹.
- 1.18 Florian Wild a ensuite été interrogé sur le fait que les dispositions pénales des dix lois sur l'environnement ne coïncident pas toujours entre elles, et que les sanctions semblent dépassées compte tenu des exigences actuelles. À cette question, il a répondu que la législation sur l'environnement a été développée sur plusieurs décennies et que ces lois reflètent pour beaucoup les problématiques de leur époque. Il a ainsi admis que certaines dispositions pénales nécessitent des adaptations, et que lorsque ces lois seront révisées, les infractions devront également être actualisées³⁰.
- 1.19 La question suivante portait sur le droit pénal suisse de l'environnement en comparaison internationale. Visiblement plus clément que l'Allemagne, l'Autriche et la France³¹, il prévoit beaucoup moins d'éléments constitutifs de crime. Il a alors été demandé à Florian Wild si la Suisse ne devait pas s'aligner sur ses voisins. Le chef de la division droit a admis que cette possibilité méritait d'être étudiée tout en rappelant qu'en Suisse, seules la contamination d'eau potable (art. 234 CP) et la dissémination dangereuse d'organismes pathogènes ou génétiquement modifiés (230bis CP) sont considérées comme des crimes contre la santé publique dans le CP. Il s'est alors interrogé sur la question de savoir pourquoi les atteintes aux sols, à l'air et aux aires protégées qui créent un danger

26 *Ibid.*, N 5.1.

27 *Ibid.*

28 Seuls les points les plus pertinents de l'interview sont traités ici. Pour voir l'entier de l'interview : OFEV, Éco-criminalité, 12 ss.

29 *Ibid.*, 13.

30 *Ibid.*

31 Cf. N 1.55 ss.

pour la collectivité devraient être évaluées différemment. Il a ajouté que le durcissement d'une infraction est à l'ordre du jour avec la motion Barazzone approuvée par le Parlement³².

Enfin, Florian Wild a été interrogé sur une éventuelle mise en place d'une institution suisse similaire aux ministères publics chargés de l'environnement en Europe, apportant savoir-faire et expérience dans ce domaine. D'après lui, ce modèle est difficilement transposable en raison du système fédéral, avec ses nombreux petits cantons. En revanche, il a constaté que l'application des sanctions pourrait être améliorée si les autorités pénales collaboraient plus étroitement avec les services de l'environnement. Pour ce faire, il a ajouté qu'il serait très utile de disposer de meilleures bases juridiques pour l'échange de données entre les autorités à la fois pénales et spécialisées. Il a conclu : « [s]elon l'OFEV, il faut donner la priorité au renforcement de la collaboration entre les différents acteurs de la justice pénale, ainsi qu'à la sensibilisation des spécialistes et du public »³³.

b) *L'expertise « Droit pénal de l'environnement » sur mandat de l'OFEV*

En septembre 2016, soit deux ans avant l'entretien avec Florian Wild, une expertise concernant spécifiquement le droit pénal de l'environnement a été rendue sur mandat de l'OFEV par les Professeurs Marianne Johanna Hilf et Hans Vest de l'Université de Berne³⁴. Il s'avère que cette expertise a été soutenue par Florian Wild. L'objectif du mandat confié était d'examiner si les dispositions pénales du droit de l'environnement « satisfont quant au contenu, à la forme et à la sanction aux exigences attendues aujourd'hui d'un droit pénal de l'environnement moderne, si ces dispositions doivent être révisées (totalement ou partiellement) et, le cas échéant, comment le faire au mieux également du point de vue de l'unité de l'ordre juridique »³⁵. L'idée directrice de cette expertise était « de promouvoir une exécution plus efficace du droit pénal de l'environnement »³⁶. Par soucis de clarté et de précision, il s'agit donc ici de ne relever que les points jugés les plus pertinents (ceux ayant été résumés et traduits en français par l'expertise) quant à la révision du droit pénal de l'environnement.

ba) *La responsabilisation des entreprises dans le domaine de la criminalité environnementale*

Le premier point important est celui de la responsabilisation des entreprises dans le domaine de la criminalité environnementale. En effet, le bilan à ce sujet est que « le droit pénal ne contient plus en conséquence – et mise à part la confiscation – qu'une

32 OFEV, Éco-criminalité 13.

33 *Ibid.*, 15.

34 HILF/VEST, Expertise.

35 *Ibid.*, 2.

36 *Ibid.*

réglementation d'économie de procédure (art. 7 DPA³⁷), insatisfaisante tant pour des raisons d'État de droit que de politique criminelle, et une réglementation qui, si elle institue une véritable punissabilité de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP), est de fait le plus souvent inapplicable dans la pratique en raison de sa conception totalement lacunaire et de toute façon indéfendable en termes de politique criminelle (et dès lors également incompatible avec les exigences internationales) »³⁸.

- 1.23 L'expertise propose comme première solution, à défaut d'une révision de fond, de procéder au minimum à une uniformisation correcte des renvois actuels des différentes lois environnementales aux art. 6 et 7 DPA, et d'inscrire les délits contre l'environnement à l'art. 102 al. 2 CP³⁹. La deuxième solution, considérée comme idéale, serait de réviser totalement l'art. 102 CP par le biais de trois suppressions, à savoir la suppression de l'al. 1 de l'art. 102 CP, du catalogue d'infractions contenu à l'al. 2 et des entreprises en raison individuelle à l'al. 4⁴⁰. En plus de ces suppressions, l'expertise estime qu'en augmentant de manière adéquate la menace de la sanction, en introduisant un système de jours-amendes, ainsi que la complaisance pénale sous condition, tout en créant un casier judiciaire des entreprises⁴¹, cela permettrait à la Suisse d'obtenir un droit pénal applicable aux entreprises qui serait pertinent et praticable, et qui n'aurait rien à envier en comparaison internationale⁴².
- 1.24 L'expertise insiste ensuite en relevant que « le domaine de la criminalité environnementale est en soi non seulement prédestiné, mais force même à introduire un droit pénal applicable aux entreprises adéquat ou à corriger le droit existant, de sorte à donner l'impulsion propre à intégrer tous les secteurs de la criminalité des entreprises »⁴³. Les auteurs ajoutent que la réforme prévue en droit pénal administratif permet de garder espoir pour une potentielle réorganisation du droit pénal des entreprises dans le CP⁴⁴.

bb) Obligation de dénoncer des autorités

- 1.25 L'obligation de dénoncer des autorités est le deuxième point qu'il convient de retenir ici. En effet, il s'agit d'un aspect important en droit pénal de l'environnement, car ce sont les autorités administratives d'exécution en tant qu'autorités spécialisées qui sont confrontées directement au cas concret, et qui sont à même de reconnaître la punissabilité d'un acte⁴⁵. Cela est d'autant plus vrai dans la mesure où les autorités de poursuites pénales,

37 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

38 HILF/VEST, Expertise, 70.

39 *Ibid.*, 71 et 256.

40 *Ibid.*, 72 et 256.

41 Ces recommandations ne sont cependant pas toutes très claires, dans la mesure où il n'est pas donné de réelles précisions ou d'exemples pour chacune d'entre elles.

42 HILF/VEST, Expertise, 72.

43 *Ibid.*, 74.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, 91.

qui ne sont généralement pas spécialisées, ne pourront pas (ou alors que très difficilement) intervenir dans les domaines spécifiques liés au droit pénal de l'environnement lorsque la dénonciation déposée par l'autorité techniquement spécialisée fait défaut⁴⁶. Une solution jugée judicieuse, praticable et envisageable, aussi bien au niveau de la Confédération que des cantons, serait de « réserver la faculté d'adresser au préalable une menace de dénonciation, liée à un délai pour rétablir l'état conforme au droit »⁴⁷.

bc) Droit de partie des autorités environnementales

Le troisième point intéressant est celui d'accorder les droits de partie aux autorités compétentes en matière d'environnement. Effectivement, les Professeurs Hilf et Vest considèrent que cela est judicieux, car le droit administratif et le droit pénal de l'environnement sont étroitement imbriqués. De ce fait, cela permettrait d'améliorer le pouvoir d'impact du droit pénal de l'environnement⁴⁸. De plus, « [l']implication de la compétence scientifique des autorités environnementales dans les procédures de droit pénal peut avoir un effet qualitativement avantageux et aiguïser la conscience des institutions administrant la justice pour le droit pénal de l'environnement »⁴⁹. La solution la plus simple serait d'édicter, dans les différents actes législatifs concernant l'environnement, des prescriptions qui accordent des droits de partie aux autorités cantonales compétentes en matière d'environnement dans les procédures pénales cantonales⁵⁰. Cela donnerait la possibilité à l'autorité compétente de « contrôler les autorités pénales dans la mesure où elle peut, au besoin via la saisie des chambres de recours des tribunaux cantonaux de dernière instance, contraindre celles-ci à des instructions complémentaires »⁵¹.

bd) Lacunes de punissabilité et incohérences systémiques dans le CP et dans les actes législatifs concernant l'environnement

Comme vu ci-dessus, une révision du CP dans le cadre de la criminalité environnementale des entreprises serait la bienvenue. L'expertise se veut ambitieuse et ajoute que la principale lacune de punissabilité au niveau du CP réside dans l'absence pratiquement générale d'infractions modernes contre l'environnement au niveau du crime, à l'exception des art. 226^{bis}, 226^{ter} et 230^{bis} CP⁵². Ainsi, pour garantir une protection de l'environnement en droit pénal plus adéquate, plus effective, englobant aussi les faits transfrontaliers et commis à l'étranger, il « nécessiterait en outre d'introduire rapidement dans le CP des infractions de mise en danger générale en tant qu'énoncés de fait qualificatifs

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 HILF/VEST, Expertise, 79 et 256.

49 *Ibid.*, 79.

50 *Ibid.*, 256.

51 HILF/VEST, Expertise, 256.

52 *Ibid.*, 210.

au niveau du crime »⁵³. Plus précisément, cela impliquerait d'introduire, dans le titre 8 de la partie spéciale du CP, des crimes conçus comme infractions pour la protection du sol, de l'air, de l'eau et pour la protection de l'environnement global contre les déchets dangereux⁵⁴. Les auteurs sont bien conscients que ces nouveaux énoncés de fait ne devraient pas jouer un rôle très important dans la pratique, mais précisent que cela ne constitue pas un argument suffisant pour y renoncer⁵⁵. Au contraire, « [c]es infractions visent d'une part à inscrire dans le droit pénal les grandes catastrophes – par nature rares, mais pas exclues comme le prouvent même des expériences suisses (*Seveso*, *Schweizerhalle*⁵⁶) – lors desquelles la protection traditionnelle individuelle des biens immatériels de la vie et de la santé et des biens matériels est inutile »⁵⁷.

- 1.28 Un autre aspect important de l'expertise à relever est qu'une révision conséquente du CP aurait à tout le moins « le mérite de sensibiliser la population et les autorités pénales au fait que la pollution environnementale ne constitue pas un délit mineur et qu'il s'agit d'améliorer aussi au niveau institutionnel les moyens de lutte contre ce fait »⁵⁸. Cet argument se rapporte à la valeur symbolique du droit pénal de l'environnement, par opposition aux arguments se rapportant à l'efficacité de la répression.
- 1.29 Au sujet des actes législatifs concernant l'environnement, de multiples lacunes de punissabilités essentielles ont été signalées notamment dans la LPE, la LEaux, et la LChP⁵⁹ ⁶⁰. De plus, l'éventail des peines dans les dispositions pénales de ces actes législatifs peut présenter de grandes différences, qui peuvent être difficiles à expliquer de manière rationnelle⁶¹ : « [l]e type d'infraction caractérisé au niveau technique de l'énoncé de fait des normes pénales peut diverger considérablement d'un acte législatif à l'autre, voire au sein d'un même acte »⁶². L'avis de droit sur mandat de l'OFEV en vient donc à la conclusion que l'harmonisation est urgente, et qu'il serait également « souhaitable, voire indispensable d'harmoniser les maxima pour les contraventions »⁶³.

53 *Ibid.*, 208.

54 *Ibid.*, 210 et 257.

55 *Ibid.*, 210.

56 Les catastrophes de *Seveso* et de *Schweizerhalle* sont deux catastrophes écologiques majeures ayant eu lieu respectivement en 1976 et 1986.

57 HILF/VEST, Expertise, 210.

58 *Ibid.*

59 Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP, RS 922.0).

60 HILF/VEST, Expertise, 211. Pour plus de précisions, une liste d'exemples y est donnée.

61 HILF/VEST, Expertise, 260.

62 *Ibid.*, 262.

63 *Ibid.*, 263.

be) Dispositions cantonales de droit pénal de l'environnement

Il est important de rappeler, et l'expertise le fait, que les cantons disposent de leur propre administration de l'environnement. Cela implique que, conformément au fédéralisme et à l'art. 335 al. 1 CP, les cantons conservent une marge de compétence pour le droit pénal cantonal en matière de contraventions dans le domaine de l'environnement, tant que la Confédération n'a pas définitivement ou exclusivement réglé la matière⁶⁴. En d'autres termes, « [à] défaut de disposition contraire dans le droit fédéral, les cantons et les communes sont libres d'édicter leur propre droit »⁶⁵. Le travail réalisé par les auteurs a permis de démontrer que la situation variait grandement entre les cantons en ce qui concerne l'exécution de la législation en matière d'environnement⁶⁶. Il a également permis de soulever que « [l]a Confédération ne dispose d'aucun instrument légal permettant de contraindre les cantons à mettre en œuvre la législation fédérale »⁶⁷. Bien qu'il soit logique que l'exécution du droit pénal de l'environnement intervienne en premier lieu au niveau des cantons et des communes, en raison de leurs connaissances plus spécifiques des conditions locales, l'expertise suggère que les directives (sans préciser qui devrait les émettre) pourraient être plus claires au niveau fédéral, et ainsi donner un cadre pénal défini pour les infractions aux différentes lois⁶⁸.

bf) Internationalisation du droit pénal de l'environnement

De par sa nature transfrontalière, la protection de l'environnement et les efforts d'harmonisation en droit pénal de l'environnement ont gagné en importance tant au niveau international qu'au niveau européen. En effet, en Europe par exemple, cela « se traduit par la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection de l'environnement par le droit pénal⁶⁹, d'une part, et par la législation de l'Union européenne sous la forme de la directive 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal⁷⁰, d'autre part »⁷¹. La Convention qui date de 1998, et qui a pour but d'harmoniser les législations nationales et de favoriser la coopération internationale dans le domaine de la protection de l'environnement, n'est jamais entrée en vigueur et la Suisse n'a pas prévu d'y adhérer. En 2005, et suite au postulat de la Commission de politique extérieure

64 *Ibid.*, 223.

65 *Ibid.*, 242.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

68 HILF/VEST, Expertise, 243.

69 Convention du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal, STE n°172.

70 Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (JO L 328 du 6.12.2008, 28-37).

71 *Ibid.*, 246.

du Conseil national du 15 février 2000⁷², le CF a effectivement considéré que l'utilité des normes pénales supplémentaires requises par la Convention était très hypothétique⁷³. De plus, étant donné les adaptations législatives auxquelles il aurait fallu procéder, et le fait que seul un pays (sur trois) a ratifié la Convention⁷⁴, le CF a estimé qu'il n'y avait « pas de priorité ni de nécessité à signer et ratifier cette dernière dans l'immédiat »⁷⁵. En ce qui concerne la directive 2008/99/CE, celle-ci détermine largement le droit pénal national des États membres de l'UE. Elle classe neuf actes en tant qu'infractions pénales, lorsqu'ils sont illicites et commis intentionnellement, ou par négligence au moins grave⁷⁶. Ce texte « favorise une harmonisation minimale entre les États membres au niveau de l'ampleur des atteintes graves à l'environnement à punir et de la responsabilité des personnes morales »⁷⁷. L'expertise démontre à ce stade qu'il ne s'agit pas d'une harmonisation complète du droit pénal de l'environnement, et que celle-ci fait pour l'instant défaut au niveau de l'UE⁷⁸.

- 1.32 En ce qui concerne la Suisse, elle n'est soumise à aucune contrainte juridique qui pourrait l'obliger à adapter sa législation aux prescriptions des directives de l'UE. Néanmoins, un rapprochement avec les standards européens semble souhaitable d'après les auteurs, notamment dans le domaine de la responsabilité des personnes morales⁷⁹. En effet, cela fait maintenant plus d'une décennie que l'Europe connaît un véritable développement de la protection de l'environnement par le droit pénal, et la Suisse est pour l'instant fortement en retard. Enfin, il est envisagé qu'un tel rapprochement de la part de la Suisse permettrait, de par sa situation géographique, « d'appuyer les efforts visant à poser un standard minimum effectif et général dans le domaine de la protection de l'environnement par le droit pénal en Europe »⁸⁰.

4. Doctrine

- 1.33 Dans le débat concernant la révision du droit pénal de l'environnement, la doctrine a bien évidemment une place conséquente à jouer. De ce fait, il paraît pertinent de relever ici les points les plus importants retenus en la matière. Il convient néanmoins de noter, en préambule, qu'il n'existe encore que très peu de développements en droit suisse. En effet, la grande majorité de la doctrine sur le droit pénal de l'environnement provient

72 Postulat CPE-CN (00.003). Ratification de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=468>> (28.5.2021).

73 Neuvième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, FF 2008 4077, 4117.

74 Seule l'Estonie a effectivement ratifié la Convention.

75 Neuvième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, FF 2008 4077, 4118.

76 KRÄMER, 87.

77 HILF/VEST, Expertise, 252.

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*, 253.

80 HILF/VEST, Expertise, 253.

d'autres pays européens, en particulier de France, et le nombre d'auteurs s'étant penchés sur la question en Suisse est encore très faible. Il fut d'ailleurs relativement étonnant de constater que la doctrine suisse la plus conséquente et la plus pertinente dans ce domaine a été rendue par les mêmes Professeurs Hilf et Vest. Il est à préciser également que ces deux auteurs ont rédigé un article au sujet du droit pénal de l'environnement en Suisse en hommage à leur collègue, ami et spécialiste du droit pénal de l'environnement, le Professeur Günter Heine de l'Université de Berne, décédé en 2011⁸¹. Cet article a été publié en 2016, soit la même année que l'expertise. Il n'est donc pas étonnant de retrouver une très grande partie des développements de l'expertise dans ce chapitre. De plus, les trois auteurs font partie des rares à s'être réellement intéressés à cette matière en Suisse et se rejoignent donc fréquemment dans leurs écrits. Cette analyse paraît cependant tout de même utile, car elle permet non seulement de compléter plus en détail le travail sur l'état des lieux, mais également de consolider les points qui semblent être indispensables dans la future révision. Seules des précisions complémentaires ou nouvelles seront ainsi apportées dans ce chapitre.

a) *La responsabilisation des entreprises dans le domaine de la criminalité environnementale*

C'est sans grande surprise que la responsabilité des entreprises dans le domaine de la criminalité environnementale est reprise ici. En effet, dans sa contribution concernant le droit pénal économique de l'environnement et de la responsabilité pénale des entreprises dans le domaine des infractions environnementales, la Professeure Hilf revient logiquement sur ce point-là⁸². L'article qu'elle a rédigé conjointement avec le Professeur Vest le fait d'ailleurs aussi⁸³. 1.34

Tout d'abord, l'auteure souligne que le droit pénal de l'environnement actuel est défaillant, en démontrant une nouvelle fois l'inutilité préventive de l'art. 102 al. 1 CP, et son rattachement inapproprié à une accusation non concrète. Hilf rappelle aussi que, malgré que cela ait été déploré à maintes reprises par la doctrine, ce constat n'a jamais déclenché une réaction ou une action du législateur⁸⁴. En outre, elle propose les mêmes solutions que celles exposées précédemment dans l'expertise sur mandat de l'OFEV, dont la révision de l'art. 102 CP fait partie⁸⁵. Elle ajoute que le modèle de responsabilité pénale des entreprises semble mal orienté en termes de politique pénale. De plus, elle ne correspond plus à la norme internationale, qui a entre temps gagné en importance, notamment par les conventions du Conseil de l'Europe⁸⁶. Bien que son application se 1.35

81 HILF/VEST, Reform, 175 ss.

82 HILF, Wirtschaftsstrafrecht.

83 HILF/VEST, Reform, 193-196.

84 HILF, Wirtschaftsstrafrecht, 111.

85 *Ibid.*, 112.

86 *Ibid.*

heurte à plusieurs obstacles⁸⁷, le Professeur Heine avait déjà précisé en 2011 que la directive 2008/99/CE de l'UE, prescrivant de manière impérative aux Etats membres de l'UE d'appliquer et d'internationaliser la législation nationale sur le droit pénal de l'environnement, a introduit un changement de paradigme qui doit imposer à la Suisse de modifier le CP⁸⁸. Par la révision de cet article, la Suisse ferait donc un pas important vers un droit pénal des sociétés puissant et praticable, qui non seulement ne craindrait pas la comparaison internationale, mais qui serait également d'une importance particulière dans le domaine du droit pénal de l'environnement⁸⁹.

b) La révision du Code pénal

- 1.36 La Professeure Hilf admet qu'il existe une extrême fragmentation du droit pénal de l'environnement en raison de sa structure et de la multitude de lois spéciales. Effectivement, en substance, les infractions environnementales suisses sont couvertes par le droit pénal accessoire de la Confédération et des cantons, conformément à la compétence qui leur est attribuée via l'art. 335 CP. Il s'agit donc de dispositions de droit pénal annexées aux nombreuses lois administratives spéciales⁹⁰. Cet aspect est confirmé par le Professeur Heine. En effet, il précise qu'en étant dispersé dans les nombreuses lois accessoires, le droit pénal perd de sa signification⁹¹. De plus, il confirme que la pratique cantonale n'est effectivement pas uniforme, et que le système des sanctions pénales prévu par la loi en perd ainsi de sa valeur⁹².
- 1.37 Le CP, quant à lui, ne dispose pas d'un titre distinct sur le droit pénal de l'environnement. Quiconque examine le CP d'un point de vue écologique sera donc assurément déçu. Dans ce domaine, le statut du CP reflète encore la perception sociale au tournant des 19^e et 20^e siècles, lorsque ce dernier a été rédigé et discuté⁹³. Par ailleurs, il est important de noter qu'en 1995, un avant-projet visant à renforcer la protection pénale de l'environnement a été présenté⁹⁴. En effet, ce dernier, rédigé par les Professeurs Jenny et Kunz de l'Université de Berne, faisait suite au Postulat Ott, déposé en 1986 et adopté par les Chambres en 1988, qui chargeait le CF d'examiner l'opportunité d'introduire de nouvelles normes dans le CP, en révisant ses titres 7 et 8⁹⁵. Le postulat mettait en avant, à l'époque déjà, que le milieu naturel en tant que tel devait être protégé. L'avant-projet proposait plus précisément de compléter le CP par quatre nouvelles dispositions pénales ; la pollution de l'eau, du sol, de l'air et l'élimination des déchets dangereux pour

87 KRÄMER, 93.

88 HEINE, Reform, 95.

89 HILF, Wirtschaftsstrafrecht, 113 ; HILF/VEST, Reform, 197.

90 HILF, Wirtschaftsstrafrecht, 90-91.

91 HEINE, Reform, 95.

92 *Ibid.*

93 HILF/VEST, Reform, 180.

94 HEINE, Reform, 99. Le texte de l'avant-projet se trouve dans : JENNY/KUNZ, 171-174.

95 Postulat Ott 86.160, BO 1988 N 907.

l'environnement. En outre, par le biais d'une infraction environnementale grave, une peine de prison de minimum six mois à 20 ans devait être prévue pour les dommages graves causés à l'environnement. Heine rappelle que cet avant-projet n'a jamais été retenu⁹⁶. Bien que préparé au nom de la Confédération suisse, le projet législatif n'a effectivement jamais été sérieusement poursuivi. Entre-temps, le vent de la politique pénale a tourné et d'autres projets législatifs, tels que la modification de la partie générale, le blanchiment d'argent et la pornographie enfantine ont semblé plus urgents⁹⁷. En 1988, le CF se déclarait pourtant prêt à accepter le postulat Ott. Celui-ci a finalement été classé par le CF en 1996, estimant que la création d'un nouvel arsenal juridique en matière d'environnement, faisant partie intégrante du CP, pouvait attendre⁹⁸.

Actuellement, le CP contient donc seulement quelques infractions pénales qui sont susceptibles d'affecter les agendas environnementaux, ou qui peuvent au moins être utilisées à cette fin. Cela vaut tout d'abord pour les infractions classiques de danger public, et celles pour lesquelles la protection des différents milieux naturels est un produit accessoire (cf. art. 223, 224, 230, et les art. 232-236 CP)⁹⁹. De plus, les dispositions du titre 8 du CP ne protègent l'environnement que dans la mesure où les êtres humains ou les animaux sont directement menacés par les dangers classiques¹⁰⁰. En d'autres termes, il n'existe pas d'instrumentalisation significative de ces infractions de danger commun par une interprétation élargie de l'environnement¹⁰¹. Au contraire, des dispositions clés telles que l'art. 234 CP perdent de leur importance en raison d'une législation spéciale (en particulier la LEaux)¹⁰². Cette protection à orientation anthropocentrique n'a été abandonnée que de manière sélective au cours des dernières décennies dans la lutte contre les nouveaux risques¹⁰³. Ces exceptions ont donné naissance à des dispositions sur les infractions environnementales, plus précisément les articles 226^{bis}, 226^{ter} et à l'art. 230^{bis} CP¹⁰⁴. Heine propose que la manipulation à risque d'autres substances et déchets dangereux pour l'Homme et l'environnement soit également réglementée dans le CP¹⁰⁵. En revanche, comme vu ci-dessus, les propositions législatives visant à protéger par le CP, en intégrant dans son titre 8 au moins les milieux environnementaux les plus importants, tels que l'eau, le sol et l'air, au moyen d'infractions dangereuses indépendantes et non accessoires au niveau des délits et, dans le cas d'une infraction environnementale grave, au niveau des crimes, n'ont pas été reconnues comme urgentes par

96 HEINE, Reform, 100.

97 *Ibid.*

98 Rapport du Conseil fédéral du 15 mai 1996 concernant le classement du postulat Ott 86.160 du 23 juin 1996 (Environnement. Révision du Code pénal), 96.052.

99 HILF, Wirtschaftsstrafrecht, 91.

100 HILF/VEST, Reform, 180.

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*, 180-181.

104 HILF, Wirtschaftsstrafrecht, 91-92 ; HILF/VEST, Reform, 181.

105 HILF/VEST, Reform, 183-184 ; HEINE, Reform, 112-113.

l'administration et les politiciens, et sont restées sans suite¹⁰⁶. Si l'on ne tient pas compte de l'extrême fragmentation du droit pénal de l'environnement qui en résulte, le déficit le plus grave consiste donc en l'absence étendue d'éléments (communs) de mise en danger, potentiels ou concrets, qui, au moins dans le cas d'une commission qualifiée, atteignent le niveau du crime¹⁰⁷. C'est aussi le changement de paradigme introduit en Europe par la directive 2008/99/CE, évoqué au préalable et relevé par Heine, qui ne donne selon lui pas le choix à la Suisse d'insérer dans le CP, en tant qu'infractions, les nuisances environnementales graves ayant des effets potentiellement dangereux¹⁰⁸.

- 1.39 Une importante partie du travail de la révision du CP et des prochains débats sera d'établir si les dispositions pénales déjà existantes dans les différentes lois spéciales doivent être transférées dans le CP, ou si l'objectif est de créer de nouvelles infractions pénales¹⁰⁹. Sur ce point-là, la Suisse pourrait d'ailleurs fortement s'inspirer de ses voisins, comme le suggère le chapitre relatif à l'aperçu de droit comparé de ce travail. Bien entendu, les infractions proposées pourraient également être ancrées dans les lois spéciales. Toutefois, l'importante question de l'emplacement des infractions dans la loi n'est pas seulement de nature technique comme parfois supposée. Elle influence aussi, précisément en raison de son symbolisme, la réception et l'application d'une norme pénale¹¹⁰.
- 1.40 L'attitude des membres des autorités pénales est, elle aussi, déterminante pour la force de frappe des normes pénales et, par là même, pour la prévention des menaces postulées par le législateur à travers le droit pénal. Les auteurs de l'avant-projet précédemment évoqué sont aussi d'avis que cette prévention peut être mieux réalisée si les biens protégés et les objectifs de protection sont déplacés de manière démonstrative au centre de la description de l'infraction, et y sont caractérisés d'une manière généralement compréhensible¹¹¹.
- 1.41 Outre la responsabilité pénale des entreprises pour les infractions environnementales et la révision souhaitée de l'art. 102 CP, la révision du CP constitue, selon Heine, un véritable enjeu afin de donner au droit pénal un rôle plus important également dans la tâche d'affirmation des valeurs écologiques au sein de la population. Sur la base d'un concept cohérent de protection environnementale, il estime qu'il faut veiller à ce que la responsabilité des fondements naturels de la vie soit dûment soulignée dans l'application de la législation¹¹². Pour ce faire, l'auteur invite la communauté juridique à revaloriser le rôle donné jusqu'à présent au droit pénal de l'environnement. Il estime que les

106 HILF/VEST, Reform, 181 ; JENNY/KUNZ ; HEINE, Reform, 100.

107 HILF, Wirtschaftsstrafrecht, 92.

108 HEINE, Reform, 95.

109 HILF/VEST, Reform, 181.

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*, 181-182 ; JENNY/KUNZ, 16.

112 HEINE, Reform, 112.

atteintes graves à l'environnement devraient être inscrites dans le CP, notamment en raison de l'effet de signal escompté en Suisse et à l'étranger¹¹³.

c) *L'accessoirité administrative*

Reprise pratiquement mot pour mot dans l'expertise sur mandat de l'OFEV, la conception administrative et accessoire du droit pénal de l'environnement facilite une protection large du droit pénal au niveau des délits, et surtout des infractions qui peuvent être facilement adaptées à l'évolution des normes¹¹⁴. Bien que le niveau de protection soit déterminé par la loi, le facteur décisif, en fin de compte, est son application concrète par les autorités chargées de l'application de la législation environnementale, qui poursuivent également des objectifs préventifs¹¹⁵. L'argument contre cette conception administrative et accessoire du droit pénal de l'environnement est que l'illicéité pénale tend vers une simple désobéissance administrative dans la perception des autorités environnementales et des particuliers¹¹⁶. Une telle instrumentalisation ne correspondrait pas à l'importance de la criminalisation des comportements nuisibles à l'environnement¹¹⁷. La dépendance administrative du droit pénal de l'environnement ne permet effectivement pas de garantir « une protection effective de l'environnement dans les cas où il n'y a pas eu de violation de ces obligations administratives »¹¹⁸. Il est également reproché à la technique de la sanction, par le biais de dispositions annexes, de complexifier la vision d'ensemble pour les autorités de poursuite pénale non spécialisées, ce qui selon Hilf et Vest est difficilement contestable¹¹⁹. De plus, il a été constaté que la force de frappe des dispositions pénales pertinentes souffre de cette accessoirité administrative, et conduit logiquement à la demande d'infractions pénales supplémentaires dans le CP¹²⁰. Cependant, il est clair que le droit pénal moderne de l'environnement ne peut éviter le recours à des infractions administratives accessoires¹²¹. En effet, le droit pénal est strictement lié aux exigences du droit administratif de l'environnement et aux décisions légitimes des autorités environnementales¹²². Pour que le droit pénal de l'environnement soit efficace, la doctrine est d'avis que celui-ci doit être capable de sanctionner les violations d'obligations administratives¹²³. Heine et Faure recommandent, par ailleurs, que la dépendance du droit pénal à l'égard des décisions des autorités administratives soit maintenue¹²⁴.

113 *Ibid.*

114 HILF/VEST, Reform, 184; JENNY/KUNZ, 15, 51; HILF/VEST, Expertise, 35-37.

115 HILF/VEST, Reform, 184; HEINE, Reform, 104.

116 HILF/VEST, Reform, 184; HEINE, Umweltschutzrecht, 348 ss.

117 HILF/VEST, Reform, 184; JENNY/KUNZ, 51 ss.

118 FAURE, Modèle, 18.

119 HILF/VEST, Reform, 184.

120 *Ibid.*

121 HILF/VEST, Reform, 184-185; JENNY/KUNZ, 51 ss.

122 HEINE, Reform, 113.

123 FAURE, Paradigm, 24; FAURE, Modèle, 8.

124 HEINE, Reform, 113; FAURE, Modèle, 7-8.

d) *Globalisation : extension aux questions étrangères*

- 1.43 Alors que la pollution de l'environnement ne connaît pas de frontière, l'UE prend très au sérieux l'utilisation du droit pénal dans les affaires étrangères, cette dernière étant contraignante pour les États membres. De par son statut particulier, la Suisse, en revanche, n'est pas concernée par cette contrainte¹²⁵. La nécessité, soulignée par Heine et rappelée par Hilf et Vest, d'une extension prudente du champ d'application du droit pénal de l'environnement, qui suivrait la tendance des pays voisins, ne peut plus être niée¹²⁶. En plus de la compétence pénale nationale pour les émissions en provenance de l'étranger, il faudrait également veiller à ce qu'il en soit ainsi pour les émissions de la Suisse vers les pays voisins¹²⁷. En raison du principe de territorialité, qui s'applique à une infraction nationale, il ne s'agit pas d'une question de droit pénal international au sens étroit, mais plutôt de la question préliminaire de l'étendue de la protection des intérêts juridiques selon le droit pénal suisse¹²⁸. La protection (de l'intérêt juridique) de l'environnement est nécessairement liée aux milieux environnementaux tels que l'air, l'eau ou le sol, et à la population animale ou végétale. Dans le cadre de la protection des intérêts juridiques, Hilf et Vest estiment que ceux-ci devraient échapper à toute limitation nationale, tout comme pour la santé des personnes ou des biens, ou alors devraient être protégés, quelle que soit leur attribution territoriale en Suisse ou à l'étranger¹²⁹. Il s'agit donc, en résumé, « d'étendre dans une mesure acceptable le droit pénal suisse aux faits survenus à l'étranger »¹³⁰.

e) *Obligation de dénoncer des autorités et de l'exécution en général*

- 1.44 Heine relève que si le droit pénal de l'environnement n'a jamais dépassé le rôle minime qu'est le sien, c'est également en raison de la réticence des autorités répressives à porter des accusations pénales¹³¹. Alors que l'art. 302 al. 1 CPP¹³² régit l'obligation de dénoncer des autorités pénales, l'art. 302 al. 2 CPP donne à la Confédération et aux cantons le pouvoir de soumettre les membres d'autres autorités à une telle obligation. Conformément à cette dernière disposition, Heine rappelle que plusieurs cantons ont introduit l'obligation pour l'administration de l'environnement de dénoncer les infractions pénales commises dans l'exercice de leur fonction¹³³. La conséquence de cette nouvelle disposition est que les membres de l'administration qui omettent de signaler un incident donnant lieu à un soupçon d'infraction pénale sont passibles de poursuites en

125 HEINE, Reform, 115.

126 HILF/VEST, Reform, 188 ; HEINE, Reform, 115.

127 HILF/VEST, Reform, 189.

128 *Ibid.*

129 HILF/VEST, Reform, 189.

130 HEINE, Reform, 95.

131 *Ibid.*, 116.

132 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP, RS 312.0).

133 *Ibid.*

vertu de l'art. 305 CPP¹³⁴. Selon Hilf et Vest, une telle obligation peut difficilement être rendue acceptable pour les personnes concernées¹³⁵. Par ailleurs, d'après Heine, les nouvelles obligations légales de dénoncer sont uniquement adaptées aux violations du droit pénal classique et ne tiennent pas compte des particularités du droit pénal de l'environnement¹³⁶. L'auteur évoque aussi que le critère décisif pour la pondération de l'intérêt public dans les poursuites pénales est la gravité de l'infraction. Il ouvre ensuite la porte à un examen plus détaillé concernant la question de savoir si cette pesée des intérêts et l'obligation de dénoncer sont limitées aux délits environnementaux graves ou non¹³⁷. Les Professeurs Hilf et Vest recommandent que la mise en balance des intérêts ait également le mérite d'être envisagée pour les infractions environnementales moins graves¹³⁸. Comme déjà proposée dans l'expertise de l'OFEV, la recevabilité de l'alternative d'une menace officielle écrite de plainte pénale en cas de manque de coopération dans un délai raisonnable pourrait s'avérer être une porte de sortie pour les infractions mineures et moyennes¹³⁹.

Les auteurs rappellent aussi, en renvoyant au Professeur Heine, que ce dernier suggère à la fin de son essai, la création d'une table ronde avec des représentants de l'administration 1.45
environnementale et des autorités de poursuite pénale en matière d'environnement. Ils appuient fortement cette proposition en affirmant que celle-ci doit être approuvée sans réserve. À juste titre, ils soulignent qu'il y a généralement peu d'occasions pour examiner ces questions dans la pratique¹⁴⁰. Hilf et Vest estiment aussi qu'avec des canaux de communication institutionnalisés, certaines améliorations pourraient être réalisées à un niveau pragmatique, même dans le cadre juridique existant¹⁴¹. Bien sûr, selon eux, le droit ne doit pas être oublié. En effet, alors qu'en droit public il semble y avoir une capacité suffisante de spécialisation dans le domaine de l'environnement, la situation en droit pénal est médiocre. De plus, ils constatent le manque d'intérêt apparent pour approfondir ces sujets complexes et qui sont, pour les experts en droit pénal, peu familiers. Plus intéressant encore, ils relèvent qu'il est probable que la quantité critique de spécialistes du droit pénal suffisamment bien formés en la matière peut faire défaut pour rendre une spécialisation adéquate suffisamment attrayante¹⁴². Par ailleurs, ce travail de spécialisation doit, selon Heine, inclure les ministères publics et les tribunaux en ne se limitant pas aux spécialistes du corps de police¹⁴³. De ce fait, il est aussi « nécessaire de prendre des mesures organisationnelles afin d'accorder à la protection

134 *Ibid.*

135 HILF/VEST, Reform, 190.

136 HEINE, Reform, 117.

137 *Ibid.*

138 HILF/VEST, Reform, 191.

139 *Ibid.*

140 *Ibid.*, 192.

141 HILF/VEST, Reform, 192.

142 *Ibid.*

143 HEINE, Reform, 117.

pénale toute l'importance qui lui est due »¹⁴⁴. Enfin, la sous-estimation par la société de l'importance du droit pénal de l'environnement, ainsi que la gestion moderne de l'attention par les médias (notamment au sujet des crimes environnementaux) contribuent également, selon Hilf et Vest, à cette situation insatisfaisante¹⁴⁵. Dans ce contexte, même s'il est amené à changer, il est difficile pour le droit pénal de l'environnement d'avoir une véritable tribune qui lui permette de capter l'attention de la société, et d'être ainsi réellement efficace.

III. Bilan de l'état des lieux

- 1.46 L'état des lieux du droit pénal de l'environnement étant à présent posé, il convient d'en faire une analyse et d'en dresser un bilan, afin d'apporter une plus-value à ce travail. En effet, la présente « photographie » de la situation en Suisse permet de mettre en lumière les principaux problèmes de ce droit résolument amené à changer, et donc d'en faire une critique constructive.
- 1.47 Tout d'abord, les différentes positions du CF permettent rapidement de saisir l'une des problématiques majeures en la matière. Le gouvernement se situe dans une situation ambivalente et paradoxale, dans la mesure où il est bien souvent conscient des risques et des enjeux, mais ne parvient pas à y apporter des réponses adéquates et concrètes. Résolument politique, le CF peine à prendre des décisions fortes et de véritables mesures, et est régulièrement contraint de déléguer au Parlement la responsabilité de le faire. De plus, il répond difficilement aux questions qui lui sont soumises et se contente de donner des réponses fortement politiques, peu encourageantes et incomplètes. Au lieu de déclarer l'urgence climatique, il estime plus judicieux au niveau international d'exercer son influence en faveur d'une gouvernance mondiale efficace, et donne ainsi une réponse très prudente en prenant de la distance avec la question. Quant à ses objectifs nationaux, et notamment le fait de vouloir amorcer une transition vers une société plus soucieuse du climat, ils sont encourageants, mais ne semblent pas suffisants au vu du contexte actuel et de la sensibilité grandissante de la population et des nouvelles générations.
- 1.48 En 2017, concernant l'interpellation sur les écocides, le CF donne encore une fois une réponse insatisfaisante en renvoyant simplement à la motion Barazzone de 2015. Il balaye le sujet de l'écocide, ne mentionnant aucunement la possibilité de son introduction au niveau national. Aussi, il ne répond pas à la question de savoir quelles dispositions pénales pourraient être améliorées, si ce n'est les dispositions pénales de la LCITES déjà mentionnées deux ans plus tôt. En ne donnant aucune indication complémentaire à son avis de 2015, pourtant déjà très léger, la situation reste floue et sans perspective, notamment en ce qui concerne l'écocide, qui n'avait alors pas encore été mentionné à

144 *Ibid.*, 95.

145 HILF/VEST, Reform, 192.

cette époque, et qui est à présent vocabulaire courant. Depuis la LCITES, et sans compter l'avant-projet faisant suite à la motion Barazzone¹⁴⁶, aucun signe additionnel d'une révision des dispositions pénales, des autres différentes lois spéciales ou du CP, n'est en vue. Il est à noter qu'à l'heure actuelle, aucune information officielle complémentaire, tant sur le contenu des améliorations des dispositions pénales que sur l'avancée des travaux, n'a pu être obtenue. Après avoir contacté la Chancellerie fédérale, celle-ci s'est contentée de renvoyer aux travaux législatifs en cours ou planifiés de l'OFEV pour la période de 2020 à 2023 en matière d'environnement ; ceux-ci ne contiennent aucun signe d'une modification de dispositions pénales, si ce n'est une « mise à jour » de celles de la LPE, dont la substance n'est pas connue¹⁴⁷. La Chancellerie fédérale a ajouté qu'elle n'avait pas d'autres informations à donner à ce sujet. Malgré que le CF ait admis que peu d'infractions soient qualifiées de crimes, que le cadre pénal soit limité, et que (selon ses propres mots) une lacune existe, la situation semble être figée et pour le moins préoccupante.

Au terme de la lecture des débats parlementaires, le débat paraît finalement assez 1.49
pauvre et n'existe que grâce à la motion Barazzone. Le constat est que le droit pénal de l'environnement n'en est pour le moment qu'au stade de l'étude et de l'examen du renforcement des dispositions pénales. Il est aussi intéressant de noter, déjà ici, que les parlementaires intervenus en 2015 ne sont pas des Verts. S'agissant de l'unique débat sur d'éventuelles modifications des dispositions pénales en droit pénal de l'environnement, il n'a malheureusement jamais dépassé le cadre de l'amélioration, du durcissement et de l'uniformisation des sanctions. Ce n'est qu'avec l'aide de l'entretien de Florian Wild, chef de la division droit à l'OFEV, de l'examen de l'expertise de l'OFEV ou encore de la doctrine, qu'il a été possible de démontrer que tout ne se résume pas aux sanctions.

Le retour de la pratique permet de confirmer que les sanctions sont dépassées par rap- 1.50
port aux exigences actuelles, et surtout de remarquer qu'il y a d'autres aspects incontournables, qui ont été soulevés et qui n'apparaissent ni dans les avis et prises de position du CF, ni dans les délibérations parlementaires : la collaboration et la sensibilisation des spécialistes, par exemple. En effet, juger un délit environnemental requiert de l'expertise tant en droit pénal qu'environnemental¹⁴⁸. Le magazine consacré à l'environnement, publié au nom de l'OFEV, affirme que les autorités concernées disposent rarement de connaissances approfondies dans ces deux domaines : « autant les procureurs sont spécialistes en droit pénal, autant les autorités environnementales maîtrisent davantage le droit administratif »¹⁴⁹. Florian Wild appuie cette affirmation lorsqu'il déclare que l'application des sanctions pourrait être améliorée si les autorités pénales collaboraient plus

146 Cf. N 1.13.

147 Cf. OFEV, Travaux législatifs en cours ou planifiés 2021-2024.

148 OFEV, Éco-criminalité, 8.

149 *Ibid.*

étroitement avec les services de l'environnement. Cette observation est intéressante, car elle permet de rappeler que la révision d'un droit ne nécessite pas forcément et uniquement de passer par une révision des sanctions.

- 1.51 Cet entretien démontre également que le droit pénal suisse de l'environnement est en retard en comparaison internationale, et confirme ce que le CF souligne aussi, à savoir que seuls peu d'éléments constitutifs de crimes sont prévus par le CP. En revanche, le chef de la division droit à l'OFEV pense qu'une révision du CP n'est pas forcément nécessaire, car le droit pénal de l'environnement n'en serait pas spécialement mieux appliqué. Or, l'expertise qu'il a lui-même mandatée et déjà publiée au moment de l'interview¹⁵⁰, semble indiquer le contraire, en étant clairement en faveur d'une révision conséquente du CP. Il est aussi pertinent de souligner que, tout comme le CF, Florian Wild se fonde sur le système fédéral suisse pour expliquer, par exemple, la non-compatibilité avec des institutions telles que des ministères publics chargés de l'environnement, pourtant efficaces dans les États voisins. Il déclare uniquement que ce modèle est difficilement transposable, et non pas qu'il soit complètement infaisable. Ses réponses sont ainsi parfois surprenantes et même contradictoires avec l'expertise qu'il a lui-même mandatée. Ces imprécisions sont peu rassurantes de la part d'un spécialiste en la matière. Enfin, en renvoyant, lui aussi, à la motion Barazzone, on ne peut que constater que les pistes sont effectivement peu nombreuses en vue d'une révision du droit pénal de l'environnement.
- 1.52 Concernant la position de l'OFEV de manière générale, elle confirme également la constatation faite par le CF, à savoir qu'une importante lacune existe actuellement. Il y a donc deux acteurs majeurs en Suisse qui confirment ce point. C'est une observation qui est bien évidemment cruciale, dans la mesure où elle vient renforcer le besoin de révision du droit pénal de l'environnement.
- 1.53 L'expertise sur mandat de l'OFEV ainsi que la doctrine, qui se rejoignent finalement sur de nombreux points, permettent de mettre en lumière les principales propositions en vue de la révision. Comme déjà évoqué, la doctrine suisse en droit pénal de l'environnement est cependant encore peu fournie. En effet, peu d'avis sont pour le moment émis, et pour ceux qui le sont, ils émanent pratiquement toujours du même groupe d'experts : le Professeur Heine et les Professeurs Hilf et Vest chargés de l'expertise, ces derniers étant, de plus, les « héritiers » du premier dans ce domaine. Pour une révision et un développement efficaces de ce droit, le manque d'avis et de développements constitue évidemment un problème. Ce dernier constat, additionné aux positions discutables du CF et de Florian Wild, aux maigres débats parlementaires et discussions de manière générale, permet d'affirmer que le bilan de l'état des lieux est pour l'instant insatisfai-

150 Après avoir contacté l'OFEV, l'entretien avec M. Wild date de janvier 2018. L'expertise a été rendue en septembre 2016.

sant et constitue assurément la raison principale du retard de la Suisse en la matière, et pour laquelle la révision de son droit s'impose sans délai indu.

Toutefois, les modifications et solutions envisagées et évoquées par la doctrine sont nombreuses et constituent les points les plus importants à prendre en compte dans la future réforme, la révision du CP étant probablement la figure de proue. Des rapprochements entre les autorités administratives et pénales semblent également être une proposition qu'il conviendrait sans doute de retenir. Il serait effectivement souhaitable de suggérer de tels rapprochements, ne serait-ce qu'entre les différentes autorités de poursuites pénales au sein de la Conférence des autorités de poursuites pénales (CAPS). À tout le moins, la création d'un groupe de réflexion sur la répression des atteintes à l'environnement, comme suggéré par Heine, ressort comme une solution fort pertinente. Il est aussi indéniablement regrettable que la Convention du Conseil de l'Europe n'ait toujours pas été signée ni ratifiée par la Suisse, et que l'avant-projet de Jenny et Kunz n'ait jamais été retenu. À nouveau, il est choquant de constater que la révision du CP, que ces derniers ont aussi considérée comme nécessaire, n'a plus jamais été évoquée, ni par le CF, ni dans les délibérations parlementaires. Néanmoins, un certain changement de paradigme démontré par Heine, le rapprochement souhaité de la Suisse aux standards européens, ainsi qu'une sensibilisation grandissante pour les questions environnementales dans la société, sont des signes encourageants d'une potentielle future révision. Les Professeurs Hilf et Vest viennent quelque peu alléger le bilan en estimant, en guise de conclusion, qu'il devrait au moins être possible de prendre quelques-unes des mesures en vue d'une révision du droit pénal de l'environnement orientée vers l'avenir¹⁵¹. 1.54

IV. Aperçu de droit comparé : la situation en Allemagne, en Autriche, et en France

Parmi toutes les propositions concernant la révision du droit pénal de l'environnement qui ont été soulevées tant par l'expertise que la doctrine, la plus importante consiste très certainement en la révision du CP, et notamment l'inscription d'infractions qualifiées de crime contre l'environnement en son sein. Pour cette raison, le présent chapitre se concentrera essentiellement sur ce point. Alors que la Suisse possède un droit pénal de l'environnement encore en balbutiement, il paraît pertinent d'examiner l'avancée en la matière chez ses voisins, que sont notamment l'Allemagne, l'Autriche et la France. En raison des aspects transfrontaliers de la protection de l'environnement déjà évoqués, la comparaison avec les systèmes juridiques d'États voisins semble particulièrement utile. 1.55

Ces trois États ont récemment mis en œuvre la directive européenne 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal¹⁵². L'Allemagne joue le rôle de pionnier dans le domaine du droit de l'environnement transfrontalier. La France est un 1.56

151 HILF/VEST, Reform, 197.

152 Cependant, la France est le seul État européen à ne pas avoir notifié de mesures nationales d'exécution à la suite de la directive 2008/99/CE, les estimant non nécessaires.

leader dans le domaine de la dogmatique du droit administratif. Quant à l'Autriche, elle est déjà un modèle, puisque le Liechtenstein a repris pour l'essentiel les dispositions pénales autrichiennes de l'environnement dans son Code pénal¹⁵³. Cependant, l'observation la plus notable est que ces trois États prévoient beaucoup plus d'éléments constitutifs de crimes que la Suisse, notamment en cas d'atteintes aux aires protégées, aux sols, à l'air et à l'eau et mettant en danger la vie ou la santé d'autrui. Comme le rappelait très justement Florian Wild, « [e]n suisse, seules la contamination d'eau potable et la dissémination dangereuse d'organismes pathogènes ou génétiquement modifiés sont considérées comme des crimes contre la santé publique dans le Code pénal »¹⁵⁴. Par conséquent, le Code pénal de ses voisins se trouve être logiquement bien plus développé et mieux adapté aux défis actuels.

1. Situation en Allemagne et en Autriche

- 1.57 Les systèmes juridiques autrichien et allemand ont, outre un droit pénal secondaire de l'environnement également fragmenté, respectivement depuis 1989 et 1980 chacun leur propre section dans le Code pénal concernant les infractions contre l'environnement¹⁵⁵, contrairement à la Suisse. Dans le *Strafgesetzbuch* autrichien (öStGB), les principales infractions environnementales (art. 169 ss, et plus précisément 180 ss öStGB) se trouvent dans la septième section intitulée « *Gemeingefährliche strafbare Handlungen und strafbare Handlungen gegen die Umwelt* ». Le *Strafgesetzbuch* allemand (dStGB), quant à lui, contient une vingt-neuvième section distincte intitulée « *Straftaten gegen die Umwelt* » (art. 324 ss dStGB). Dans le cadre de sa codification en Allemagne en 1980, les infractions pénales existantes, provenant des différentes lois administratives, ont été en grande partie regroupées dans cette section nouvellement créée de la partie spéciale du CP, avec dans certains cas un durcissement massif des sanctions. D'une part, il s'agissait d'harmoniser les normes pénales, et d'autre part, de sensibiliser le grand public au fait que les infractions environnementales ne sont pas de simples infractions banales, et d'accroître leur effet préventif général¹⁵⁶. Finalement, le droit pénal allemand de l'environnement a encore été amélioré en 1994 avec l'introduction de l'art. 20a dans la Constitution, qui déclare que la protection de l'environnement est un objectif de l'État¹⁵⁷. À cet égard, ces deux Codes pénaux ne laissent au moins aucun doute sur la reconnaissance fondamentale d'un bien juridique collectif spécifique sous la forme de l'« environnement » en tant que tel, ainsi que sur ses aspects ou contenus essentiels et sa signification (précisément par l'inclusion dans le Code pénal)¹⁵⁸.

153 HILF/VEST, Expertise, 3.

154 OFEV, Éco-criminalité, 13.

155 Pour l'Autriche : StRäG 1987 (BGBl. 1987/605). Pour l'Allemagne : StRäG 1980 (BGBl. I 373).

156 HILF/VEST, Expertise, Annexe V, 4 ; FAURE, Paradigm, 20 ; TIEDEMANN, 18.

157 HILF/VEST, Expertise, Annexe V, 4.

158 HILF/VEST, Expertise, 33.

Le Code pénal suisse, qui ne comporte pas de titre distinct sur les crimes contre l'environnement, mais qui réglemente des infractions, notamment celles qui créent un danger collectif et celles contre la santé publique, laisse la question de la reconnaissance, et par conséquent des aspects essentiels d'un bien juridique « environnement », ouverte. Cela indique que le législateur ne considère pas, pour l'instant, que la valeur de l'« environnement » exige une inclusion dans le cœur du droit pénal¹⁵⁹. Certes, la question du contenu de l'intérêt juridique « environnement » en tant que tel n'est pas non plus complètement clarifiée en Autriche et en Allemagne, dans la mesure où les infractions environnementales contenues dans le Code pénal ne prétendent pas à l'exhaustivité. Toutefois, la place importante qu'il occupe dans ce dernier ne doit pas être sous-estimée¹⁶⁰. Assurément, comme vu précédemment, réviser le CP en Suisse et y inscrire les infractions graves commises contre l'environnement aurait au moins le mérite de renforcer la valeur symbolique de ce droit et de sensibiliser la population et les autorités. Selon l'expertise sur mandat de l'OFEV, l'exécution des dispositions pénales passe principalement par la question de savoir si la police ou d'autres services répressifs, en tant que premières instances de contrôle social en vertu du droit pénal, incluent ou non les violations correspondantes dans leur grille de perception¹⁶¹. Ainsi, le fait que l'étiquette « infraction pénale » caractérise ou non un comportement fait très certainement une différence. À cet égard, il serait aussi important que, outre les organes chargés de faire respecter le droit de l'environnement, la police soit également sensibilisée aux préoccupations de ce droit¹⁶². Toujours selon l'expertise, cela permettrait de faire un petit pas vers une meilleure application de ce dernier. C'est d'ailleurs la voie que l'Allemagne et l'Autriche ont décidé d'emprunter lors des dernières décennies, et avec succès, puisque cela a fait ses preuves et a renforcé l'importance de la protection de l'environnement dans le cadre du droit pénal¹⁶³. Dans ces deux États, l'environnement est ainsi protégé contre les comportements nuisibles principaux ou particulièrement graves par le Code pénal, ainsi que par le droit pénal secondaire, et contre les atteintes moins graves par le droit pénal administratif notamment. Ils attachent tous les deux une grande importance à la clarification des normes en uniformisant les infractions environnementales dans le Code pénal, et ce, tant vis-à-vis des personnes soumises à la loi que des autorités qui l'appliquent¹⁶⁴.

159 *Ibid.*

160 HILF/VEST, Expertise, 33 ; FAURE, *Revolution*, 325-326.

161 HILF/VEST, Expertise, 14.

162 *Ibid.*

163 *Ibid.* Pour l'Allemagne, voir aussi PFOHL.

164 HILF/VEST, Expertise, Annexe V, 12.

2. Situation en France

- 1.59 Malgré la Charte de l'environnement de 2004 qui a élevé la protection de l'environnement au rang constitutionnel¹⁶⁵, le droit français comporte encore un grand nombre de normes, réparties dans une quantité considérable de lois. Cela s'accompagne d'une diversité tout aussi grande d'autorités compétentes et de procédures¹⁶⁶. L'exemple français permet surtout de démontrer l'inefficacité de la fragmentation de son droit de l'environnement qui est, par ailleurs, renforcée par le fait que de nombreuses lois ne contiennent que des principes généraux, et que la formulation substantielle des règles ne se trouve, tout comme en Suisse, que dans les dispositions administratives¹⁶⁷. C'est un droit qui souffre d'un manque de lisibilité et d'harmonisation, et qui hypothèque sérieusement la défense de l'environnement¹⁶⁸. La Charte de l'environnement ne connaît pas de disposition répressive ou de référence quelconque à la responsabilité pénale. Aucune sanction spécifique n'est prévue en cas de non-respect des droits et devoirs généraux énoncés dans celle-ci¹⁶⁹. Le Code pénal français (CPF) du 22 juillet 1992 ne connaît pour l'instant ni de section distincte sur le droit pénal de l'environnement ni d'infraction environnementale générale, ce qui « constitue une indubitable faiblesse du système »¹⁷⁰. En particulier, sont pertinents pour le moment les art. 421-2 et 223-1 CPF concernant respectivement le terrorisme écologique et la mise en danger de tiers¹⁷¹. La Suisse n'a d'ailleurs pas d'équivalent pour le premier. En outre, il existe un certain nombre d'autres infractions qui, bien qu'elles permettent de sanctionner des comportements préjudiciables à l'environnement, visent principalement à protéger des intérêts juridiques autres que l'environnement ; des infractions dites « d'incidence écologique »¹⁷². Les infractions environnementales françaises sont donc généralement formulées sous forme de normes de renvoi, se retrouvant dans la grande majorité des cas en dehors du Code pénal, ce qui pose bien souvent des difficultés¹⁷³. Il est même admis que la réécriture de ce dernier en 1994 « a été un acte manqué du point de vue de la défense de l'environnement »¹⁷⁴.
- 1.60 Cependant, le droit pénal de l'environnement français semble avoir pris conscience de son état actuel, car il risque de changer très prochainement. Effectivement, la Conférence Citoyenne pour le climat vient tout juste de rendre un rapport dont l'une des

165 Loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 n° 2005-205 relative à la Charte de l'environnement (JORF n° 0051 du 2.3.2005 p. 3697).

166 HILF/VEST, Expertise, Annexe V, 11.

167 *Ibid.*

168 JAWORSKI, 895.

169 *Ibid.*, 892.

170 HUREL, 40.

171 HILF/VEST, Expertise, Annexe V, 11.

172 *Ibid.*

173 HILF/VEST, Expertise, Annexe V, 11 ; HUREL, 40 ; FAURE, *Revolution*, 325-326.

174 JAWORSKI, 902.

propositions consiste en l'adoption d'une loi pénalisant l'écocide¹⁷⁵. Cette loi aurait pour objectif de protéger les écosystèmes de la dégradation et de la destruction, en faisant porter la responsabilité juridique et financière sur les auteurs des déprédations. Elle prévoit également la création d'une Haute Autorité des Limites Planétaires, afin de garantir la bonne mise en œuvre de la loi¹⁷⁶. Elle considère nécessaire de se doter d'une autorité administrative indépendante qui soit scientifiquement reconnue. Ainsi, les membres des différentes Hautes Autorités doivent être aussi bien des experts que des scientifiques et/ou des personnalités qualifiées dans ce domaine¹⁷⁷. Cela doit aussi passer par des juges spécialisés. En effet, il est admis que le droit de l'environnement français manque d'institutions spécialisées, et que les juges connaissant bien l'environnement et son droit sont rares¹⁷⁸. Par ailleurs, cette formation insuffisante des magistrats sur les questions environnementales explique que le droit pénal de l'environnement reste dramatiquement modeste¹⁷⁹. Une amélioration des instances de surveillance, d'inspection et de contrôle, qui sont bien souvent sous-équipées, serait également la bienvenue¹⁸⁰.

Ainsi, l'institution judiciaire ne peut plus ignorer la demande sociale croissante d'une lutte plus vigoureuse contre les multiples atteintes à l'environnement. Pour ce faire, la voie de la spécialisation est une solution majeure pour traiter de manière plus efficace le contentieux environnemental¹⁸¹. En intégrant la notion de crime d'écocide dans la loi, la Conférence Citoyenne considère que cela permettrait « au juge de poursuivre des cas de dommages graves causés à tout ou partie du système des communs planétaires ou d'un système écologique de la Terre »¹⁸². Une des modifications proposées est justement d'inclure l'incrimination dans un autre livre du Code pénal, relatif à la protection de l'environnement¹⁸³. 1.61

Le fait que le crime environnemental ne soit pas encore défini en Suisse par le législateur, de façon coordonnée et harmonisée, pose les mêmes problèmes qu'en France actuellement, et comme ce fut le cas pour de nombreux États européens à l'époque¹⁸⁴. Comme la Suisse, les dispositions pénales se trouvaient uniquement dans les diverses lois administratives. Ce droit pénal de l'environnement dispersé rendait son application compliquée notamment dans la détermination du comportement interdit par le droit 1.62

175 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, Se nourrir – Objectif 7.1 : Légiférer sur le crime d'écocide.

176 JAWORSKI, 2.

177 JAWORSKI, 5-6.

178 FONBAUSTIER, 21 ; MABILE, 37.

179 LEPAGE, 125.

180 FONBAUSTIER, 21 ; HUREL, 41.

181 MABILE, 37.

182 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, Se nourrir – Objectif 7.1 : Légiférer sur le crime d'écocide, 5.

183 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, Transcription légistique de l'objectif 7.1 : Légiférer sur le crime d'écocide.

184 FAURE, Revolution, 325.

pénal¹⁸⁵. Un autre inconvénient, déjà mentionné plusieurs fois, est que les personnes responsables d'appliquer la loi pouvaient considérer le crime environnemental comme étant moins important, car pas encore intégré dans les différents codes pénaux. En effet, cela laissait à croire que les valeurs protégées par les dispositions pénales de l'environnement étaient inférieures aux valeurs et intérêts protégés par le Code pénal¹⁸⁶. À l'époque, le manque de codification pénale du crime environnemental était déjà critiqué par la doctrine et les praticiens¹⁸⁷. Cette situation semble donc tout à fait correspondre à celle de la Suisse aujourd'hui, et devrait être un argument supplémentaire pour réviser son droit pénal. De plus, en Europe, le nombre de pays ayant déjà intégré le crime environnemental dans leur Code pénal est tout de même important¹⁸⁸. Étant au centre du continent, la Suisse pourrait, tout comme le Liechtenstein, prendre notamment l'Autriche et/ou l'Allemagne comme modèle lorsqu'elle considérera la révision de son droit pénal de l'environnement, et, par conséquent, inclure les infractions environnementales dans le CP.

- 1.63 Le cas de la France, en y restant très attentif, ne devrait que pousser la Suisse à agir. Il devrait aussi lui servir d'aide et de soutien dans ses futures démarches et discussions, tout en lui rappelant que l'inefficacité de son droit actuel est notamment liée à son manque d'uniformisation et de clarté. Le modèle français vient enfin confirmer ce que la doctrine suisse dit déjà : le droit pénal de l'environnement a besoin d'experts, de juges ou d'institutions spécialisés et efficaces.
- 1.64 Le retard de la Suisse a néanmoins un avantage : elle a la chance d'avoir des voisins plus avancés en la matière. Elle pourra ainsi s'inspirer en grande partie de leurs institutions, en plus d'avoir le luxe de pouvoir sélectionner celles qu'elle considérera comme pertinentes et transposables dans son propre système juridique. Au vu de tous les développements ci-dessus, et en sachant que cela fait maintenant quarante ans que l'Allemagne a intégré le crime environnemental dans son Code pénal, il paraît nécessaire que la Suisse se concentre sur cette question, désormais urgente.

V. Droit pénal de l'environnement : *de lege ferenda*

1. Révolution socio-juridique du droit ?

- 1.65 Contrairement à la Suisse, certains États ont déjà considéré l'écocide; c'est le cas du Vietnam ou de la Russie, par exemple¹⁸⁹. Il y a une volonté d'adopter un droit transgénérationnel pour pouvoir protéger des personnes qui ne sont pas encore nées des consé-

185 *Ibid.*, 325-326.

186 *Ibid.*, 326.

187 *Ibid.*

188 FAURE, Paradigm, 33. En effet, outre les pays déjà mentionnés, des pays comme les Pays-Bas, l'Espagne et le Portugal ont également décidé de le faire.

189 CABANES, 302-303. Cf. art. 422 du Code pénal vietnamien et 358 du Code pénal russe.

quences d'activités menées à un moment donné¹⁹⁰. Le crime d'écocide, et cela est nouveau, a aussi été reconnu dans des États qui reconnaissent des droits à la nature¹⁹¹. En Colombie, par exemple, l'Amazonie a été reconnue sujet de droit par la Cour suprême du pays en 2018¹⁹². En cela, c'est une vraie révolution. Que les forêts ou les cours d'eau aient des droits en tant que tels démontre une prise de conscience nouvelle et un changement des mentalités, offrant une autre forme de protection juridique. Une autre approche, tendant à reconnaître la nature comme sujet de droit, fondée sur des relations plus inclusives entre homme et nature, est donc possible¹⁹³. Selon Cabanes, « il est clair qu'en adoptant un droit universaliste et protecteur des peuples, dont la valeur serait l'écosystème Terre, alors serait rendu possible le démantèlement de l'oligarchie en place »¹⁹⁴. C'est toute l'architecture du droit qui est en train d'être repensée. Et ce n'est qu'en reconnaissant l'écosystème Terre comme sujet de droit que son intérêt propre pourra être défendu en justice¹⁹⁵. Une nouvelle ère semble donc clairement s'ouvrir. En effet, « la sensibilité de la société aux risques environnementaux s'est profondément accrue, se traduisant par une réprobation massive des atteintes à l'environnement. Dans ce nouveau contexte, le niveau des sanctions administratives, la lisibilité par la société des sanctions pénales et la faible articulation des différentes politiques publiques environnementales donnent le sentiment d'une incapacité de la puissance publique à en relever les enjeux et d'une impunité accordée aux auteurs »¹⁹⁶. Par conséquent, le droit pénal de l'environnement ne répond pas aux exigences contemporaines actuelles.

Si l'on se réfère aux lectures effectuées dans le cadre de ce travail, le champ lexical des différentes contributions en droit pénal de l'environnement en dit beaucoup : les termes « révolution juridique », « nouveau contexte », « sensibilité nouvelle », « changement de paradigme » semblent attester que la société se trouve à un moment très créateur du droit et donc à un moment charnière très important. 1.66

Par ailleurs, sur le plan de la sociologie du droit, des exemples dans le passé permettent de démontrer combien nos lois sont le produit d'une sensibilité. La modification du CC¹⁹⁷ concernant le statut juridique des animaux en est très certainement le meilleur exemple. L'initiative parlementaire « les animaux dans l'ordre juridique suisse » déposée le 22 décembre 1999 visait à ce que le droit suisse soit modifié de telle sorte que les animaux 1.67

190 Propos tirés de l'interview de Valérie Cabanes dans le podcast « Comment punir un écocide ? », RTS, 30.6.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/sciences-tech/environnement/11439154-podcast-comment-punir-un-ecocide.html>> (15.7.2020).

191 *Ibid.*

192 <<https://droitsdelanature.com/la-reconnaissance-des-droits-de-la-nature>> (15.7.2020).

193 DAVID, 469 ss.

194 CABANES, 326-327.

195 CABANES, 279. Cela pose aussi toute une série de questions telles que sa portée, sa titularité ou la légitimation active qui mériteraient à elles seules un chapitre dédié.

196 MABILE, 35.

197 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210).

ne soient plus considérés comme des choses, mais comme une catégorie à part. Il est alors considéré à l'époque que « le statut juridique des animaux doit être amélioré pour tenir compte d'une nouvelle sensibilité de la population à l'égard du monde animal »¹⁹⁸. En effet, une grande partie de la population ne partageait plus la conception de l'animal-chose héritée du droit romain, et ce respect nouveau porté à l'animal s'est ainsi traduit par une nouvelle disposition, l'art. 641a CC¹⁹⁹. C'est donc bien parce que la sensibilité à l'égard de la cause animale a changé que la volonté de réviser la loi est apparue. Pourquoi ce raisonnement ne serait-il pas également légitime concernant l'environnement et/ou la nature ? En raisonnant par analogie et en remplaçant simplement les termes, on obtient : « le statut juridique de l'environnement/la nature, doit être amélioré pour tenir compte de la nouvelle sensibilité de la population à l'égard du climat ». C'est une observation qui semble être très intéressante dans la mesure où il est possible d'affirmer que, actuellement, la sensibilité de l'opinion publique vis-à-vis du climat se modifie, en attestent les très nombreuses grèves pour le climat, et que cela pourrait avoir un impact sur les lois. Lorsque l'avant-projet de 1995 n'a pas été retenu, le contexte était très différent et les questions environnementales n'avaient alors pas encore le même poids qu'aujourd'hui. Cette sensibilité nouvelle pourrait, dès lors, constituer une future piste qui permettrait de réviser le droit pénal de l'environnement. Qu'advierait-il, par exemple, si cet avant-projet était à nouveau proposé : d'autres projets législatifs lui emboîteraient-ils encore une fois le pas ?

- 1.68 Enfin, l'affirmation concernant le changement de sensibilité au sein de la population est confortée par les récentes (2019) et dernières élections fédérales en Suisse. Le plus jeune, le plus féminin et surtout le plus vert (17 sièges en plus) de l'histoire, le Parlement a connu son plus grand bouleversement depuis l'introduction de la proportionnelle en 1919²⁰⁰. L'intérêt juridique existe ici, car comme déjà évoqué, les débats parlementaires en la matière sont actuellement pauvres, et les personnes qui s'expriment sur le sujet sont des représentants de partis qui ne sont pas forcément des Verts. Dès lors, ces nouvelles élections sont susceptibles de conduire à de nouveaux débats, d'une autre nature et intensité. Ce changement est à tout le moins porteur d'énormément d'espoir. Cela accroît du reste encore tout l'intérêt du droit comparé dans un travail comme celui-ci. En effet, en 2019, le CF proposait de rejeter la motion portant sur l'urgence climatique. Aujourd'hui, il y a une toute nouvelle composition du Parlement. Si ce nouveau Parlement est informé que dans d'autres pays, la révision du CP a été décidée ou qu'une réponse inverse à celle du CF a été donnée en déclarant l'urgence climatique

198 Rapport de la Commission des affaires juridiques du conseil des États du 25 janvier 2002 concernant l'initiative parlementaire « Les animaux dans l'ordre juridique suisse », 99.467, 3886.

199 *Ibid.*, 3887.

200 SWI, Élections législatives : Un dimanche triomphal pour les écologistes suisses, swissinfo.ch, 21.10.2019, disponible sous : <https://www.swissinfo.ch/fre/elections-fédérales-2019_le-visage-du-nouveau-parlement-suisse/45209962> (20.7.2020).

(comme notamment en France et en Autriche)²⁰¹, cela permettrait de mener à des discussions plus nourries, et pourquoi pas un jour, d'aboutir à la grande révision du droit pénal de l'environnement.

2. Surtout ne pas conclure

Comme disait si bien François Ost : non il ne faut pas conclure. Il faut rejeter ce désir 1.69 de clôture qui rassure en croyant tout rassembler. Il faut ouvrir le cercle de la démonstration plutôt que de le fermer²⁰². C'est d'ailleurs tout l'objectif de ce travail : ouvrir et nourrir le débat, notamment par le biais de propositions, au lieu de se contenter de dénoncer ce qui ne va pas. D'autre part, ce qui en ressort principalement, est que le droit pénal de l'environnement suisse n'en est qu'au stade de l'étude et qu'il n'est toujours pas considéré comme un sujet véritablement urgent. En 1996 déjà, le CF rejetait le postulat Ott et l'avant-projet de Jenny et Kunz visant à modifier le CP. Deux ans plus tard en 1998, les États du Conseil de l'Europe signaient la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal. Selon Faure, cette dernière a introduit un changement de paradigme et est un instrument qui démontre parfaitement la nouvelle attitude à l'égard du droit pénal de l'environnement en Europe²⁰³. Effectivement, si le droit pénal de l'environnement veut jouer un rôle important, il ne devrait pas seulement sanctionner des obligations administratives, mais devrait accorder une protection plus directe aux valeurs écologiques, et c'est ce que fait justement la Convention²⁰⁴. Or, le CF a attendu sept ans avant de finalement réagir mollement une nouvelle fois, en refusant de la signer et de la ratifier en 2005. *A posteriori*, il est même permis de dire que la Suisse a véritablement manqué le coche à l'époque, alors que tout semblait réuni pour agir dans la bonne direction. Cela fait maintenant plusieurs années que ce droit stagne, que la Suisse est largement en retard, et il est dommage de constater que le changement n'est toujours pas imminent. L'aperçu de droit comparé de ce présent travail a permis d'illustrer que, chez ses voisins, il a été possible de donner toute l'importance que ce droit mérite, notamment en l'intégrant dans les différents Codes pénaux et grâce à des instruments tels que la directive du Conseil de l'Europe. Ce chapitre de droit comparé devrait à tout le moins donner des pistes à la Suisse pour une révision efficace, cohérente et enfin orientée vers l'avenir.

Finalement, peu importe les adaptations nécessaires en droit interne, il semble être 1.70 grand temps pour la Suisse de signer et ratifier cette Convention vieille de plus de 20

201 AFP, La France vote « l'urgence climatique », 24Heures, 27.6.2019, disponible sous : <<https://www.24heures.ch/monde/france-vote-urgence-climatique/story/22186529>> (20.7.2020); AFP/FP/LAN, Le Parlement autrichien vote à son tour une « urgence climatique », RTS, 26.9.2019, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/monde/10738004-le-parlement-autrichien-vote-a-son-tour-une-urgence-climatique.html>> (20.7.2020).

202 OST, 338.

203 FAURE, Paradigm, 30.

204 FAURE, Paradigm, 30.

ans²⁰⁵! Le moment est venu de reprendre ce qu'elle a manqué. Continuer le peu qu'elle a commencé. Réviser le CP, afin notamment d'étendre la responsabilité des entreprises, qui devient un véritable enjeu. Au minimum, se rapprocher des standards européens en la matière. Considérer l'écocide et ne pas se limiter au simple durcissement des sanctions. Renforcer aussi l'application et l'harmonisation de la loi, grâce à des instruments (déjà existants), tels que la CAPS, qui favoriseraient la discussion et la collaboration entre les différentes autorités. Alors, la Suisse ferait un pas important dans le domaine de la protection de l'environnement par le droit pénal. De plus, étant sensiblement différent des autres droits de par l'objet qu'il protège, l'idée de profiter de cette période très créatrice du droit pour déconstruire et repenser le droit pénal différemment est aussi extrêmement intéressante. Consacrer l'environnement comme valeur juridiquement protégée en droit pénal, en se détachant de l'expression très anthropocentrée qu'on lui porte, et qui viendrait renforcer la valeur symbolique de ce droit, est une vraie solution. Selon Ost, un régime juridique pertinent et à la hauteur du paradigme écologique doit s'imaginer en ayant en tête le rapport homme-nature sans qu'il n'en résulte une domination unilatérale de l'un sur l'autre²⁰⁶. Ainsi, ce travail tente notamment de répondre à l'invitation de Heine à l'attention de la communauté juridique, ayant pour objectif de revaloriser le rôle du droit pénal de l'environnement. Il est désormais possible d'affirmer que cela passera par la révision de ce droit lacunaire et dépassé. Le temps aux arguments portant sur sa non-efficacité et sa non-urgence est quoi qu'il en soit révolu. Ce travail s'insère donc dans ce mouvement et c'est en ce sens qu'il se refuse à conclure, car ce n'est que le début. Les futurs débats et nouveaux développements, qu'il est permis d'espérer comme nombreux, seront passionnants à suivre.

205 Le dépôt d'une motion sur ce sujet serait d'ailleurs fortement souhaité.

206 OST, 306. Ost traite en détail de l'opposition entre nature-objet et nature-sujet dans son ouvrage.

§ 2 La *Green Criminology*

Ou lorsque la criminologie chausse de nouveaux verres pour se tourner vers le vert et s'intéresser au vair et au ver

André Kuhn*, Léa Berger-Kolopp** et Camille Montavon***

« *Le droit pénal est-il véritablement en mesure de protéger l'environnement ?* »

Table des matières

I.	Introduction : qu'est-ce que la <i>Green Criminology</i> ?	38
II.	Quelques exemples de recherches en matière de <i>Green Criminology</i>	42
	1. Questions dites <i>brunes</i>	43
	2. Questions dites <i>vertes</i>	44
	3. Questions dites <i>blanches</i>	45
III.	Conclusion : présent et futur de la <i>Green Criminology</i>	45

Bibliographie

AGNEW ROBERT, The ordinary Acts that contribute to ecocide: A criminological Analysis, *in* South/Brisman (éd.), Routledge international Handbook of Green Criminology, Abingdon/New York 2013, 58 ss (cité : AGNEW 2013) ; AGNEW ROBERT, Dire forecast: A theoretical model of the impact of climate change on crime, *Theoretical Criminology* 16/1 (2011), 21 ss (cité : AGNEW 2011) ; ALAKS ERIKA A./GEORGES ARTHUR, Wildlife across our borders: A review of the illegal trade in Australia, *Australian Journal of Forensic Sciences* 40/2 (2008), 147 ss ; ANDRÉ JEAN-DENIS, Délinquance écologique : De l'artificiel au transactionnel, *Déviance et Société* 4/4 (1980), 399 ss ; ARROYO-QUIROZ INÉS, Developing countries and the implementation of CITES: A Case Study of Mexico in the International Reptile Skin Trade, Sarrebruck 2010 ; ARROYO-QUIROZ INÉS/WYATT TANYA, Le commerce et le trafic d'espèces sauvages entre la France et le Mexique : Une étude des « asymétries criminogènes », *Déviance et Société* 43/4 (2019), 569 ss ; ASSOCIATION FRANÇAISE DE CRIMINOLOGY (AFC), La délinquance écologique – Actes du XVII^e Congrès français de criminologie, Nice 1979 ; AUYERO JAVIER/SWISTUN DÉBORA ALEJANDRA, *Flammable: Environmental Suffering in an Argentine Shantytown*, Oxford 2009 ; BAKER SANDRA E. *et al.*, *Rough Trade: Animal Welfare in the Global Wildlife Trade*, *BioScience* 63/12 (2013), 928 ss ; BALLEET JÉRÔME/FERRARI SYLVIE, Justice environnementale et biopiraterie : le cas de l'Inde, *VertigO* 19/1 (2019) ; BARONE SYLVAIN, L'environnement en correctionnelle : Une sociologie du travail judiciaire, *Déviance et Société* 43/4 (2019), 481 ss (cité : BARONE 2019) ; BARONE SYLVAIN, L'impunité environnementale : L'État entre gestion différentielle des illégalismes et désinvestissement global, *Champs Pénal* XV (2018) (cité : BARONE 2018) ; BERNARD TIPHAINÉ, La lutte contre le commerce illégal d'espèces sauvages, *Criminologie* 49/2 (2016), 71 ss ; BEIRNE PIERS, For an Nonspeciesist Criminology: Animal Abuse as an Object of Study, *Criminology* 37/1 (1999), 117 ss ; BHADRA PREETHA, On The Reduction Of Health Hazards Caused

* Professeur de criminologie aux Universités de Neuchâtel et de Genève.

** Collaboratrice scientifique au Centre romand de recherche en criminologie de l'Université de Neuchâtel.

*** Collaboratrice scientifique au Centre romand de recherche en criminologie de l'Université de Neuchâtel.

By Modified Genes In Indigenous Rice Plant Varieties, *Biosciences Biotechnology Research Communications* 12/3 (2019), 779 ss ; BLOCK ALAN A./SCARPITTI FRANK R., Poisoning for Profit: The Mafia and Toxic Waste in America, New York 1985 ; BOEKHOUT VON SOLINGE TIM, Researching Illegal Logging and Deforestation, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 3/2 (2014), 35 ss (cité : BOEKHOUT VON SOLINGE 2014) ; BOEKHOUT VON SOLINGE TIM, Deforestation Crimes and Conflicts in the Amazon, *Critical Criminology* 18/4 (2010), 263 ss (cité : BOEKHOUT VON SOLINGE 2010) ; BROOK DANIEL, Environmental Genocide: Native Americans and toxic waste, *American Journal of Economics and Sociology* 57/1 (1998), 105 ss ; BRISMAN AVI, Of Theory and Meaning in Green Criminology, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 3/2 (2014), 21 ss ; CABANES VALÉRIE, Un nouveau droit pour la Terre : Pour en finir avec l'écocide, Paris 2016 ; CANEPELE STEFANO/RICCARDI MICHELE/STANDRIDGE PRISCILLA, Green energy and black economy: Mafia investments in the wind power sector in Italy, *Crime Law and Social Change* 59/3 (2013), 319 ss ; CENTEMERI LAURA/DAUMALIN XAVIER (éd.), Pollutions industrielles et espaces méditerranéens : XVIII^e-XXI^e siècle, Paris 2015 ; CLEMENTE MUÑOZ MARGARITA AFRICA, Orchid Conservation and Trade: Are these Concepts Incompatible?, in Pridgeon/Suárez (éd.), *Proceedings of the Second Scientific Conference on Andean Orchids*, Loja 2009, 46 ss ; D'AMBROSIO LUCA, Amiante et droit pénal : Quelques réflexions sur l'affaire « Eternit » de Turin, *Revue de droit du travail* 2014, 418 ss ; DAVISON AIDAN, Sustainable technology: Beyond fix and fixation, in White (éd.), *Controversies in Environmental Sociology*, Cambridge 2004, 132 ss ; DE PREZ, Excuses, Excuses: The Ritual Trivialisation of Environmental Prosecutions, *Journal of Environmental Law* 12/1 (2000), 65 ss ; DJEMBA KANDJO JOSEPH/KOUTOUKI KONSTANTIA, La nécessité d'associer la biopiraterie à la criminalité environnementale en droit international, *Criminologie* 49/2 (2016), 195 ss ; DU RÉES HELENA, Can criminal law protect the environment?, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2/2 (2001), 109 ss ; ENGDAHL F. WILLIAM, Seeds of Destruction: The Hidden Agenda of Genetic Manipulation, Montréal 2007 ; ENGEL SUSAN N./MARTIN BRIAN, Union Carbide and James Hardie: Lessons in Politics and Power, *Global Society* 20/4 (2006), 474 ss ; FARGET DORIS, Colonialisme et pollution environnementale : Prolongement et effets sur les droits des peuples autochtones, *Criminologie* 49/2 (2016), 95 ss ; FARRALL STEPHEN/AHMED TAWHIDA/FRENCH DUNCAN (éd.), *Criminological and Legal Consequences of Climate Change*, Oxford 2012 ; FOSTER JOHN BELLAMY, *Ecology Against Capitalism*, New York 2002 ; GIBBS CAROLL/BORATTO RACHEL, *Environmental Crime*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology* 2017 ; GIBBS CAROLE *et al.*, *Introducing Conservation Criminology: Towards Interdisciplinary Scholarship on Environmental Crimes and Risks*, *The British Journal of Criminology* 50/1 (2010), 124 ss ; GONCLAVES MARILYNE PEREIRA *et al.*, *Justice for Forests: Improving Criminal Justice Efforts to Combat Illegal Logging*, World Bank Study, Washington DC 2012 ; GOYES DAVID RODRÍGUEZ/SOUTH NIGEL, Green Criminology Before 'Green Criminology': Amnesia and Absences, *Critical Criminology* 25/1 (2017), 165 ss ; GRAMAGLIA CHRISTELLE, De la passion de la pêche à la dénonciation des pollutions : Mise en forme d'une revendication (1958-1978), *Responsabilité et Environnement* 46 (2007), 53 ss ; HALL MATTHEW (traduit par Florence Dubois), *Plaidoyer pour des mesures de réparation pour les victimes de crimes contre l'environnement*, *Criminologie* 49/2 (2016), 141 ss ; HERBIG JOE, The Illegal Reptile Trade as a Form of Conservation Crime: A South African Criminological Investigation, in White (éd.), *Global Environmental Harm: Criminological Perspective*, Cullompton 2010, 110 ss ; HUGLO CHRISTIAN, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles 2018 ; HULME MIKE, *Why We Disagree About Climate Change: Understanding Controversy, Inaction and Opportunity*, Cambridge 2009 ; KRAMER RONALD C./MICHALOWSKI RAYMOND J., Is Global Warming a State-Corporate Crime?, in White (éd.), *Climate Change from a Criminological Perspective*, New York 2012, 71 ss ; KUHN ANDRÉ, Sommes-nous tous des criminels ? : Introduction à la criminologie, 5^e éd., Charmey 2019 ; LEMIEUX ANDREW M./CLARKE RONALD V., The International Ban on Ivory Sales and its Effects on Elephant Poaching in Africa, *The British Journal of Criminology* 49/4 (2009), 451 ss ; LYNCH MICHAEL J., Climate Change and Criminology: An Overview with Future Directions, *The Criminologist* 45/2 (2020), 1 ss (cité : LYNCH 2020) ; LYNCH MICHAEL J., The Greening of Criminology: A Perspective on the 1990s, *The Critical Criminologist* 2/3 (1990), 1 ss (cité : LYNCH 1990) ; LYNCH MICHAEL J./BARRETT KYMBERLY L./STRETESKY PAUL B./LONG MICHAEL A., The

Weak Probability of Punishment for Environmental Offenses and Deterrence of Environmental Offenders: A Discussion Based on USEPA Criminal Cases, *Deviant Behavior* 37/10 (2016), 1095 ss; LYNCH MICHAEL J./LONG MICHAEL A./BARRETT KYMBERLY L./STRETESKY PAUL B., Is it a crime to produce ecological desorganization? Why green criminology and political economy matter in the analysis of global ecological harms, *The British Journal of Criminology* 53/6 (2013), 997 ss; LYNCH MICHAEL J./LONG MICHAEL A./STRETESKY PAUL B./BARRETT KYMBERLY L., *Green Criminology: Crime, Justice, and the Environment*, Oakland 2017; LYNCH MICHAEL J./NALLA MAHESH K./MILLER KEITH W., Cross-Cultural Perceptions of Deviance: The Case of Bhopal, *Journal of research in Crime and Delinquency* 26/1 (1989), 7 ss; LYNCH MICHAEL J./STRETESKY PAUL B., Global Warming, *Global Crime: A Green Criminological Perspective*, in White (éd.), *Global Environmental Harm: Criminological Perspective*, Cullompton 2010, 62 ss (cité : LYNCH/STRETESKY 2010); LYNCH MICHAEL J./STRETESKY PAUL B., The Meaning of Green: Contrasting Criminological Perspectives, *Theoretical Criminology* 7/2 (2003), 217 ss (cité : LYNCH/STRETESKY 2003); LYONS JESSICA A./NATUSCH DANIEL J.D., Wildlife laundering through breeding farms: Illegal harvest population declines and a means of regulating the trade of green pythons (*Morlia viridis*) from Indonesia, *Biological Conservation* 144/12 (2011), 3073 ss; MUSING LOUISA *et al.*, Corruption and wildlife crime: A focus on caviar trade, Utrecht 2019; MALHI YAVINDER *et al.*, Climate change, deforestation, and the fate of the Amazon, *Science* 319/5860 (2008), 169 ss; MANIRABONA AMISSI/DUVAL MARIE-CHLOÉ, La criminalité environnementale est-elle neutralisable? Une analyse appliquée au cas Trafigura/Probo-Koala, *Criminologie* 49/2 (2016), 45 ss; MANIRABONA AMISSI/KOUTOUKI KONSTANTIA, La criminalité environnementale, *Criminologie* 49/2 (2016), 5 ss; MANIRAKIZA PACIFIQUE, La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique, *Criminologie* 49/2 (2016), 115 ss; MARICHALAR PASCAL, Le traitement pénal des maladies industrielles: Une étude du maxi-procès Eternit de Turin (2009-2014), *Déviance et Société* 43/4 (2019), 517 ss; MARTINEZ ALIER JOAN, The Environmentalism of the Poor: A study of Ecological Conflicts and Valuation, Cheltenham 2002; McMULLAN JOHN L./PERRIER DAVID C., Lobster Poaching and the Ironies of Law Enforcement, *Law & Society Review* 36/4 (2002), 679 ss; MOHAI PAUL /BRYANT BUNYAN I., Environmental Racism: Reviewing the Evidence, in Bryant/Mohai (éd.), *Race and the Incidence of Environmental hazards: A Time for Discourse*, Boulder 1992; MONGE-CORELLA SUSANA *et al.*, Lung cancer mortality in towns near paper, pulp and board industries in Spain: a point source pollution study, *BMC Public Health* 8 (août 2008), 288 ss; MUCCHIELLI LAURENT/SALLE GRÉGORY, La criminalité environnementale: état des lieux et perspectives, *Déviance et Société* 43/4 (2019), 469 ss; NATALI LORENZO, Étudier l'expérience vécue de la victimation environnementale: L'approche de la green-cultural criminology, *Déviance et Société* 43/4 (2019), 541 ss; NATUSCH DANIEL J.D./LYONS JESSICA A., Assessment of python breeding farms supplying the international high-end leather industry: A report under the "Python Conservation Partnership" programme of research, Occasional Paper of the IUCN Species Survival Commission No. 50, Gland 2014; NEYRET LAURENT, Des écocrimes à l'écocide: Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015 (cité : NEYRET 2015); NEYRET LAURENT, Pour la reconnaissance du crime d'écocide, *RJE* 39 (2014), 177 ss (cité : NEYRET 2014); NIXON ROB, Slow Violence and the Environmentalism of the Poor, Cambridge 2011; O'CONNOR JAMES, Is Sustainable Capitalism Possible?, in O'Connor (éd.), *Is Capitalism Sustainable?: Political Economy and the Politics of Ecology*, New York 1994, 152 ss; PAQUEROT SYLVIE, Crimes environnementaux: si la pollution de l'eau tue ... malheureusement elle rapporte!, *Criminologie* 49/2 (2016), 215 ss; PASSAS NIKOS, Lawful but awful: "Legal Corporate Crimes", *The Journal of Socio-Economics* 34/6 (2005), 771 ss; PEČAR JANEZ, Ekološka kriminaliteta in kriminologija, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 34/1 (1981), 33 ss; PHELPS JACOB, A Blooming Trade: Illegal trade of ornamental orchids in mainland Southeast Asia (Thailand, Lao PDR, Myanmar), TRAFFIC, Selangor 2015; PIRES STEPHEN F., The Illegal Parrot Trade: A Literature Review, *Global Crime* 13/3 (2012), 176 ss; PIRES STEPHEN F./CLARKE RONALD V., Are parrots CRAVED?: An analysis of parrot poaching in Mexico, *Journal of Research in Crime and Delinquency* 49/1 (2012), 122 ss (cité : PIRES/CLARKE 2012); PIRES STEPHEN F./CLARKE RONALD V., Sequential Foraging, Itinerant Fences and Parrot Poaching in Bolivia, *The British Journal of Criminology* 51/2 (2011), 314 ss (cité : PIRES/CLARKE 2011); POTTER GARY, What is Green Criminology, *Sociology Review* (novembre 2010), 8 ss; ROBIN MARIE-MO-

NIQUE, *Le monde selon Monsanto : De la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*, Paris 2008 ; ROBIN MARIE-MONIQUE, *The World According to Monsanto: Pollution, Corruption, and Control of our Food Supply*, New York 2010 ; RUGGIERO VINCENZO/SOUTH NIGEL, *Critical Criminology and Crimes Against the Environment*, *Critical Criminology* 18/4 (2010), 245 ss ; SALLE GRÉGORY, *Qu'est-ce que le crime environnemental ?*, Paris 2022 (cité : SALLE 2022) ; SALLE GRÉGORY, *De la green criminology à l'analyse de la gestion différentielle des illégalismes*, *Déviance et Société* 43/4 (2019), 593 ss (cité : SALLE 2019) ; SARANGI SATINATH, *The Movement in Bhopal and Its Lessons*, *Social Justice* 23/4 (1996), 100 ss ; SCHWEICKART DAVID, *Is Sustainable Capitalism Possible?*, *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 2/5 (2010), 6739 ss ; SHELLEY TARA O'CONNOR/CHIRICOS TED G./GERTZ MARC, *What about the environment? Assessing the perceived seriousness of environmental crime*, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 35/4 (2011), 307 ss ; SOLLUND RAGNHILD ASLAUG, *The Crimes of Wildlife Trafficking*, Londres/New York 2019 (cité : SOLLUND 2019) ; SOLLUND RAGNHILD ASLAUG, *Causes of Speciesism: Difference, Distance and Denial*, in Sollund (éd.), *Global Harms : Ecological Crime and Speciesism*, New York 2008, 109 ss (cité : SOLLUND 2008) ; SOUTH NIGEL, *Corporate and state crimes against the environment: Foundations for a green perspective in European criminology*, in Ruggiero/South/Taylor (éd.), *The New European Criminology: Crime and Social Order in Europe*, Londres/New York 1998, 443 ss ; SOUTH NIGEL, *Green Criminology : Reflections, Connections, Horizons*, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 3/2 (2014), 5 ss ; SOUTH NIGEL/WHITE ROB (traduit par Florence Dubois), *L'émergence et l'avenir de la criminologie environnementale*, *Criminologie* 49/2 (2016), 15 ss ; SUTHERLAND EDWIN H., *Principles of Criminology*, 4^e éd., Philadelphie 1947 ; SVÄRD PER-ANDERS, *Protecting the animals? An abolitionist critique of animal welfare and green ideology*, in Sollund (éd.), *Global Harms : Ecological Crime and Speciesism*, New York 2008, 167 ss ; TAKEMURA NORIYOSHI, *Uncontrollable Nuclear Power Accidents and Fatal Environmental Harm: Why We Have Not Been Ready for the Impacts of Climate Change*, in White (éd.), *Climate Change from a Criminological Perspective*, New York 2012, 185 ss ; VEGA CARDENAS YENNY/VEGA NAYIVÉ, *La criminalité environnementale et l'industrie du gaz de schiste au Québec*, *Criminologie* 49/2 (2016), 241 ss ; WALTERS REECE, *Bhopal, Corporate Crime and Harms of the Powerful*, *Global social policy* 9/3 (2009), 324 ss (cité : WALTERS 2009) ; WALTERS REECE, *Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger*, *The British Journal of Criminology* 46/1 (2006), 26 ss (cité : WALTERS 2006) ; WALTERS REECE, *Criminology and Genetically Modified Food*, *The British Journal of Criminology* 44/2 (2004), 151 ss (cité : WALTERS 2004) ; WHITE ROB (éd.), *Climate Change from a Criminological Perspective*, New York 2012 ; WHITE ROB/HECKENBERG DIANE, *Green Criminology: An Introduction to the Study of Environmental Harm*, Londres/New York 2014 ; WYATT TANYA, *Wildlife Trafficking: A Deconstruction of the Crime, the Victims, and the Offenders*, Londres 2013 ; ZABYELINA YULIYA G., *The "fishy" business: a qualitative analysis of the illicit market in black caviar*, *Trends in Organized Crime* 17/3 (2014), 181 ss ; ZIERLER DAVID, *The Invention of Ecocide : Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think About the Environment*, Athènes 2011 ; ZILNEY LISA ANNE/MCGURRIN DANIELLE/ZAHHRAN SAMMY, *Environmental Justice and the Role of Criminology : An Analytical Review of 33 Years of Environmental Justice Research*, *Criminal Justice Review* 31/1 (2006), 47 ss.

I. Introduction : qu'est-ce que la *Green Criminology* ?

- 2.1 Pour définir l'objet de notre contribution¹, il ne suffit évidemment pas de dire que la *Green Criminology* – que nous traduisons ici par « criminologie environnementale » – est l'application de la criminologie et de ses modes de raisonnement aux questions

1 Pour la rédaction de ce chapitre, nous nous sommes principalement inspirés de MANIRABONA/KOULTOUKI, MUCCHIELLI/SALLE, WHITE/HECKENBERG, ainsi que de : <http://greencriminology.org/about-green-criminology> (27.5.2020).

environnementales. En effet, une telle définition, si elle n'est certes pas inexacte, est néanmoins totalement inutile à ce stade, puisqu'elle présuppose que les notions de « criminologie » et d'« environnement » soient au préalable clairement déterminées, ce qui ne semble manifestement pas être le cas.

Si l'on s'essaie à préciser les contours du terme « criminologie », on tombe presque 2.2
inévitavelmente dans le même piège que précédemment, en tant que ceci donne lieu à d'autres difficultés terminologiques. En effet, affirmer que la criminologie est l'étude du crime et des criminels nécessiterait à tout le moins de savoir, en amont, ce que l'on entend par « crime ». Mais, sachant que le crime lui-même n'est qu'une construction sociale² – et qu'il n'existe donc pas en tant que tel, mais seulement parce que les sociétés le créent par l'intermédiaire de l'élaboration d'une liste d'actes criminalisés dans le cadre de ce que l'on appelle généralement le droit pénal –, nous voilà de retour au point de départ. C'est ainsi que, pour ce qui est du sens du mot « criminologie », nous adhérons à la définition qui en était donnée par Edwin Sutherland³ qui voyait la criminologie comme l'étude de la délinquance et du crime en tant que phénomènes sociaux, comprenant aussi bien l'élaboration des lois, la violation de ces lois, et la réaction sociale à l'encontre de la violation de ces lois. Il s'agit donc d'une approche de la criminologie qui inclut une vision critique de l'État, l'étude des conditions macroéconomiques favorisant le crime, ainsi que l'analyse des interprétations du crime et de la déviance par les acteurs impliqués.

Quant à la notion d'« environnement », le droit ne la définit généralement que comme 2.3
les biotopes⁴ et les biocénoses⁵ – constituant ensemble ce que l'on appelle l'écosystème – en ce qu'ils favorisent la vie humaine, et non pour les protéger eux-mêmes en tant que tels, indépendamment de toute utilité pour l'être humain.

Au vu de ce qui précède, nous serions tenté·e·s de définir la *criminologie environnementale* 2.4
de deux manières différentes. Dans son acception la plus étroite, ce serait l'étude sociologique des préjudices sociaux et individuels causés par des atteintes à l'environnement commises par négligence ou intentionnellement. Dans une acception plus large – non plus anthropocentrée, mais biocentrée –, elle reviendrait à considérer toutes les atteintes à l'environnement dues à l'activité humaine, le préjudice intervenant ainsi à l'encontre de l'environnement lui-même et non au travers de souffrances sociales ou

2 Voir par exemple KUHN, 11 ss.

3 Edwin Sutherland est un criminologue américain qui a vécu de 1883 à 1950 et qui est généralement placé dans le courant de l'interactionnisme symbolique de l'École de Chicago. L'une de ses contributions majeures a été de formuler une théorie générale du comportement criminel en termes de transmission culturelle découlant de l'interaction avec un groupe de personnes délinquantes. À ce propos, voir SUTHERLAND, 5 ss. Pour un résumé de sa théorie explicative du phénomène criminel, voir KUHN, 47.

4 Un biotope est un milieu biologique déterminé offrant des conditions d'habitat relativement stables à une biocénose.

5 La biocénose est une association d'animaux et de végétaux vivant en équilibre dans un certain biotope.

individuelles⁶. Nous retiendrons ici ce second sens, ce qui nous permet de distinguer la *Green Criminology* de la criminologie générale – qui n’est, elle, concernée que par l’humain, ses comportements et leurs conséquences sur d’autres humains –, non seulement par le fait qu’elle répond plus particulièrement à des questions environnementales, mais également parce qu’elle porte son intérêt tant sur les humains que sur des éléments non humains⁷.

- 2.5 Si l’on change de perspective et que l’on tente une définition non plus de la *criminologie* environnementale, mais de la *criminalité* environnementale, on se trouve rapidement confronté à une nouvelle difficulté. En effet, malgré la multiplication des atteintes à l’environnement durant ces dernières décennies, celles-ci sont souvent considérées comme « un sous-produit inévitable lié au développement économique et industriel »⁸ et donc comme un simple dommage collatéral, voire parfois comme une activité économiquement rentable⁹. C’est pourquoi, dans une perspective de justice environnementale, le champ d’études de la criminologie environnementale ne doit pas se restreindre aux actes d’origine humaine dirigés contre la nature et d’ores et déjà criminalisés par le législateur, mais bien à *tous les méfaits* générés par l’être humain sur l’environnement, qu’ils soient interdits par une loi ou non¹⁰. Pour reprendre les mots de Amissi Manirabona et Konstantia Koutouki, « [l]a perspective de la criminologie environnementale mène donc à la réévaluation de la notion de crime et au développement d’un nouveau paradigme afin de concevoir la justice écologique et durable au-delà de la conception légaliste »¹¹. Dans une conception de criminologie environnementale, un « crime » est donc « non seulement une infraction caractérisée comme telle, mais une atteinte grave à l’environnement, passible ou non de sanction judiciaire, causant des dommages qui pourraient être évités »¹².
- 2.6 Selon une approche historique¹³, c’est à la suite de certains « désastres sanitaires provoqués par les activités économiques »¹⁴ que se généralise, dans les pays occidentaux, l’écologie comme nouveau courant quasi philosophique dans les années 1970. Ce n’est toutefois qu’une vingtaine d’années plus tard que la sociologie de la déviance, puis plus spécifiquement la criminologie, se saisissent à leur tour de la thématique que l’on bap-

6 À la « criminologie verte » certains auteurs ont ainsi préféré le nom de « criminologie de conservation », en prônant une approche pluridisciplinaire encore plus vaste que certains adeptes de la *Green Criminology*; à ce propos, voir par exemple GIBBS *et al.*, ainsi que GIBBS/BORATTO, 19 s.

7 Dans le même sens, voir SOUTH/WHITE, 34.

8 MANIRABONA/KOUTOUKI, 5.

9 PAQUEROT; BLOCK/SCARPITTI; CANEPPELE/RICCARDI/STANDRIDGE.

10 Dans le même sens, voir POTTER.

11 MANIRABONA/KOUTOUKI, 6.

12 SALLE 2019, 610, se fondant lui-même sur les écrits de LYNCH/LONG/STRETESKY/BARRETT.

13 Pour une perspective historique remontant à la fin du 19^e siècle, voir SOUTH/WHITE, 17 ss.

14 MUCCHIELLI/SALLE, 469 ss.

tise alors *Green Criminology*¹⁵. C'est en réalité par une étude critique de la criminalité environnementale (au sens étroit du terme, soit celui qui consiste à penser que ne sont criminels que les comportements qui ont préalablement été érigés comme tels) qu'est née la « criminologie verte »¹⁶. Il s'agit avant tout de faire en sorte que certains actes exerçant un impact négatif sur l'environnement quittent leur statut de simples dommages pour être élevés au rang d'actes déviant, voire délinquants ou même criminels¹⁷, avec comme concept phare l'« écocide »¹⁸.

En résumé, la criminologie environnementale telle que nous la considérons dans la présente contribution est dès lors l'analyse des dommages portés à l'environnement selon une perspective criminologique, ou – inversement et maintenant que certaines notions ont été définies – l'application de la pensée criminologique aux questions environnementales. Comme dans les autres domaines étudiés par la criminologie, il s'agit de réfléchir aux infractions (quels crimes sont commis au détriment de l'environnement ou quels préjudices lui sont portés, et comment ?), aux délinquants (qui commet un crime contre l'environnement et pourquoi ?) et aux éventuelles victimes¹⁹ (qui souffre

15 LYNCH 1990, 1 ss. Si l'on devait citer un nom comme étant celui du premier criminologue environnemental, on devrait – selon ce que l'on trouve dans la littérature retraçant l'histoire du mouvement – probablement attribuer cette palme au slovène Janez Pečar, dont les écrits initiaux, datant de 1981, n'ont toutefois été publiés que dans son pays natal (SOUTH/WHITE, 19). Néanmoins, il n'est pas inintéressant de constater, comme le relève SALLE 2019 (598), qu'un juriste suisse (JEAN-DENIS ANDRÉ) intitulait l'une de ses contributions « Délinquance écologique : De l'artificiel au transactionnel » en 1980 déjà, en se référant par ailleurs aux actes du 17^e Congrès de l'Association française de criminologie (AFC) consacré à la délinquance écologique et tenu en octobre 1977 à Nice. Pour une petite histoire de la criminologie environnementale avant même l'avènement de la *Green Criminology*, voir GOYES/SOUTH ; et pour une réflexion sur son développement postérieur, voir SOUTH (2014).

16 SOUTH/WHITE, 19.

17 À ce propos, voir par exemple SOUTH 1998, 444 : « *negligence, violations and crimes for which corporations and states are responsible have led to great increases in pollution related health harms as well as threats to the very sustainability of the planet [...], and criminology should take these issues more seriously* » (la négligence, les violations et les crimes dont les entreprises et les États sont responsables ont entraîné une forte augmentation des atteintes à la santé liées à la pollution, ainsi que des menaces pour la durabilité même de la planète [...], et la criminologie serait avisée de prendre ces questions plus au sérieux).

18 Selon ZIERLER, 15, la notion d'« écocide » semble faire son apparition dans le contexte de la guerre du Vietnam, où l'armée américaine utilise l'« agent orange », défoliant puissant, destiné à détruire la forêt et à empêcher ainsi les insurgés de s'y réfugier. Il s'en est suivi une destruction de quelque 20% de la forêt vietnamienne, avec des conséquences sanitaires catastrophiques, caractérisées par des cancers et de graves malformations chez les personnes exposées. En réaction, dans les années 1970, plusieurs personnalités (biologistes, juristes) ont appelé à la reconnaissance de l'écocide en tant que crime international et à l'adoption d'une Convention internationale sur l'écocide. À ce propos, voir aussi NEYRET 2014, 179 ; NEYRET 2015, 285 ss et CABANES, 310 ss. Pour une approche plus criminologique de la notion d'« écocide » et une analyse des actes quotidiens qui contribuent à l'écocide, voir AGNEW 2013.

19 SOUTH/WHITE, 35.

des dommages environnementaux et comment ?), ainsi qu'aux réponses que la société pourrait vouloir apporter aux crimes environnementaux (répression et/ou prévention du crime). Sous un angle plus théorique, la criminologie environnementale s'intéresse aux conditions sociales, économiques et politiques qui conduisent à la commission de crimes environnementaux. D'un point de vue philosophique, elle s'intéresse aux types de préjudices qui devraient être considérés comme des « crimes » et qui relèveraient donc de la criminologie environnementale.

- 2.8 Finalement, notons encore que certains dommages à l'environnement naturel, à des espèces (humaines et non humaines) et à la planète, dus à des comportements humains, peuvent être qualifiés de « primaires », alors que d'autres seront plutôt « secondaires ». Les premiers font référence à des impacts directs, alors que les seconds impliquent un certain degré de médiation²⁰ rendant plus difficile l'établissement d'un lien de causalité entre le comportement initial et l'effet sur l'environnement. Mais qu'ils soient « primaires » ou « secondaires », ces dommages sont le plus souvent dus à des comportements *légaux*. C'est ainsi que la préoccupation de la *Green Criminology* porte principalement sur l'étude d'actes *légaux* générant des dommages *légaux*, ce qui la distingue assez fondamentalement de la conception ordinaire de la criminologie consistant à penser qu'il s'agit de l'étude d'actes majoritairement perçus comme déviants, souvent même criminalisés²¹.

II. Quelques exemples de recherches en matière de *Green Criminology*

- 2.9 « D'une certaine manière, la criminologie environnementale apparaît novatrice et s'avère être un catalyseur de travaux innovants touchant divers sujets d'étude »²². Nous tenterons ci-après de donner un aperçu de quelques-uns de ces sujets, sans qu'aucune exhaustivité ne soit à chercher dans nos propos, ni aucun ordre de préférence ou d'importance des diverses études mentionnées. Nous n'avons en effet rien fait d'autre que de compiler un certain nombre d'éléments qui nous ont paru intéressants au gré de nos lectures. Pour une vision plus analytique des recherches en matière de criminologie environnementale, nous renvoyons le lecteur ou la lectrice à des ouvrages ou des recherches spécifiquement destinés à analyser de manière systématique l'apport de la *Green Criminology* à la lutte contre les atteintes à l'environnement²³.
- 2.10 Pour ce qui nous concerne, nous avons choisi d'adhérer à la subdivision proposée par Nigel South et Rob White²⁴ qui revient à classer les problématiques concernant l'environ-

20 *Ibid.*, 21.

21 À ce propos, voir notamment SALLE 2022 qui montre combien les catégorisations officielles de la criminalité font piètre figure en regard de la fréquence et de l'intensité des dommages environnementaux.

22 SOUTH/WHITE, 16.

23 Voir par exemple ZILNEY/MCGURRIN/ZAHAN.

24 SOUTH/WHITE, 24.

nement selon trois types de dommages : les questions dites *brunes*²⁵ sont celles liées à la vie urbaine et à la pollution ; les questions dites *vertes* concernent les milieux sauvages et la préservation de l'environnement ; finalement les questions dites *blanches* font référence aux conséquences de technologies nouvelles. Comme toute subdivision, celle retenue ici comporte certaines limites, dont la principale est probablement qu'il existe des travaux qui ne peuvent pas être classés uniquement dans l'une ou l'autre de ces trois catégories, mais qui en couvrent deux, voire parfois les trois. Nous ferons alors le choix de ne les inclure que sous un seul des titres suivants.

1. Questions dites *brunes*

Les questions dites *brunes* de la *Green Criminology* sont donc celles qui ont trait à la vie urbaine et à la pollution. Parmi elles, on peut notamment mentionner les recherches sur les pollutions industrielles²⁶ et, plus particulièrement, sur les effets de la construction d'usines polluantes sur l'environnement d'une part, et sur les êtres vivants qui vivent aux alentours d'autre part²⁷. Une autre facette de ce pan de la *Green Criminology* porte sur les déversements de déchets toxiques dans certains quartiers populaires²⁸ et les justifications qui en sont données par les auteurs²⁹, ainsi que sur ce qui est appelé par certains le « racisme environnemental »³⁰ – voire le « génocide environnemental »³¹ – en raison des biais démographiques de la victimisation environnementale qui touche bien davantage les milieux défavorisés que les personnes plus aisées³², milieux pour lesquels il serait impératif de prévoir des mesures de réparation³³. Ce sont d'ailleurs également les habitants des États les plus pauvres qui souffrent des excès de l'industrie extractive et des répercussions écologiques qui en découlent³⁴.

Finalement, plus récemment et sans surprise, la question du changement climatique³⁵ a également fait son entrée dans le champ de la criminologie environnementale en étu-

25 Ou *marron* selon certains auteurs francophones tels que SALLE 2019, 612.

26 CENTEMERI/DAUMALIN.

27 À ce propos, voir par exemple : NATALI, dont l'étude porte plus précisément sur la ville de Huelva, dans le sud de l'Espagne, ville gravement polluée par la présence voisine d'usines chimiques, ainsi que sur le processus de victimisation de ses habitants ; MONGE-CORELLA *et al.*, qui parlent du développement du cancer à proximité d'industries polluantes en Espagne ; MARICHALAR et D'AMBROSIO, qui traitent de l'affaire Eternit à Turin ; WALTERS 2009, SARANGI, ENGEL/MARTIN et LYNCH/NALLA/MILLER, qui étudient le cas de l'explosion de l'usine de pesticides Union Carbide à Bhopal.

28 LYNCH/LONG/BARRETT/STRETESKY.

29 En Côte d'Ivoire par exemple, MANIRABONA/DUVAL.

30 LYNCH/STRETESKY 2003 ; MOHAI/BRYANT.

31 BROOK.

32 AUYERO/SWISTUN.

33 HALL. Un des points les plus problématiques pour permettre une réparation est évidemment celui du lien de causalité entre l'acte et ses conséquences pour l'environnement et/ou pour ceux qui les subissent.

34 MANIRAKIZA ; MARTINEZ ALIER ; NIXON.

35 HULME ; HUGLO ; FARRALL/AHMED/FRENCH ; WHITE ; SOUTH/WHITE 36 s.

diant tant la contribution humaine au réchauffement climatique³⁶ que ses effets criminogènes sur la vie en société³⁷.

2. Questions dites *vertes*

- 2.13 Les questions dites *vertes* de la *Green Criminology* sont celles qui concernent plus spécifiquement les milieux naturels et la préservation de l'environnement. À ce titre, mentionnons par exemple les recherches sur les effets de la déforestation³⁸ et celles sur le trafic relatif à la faune et à la flore sauvages³⁹ – en particulier le trafic et le commerce illégal d'espèces sauvages⁴⁰, telles que les perroquets⁴¹, les homards⁴², les reptiles⁴³ et/ou leur peau⁴⁴, le caviar⁴⁵, ou encore l'ivoire⁴⁶ –, sur son effet quant à la survie de certaines espèces⁴⁷, ainsi que sur l'absence de perception de la gravité des actes commis par leurs auteurs, mais également par certains gouvernements de pays en voie de développement⁴⁸. Peuvent également entrer dans cette catégorie toute une série de recherches et de réflexions sur les effets de la protection – par trop condescendante – des animaux, qui dénote d'une impression de supériorité de la race humaine et qui est donc le reflet du spécisme ambiant⁴⁹.
- 2.14 La criminalisation de la pollution de l'eau est également une question abordée par ce pan « vert » de la criminologie environnementale⁵⁰, tout comme les effets sur l'eau du développement de certaines industries⁵¹.

36 KRAMER/MICHALOWSKI; LYNCH/STRETESKY 2010.

37 À ce propos, voir par exemple AGNEW 2011, 22, qui mentionne que le changement climatique ne manquera pas d'accroître la criminalité, notamment en augmentant les tensions, en réduisant le contrôle social et en créant des conflits sociaux.

38 BOEKHOUT VON SOLINGE 2010 ; BOEKHOUT VON SOLINGE 2014 ; MALHI *et al.* ; GONCLAVES *et al.*

39 ARROYO-QUIROZ/WYATT ; ALACS/GEORGES. Pour un exemple lié à la flore, voir CLEMENTE MUÑOZ ; PHELPS.

40 SOLLUND 2019 ; WYATT.

41 PIRES ; PIRES/CLARKE 2011, PIRES/CLARKE 2012.

42 McMULLAN/PERRIER.

43 HERBIG.

44 ARROYO-QUIROZ ; LYONS/NATUSCH ; NATUSCH/LYONS.

45 MUSING *et al.* ; ZABYELINA.

46 LEMIEUX/CLARKE.

47 BAKER *et al.*

48 BERNARD. Pour une étude sur la perception de la gravité des infractions contre l'environnement, voir SHELLEY/CHIRICOS/GERTZ.

49 SVÄRD, qui parle de « *animal welfarism* » ; BEIRNE ; SOLLUND 2008.

50 PAQUEROT ; GRAMAGLIA.

51 VEGA CARDENAS/VEGA.

3. Questions dites *blanches*

Les questions dites *blanches* de la *Green Criminology* sont donc celles qui font référence 2.15
aux technologies nouvelles. S'inscrivent notamment dans ce cadre, les recherches sur
les organismes génétiquement modifiés (OGM)⁵² fustigeant principalement la biopira-
terie⁵³ qui met en danger la biodiversité⁵⁴, l'approvisionnement en nourriture⁵⁵ et la santé
des consommateurs⁵⁶. On y part aussi de l'idée que les développements technologiques
jouent un rôle important dans les atteintes à l'environnement. C'est ainsi qu'au-delà des
OGM et autres agents fertilisants, sont montrés du doigt l'industrie du nucléaire⁵⁷, les
véhicules automobiles, les usines ou encore l'exploitation des énergies fossiles pour ne
citer que ces éléments⁵⁸. Enfin, même lorsque la technologie est utilisée à bon escient
écologiquement parlant, force est d'admettre que les intérêts économiques semblent
encore et toujours l'emporter⁵⁹.

III. Conclusion : présent et futur de la *Green Criminology*

Le lecteur ou la lectrice de la présente contribution l'aura probablement compris, la 2.16
Green Criminology offre une sorte de cadre global de réflexion qui permet de couvrir un
très vaste ensemble de problématiques⁶⁰. Son défi est de rassembler des résultats de
recherches diverses mettant en lumière des dommages et des risques environnemen-
taux qui pourraient être d'une importance sociale et politique majeure, ainsi que de
proposer des stratégies préventives répondant à des problèmes potentiels avant qu'ils ne
génèrent des dommages irréversibles pour les écosystèmes (biotopes et biocénoses), y
compris leurs habitants humains et non humains. Aussi, la criminologie environne-
mentale tente non seulement d'expliquer comment et pourquoi la criminalité environne-
mentale se produit, mais elle se penche également sur les préjudices causés et leur
signification, aussi bien pour l'environnement lui-même que pour ses habitants dont
fait partie l'espèce humaine⁶¹, ainsi que sur la meilleure manière de faire de la prévention
par l'intermédiaire d'une recherche scientifique interdisciplinaire en matière de préser-
vation de l'environnement⁶².

52 WALTERS 2004 ; ENGDAHL.

53 BALLETT/FERRARI.

54 DJEMBA KANDJO/KOUTOUKI : selon ces auteurs, certaines utilisations de ressources génétiques
devraient être criminalisées, car susceptibles de provoquer l'érosion de la biodiversité.

55 ROBIN, qui aborde le cas Monsanto ; WALTERS 2006.

56 BHADRA.

57 TAKEMURA.

58 DAVINSON, 144.

59 CANEPPELE/RICCARDI/STANDRIDGE.

60 SOUTH/WHITE, 25 et 39 ; LYNCH 2020.

61 BRISMAN, 29.

62 GIBBS *et al.*, 138 s.

- 2.17 La *Green Criminology* relève par ailleurs que la criminalité environnementale est souvent banalisée – « trivialisée » comme le dit de Prez⁶³ – du fait principalement qu'elle consiste souvent – comme ce fut en son temps le cas des violences conjugales⁶⁴ – en l'étude d'actes *légaux* générant des dommages *légaux*⁶⁵, soit des « crimes sans infractions »⁶⁶... Qui plus est, ces dommages touchent, d'une part, l'environnement, mais aussi, d'autre part, davantage les populations socio-économiquement défavorisées que celles qui sont aux commandes des activités économiques⁶⁷. Les jeux de pouvoir des sociétés capitalistes⁶⁸ sont ainsi faits que les législateurs considèrent d'autant moins l'environnement comme un véritable enjeu que les atteintes à cet environnement touchent principalement des populations « pauvres » et éloignées des sphères du pouvoir⁶⁹. Il en résulte inévitablement que la criminologie environnementale se rapproche très fortement de la criminologie radicale⁷⁰ – également appelée critique –, soit une criminologie d'engagement, explicitement située à la gauche de l'échelle politique.
- 2.18 Dans la lignée de ces considérations, la mouvance criminologique verte nous invite à une réflexion sur la contradiction entre les modes de production économique priorisant l'accumulation de biens et de richesses personnels d'un côté et l'écologie de l'autre⁷¹. Elle retourne en outre le paradigme de la criminologie générale en ce qu'elle favorise une sorte de désobéissance civile visant à dénoncer les atteintes à l'environnement, puisque ce sont pour la plupart des comportements *légaux* qui causent les dommages qu'elle dénonce.
- 2.19 La *Green Criminology* pourrait dès lors permettre d'expliquer – voire, dans une certaine mesure, de soutenir – des actions telles que celles de « Extinction Rebellion »⁷² visant à

63 DE PREZ, dont le titre évocateur de la contribution à laquelle il est fait référence ici est « *Excuses, Excuses : The Ritual Trivialisation of Environmental Prosecutions* ».

64 Rappelons en effet à ce propos que, jusqu'en 1992, le viol était, en Suisse, le fait de « celui qui [...] aura contraint une femme à subir l'acte sexuel hors mariage » (art. 187 CP 1942), le viol entre époux n'étant donc pas punissable ; ce dernier a ensuite été une infraction poursuivie sur plainte de la victime seulement jusqu'en 2004 (art. 190 al. 2 CP 1992), avant d'être poursuivi d'office depuis (art. 190 CP 2004). C'est ainsi que les criminologues qui s'étaient intéressés au sujet à l'époque ne traitaient pas d'un crime, mais d'un acte totalement légal ...

65 SOUTH/WHITE, 24 : « Les dommages légaux constituent alors la préoccupation principale des criminologues environnementaux ».

66 « *Crimes without lawbreaking* » pour reprendre les termes de PASSAS dans son article intitulé « *Lawful but awful: «Legal Corporate Crimes»* », 772.

67 Ce constat renvoie à la notion – que nous avons abordée au chapitre précédent (*supra* II/1) – de « racisme environnemental » de MOHAI/BRYANT.

68 O'CONNOR ; SCHWEICKART.

69 FARGET écrit à ce propos : « les effets de la pollution environnementale prolongent ou reproduisent ceux du colonialisme sur le plan des droits reconnus et de la normativité autochtone ».

70 RUGGIERO/SOUTH.

71 LYNCH/LONG/BARRETT/STRETESKY ; FOSTER.

72 Condensé de « *Rebellion against extinction* », également abrégé « XR », soit un mouvement écologiste fondé au Royaume-Uni en 2018, mouvement qui revendique l'usage de la désobéissance civile non

réajuster la balance entre économie et écologie, dans le sens d'une prise en compte prioritaire de la seconde plutôt que de la première.

Dans le domaine de la politique criminelle, une question de *Green Criminology* consiste par ailleurs à se demander s'il faut véritablement appliquer les lois actuelles sanctionnant des actes de désobéissance civile dont on pressent aujourd'hui déjà qu'ils seront très bientôt considérés comme « héroïques » et non plus criminels. Sachant qu'en les condamnant, le résultat socialement contreproductif sera inévitablement une montée en puissance du mouvement⁷³, la question se pose en effet de savoir si la tolérance ne serait pas plus adaptée en termes de paix sociale. Il va toutefois de soi que – comme ce fut le cas pour l'avortement, l'euthanasie, et bien d'autres actes criminalisés engendrant parfois un malaise auprès de ceux qui sont amenés à les réprimer dans certaines circonstances – la mise en œuvre d'une telle ouverture d'esprit nécessite des juges courageux, pragmatiques et qui n'excluent pas de faire preuve d'une certaine créativité juridique, plutôt que des juges légalistes obéissant aveuglement à des lois désuètes appliquées avec fierté au nom d'un professionnalisme exacerbé. 2.20

En conclusion, on peut affirmer que la littérature sur la *Green Criminology* relève (1) que les crimes contre l'environnement sont répandus, (2) que leurs conséquences sont graves et que (3) ils ne sont pourtant que peu sanctionnés pénalement⁷⁴ – contrairement d'ailleurs à ceux commis dans le but de les empêcher. En effet, le moins que l'on puisse dire est que, malgré une montée en puissance de la thématique écologique dans les sphères les plus diverses (politique, culturelle, philosophique, etc.), elle n'occupe paradoxalement qu'une place marginale en matière de droit pénal⁷⁵. Et lorsque ce dernier se saisit finalement d'une affaire, le résultat en est souvent décevant⁷⁶, car il semblerait, d'une part, que le risque industriel ne peut que difficilement être appréhendé par le prisme de l'intention et de la faute⁷⁷ et, d'autre part, que le lien de causalité entre une 2.21

violente afin d'inciter les gouvernements à agir contre le risque d'effondrement social et écologique.

73 Nous pensons ici à la conséquence de la première condamnation pour violation de domicile d'une personne antiséciste ayant pris une photographie d'un élevage de porcs dont la salubrité laissait à désirer, condamnation qui a poussé d'autres antisécistes à s'en prendre à un abattoir pour en libérer des bêtes destinées à la boucherie. La condamnation de ces derniers a ensuite conduit d'autres militants à briser des vitrines de boucheries. Personne aujourd'hui n'est en mesure de prédire jusqu'où iront ces actions qu'il aurait probablement été possible d'éviter en ayant la main moins lourde à l'encontre de la toute première affaire.

74 SALLE 2019, 604 s.

75 BARONE 2019.

76 Pour une étude des mécanismes qui concourent à l'impunité en la matière (allocation trop faible de moyens, ménagement de certains groupes d'intérêts, préférence pour des procédures transactionnelles, manque de connaissances des magistrats en matière environnementale, etc.), voir BARONE 2018.

77 À ce propos, voir par exemple SALLE 2019 qui résume ce phénomène en se demandant s'il faut inclure les fautes, certes graves, mais commises par négligence (inadvertance, ignorance, accident), et s'il ne faut considérer que les infractions de commission ou également les commissions par omission.

exposition à un risque et les conséquences qui lui font suite peine souvent à être établi⁷⁸. À cela vient de surcroît s'ajouter l'inefficacité de la dissuasion par la sanction dans le domaine particulier de la protection de l'environnement⁷⁹. La question qui se pose dès lors est celle de savoir si – pour reprendre le titre d'une contribution de Helena Du Rées – le droit pénal est véritablement en mesure de protéger l'environnement⁸⁰.

78 MARICHALAR.

79 LYNCH/BARRETT/STRETESKY/LONG.

80 DU RÉES : « *Can criminal law protect the environment?* ».

§ 3 De la résilience face aux risques environnementaux : les nouveaux outils pénaux pour lutter contre la mise en danger de l'environnement*

Véronique Jaworski**

Table des matières

I.	Introduction	50
II.	Changement de paradigme juridique pour une transition écologique durable	54
1.	Affirmer la <i>ratio legis</i> du droit pénal de l'environnement	54
a)	« Faire le lien » : de l'anthropocentrisme à l'écocentrisme	56
b)	« Tisser des liens » : de nouvelles valeurs fondamentales à consacrer juridiquement	58
2.	Recentrer la place du droit pénal de l'environnement	61
a)	Réponse pénale face au « tragique »	61
b)	Menace pénale face aux risques graves et systémiques	63
III.	Jalons d'une nouvelle responsabilité pénale pour un monde écologiquement sobre et équilibré	66
1.	Nouvelles infractions de mise en danger de la sûreté de la planète	67
a)	Face au risque non réalisé : incrimination de risque causé à la sûreté de la planète	68
b)	Face au risque réalisé : reconnaissance juridique du crime d'écocide	72
2.	Nouvelles responsabilités pour sortir de la culture de l'impunité	76
a)	Quels obstacles à la répression des atteintes massives à l'environnement ?	77
b)	Quelles réponses pour lutter contre l'impunité ?	80

Bibliographie

ALVES CARLOS-MANUEL, Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne : de la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ?, RJE HS/2014, 236 ss ; BEAUVAIS PASCAL, Les limites de l'internationalisation du droit pénal de l'environnement, in Neyret (dir.), Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015, 3 ss ; BOUZON ARLETTE, Ulrich Beck : La société du risque : Sur la voie d'une autre modernité, Questions de communication 2 (2002) ; CAMPROUX-DUFFRENE MARIE-PIERRE/JAWORSKI VÉRONIQUE/SOHNLE JOCHEN, La loi française versus le droit maritime international dans l'arrêt Erika : la victoire du droit de l'environnement, revue Droit de l'environnement n° 207 (2012), 371 ss ; DESCOLA PHILIPPE, Par-delà nature et culture, Paris 2005 ; GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE, Propos conclusifs, RJE HS/2014, 245 ss ; FRONZA EMANUELA/GUILLOU NICOLAS, Vers une définition du crime international d'écocide, in Neyret (dir.), Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015, 127 ss ; GRISAY DOMINIQUE, Concurrency : le droit européen dans le contexte international, JTDE 2000, 1 ss ; HELLIO HUGUES, De la valeur partagée de la sûreté de la planète à la répression internationale de l'écocide : Une nouvelle quête, in Neyret (dir.), Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015,

* La présente contribution a été rédigée en mai 2021, avant la promulgation de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

** Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, spécialisée en droit de l'environnement et en droit pénal, habilitée à diriger les recherches (HDR) et chercheuse dans l'UMR SAGE (Unité mixte de recherche « Sociétés, Acteurs, Gouvernement en Europe), à l'Université de Strasbourg, France.

109 ss; HUGLO CHRISTIAN, L'avenir du droit de l'environnement s'inscrit dans le droit international, *Environnement et développement durable* 2014, 3 ss; LARRÈRE CATHERINE, Faire droit au vivant, *Délibérée* 3 (2019), 16 ss; LASSERE VALÉRIE, Chronique : Le risque, *Recueil Dalloz* 2011, 1609 ss; LEC STANISLAS JERZY, Nouvelles pensées échevelées, 2000; MANTRABONA AMISSI MELCHIADE, L'affaire Trafigura : vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l'humanité, *RDIDC* 4 (2011), 535 ss; NEYRET LAURENT, Écocide, in Cornu/Orsi/Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris 2017, 477 ss; NIETO MARTIN ADAN, Éléments pour un droit international pénal de l'environnement, *RSC* 2012, 69 ss; QUEINNEC YANN, L'affaire Probo Koala, symbole d'une responsabilité sociétale des entreprises en quête de sécurité juridique, in Giudicelli-Delage/Manacorda (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, Paris 2013, 277 ss; ROBERT JACQUES-HENRI, La responsabilité pénale des personnes morales, *Droit pénal n°3 (HS/2000)*, 20 ss; RODOPOULOS IAONNIS, Les activités criminelles organisées en matière environnementale : quelques réflexions en vue d'une réponse pénale internationale, in Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 165 ss; SIZAIRE VINCENT, Peut-il exister un droit de l'environnement ?, *Délibérée* 3/8 (2019), 42 ss; TRICOT JULIETTE, Ecocrimes et écocide : quels responsables ?, in Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 141 ss; VERON MICHEL, Infraction assurant exclusivement la protection de la personne humaine, *Droit pénal* 2011, 88 ss; WEISS LÉA, La mondialisation du concept des droits environnementaux et ses retombées en droit français : Recherche d'une singularité juridique, in Morand-Deville/Bonichot (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Paris 2010, 39 ss.

I. Introduction

- 3.1 2020, année funeste s'il en est, a vu le monde plongé dans le chaos d'une épidémie aussi brutale qu'inattendue. Venu de Chine, un virus jusque-là inconnu de tous, que l'on nommera finalement SAR-CoV-2, se propage aux quatre coins de la planète plaçant en confinement une grande partie de la population mondiale – c'est une première ! –, mettant *de facto* un frein à toutes activités économiques et sociales. La « maladie X » que l'OMS avait inscrite début 2018 dans sa liste des pathologies pouvant potentiellement provoquer un « danger international » n'est plus une simple hypothèse, elle devient réalité. Face à elle, le temps semble s'être arrêté concentrant l'angoisse et les incertitudes d'une humanité en plein désarroi, paralysée ...
- 3.2 Alors que les conséquences de cette crise n'ont pas encore toutes été identifiées et évaluées, et que bien des interrogations subsistent sur ce que pourra être le « monde d'après », l'heure est à l'analyse des raisons profondes de ce séisme qui a ébranlé le « monde d'avant ». Et partant du postulat que toute chose porte en elle un sens précis, il est vital de le trouver à la situation actuelle, dans un acte de résilience destiné à sortir de cette crise. Car si crise il y a, en ce que la pandémie que nous subissons est un événement soudain et violent qui vient rompre notre fragile équilibre quotidien, il est nécessaire de la comprendre et de l'identifier non seulement pour la surmonter, mais aussi pour en prévenir de nouvelles manifestations. Quelle qu'elle soit, la crise nous oblige à réagir et ce n'est pas un hasard si dans la langue du pays d'où elle nous vient, son sinogramme est défini par deux symboles, l'un signifiant « danger » et l'autre « opportunité ».

Tout d'abord, le **danger** qu'elle représente amène à se questionner sur sa nature originelle. S'agit-il d'une crise purement sanitaire ou plus largement environnementale ? Quelle en est l'origine et qui en sont le ou les responsables ? Sur ce point, un consensus scientifique s'est établi pour affirmer que le déclenchement de l'épidémie virale et sa fulgurante propagation tirent leurs sources de l'action de l'homme sur son environnement et des perturbations qu'il y a apportées depuis des décennies. La pandémie de la Covid-19 n'est rien moins qu'une illustration – parmi d'autres zoonoses du passé¹ – de l'effet délétère de certaines activités humaines sur la nature et ses composants. La combinaison de phénomènes anthropiques tels que la déforestation, la destruction des habitats naturels, l'urbanisation à outrance, l'agriculture et l'élevage intensifs, l'exploitation illégale d'espèces animales sauvages, tous ces actes contre nature alliés à une démographie incontrôlée et à une intensification des déplacements transfrontières ont permis le rapprochement d'animaux porteurs d'agents pathogènes, le « passage de la barrière d'espèce » et au final, la contamination à grande échelle de l'être humain devenu l'hôte idéal de ces virus. L'histoire de la Covid-19 est donc avant tout d'origine environnementale, à l'impact sanitaire dévastateur². Rien de surprenant lorsque l'on sait que les problématiques de l'environnement et de la santé sont étroitement liées et que la dégradation de l'un préjudicie forcément à la qualité de l'autre³. Sur le plan juridique, ce lien a d'ailleurs reçu la consécration suprême au sein de l'article 1^{er} de la Charte constitutionnelle de l'environnement⁴ qui reconnaît un nouveau droit fondamental de l'homme à « un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

Cette pandémie du début du XXI^e siècle résonne par conséquent comme un message d'alerte lancé à l'humanité tout entière sur des modes de vie qui entraînent un dépérissement inéluctable de la planète et hypothèquent sa viabilité et le futur des générations à venir. L'alerte, si elle est comprise, se double d'un appel à une prise de conscience existentielle, celle de l'interdépendance du vivant humain et non humain et de tout ce qui l'entoure, autrement dit de l'existence d'un lien matriciel⁵ qui affirme que de la protection de la planète, notre maison-mère, dépend la survie de l'humanité, la communauté des hommes. Car comme le dit un proverbe africain, « la terre est mère de tout ce

1 Maladies infectieuses animales transmissibles à l'être humain, telles que le virus Marburg, Ebola, Hendra, SRAS, grippe H1N1, etc.

2 « Cette crise sanitaire, qui trouve ses racines dans des perturbations d'écosystèmes, n'est que l'avatar d'une crise beaucoup plus profonde, qui met en relief nos failles, nos excès, nos vulnérabilités. Le Covid-19 met à nu les affres de la mondialisation et les limites d'un modèle. Tout est lié : crise économique, écologique, sociale » : HULOT NICOLAS, Entretien au Monde: Le monde d'après sera radicalement différent de celui d'aujourd'hui, et il le sera de gré ou de force, Le Monde, 6.5.2020.

3 En France, le concept *One Health*, une seule santé, selon lequel la santé humaine et la santé animale sont interdépendantes et liées à la santé des écosystèmes dans lesquels elles coexistent, est désormais partagé au sein d'une partie de la communauté scientifique.

4 Loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2.3.2005 p. 3697).

5 Du latin « matrix », dérivé de « mater » : la mère.

qui est animé, le lien des générations passées, présentes et à venir». Ce lien indéfectible, intra-spatial, inter-espèces et inter-générationnel, suppose des rapports positifs, de réciprocité et d'échanges de services mutuels, pour une cohabitation en bonne entente, une harmonie d'ensemble, en un mot, un équilibre. Mais la société contemporaine, dans sa soif de consommation effrénée et de recherche insatiable et égoïste du profit à court terme, a rompu ce lien ancestral pour le transformer en un asservissement de la nature et des communs naturels par l'homme autoproclamé maître de la terre et de ce qu'il y trouve. Le lien est aujourd'hui dénaturé et la pandémie qui en résulte n'est qu'un pan, la partie émergée d'une catastrophe annoncée, bien plus grave et globale dans sa progression systémique et létale.

- 3.5 Alors que l'état d'urgence sanitaire a été proclamé par de nombreux États en vue d'enrayer la propagation du virus, c'est bien l'urgence écologique dans lequel se trouve la planète qu'il faut décréter. C'est de l'état de catastrophe environnementale et sanitaire dont il faut se préoccuper, car cette crise nous met directement face à notre vulnérabilité et aux limites planétaires. La finitude de l'être humain et de sa maison, berceau de l'humanité, est sous les projecteurs. La disparition des forêts tropicales, l'appauvrissement des sols, l'acidification des mers et océans, la progression des zones désertiques, le réchauffement global de la planète, tous ces phénomènes nous révèlent que le lien matriciel qui réunit en une même communauté de destin le vivant humain et non humain, s'il est indissoluble, n'en est pas moins fragile et, qu'en l'état actuel, il exige urgemment et impérativement d'être renoué et consolidé dans un ultime sursaut de survie.
- 3.6 Dès lors, la Covid-19 ne serait-elle pas finalement une **opportunité**, une épreuve certes, mais salutaire pour l'avenir du monde et de l'humanité ? Car il est pour le moins paradoxal de constater que ce minuscule microbe a pris infiniment plus d'importance en quelques semaines que les crises du climat ou de la biodiversité dont on nous parle sans relâche depuis des années. Atteints directement dans l'intimité de nos vies quotidiennes, que ce soit dans nos relations familiales, amicales ou sociales, dans nos activités de travail ou de loisirs, il nous place face à nos craintes et angoisses les plus profondes en termes de privation de libertés et de mort. Et par là même, il nous amène à réagir pour protéger ce que nous avons de plus précieux : la maîtrise pleine et entière de notre vie, notre existence même et ses conditions auxquelles nous sommes habitués.
- 3.7 Ce sursaut issu de la conscience collective et impulsé par la pandémie doit désormais servir de catalyseur pour remonter aux sources mêmes du mal et s'en emparer pour le contrer. « Rappelant que l'humanité et la nature sont en péril [...] »⁶, ainsi commence la

6 <<http://droitshumanite.fr/declaration/>> (22.2.2021). En décembre 2015, la France accueille la 21^e conférence des Nations Unies sur les changements climatiques (COP21). Lors de la conférence environnementale organisée en novembre 2014, le Président de la République a émis le souhait que soient posés « les droits de l'Humanité, c'est-à-dire le droit pour tous les habitants de la Terre à vivre dans un monde dont le futur n'est pas compromis par l'irresponsabilité du présent ». C'est dans ce

Déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015, avant de proclamer des principes, droits et devoirs destinés à écarter ce péril et garantir les droits fondamentaux de l'humanité. Programme ambitieux, sachant que l'humanité elle-même est en cause, comme l'a résumé Pierre Cannet lors du Sommet mondial sur la biodiversité en mai 2019, en affirmant qu'« en un demi-siècle, l'humanité a détruit ce que la planète Terre avait mis en place pendant des millions d'années ! »⁷. C'est par conséquent à elle de prendre ses responsabilités, de réparer le lien rompu entre l'équilibre planétaire, la sauvegarde de l'environnement naturel et sa propre survie, car la sixième extinction de masse qui est en cours, pourrait, cette fois-ci, signer à terme la fin de l'humanité. L'urgence écologique reconnue de toutes parts (GIEC de la biodiversité, COP 25 sur le climat, rapports d'experts scientifiques de l'ONU⁸, manifestations éco-citoyennes diverses, etc.) commande sans conteste un changement radical des comportements actuels – à la mesure de celui que la Covid-19 nous a imposé pour un temps et que nous avons su appliquer –, changement que l'on a pu qualifier en politique de « transition écologique »⁹. Or l'efficacité de cette dernière impose une action sur tous les fronts, y compris en droit dont la fonction principale est d'influer à bon escient sur les activités et comportements humains.

La tâche est ardue et sans doute l'heure n'est-elle plus à une évolution progressive et en douceur, mais bien à bouleversement radical. La transition se doit d'être franche et durable. Il s'agit ni plus ni moins de recréer un lien fort qui soit garant d'un rééquilibrage des rapports entre l'homme et la nature. Mais la rupture est telle qu'un changement de paradigme juridique s'impose pour accompagner la transformation des comportements et proposer un modèle cohérent servant de guide et de repère à l'activité humaine. Toute sortie de crise nécessite un changement en profondeur, une reconstruction sur de nouveaux fondements. Il faut donc rompre le lien actuel qui n'est pas bon, car synonyme de joug pour la nature, pour en nouer un nouveau qui rétablisse le lien originel. C'est à ce prix que nous pourrions mettre en place un système résilient – dans lequel l'on trouve le « lien » à renouer ! – qui soit à l'opposé du monde vulnérable

cadre que Mme Corinne Lepage a été chargée par le Président de la République d'élaborer un projet de déclaration universelle en marge des négociations de la COP21.

- 7 Propos tenus par CANNET PIERRE, porte-parole de WWF, au Sommet mondial sur la biodiversité qui s'est tenu à Paris en avril-mai 2019, et relayés par la presse française.
- 8 Selon le dernier rapport du groupe d'experts de l'ONU sur la biodiversité, 75% de l'environnement terrestre a été « gravement altéré » par des activités humaines et 66% de l'environnement marin est également affecté.
- 9 La transition écologique est une évolution vers un nouveau modèle économique et social, un modèle de développement durable qui renouvelle nos façons de consommer, de produire, de travailler, de vivre ensemble, pour répondre aux grands enjeux environnementaux, ceux du changement climatique, de la rareté des ressources, de la perte accélérée de la biodiversité et de la multiplication des risques sanitaires environnementaux : <<http://www.manche.gouv.fr/Politiques-publiques/Amenagement-territoire-energie/Developpement-Durable/La-transition-ecologique>> (22.2.2021).

que l'homme au cours du temps a contribué à façonner et que la crise de la Covid-19 nous dévoile de la manière la plus brutale qui soit.

- 3.9 Le « monde d'après » est à réinventer sur des bases nouvelles qui supposent, dans un premier temps, de « faire le lien » c'est-à-dire de saisir l'ensemble complexe des relations existantes entre humains et non humain et de les traduire juridiquement pour poser de nouveaux fondements à l'action publique (I). À partir de là, il s'agit, dans un second temps, d'« établir le lien », ce qui signifie en droit introduire et développer l'idée de responsabilité entre un comportement et ses effets, entre les actions et activités appréhensibles de l'homme et leurs impacts dommageables. Le lien à renouer renvoie au lien de causalité bien connu des juristes, porteur d'une responsabilité pénale qu'il convient de repenser et d'innover en profondeur pour atteindre tous les maillons de la chaîne de destruction (II). Ainsi, le nouveau droit pénal à inventer remplira les fonctions principales qui sont traditionnellement les siennes, à la fois expressives et normatives.

II. Changement de paradigme juridique pour une transition écologique durable

- 3.10 Le rapport spécial « Climat, santé : mieux prévenir, mieux guérir » rendu par le Haut Conseil pour le Climat (HCC) en réponse à la crise déclenchée par le coronavirus contient un sous-titre évocateur qui résume l'enjeu de la situation actuelle : « accélérer la transition juste pour renforcer notre résilience aux risques sanitaires et climatiques »¹⁰. Le changement de comportements qu'implique une telle transition doit s'accompagner d'une modification du cadre juridique venant poser le socle des actions à venir. Dans cette entreprise de reconstruction, une certitude : le monde d'après doit être différent, mais en mieux et non en pire, du monde d'avant. Pour cela, il importe que les fondations soient renouvelées et solides, capables de supporter le poids des réformes à entreprendre. Aux prémices du raisonnement, c'est donc la raison d'être du droit pénal (1) qui est à questionner et à affermir face à l'urgence écologique, permettant ensuite de délimiter la place de ce droit spécial (2), afin de consolider sa légitimité et sa pertinence au regard des enjeux et objectifs assignés.

1. Affirmer la *ratio legis* du droit pénal de l'environnement

- 3.11 Pour accepter et appliquer, il faut comprendre pourquoi, c'est-à-dire la raison d'être : la « *ratio legis* ». Vecteur intellectuel qui aboutit au texte d'incrimination, elle en révèle le but légal, la volonté et raison profonde de son créateur (le législateur) et de sa création (l'infraction). D'un point de vue conceptuel, elle contient en elle les enjeux à relever et à sauvegarder, qu'il convient ensuite de traduire et d'intégrer dans le champ textuel de l'incrimination afin d'en préciser et d'en délimiter le domaine d'application. Ainsi, le droit pénal se veut le garant de valeurs sociales jugées essentielles au nom d'un intérêt

10 Dans son rapport, le HCC suggère 18 recommandations qui peuvent soutenir une sortie de crise : <<https://www.hautconseilclimat.fr/actualites/le-hcc-presente-son-rapport-climat-sante-mieux-prevenir-mieux-guerir/>> (22.2.2021).

supérieur, appelé intérêt général. Celui-ci, dans sa conception volontariste qui est celle retenue en droit français, est l'expression de la volonté générale, celle de l'ensemble de la collectivité, dépassant les intérêts particuliers, ceux de chaque individu. Notion volontairement floue et ouverte, elle suit les évolutions de la société, englobant les besoins sociaux du moment et reflétant les nouveaux enjeux. Parmi ces derniers, l'émergence de la question écologique est incontournable et se fait chaque jour plus pressante dans le contexte d'urgence que nous connaissons.

Certes l'intérêt général lié à la protection de l'environnement a été facilement admis en droit, tant français¹¹ que supranational, aidé en cela par la multiplication des catastrophes écologiques. Soutenue par la pression publique dont les revendications n'ont cessé de s'amplifier à partir des années 1970, la sauvegarde de notre environnement apparaît progressivement comme un intérêt commun reconnu par tous, États comme individus. A l'échelle interne, le Code pénal français, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, place parmi les intérêts fondamentaux de la Nation « l'intégrité [...] de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement »¹². Dix ans plus tard, la Charte constitutionnelle de l'environnement réaffirme, dans ses considérants, « que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation »¹³. Mais paradoxalement, la protection que lui offre le droit, y compris pénal, se trouve dès le départ étriquée, circonscrite à une vision et donc à une finalité purement utilitaires de son objet. La majorité des déclarations et textes juridiques converge en ce qu'ils n'envisagent pas l'environnement *per se* mais dans ses seules fonctions utiles à l'homme. Dès lors la défense assurée par le droit est indirecte, incomplète, insuffisante à enrayer le processus bien engagé de destruction.

Le cadre juridique tronqué de sa partie la plus essentielle, à savoir le lien matriciel à l'origine de toute chose sur terre, nécessite de sortir du carcan étroit établi par le droit

11 D'abord par la Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, dont l'article 1^{er} énonçait que « la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général ». La réforme de cet article, introduite par la loi Barnier du 2 février 1995, a été intégrée dans l'actuel article L. 110-1 du Code de l'environnement, au terme duquel sont désormais d'intérêt général la connaissance, la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en état et la gestion des espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, des sites, des paysages diurnes et nocturnes, de la qualité de l'air, des êtres vivants et de la biodiversité, ainsi que la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent. Et bien d'autres dispositions sectorielles de notre droit de l'environnement, éparpillées dans divers codes et lois spéciales, consacrent de la sorte la reconnaissance législative de l'intérêt public en matière écologique, renforçant par là même la portée du texte général de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

12 Article 410-1 du CPF.

13 Article 2 de la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *op. cit.*

actuel (a), pour redéfinir et consacrer juridiquement les vraies valeurs fondamentales qui serviront de base à une réponse pénale mieux adaptée (b).

a) « Faire le lien » : de l'anthropocentrisme à l'écocentrisme

- 3.14 Pendant longtemps, l'homme – du moins en Occident – s'est cru maître et possesseur d'une nature infinie aux ressources inépuisables. Depuis peu pourtant, il réalise la possible finitude de son environnement naturel et corrélativement la possible disparition de l'humanité. Cette finitude de la terre et de ses ressources, et donc de l'humanité elle-même, est ce qui mobilise actuellement la jeunesse de différents pays et motive les marches citoyennes pour le climat et la planète, car c'est l'avenir des générations futures qui est en jeu et qui relève de la responsabilité des générations présentes. L'homme, parce qu'il se sent personnellement menacé dans son existence, prend conscience qu'il n'est pas « hors nature » ou au-dessus de la nature, mais que sa survie dépend de l'équilibre de la planète et de la pérennité du vivant non humain. Ce changement radical de perspective le place non plus au centre de tout, mais à côté du reste – « décentré » –, au sein d'un système global d'interrelations et d'interdépendance alimentant les processus de vie. Il ne s'agit plus de vivre aux dépens des autres, mais *avec* les autres.
- 3.15 C'est ainsi que dans sa lettre à un enfant qui s'apprête à voir le jour, l'astrophysicien Hubert Reeves rappelle que tout au long de son « séjour terrestre », il sera « accompagné par une famille, une nation, plus de sept milliards d'êtres humains et d'innombrables animaux et plantes de toutes espèces », qu'il devra partager son existence avec eux et qu'il dépendra d'eux et eux dépendront de lui¹⁴. La réalité physique de ce constat, irréfutable, amène à s'interroger sur sa traduction juridique et le message de responsabilité à adresser aux générations à venir, l'enfant de la lettre. L'anthropocentrisme qui préside actuellement à l'adoption des textes normatifs et qui sous-tend les discours politiques n'est plus de mise parce qu'il ne reflète en aucune façon cette réalité universelle, mais au contraire l'occulte dangereusement. Lorsque dans son avis consultatif du 8 juillet 1996, la Cour internationale de justice (CIJ) reconnaît que « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépend la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir »¹⁵, la formule reste très vague et abstraite, mais surtout demeure focalisée sur une vision purement utilitariste de cet « espace » dédié tout entier à l'homme et à son bien-être. Un quart de siècle plus tard, l'urgence commande d'effacer cette perception des choses et de la remplacer par ce qui devrait paraître une évidence : lutter contre les atteintes à l'environnement, c'est

14 REEVES HUBERT, « Tout a commencé dans la lumière éblouissante d'un gigantesque et torride espace ... », France Inter, lettre écrite le 14.5.2020, disponible sous : <<https://www.franceinter.fr/emissions/lettres-d-interieur/lettres-d-interieur-15-mai-2020> et je voulais te le faire découvrir <https://www.franceinter.fr/>> (22.2.2021).

15 CIJ, avis consultatif du 8.7.1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996, 241-242, § 29.

lutter pour protéger l'humanité, présente et à venir, mais aussi pour protéger l'équilibre, actuel et futur, de la planète et de tout ce qui la compose.

Le premier défi du droit de l'environnement est donc de réaliser ce passage de l'anthropocentrisme, qui prend en compte de manière exclusive les intérêts de l'homme érigé en « maître et détenteur de la nature » selon l'expression de Descartes, à une vision écocentrique basée, à l'échelle planétaire, sur des systèmes de relations et d'interrelations tournés vers un objectif global et commun : la viabilité de la planète, l'équilibre de la biosphère et la survie de l'humanité. Dans un système équilibré, les rapports de primauté et de propriété n'ont plus leur place. Dans un système d'interdépendance, la survie des uns dépend de celle des autres et implique de ce fait des rapports de réciprocité et de solidarité, aux antipodes des comportements actuels, égoïstes et intéressés. Ce sont donc ces liens existants au sein des systèmes de vie qu'il convient de consolider dans un objectif de défense commune. Il ne s'agit pas d'accorder des droits individuels à chaque organisme vivant humain et non humain, de leur ériger un statut propre doublé d'un régime qui les enfermerait dans un individualisme juridique les opposant ou, pour le moins, les mettant en concurrence. L'enjeu est au contraire d'« échapper à l'individualisme juridique dominant »¹⁶ et de faire émerger de nouvelles valeurs fondées sur une approche systémique et universelle.

Aussi, plutôt que de s'enfermer dans des débats sans fin sur la reconnaissance ou non de droits subjectifs à la nature et ses composantes, c'est, comme le préconise Philippe Descola, du côté de la relation qu'il faut se tourner, du *lien* dirons-nous, c'est-à-dire vers « l'universel relatif, à savoir l'idée que des systèmes de relations plutôt que des qualités attachées à des êtres devraient former le fondement d'un nouvel universalisme des valeurs »¹⁷. En droit pénal, il n'est pas indispensable de consacrer la personnalité juridique de la nature, d'un fleuve, d'une rivière ou encore d'une forêt pour en assurer la défense. Le fondement de l'action publique, ce qui l'impulse et la légitime, est la *ratio legis* de l'infraction condition *sine qua non* de la responsabilité pénale. Cet élément implicite ou explicite selon les cas, contenu dans toute incrimination, vient à la fois justifier la réponse pénale annoncée et surtout en délimiter, avec toute la rigueur qu'exige le principe cardinal de la légalité criminelle, le champ d'application, les intérêts sociaux en jeu et les cibles à atteindre.

Le fondement de ce « nouvel universalisme de valeurs » prôné par Philippe Descola repose sur les systèmes de relations et d'interrelations qui n'excluent pas l'homme, mais qui ne le placent plus au centre. En cela, une protection juridique de l'environnement *per se* inclura toujours l'homme, et l'humanité tout entière, présente et future. Quoi que l'on fasse, l'humain n'est jamais loin, car partie prenante et intégrante des systèmes de vie. Or ces derniers requièrent désormais l'émergence de nouvelles notions

16 LARRERE, 16.

17 DESCOLA, 418-419.

juridiques propres à les représenter et à en assurer une protection de manière durable. Le lien ainsi établi et reconnu comme point central de toute action, qu'elle soit publique, privée, individuelle ou collective, nécessite d'être consolidé au sein d'un nouveau système de valeurs dont le cheval de bataille est la protection de l'environnement *per se*, entendu dans sa dimension globale et universelle comme la sûreté de la planète, l'équilibre de la biosphère et la survie de l'humanité et des espèces, autant d'enjeux intrinsèquement liés.

b) « Tisser des liens » : de nouvelles valeurs fondamentales à consacrer juridiquement

- 3.19 « Réaffirmant que la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance et que l'existence et l'avenir de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel »¹⁸, les « droits de l'humanité » tels que proclamés dans la Déclaration universelle de 2015 servent autant les générations actuelles que futures ainsi que la nature et le vivant en général. Aussi serait-il plus exact de parler de droits « du vivant » ou « des êtres vivants », humains et non humains, traduction juridique de cette nouvelle vision universelle issue de l'écocentrisme. De là, de nouvelles valeurs dont le droit répressif se ferait le protecteur attiré et institutionnel sont à définir et à consacrer par leur insertion dans de nouvelles incriminations pénales.
- 3.20 Tout d'abord, si l'on s'attache à la dimension spatio-temporelle des enjeux actuels et à venir, l'environnement à préserver est à considérer comme un **patrimoine commun**, réunissant l'ensemble des communs naturels dont nous avons hérité de nos ancêtres et qu'il nous appartient de protéger pour en garantir la transmission aux générations suivantes, les « générations futures ». Dans son avis rendu le 18 mars 2003, le Conseil économique et social souligne bien que la dimension finie de la Terre et des ressources naturelles, le caractère non renouvelable ou épuisable de beaucoup de ces ressources leur confèrent une dimension de patrimoine à préserver. Tel « un capital » constitué par les ressources naturelles, il ne faut en consommer que les « dividendes », c'est-à-dire la partie qui se renouvelle et pas le « capital » lui-même si l'on veut un « développement durable » sur notre Terre¹⁹. Les choses ou ressources qualifiées de communs naturels font ainsi partie d'un tout appelé « patrimoine commun » et leur intégration dans ce patrimoine les destine à une gestion collective dont la finalité est la préservation, garantie par des sanctions pénales.
- 3.21 Historiquement, ce concept de patrimoine commun, désignant étymologiquement « ce qui vient des pères », donc cet héritage à léguer, n'est pas nouveau et a été décliné au fil

18 Déclaration universelle des droits de l'Humanité de 2015 (<<http://droitshumanite.fr/declaration/>>), qui reprend la formulation déjà utilisée dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992.

19 Environnement et développement durable – L'indispensable mobilisation des acteurs économiques et sociaux, Avis du Conseil économique et social présenté par Claude Martinand, 18.3.2003, 8.

du temps à différents niveaux : d'abord à celui de *l'humanité* en droit international²⁰, puis de *la nation* dans les Codes de l'environnement et de l'urbanisme français²¹ et, plus récemment, des *êtres humains* dans le 3^e considérant de la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004. Il est intéressant de constater qu'en 1945, le concept d'humanité, rattaché au patrimoine commun, va revêtir une dimension véritablement juridique en droit pénal par le biais de l'incrimination de « crime contre l'humanité » consacrée dans le Statut du Tribunal Militaire International (TMI) de Nuremberg²². L'humanité ainsi visée en tant que groupe de population civile devient un nouveau sujet de droit international, dont l'existence et la sauvegarde constituent l'objet même du droit international contemporain. Mais sous le prisme de l'écologie, l'humanité, c'est-à-dire tous les peuples du monde réunis en une communauté, pas plus que les « êtres humains » rattachés au patrimoine commun de la Charte de 2004 ne suffisent aujourd'hui à asseoir la protection pénale de notre environnement. Dépassant la vision anthropocentrée qu'ils véhiculent, ces termes doivent être remplacés par une formule plus englobante qui permettra de réunir dans une seule collectivité tous les êtres vivants placés sur le même plan, qu'ils soient humains, animaux ou végétaux, et en considération des relations d'interdépendance qui les lient, pour une finalité commune : la protection de cette valeur ultime qu'est **la vie**.

Ainsi peut-on dire que « le tout marqué par l'interdépendance » qui caractérise la Terre, 3.22 foyer de l'humanité, dans la Déclaration universelle de 2015²³ et avant elle dans la Déclaration de Rio de 1992²⁴, réunit l'humain (le « vivant humain »), l'animal et le végétal (le « vivant non humain ») et est titulaire d'un patrimoine qui, dans sa complétude allant au-delà de l'humanité humaine, ne peut être que celui de l'ensemble des êtres vivants. De là, il est alors préférable de parler d'un « **patrimoine commun des êtres vivants** ». Une telle qualification gagnerait à être largement utilisée pour révéler la dimension

20 Il est apparu dans un premier temps en droit international général, sous l'expression de patrimoine commun de l'humanité lorsqu'en 1958, le président de la première conférence de Genève sur le droit de la mer, le prince Wan Waithayakorn de Thaïlande, a constaté que « la mer constitue l'héritage commun de toute l'humanité, et il est donc de l'intérêt général de déterminer nettement le droit de la mer et de faire en sorte que celui-ci réglemente équitablement les divers intérêts en jeu et assure la conservation de cet héritage pour le bien de tous ». Dans la même lignée, le représentant permanent de Malte auprès des Nations Unies, l'ambassadeur Arvid Pardo, proposa une décennie plus tard au sein de la première Commission de l'Assemblée générale à New York, en 1967, que l'utilisation des ressources minérales des fonds marins au-delà des limites de la juridiction nationale des États soit réglementée par les Nations Unies, tout en proclamant que ces ressources constituaient le patrimoine commun de l'humanité. Aujourd'hui, en application des conventions internationales, le patrimoine commun de l'humanité comprend la lune, ses ressources et les autres corps célestes, ainsi que les fonds marins (appelés « la Zone »).

21 Respectivement articles L. 110-1 et L. 101-10.

22 Article 6 c) du Statut du TMI de Nuremberg annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe.

23 Projet de Déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015.

24 Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement.

éthique de la protection de l'environnement, c'est-à-dire l'existence d'un intérêt commun correspondant à des valeurs universelles et porteur d'enjeux pour la planète et l'humanité tout entière, actuels et futurs. Elle a donc des répercussions en termes de « **sûreté de la planète** », nouvelle valeur commune émergente à l'échelle internationale, qui vise la viabilité de la Terre et, avec elle, l'avenir de l'humanité²⁵.

- 3.23 En effet, « derrière la sûreté de la planète, il est permis de voir une nouvelle alliance entre protection de l'environnement et protection de l'humanité, où les deux entités ne seraient pas tant dissociées qu'associées »²⁶. L'avantage réside dans sa dimension englobante qui renvoie à l'équilibre de la biosphère, l'intégrité des écosystèmes dans leur composition, leur structure et leur fonctionnement. On y trouve concrètement les différentes composantes de l'environnement : eau, air, sols, sous-sol, biodiversité (faune, flore, écosystèmes), ainsi que leurs fonctions écologiques et l'ensemble des processus vitaux. Cette nouvelle notion apparaît dès lors fondamentale en droit pénal, car, d'une part, elle peut être utilisée comme incarnant « une valeur environnementale supérieure à même de constituer le fondement d'une protection renforcée et plus ample de la biosphère (...) »²⁷ et, d'autre part, elle correspond à la reconnaissance d'un patrimoine commun consacré en tant que notion proprement juridique dotée d'un régime de protection adapté. La sauvegarde de la sûreté de la planète a donc vocation à constituer la *ratio legis* de nouvelles incriminations universelles issues du changement de paradigme juridique souhaité.
- 3.24 Dans un contexte d'urgence écologique et climatique, il y a un intérêt particulier à reconnaître « l'existence juridique d'un environnement commun »²⁸, notamment sous l'angle du droit pénal. Les qualifications de « communs naturels » et de « patrimoine commun des êtres vivants » prennent une connotation particulière. En effet, il n'est plus de chose commune parce que foisonnante et libre d'accès à tous, mais parce que rare et/ou menacée de disparition. Il n'est, par exemple, de droit à l'eau ou de droit à un air sain que parce que l'un et l'autre se raréfient. À partir de là, le patrimoine commun appelle une attention toute particulière de la part de la collectivité en termes de gestion et de conservation. Il sous-tend une responsabilité à l'égard de l'environnement, comme l'énonçait déjà en 1972 la Déclaration de Stockholm²⁹ dans son principe 4 : « l'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat, qui sont aujourd'hui gravement menacés par un concours de facteurs défavorables ». Cette responsabilité se traduira et s'accomplira, notamment, par le biais de sanctions pénales propres à garantir les nouvelles valeurs universelles que porte le patrimoine commun des êtres vivants. Unaniment

25 NEYRET, 477-484.

26 FRONZA/GUILLOU, 135.

27 HELLIO, 111.

28 WEISS, 39.

29 Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement du 16 juin 1972.

reconnues et juridiquement consacrées, ces valeurs fondamentales permettront de préciser, tout en la légitimant, la place du droit pénal dans le processus de protection.

2. Recentrer la place du droit pénal de l'environnement

La question de la place du droit pénal est capitale. Elle préfigure le cadre précis et spécifique de l'intervention de ce droit si spécial dans sa relation avec le patrimoine commun des êtres vivants, objet de sa protection. Or dès l'abord, une distinction est à opérer compte tenu du fait que la préservation de l'environnement présente de nombreuses spécificités découlant du caractère polysémique et protéiforme de son objet même. Il faut savoir que dans les atteintes à l'environnement, il y a du commun – au sens de « courant », « habituel » – et de l'exceptionnel, de l'ordinaire et de l'extraordinaire ou, encore, « du banal et du tragique » pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier. Le « banal » renvoie à tout ce qui ne constitue pas des atteintes massives à l'environnement mettant en péril la sûreté de la planète, l'équilibre de la biosphère et la survie de l'humanité, autrement dit les valeurs universelles issues du nouveau paradigme juridique. Il en est ainsi, par exemple, des nuisances visuelles, esthétiques, par le biais des affichages illicites, qui n'ont rien de commun, en termes de gravité et d'enjeu planétaire, avec la déforestation de l'Amazonie ou la perte mondiale de la biodiversité. 3.25

C'est en conséquence par rapport à la nature de l'atteinte portée, du trouble occasionné ou encore du dommage produit, que le nouveau droit répressif doit se positionner. Dans le même temps, c'est aussi la forme que devra prendre la réponse pénale, exigée par certaines circonstances, qu'il conviendra de préciser et circonscrire. En tant que sanction ultime appelée dans des situations d'urgence écologique vitale pour l'humanité et la planète entière, le droit pénal novateur ne peut en toute logique qu'avoir un champ d'application restreint. C'est le « tragique » sous toutes ses formes qui doit être combattu et annihilé (a). Et dans ce cadre déterminé, la priorité sera la non-acceptation de l'irréversibilité impliquant d'agir au stade des risques avant la réalisation des dommages (b). 3.26

a) Réponse pénale face au « tragique »

« Qu'est-ce que la tragédie ? C'est l'affirmation d'un lien horrible entre l'humanité et un destin plus grand que le destin humain »³⁰. 3.27

La tragédie, sur le plan écologique, c'est l'affaire qui oppose Texaco (filiale de l'entreprise pétrolière Chevron USA Inc.) et la population équatorienne depuis plus de vingt ans et que les médias ont intitulée « David contre Goliath, 20 ans de combat judiciaire ». C'est l'une des plus grandes pollutions pétrolières délibérément commise en Amazonie par le forage de plus de 350 puits de pétrole disséminés partout dans le nord-est de l'Équateur. Déforestation illégale, déversement de résidus pétroliers, abandon de déchets 3.28

30 Citation de Jean Giraudoux, écrivain et diplomate français (1882-1944) : GIRAUDOUX JEAN, *Bellac et la tragédie*, Littérature Grasset, Paris 1941, 292.

toxiques et d'eaux usées issues de l'extraction, qui ont conduit à la destruction à grande échelle de la forêt primaire, à la contamination des sols et des cours d'eau, des habitants frappés par des cancers, leucémies et autres problèmes respiratoires et digestifs, à l'exil de plusieurs communautés obligées de quitter leurs foyers d'origine devenus inhospitaliers. La tragédie, c'est aussi « l'affaire Monsanto » (entreprise rachetée par la société pharmaceutique et agrochimique Bayer) dans laquelle le géant des OGM et des pesticides (dont le tristement célèbre *Round'up*, herbicide à base de glyphosate) est accusé par des victimes du monde entier : enfants malformés, agriculteurs atteints de cancers, bétail malade, eaux polluées et sols détruits³¹. La tragédie, c'est encore le plus ancien parc naturel d'Afrique, parc du Virunga en République Démocratique du Congo, menacé par l'exploitation de la compagnie pétrolière britannique Soco. Et c'est enfin, de manière générale, cette criminalité environnementale organisée, générée par des trafics illicites en tout genre – trafics d'espèces protégées, de déchets toxiques, exploitations illégales de métaux précieux ou autres ressources naturelles comme le bois de rose de Madagascar – qui se place au 4^e rang mondial des activités illicites, après le trafic de drogue, la contrefaçon et le trafic des êtres humains³².

- 3.29 Les exemples de tragédies sont légion et ne sauraient tous être cités. Ils sont l'illustration de ce « lien horrible » qui rattache l'homme à son environnement et entraîne de véritables catastrophes aussi bien écologiques qu'humanitaires. Car les répercussions de ces activités humaines vont bien au-delà de la dégradation d'un territoire géographiquement délimité, d'une forêt, d'un parc ou d'une rivière, ou de la destruction d'une espèce sauvage en particulier. L'impact négatif est à la fois transfrontière et transgénérationnel, bouleversant les processus de vie et de développement naturel dans leur globalité et sur des décennies. L'enjeu est donc à la fois inter-spatial, à l'échelle de la planète, et inter-temporel, hypothéquant l'avenir pour le conduire à une issue funeste. Voilà « un destin plus grand que le destin humain » unissant dans une même spirale de destruction et de mort, l'humain et le non humain, le présent et le futur, lequel risque fort de ne jamais exister si la transition écologique et la reconstruction d'un « monde d'après » radicalement différent ne s'opèrent pas.
- 3.30 Le changement de perspective est alors incontournable. Il s'agit à présent de lutter contre les atteintes massives, substantielles, durables, portées aux communs naturels vitaux, parce qu'ils sont essentiels à la sûreté de la planète et à l'équilibre de la biosphère et par voie de conséquence à la survie de l'humanité. L'existence de toute chose est à ce prix. L'on ne saurait se contenter d'une approche sectorielle – dont les expériences passées et actuelles nous ont révélé l'inefficacité – et d'une stratégie des petits pas. Le « tragique » dont il est question ici relève sans conteste du droit pénal pur dont la réproba-

31 Au Brésil, dans les territoires consacrés à la monoculture de soja, plus de 60 000 personnes ont ainsi été empoisonnées au glyphosate entre 1999 et 2009.

32 NEYRET, *Écocide* (Point de vue 2), disponible sous : <<https://lapenseeecologique.com/ecocide-point-de-vue-2/>> (22.2.2021).

tion, le châtement et la force dissuasive apparaissent comme un impératif catégorique³³. Cet impératif implique un recentrage de l'action pénale sur les formes les plus graves d'atteintes aux écosystèmes. Tel est le domaine spécifique qui devrait lui être assigné dans le cadre d'une politique globale³⁴ et durable. Au regard de la hiérarchie des valeurs sociales à protéger, la nécessité de réprimer les atteintes les plus graves à l'environnement apparaît d'autant moins contestable que ces faits destructeurs présentent un degré de gravité comparable à celui des crimes jugés les plus tragiques en termes de déshumanisation, à savoir les crimes internationaux relevant du droit pénal humanitaire que sont les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou encore, « le crime des crimes »³⁵ : le génocide. Les actes mettant en cause la viabilité de la planète sont, de la même manière, porteurs des germes d'une destruction généralisée qui caractérisent de tels crimes.

Mais recentrer le droit pénal de l'environnement sur les atteintes les plus graves ne suffit pas. Pour assurer l'efficacité de la protection pénale, le critère de temporalité est tout aussi décisif. Il suppose de rendre possible une intervention en temps utile afin d'empêcher, autant que faire se peut, la survenance du « tragique ». Celui-ci, en ce qu'il désigne les dégradations des écosystèmes au point d'exposer autrui, c'est-à-dire l'homme, à un risque d'atteinte à son intégrité physique voire à sa vie, amène à se positionner sur la notion essentielle de « risque » et son appréhension par le droit pénal. 3.31

b) *Menace pénale face aux risques graves et systémiques*

Définir le risque n'est pas chose aisée tant la notion paraît subtile en ce qu'elle « agrège deux dimensions, elles-mêmes délicates à évaluer : la gravité des conséquences et la probabilité d'occurrence d'un événement redouté »³⁶. Si dans le langage courant, le risque et le danger sont des termes interchangeables, techniquement ils ne sont pas équipolents. Le danger renvoie à quelque chose de purement factuel. C'est ce qui menace ou compromet la sûreté, l'existence de quelqu'un ou de quelque chose. En cela, il est possible de le rapprocher du « péril » ou encore de la « menace » qui serait l'indice d'un danger, le signe par lequel se manifeste ce que l'on doit craindre et donc finalement ce danger lui-même. Le risque est une notion plus complexe. Il constitue certes un danger, mais auquel est associée l'idée d'incertitude et donc de probabilité. Il pourrait ainsi se définir comme un danger particulier caractérisé par une incertitude quant à sa réalisation ou le moment de sa réalisation³⁷. Sur le plan juridique, sa probabilité plus ou moins 3.32

33 GIUDICELLI-DELAGÉ, 245.

34 SIZAIRE, 42-49.

35 Selon l'expression du juge Kama lors du prononcé de la sentence contre Jean-Paul Akayesu par le TPI pour le Rwanda le 2.10.1998.

36 BOUZON, N 3.

37 Selon Cornu, le risque s'entend comme « un événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou à la date de sa réalisation », cf. CORNU GÉRARD, *Vocabulaire juridique*, Paris 2005.

élevée de réalisation conduit à distinguer les risques connus et avérés entrant dans le champ de la prévention, des risques simplement potentiels ou incertains, visés par le principe de précaution parce qu'en l'état des connaissances du moment, ils suscitent des controverses scientifiques.

- 3.33 Dans son acception actuelle, le mot « risque » combine donc la probabilité d'occurrence d'un dommage, c'est-à-dire la possibilité qu'un événement négatif se produise, et la gravité de ce dommage potentiel³⁸. Dans le premier cas, l'accent est mis sur la *source* du risque, dans le second cas, l'on se focalise sur la *cible* exposée au risque. Dès lors il n'existera véritablement de risque à prendre en compte que si sa première composante, le danger, est susceptible de porter atteinte à des enjeux fondamentaux, en l'occurrence humains et environnementaux, deuxième composante, par le biais d'une exposition. Le risque n'est donc incriminable que s'il entraîne une mise en danger, c'est-à-dire une exposition à une situation dommageable avec un impact potentiel. Défini de la sorte, il connaît un champ d'application des plus larges recouvrant potentiellement tous les domaines, publics et privés, d'activités humaines et phénomènes tant naturels qu'artificiels. En conséquence, il trouve tout naturellement à s'appliquer dans des situations où se produisent ou sont susceptibles de se produire des effets néfastes pour l'environnement et, corrélativement, pour la santé et la sécurité de l'homme, que ce soit dans des cas d'exposition au plomb, à la dioxine, à l'amiante, à des pesticides ou déchets dangereux, etc.
- 3.34 Cette problématique du risque n'est pas nouvelle. En 1986 déjà, peu de temps après l'accident de la centrale nucléaire de Tchernobyl, le sociologue allemand Ulrich Beck écrivait un ouvrage pionnier intitulé « Risikogesellschaft » annonçant l'émergence d'une « société du risque ». Car si le progrès caractérisant le développement des sociétés industrielles depuis le XIXe siècle est créateur de richesses, il apparaît désormais également comme générateur de menaces, de dangers, d'atteintes à la santé et à la sécurité des individus que Beck identifie comme les composantes du concept de « risque ». La question de la gestion du risque devient dès lors centrale. Or, appliqué à la matière environnementale, s'il ressort que le risque zéro n'existe pas et ne pourra jamais être atteint, ses manifestations présentent des enjeux tels qu'il est impératif de s'en emparer et de les contrer dans leurs formes les plus graves. La crise de Covid-19 qui balaie le monde actuel est là pour souligner de façon brutale le besoin urgent d'agir pour réduire les risques de catastrophes sanitaires et climatiques. Ceci d'autant plus qu'elle met également en évidence notre incapacité collective à anticiper. Dans tous les pays, on a attendu que le virus franchisse les frontières et se propage de manière exponentielle pour réagir !

38 C'est bien la définition retenue par la Commission européenne de l'UE qui prend en compte deux éléments : la probabilité que survienne un élément dangereux et la sévérité de ses conséquences.

Les expériences du passé et celle actuelle du coronavirus nous démontrent sans contestation possible tout l'intérêt d'intervenir au stade du risque, c'est-à-dire avant que des dommages irréversibles ne se produisent. Que l'on songe à tous ces écosystèmes terrestres et marins détruits par les pollutions pétrolières et les accidents nucléaires ou au nombre de morts que la comptabilité macabre de la Covid-19 nous dévoile au quotidien. Les conséquences dramatiques de ces situations, en termes de victimes humaines et non humaines et de répercussions dans le temps, pourraient être évitées ou pour le moins atténuées si l'on se plaçait non pas à l'instant T de leur réalisation, mais en amont, au moment où apparaissent les signes probants du péril, la menace du danger. C'est par conséquent, l'action préventive, d'anticipation des dommages, qui est à développer de manière prioritaire et que de nombreux textes généraux, tant internationaux que nationaux, appellent d'ailleurs depuis longtemps de leurs vœux. Ainsi pour ne citer que les principaux, l'action préventive érigée en principe au niveau européen à l'article 130 R § 2 du Traité de Maastricht³⁹ connaît en droit français une reconnaissance législative dans l'article L. 110-1-II, 2° du Code de l'environnement⁴⁰ avant de recevoir la consécration suprême par son insertion à l'article 3 de la Charte constitutionnelle de l'environnement, où elle prend la forme d'un devoir⁴¹ révélateur d'une responsabilité collective.

Mais si les risques, dans leur grande variété, peuvent présenter des degrés de sévérité divers, allant du risque intolérable à celui simplement négligeable et donc acceptable, le droit sanctionnateur parce qu'il intervient *avant* la réalisation concrète d'un dommage ne saurait tous les appréhender. La pertinence d'une démarche sanctionnatrice par anticipation, c'est-à-dire se plaçant en amont sur l'*iter criminis* (le chemin du crime), suppose de laisser hors champ pénal les risques faibles en termes de gravité et d'enjeu, pour ne retenir et contrer que les plus graves, ceux-là mêmes qui relèvent du « tragique » et qui, par conséquent, sont inacceptables. L'action anticipatrice pose une limite à l'acceptabilité sociale de la sanction qu'il faut veiller à ne pas franchir. Dans son rôle de protecteur des valeurs sociales jugées essentielles, le droit pénal n'acquiert sa légitimité que dans des situations d'expositions annonciatrices de catastrophes écologiques ou de scan-

39 « La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté (...) ».

40 « Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit; à défaut, d'en réduire la portée; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ».

41 « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ».

dales sanitaires, dont on sait que les conséquences, si elles se produisaient, seraient très importantes, voire irréparables.

- 3.37 Dans ce cadre précis, il s'agit donc de poser concrètement les jalons d'une responsabilité pénale par anticipation axée sur les conduites à haut degré de probabilité dommageable et venant sanctionner de strictes situations de mise en danger dont le risque est le vecteur central. Ce dernier, parce qu'il s'inscrit dans le cadre de politiques de prévention, est dans le même temps lié au droit des générations futures, dans sa dimension à la fois temporelle et spatiale, droit qui est reconnu dans la Charte constitutionnelle de l'environnement. En effet, l'incertitude qu'il véhicule intrinsèquement amène à envisager et redouter ses conséquences possibles aussi bien pour le présent et les générations actuelles que pour le futur plus ou moins lointain et donc les générations à venir.
- 3.38 À l'heure actuelle, ce sont différents cas d'espèce qui échappent à la répression pénale et nécessitent donc l'intervention du législateur. La place du droit pénal dans le « tragique » est donc à inventer, qu'elle intervienne en amont face aux risques systémiques ou en aval du résultat dommageable redouté, car le point commun de toutes les affaires tragiques est l'impunité de ceux qui en sont à l'origine. Cette impunité est d'autant plus inacceptable qu'elle met en jeu l'existence même de l'humanité et de la planète liées par un même destin.

III. Jalons d'une nouvelle responsabilité pénale pour un monde écologiquement sobre et équilibré

- 3.39 Le monde actuel, secoué par les crises que l'on connaît, est rempli de contradictions et de défaillances que le droit peine à régler. Sur le plan structurel, la pratique nous révèle que la grande criminalité environnementale est essentiellement collective⁴², qu'elle soit le fait de groupements criminels appelés « écomafias »⁴³ ou d'entreprises de commerce légales, non liées au crime organisé et dont le but principal est légitime, ce que l'on appelle la « délinquance d'entreprise ». S'agissant spécifiquement de ces dernières, l'absence de répression pénale des entreprises transnationales (ETN), dont une certaine est responsable de 60% de la pollution mondiale, interpelle, pour ne pas dire choque particulièrement⁴⁴. À ce titre, il est permis de parler d'une véritable « culture de l'impunité » que notre système répressif ne semble pouvoir atteindre. C'est que le principe de la

42 Voir sur cette question : TRICOT, 141-163.

43 Voir sur cette question : ΡΟΔΟΠΟΥΛΟΣ, 165-182.

44 « Alors que l'ensemble des systèmes écologiques de la Terre est plus vulnérable que jamais, nous assistons aussi à la recrudescence d'une criminalité environnementale qui prospère à travers le monde et profite d'une trop grande impunité. Le mépris des règles de prudence, du devoir de vigilance et du principe de précaution peut permettre à certains de dégager des profits économiques considérables au détriment des écosystèmes » : Tribune par un collectif de responsables politiques et d'intellectuels, Reconnaître l'écocide au même rang que les crimes contre l'humanité, Libération, 10.12.2019, disponible sous : <https://www.liberation.fr/debats/2019/12/10/reconnaitre-l-ecocide-au-meme-rang-que-les-crimes-contre-l-humanite_1768154/> (23.4.2021).

responsabilité individuelle, central en droit pénal, se dresse comme un écueil *a priori* infranchissable face à une délinquance intrinsèquement collective. La répression de cette dernière nécessite par conséquent de repenser la responsabilité pénale dans ses mécanismes de mise en œuvre afin de pouvoir l'étendre à ces cibles qui, pour l'heure, paraissent inattaquables (2).

Mais parmi les raisons – multiples – de l'impunité, figurent à la base les sources mêmes du droit pénal qui, par l'inadéquation des textes qu'elles contiennent, imposent désormais de sortir du carcan étriqué dans lequel elles se trouvent enfermées et de faire preuve d'inventivité créative. De nouvelles incriminations, drapées d'une dimension universelle, sont à inscrire dans le marbre d'un droit pénal de l'environnement du « monde d'après » se voulant ambitieux et progressiste (1). 3.40

1. Nouvelles infractions de mise en danger de la sûreté de la planète

La déficience du droit positif français est d'autant plus surprenante et critiquable qu'elle constitue une carence manifeste face aux exigences de la Directive européenne de 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal⁴⁵, à laquelle la France se trouve liée. Ladite directive reprend elle-même les termes d'une Convention du Conseil de l'Europe adoptée 10 ans plus tôt et qui, même si elle n'est jamais entrée en vigueur faute d'avoir atteint le seuil de ratifications requis, a servi de modèle au Conseil de l'UE. Or les textes européens sont sans équivoque sur la politique criminelle à mener par les États concernés. Partant de l'objectif clairement posé d'« un niveau de protection élevé » de l'environnement, ils décrètent qu'« il est absolument nécessaire d'instaurer des sanctions plus dissuasives à l'égard des activités préjudiciables à l'environnement, qui entraînent généralement ou sont susceptibles d'entraîner une dégradation substantielle de la qualité de l'air, y compris de la stratosphère, du sol et de l'eau ainsi que de la faune et de la flore, notamment en termes de conservation des espèces »⁴⁶. 3.41

L'apparition et le développement de crimes globaux, de masse, exigent une réponse pénale de même nature, c'est-à-dire une approche systémique dans la protection que peut offrir le droit pénal. La sectorisation des infractions actuelles ne reflète en rien la complexité des relations et interrelations des éléments qui composent l'environnement, de leurs rapports et des liens qui les unissent ainsi que de toutes les implications écologiques qui en découlent. De ce fait, une grande partie de la problématique environnementale se trouve occultée alors même qu'elle exige par nature une approche globale rendant compte de ce système d'ensemble complexe et de l'interdépendance de toute action qui s'y exerce. Il est donc impératif de sortir du dispositif sectoriel et des limites qu'il recèle pour proposer des incriminations englobantes réprimant de manière sévère 3.42

45 Directive n° 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (JO L 328 du 6.12.2008, 28-37).

46 Considérant (5) de la Directive, *op. cit.*

les comportements impactant la sûreté de la planète pour garantir le droit des générations futures et empêcher un futur écologique désastreux.

- 3.43 Les infractions du « monde d'après », emblématiques d'une vision systémique tournée vers l'avenir, sont à inscrire dans un processus répressif en deux temps pour plus d'efficacité. En amont, les situations créant un risque grave de catastrophes écologiques nécessitent une infraction spéciale de « risque causé à la sûreté de la planète » (a), qui pour l'heure fait cruellement défaut. La vocation de cette infraction formelle est de faire obstacle à la réalisation d'infractions plus graves, parce que de résultat, situées en aval. Ces dernières, réalisées en cas d'échec de la politique de prévention et de dissuasion, constitueraient la deuxième étape du processus de répression dont l'une des traductions pénales, dans sa version la plus tragique, serait le crime d'écocide (b).

a) *Face au risque non réalisé : incrimination de risque causé à la sûreté de la planète*

- 3.44 À l'occasion de la refonte du Code pénal français opérée en 1992, le législateur, soucieux de développer une politique de prévention des comportements dangereux, s'était emparé de la notion de risque et lui avait consacré un délit autonome de « risques causés à autrui » à l'article 223-1⁴⁷. Innovation marquante du « nouveau » code entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, cette infraction, sans être propre au droit de l'environnement et de la santé, aurait pu *a priori* servir de fondement à des poursuites pénales dans ces domaines. Toutefois, la pléthore de conditions caractérisant les éléments constitutifs du délit soutenue par une jurisprudence formellement respectueuse de l'interprétation stricte de la loi pénale, se solde très souvent par des ordonnances de non-lieu ou des décisions de relaxe révélant l'inadaptation profonde du droit commun à la problématique spécifique du contentieux environnemental et sanitaire. L'infraction du Code pénal n'a jusqu'à présent fait l'objet que de relativement peu d'applications en la matière. Elle est régulièrement écartée par les juges, notamment, parce que cet « autrui » qu'elle entend protéger n'est pas l'environnement *per se* pris dans sa globalité, mais uniquement la personne humaine prise dans son individualité⁴⁸.
- 3.45 L'absence d'une incrimination spéciale, adaptée aux pures situations de mise en danger écologique indépendamment d'un dommage causé, aboutit à créer en pratique un vide juridique inacceptable en termes de répression et de dissuasion. *Quid* en effet des hypothèses de pollutions à effet différé, en l'absence de mise en demeure et de dommage à

47 « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

48 Dans l'affaire « Stocamine », la chambre criminelle de la Cour de cassation a été ainsi amenée à préciser la valeur protégée par l'article 223-1 du CPF, relevant « que l'infraction de < risques causés à autrui > relève de la catégorie des < mises en danger de la personne > dont la sanction est exclusivement destinée à protéger la < personne humaine > » : Cass. Crim., arrêt du 5.4.2011, n° 09-83277 ; VERON, comm. 88.

l'instant T, mais dont la dégradation environnementale et/ou sanitaire à plus ou moins long terme est inexorable ? Des pollutions chroniques licites, car émises en faibles quantités, mais qui sur la durée ou dans leur étendue géographique sont susceptibles de causer de graves dommages à l'environnement ? Des cas d'exposition à des polluants porteurs de risques graves pour l'environnement naturel et la santé humaine, mais qui ne peuvent aboutir à des condamnations pénales faute de preuve du lien de causalité entre le polluant et le dommage ? *Quid* lorsqu'une infraction mineure de droit commun cache une situation plus grave de mise en danger environnementale qui n'est pas prise en compte en tant que telle par le droit pénal de l'environnement et fait par conséquent obstacle à une sanction à la hauteur de l'enjeu et de la faute commise⁴⁹ ? Des situations de pollutions collectives – par exemple, des apports successifs sur un gisement de déchets – qui sont la somme d'activités individuelles et combinées, lesquelles prises isolément ne constituent pas d'infractions pénales parce que respectueuses des normes et seuils fixés par l'administration, mais qui additionnées participent d'une prise de risque grave délibérée ?

La consécration d'une infraction spéciale dédiée à l'environnement dans sa globalité est donc souhaitable si l'on veut disposer d'un outil juridique à la hauteur des enjeux actuels. L'existence de périls susceptibles d'impacter la sûreté de la planète appelle à incriminer à titre principal les comportements particulièrement dangereux, l'utilisation de certains moyens, de procédés destructeurs en tant que tels, sans attendre le dommage qui pourrait à terme en découler et s'avérer irréversible. L'infraction qui réunit tous ces éléments se veut formelle en ce qu'elle n'exige pas de résultat matériel pour sa consommation. Au contraire, de par sa fonction de « délit-obstacle », elle cherche, par la menace du châtement qu'elle brandit, à empêcher – *faire obstacle* – la survenance d'autres infractions encore plus graves en termes de résultat matériel. Face à cette nouvelle infraction d'action présente impactant possiblement le futur dans sa double dimension temporelle et spatiale, toute la difficulté réside alors dans le placement du curseur de la responsabilité pénale et donc de la répression des comportements à risque. 3.46

Dans sa rédaction, l'incrimination de risque causé à la sûreté de la planète doit-elle suivre le modèle tracé par le droit commun ou peut-elle s'en affranchir et gagner en autonomie ? Par souci d'adéquation de la réponse pénale, l'on serait tenté d'opter pour une solution mixte : « garder le bon et changer le mauvais », autrement dit adapter le texte et lever les obstacles actuels à la répression. Le cap ainsi tracé impose de réunir dans le champ pénal à la fois les hypothèses spéciales de violation d'obligations particulières de prudence ou de sécurité prévues par la loi ou le règlement et, lorsque ces der- 3.47

49 Tel est le cas, par exemple, du conducteur d'un poids lourd qui, en connaissance du risque qu'il prend, s'engage avec un chargement de matières hautement toxiques sur un pont limité à 19 tonnes avec un attelage de 38 tonnes et n'encourt qu'une sanction au Code de la route. Ou encore, autre exemple, du capitaine d'un cargo transportant des matières dangereuses qui pénètre dans une aire marine protégée, en infraction aux règles de la navigation maritime.

nières ne peuvent être caractérisées, les situations de non-respect d'un devoir général de vigilance environnementale, détaché de normes écrites préexistantes et visant un comportement qualifié de normalement prudent et diligent. Si l'on considère de manière spécifique les sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre ainsi que leurs filiales et partenaires commerciaux (sous-traitants et fournisseurs), la sanction d'une telle obligation générale de prudence et de sécurité pourrait correspondre à la traduction pénale du devoir de vigilance qui a été introduit en droit français par la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017⁵⁰ pour identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers, notamment, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. La violation de cette obligation générale pourrait alors se caractériser concrètement par le non-respect de l'une des mesures que la loi impose à ces entreprises de faire figurer dans leur plan de vigilance⁵¹. Et alors que la France connaît son tout premier contentieux climatique contre une multinationale du pétrole, 14 collectivités et 5 associations ayant assigné le 28 janvier 2020 Total devant le tribunal judiciaire de Nanterre pour manquement à son devoir de vigilance découlant de la Loi de 2017 et de la Charte de l'environnement de 2004⁵², parallèlement à cette procédure civile, l'incrimination nouvelle de risque en violation de cette obligation de vigilance ouvrirait la voie à un procès pénal.

- 3.48 L'acte matériel ainsi défini, le comportement particulier incriminé appelle une sanction pénale dans la mesure où il crée un risque immédiat de dommage, c'est-à-dire un risque avéré en l'état des connaissances scientifiques et donc certain, mais non un risque de dommage immédiat. Ainsi peu importe que le dommage se réalise des années plus tard (comme dans les cas d'exposition à l'amiante qui ne cause des lésions que 30 ou 40 ans après), voire jamais. L'incertitude sur la réalisation du risque est compensée par la certitude de la gravité et de l'irréversibilité du dommage dans le cas de sa réalisation. C'est le passage de l'incertitude à la probabilité qui ouvre la voie à l'anticipation dès lors que

50 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (JORF n° 0074 du 28 mars 2017, p. 1), modifiée par l'Ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés.

51 Selon l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, créé par la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 (*op. cit.*), le plan de vigilance comprend les mesures suivantes :

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;

5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. »@

52 <<https://notreaffaireatous.org/cp-premier-contentieux-climatique-contre-une-multinationale-du-petrole-en-france-14-collectivites-et-5-associations-assignent-total-en-justice-pour-manquement-a-son-devoir-de-vigilance-2/>> (22.2.2021).

les connaissances du moment font état d'un risque sérieux et plausible⁵³. Ce qui compte, c'est que le risque d'une particulière gravité soit le résultat d'une exposition immédiate, le fruit d'une mise en danger contemporaine et la marque d'une potentialité dommageable présente⁵⁴. Le lien de causalité qui opère la jonction entre les deux composantes objectives, le comportement à l'origine du risque (l'acte matériel) et la manifestation du risque (le résultat juridique), doit être direct et certain sans pour autant être obligatoirement exclusif, faute de quoi les hypothèses d'expositions multiples et simultanées, de cumul et combinaison de sources de pollution – nombreuses en pratique –, ne pourraient être atteintes.

Reste à préciser la coloration psychologique du comportement infractionnel – l'élément moral de l'infraction de risque –, car c'est la gravité de la faute qui justifie l'intervention en amont du droit pénal, dans des situations où le dommage matériel ne s'est pas encore produit. Par conséquent, la faute commise doit nécessairement être d'une certaine intensité, d'un degré minimum, que la directive européenne a qualifié de « négligence au moins grave »⁵⁵. Il importe alors de trouver en droit interne la traduction juridique précise de cette faute caractéristique d'une mise en danger grave de nature à causer un dommage potentiellement irréversible. Sa définition est d'autant plus importante que la faute contient en elle-même des indications sur la personne du délinquant, cible de la répression. De sa nature découleront les différentes catégories de responsables potentiels. 3.49

Or dans les faits, il est possible de distinguer deux types de délinquance écologique. Il y a, d'une part, ce que l'on peut appeler la mise en danger *objective*, occasionnelle, qui relève de l'imprévoyance consciente et qui s'applique à la « délinquance de désinvolture ». Caractérisée par une faute lourde d'imprudence, elle renvoie à l'état d'esprit de celui qui, tout en sachant que son comportement est dangereux, s'y engage néanmoins, et cela sans nullement vouloir le résultat dommageable. La personne prend un risque de façon délibérée en violant intentionnellement l'obligation de prudence ou de sécurité ; elle ne veut pas forcément que ce risque provoque un dommage, mais le prévoit – ou aurait dû le prévoir – comme possible et l'accepte. C'est là, dans sa traduction législative, la faute délibérée de mise en danger de l'article 121-3 alinéa 2 du CPF⁵⁶ qui ne franchit pas la frontière du dol et reste dans la catégorie des fautes non intentionnelles, mais parmi les plus graves qui soient. Elle est une manifestation d'indifférence aux valeurs sociales protégées où l'agent veut l'acte, mais pas le résultat. Et il y a, d'autre part, 3.50

53 LASSERE, 1632.

54 MAYAUD YVES, sous Cass. crim., arrêt du 19.4.2017, n° 16-80.695, publié au Bulletin, confirmant la décision de condamnation pour mise en danger d'autrui prononcée par la C.A. de Bastia, Ch. correct., 6.1.2015.

55 Directive n° 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *op. cit.*, 3.

56 Code pénal du 22 juillet 1992 (France). « Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui » (article 121-3 al. 2 CPF).

la mise en danger *subjective*, décidée en toute connaissance de cause, qui relève d'une stratégie d'entreprise récurrente et planifiée ou d'une organisation criminelle (les « écomafias »). La faute intentionnelle concernerait ce deuxième cas de figure qui renvoie soit à la délinquance en col blanc commise dans le cadre d'activités légales soit à des comportements réalisés dans le cadre d'activités illégales relevant de la criminalité organisée. La démonstration du dol de l'article 121-3 alinéa 1^{er} du CPF justifie alors une augmentation de la peine, l'intention constituant une circonstance aggravante de l'exposition au risque puisqu'elle est une manifestation d'hostilité aux valeurs sociales protégées, l'agent voulant non seulement l'acte, mais encore, ne serait-ce que partiellement, le résultat dommageable.

- 3.51 Face à la diversité de la délinquance écologique créant des situations de mise en danger grave, le champ répressif doit permettre d'englober tous les actes, commis intentionnellement ou par négligence grave, de nature à exposer directement ou indirectement l'environnement dans ses différentes composantes à un risque immédiat de dégradation substantielle mettant en danger la sûreté de la planète et la survie de l'humanité. L'infraction de risque sanctionnerait en ces termes « le fait d'exposer directement ou indirectement l'environnement pris dans ses différentes composantes : eau, air, sols, sous-sol, faune, flore, écosystèmes, par négligence grave à un risque immédiat de dégradation substantielle ou durable mettant en péril la sûreté de la planète ou la santé ou la sécurité des personnes » (al. 1). Étant précisé à sa suite que « la négligence grave visée à l'alinéa précédent s'entend soit de la violation délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement soit de la commission d'une faute caractérisée qui expose l'environnement à un risque d'une particulière gravité que la personne en cause ne peut ignorer » (al. 2) et que lorsque le délit est commis intentionnellement, une aggravation des peines s'applique (al. 3).
- 3.52 Les enjeux sont tels en l'espèce qu'il est permis de parler de « risque de masse » pour l'environnement et la santé humaine, dans ses dimensions matérielle (ayant un impact étendu et/ou durable), spatiale (produit à l'échelle nationale, mais aussi transfrontière, internationale voire mondiale) et temporelle (pesant sur les générations actuelles et futures). La gravité du risque est en relation avec l'irréversibilité du dommage potentiel qui, en cas d'échec à faire obstacle à sa réalisation, appelle à franchir un degré supplémentaire dans le processus répressif par le recours ultime au crime d'écocide.

b) Face au risque réalisé : reconnaissance juridique du crime d'écocide

- 3.53 La tragédie du monde actuel porte un nom : écocide. Du préfixe grec « oikos » qui signifie la maison et du suffixe latin « cide » pour *caedere* c'est-à-dire tuer, l'écocide est le fait de détruire notre foyer, notre maison, entendue comme la planète Terre. Le terme n'est pas nouveau. Il a été démocratisé suite aux ravages de l'« Agent Orange » utilisé par les Américains lors de la guerre du Vietnam pour dévaster les forêts et empêcher les insurgés vietnamiens de s'y réfugier. Le recours massif à ce défoliant aurait alors entraîné la

destruction de 20% de la forêt vietnamienne, avec des conséquences sanitaires catastrophiques, caractérisées par des cancers et de graves malformations chez les personnes exposées. Son inventeur, le botaniste Arthur Galston, employant pour la première fois le mot « écocide », le définit comme « la dévastation et la destruction visant à endommager ou détruire l'écologie de zones géographiques au détriment de toute forme de vie, qu'elle soit humaine, animale ou végétale »⁵⁷. Compte tenu du contexte particulier qui a fait émerger ce concept, il est à ce moment-là considéré comme un crime de guerre.

L'écocide correspond donc à un endommagement grave et étendu d'un ou de plusieurs écosystèmes ou leur destruction, qui peut avoir des conséquences sur plusieurs générations. Sorti de son contexte d'origine, il traduit aujourd'hui une réalité inquiétante, car nombre de grandes pollutions et dégradations écologiques causées par les activités économiques, notamment des entreprises transnationales qui délocalisent leurs activités dans les pays en développement, peuvent être qualifiées ainsi. Or si ces comportements ne sont pas rapidement incriminés tant au niveau international que national, si ces entreprises restent autorisées à poursuivre leurs activités destructrices en toute impunité, il en résultera une destruction massive de l'environnement à l'échelle planétaire. Les conditions de vie sur Terre ne seront plus tolérables pour des millions d'individus, à commencer par les plus vulnérables comme les habitants de petites îles ou de pays comme le Bangladesh qui se retrouveront pris en étau entre la montée du niveau des océans et la fonte des glaciers. Ce sont des millions de vies qui sont en jeu et l'équilibre global de la Terre qui à terme risque d'être rompu. 3.54

Dans sa perception juridique, l'écocide désigne les crimes les plus graves commis contre l'environnement qui, en tout temps, c'est-à-dire aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé, portent atteinte à la sûreté de la planète. Et pourtant, alors qu'il a été débattu à de nombreuses reprises et qu'il continue de l'être, en dépit de la prise de conscience grandissante des effets dévastateurs de certaines activités humaines sur l'environnement, le crime n'a jamais réussi à être intégré au droit pénal international. Le tragique qu'il réalise dans les faits se prolonge en droit par l'absence de reconnaissance officielle des multiples atteintes qu'il porte au droit fondamental à la vie, au droit de l'homme à un environnement sain, aux droits des peuples autochtones à vivre selon leurs traditions ancestrales et, enfin, au droit des générations futures. Cette absence de consécration légale raisonne comme un encouragement à la culture d'impunité qui s'étend partout dans le monde et comme un déni total des menaces les plus graves annonciatrices d'un futur sans avenir pour l'être humain. 3.55

Sa parenté avec le crime le plus grave qui soit, le génocide, qui avait été qualifié de « crime sans nom » par Winston Churchill à la fin du second conflit mondial, n'a toutefois pas été contestée. Dans les années 1970, à l'occasion des débats portant sur l'effica- 3.56

57 Cette définition a par la suite été reprise nombre de fois, notamment par le Premier ministre suédois Olof Palme pour son discours d'ouverture de la Conférence de Stockholm de 1972 sur l'environnement.

citée de la Convention des Nations Unies de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, la question d'intégrer de nouveaux éléments en vue d'éviter les génocides fut évoquée. Parmi ces éléments se trouvait justement l'intégration d'un crime d'atteintes à l'environnement. L'idée fut néanmoins rapidement abandonnée, les États considérant que l'écocide devait être traité indépendamment du génocide. L'on aurait pu alors penser que la voie était ouverte à une autonomisation du crime d'écocide. Les deux décennies suivantes furent à ce titre porteuses d'espoirs en termes de réflexion et de propositions. En 1986, le rapporteur spécial de la Commission du droit international chargée par l'Assemblée générale des Nations Unies d'élaborer un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité – l'ancêtre du Statut de Rome – avait ainsi suggéré de compléter la liste des crimes contre l'humanité en y incluant « toute atteinte grave à une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement ». En 1991, le texte a évolué pour consacrer un crime international autonome, qui serait indépendant des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Le projet de Code prévoit alors la responsabilité pénale internationale de « tout individu qui cause délibérément ou ordonne que soient causés des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ».

- 3.57 Si un certain nombre d'États se sont prononcés en faveur d'une telle disposition, l'opposition d'autres tels que les États-Unis ou le Royaume-Uni conduisit le rapporteur spécial à considérer qu'il « faudra attendre qu'une évolution du droit international confirme ou infirme la tendance à considérer ces faits comme des crimes internationaux »⁵⁸ et finalement le projet de code adopté en 1996 n'a pas retenu de crime international pour les dommages graves causés à l'environnement⁵⁹. L'évolution du droit international évoquée par le rapporteur spécial se fait malheureusement toujours attendre alors que la situation d'urgence écologique ne nous en donne plus guère le temps. Le Traité de Rome portant création de la Cour pénale internationale en 1998 n'a pas inséré dans la compétence matérielle de cette dernière l'écocide aux côtés des quatre crimes les plus graves que sont les crimes contre l'humanité, le génocide, les crimes de guerre et le crime d'agression. Nonobstant en 2016, un espoir est né des déclarations de la Procureure générale de la Cour pénale internationale (CPI), Fatou Bensouda qui, dans son document de politique générale⁶⁰, précise qu'il serait désormais accordé une attention prioritaire aux crimes impliquant « la destruction de l'environnement, l'exploitation illégale de ressources naturelles et la dépossession illégale des terres ». Ce faisant, la procureure

58 THIAM DOUDOU, 13^e rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, in ONU, Annuaire de la Commission du droit international II/1 (1995), 37, § 8-10.

59 Par contre, ce projet a inspiré une dizaine de législateurs nationaux qui ont intégré le crime d'écocide dans leur code pénal: l'Arménie (2003), la Biélorussie (1999), la Géorgie (1999), le Kazakhstan (1997), le Kirghizistan (1997), la Moldavie (2002), la Russie (1996), le Tadjikistan (1998), l'Ukraine (2001) et le Vietnam (1990).

60 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Fra.pdf> (22.2.2021).

déclare explicitement que les atteintes à l'environnement et aux droits des peuples peuvent constituer des crimes contre l'humanité que le droit international, par la voie de la CPI, ne peut plus laisser impunis. Un message fort est ainsi lancé aux multinationales et aux investisseurs, qui à ce jour n'ont jamais été inquiétés par la Cour dont la nouvelle politique pourrait s'étendre, par exemple, à des poursuites en matière de responsabilité climatique. Reste que plus de cinq années se sont écoulées depuis cette déclaration d'intention, sans aucun effet concret sur l'activité de la CPI, malgré plusieurs plaintes comme celles contre la spoliation de terres au Cambodge ...

Or l'heure n'est plus aux tergiversations. Il est temps de franchir le cap et de reconnaître et nommer officiellement ce crime sans nom commis contre la communauté du vivant par une partie de l'humanité, pour en tirer toutes les conséquences sur le plan pénal. Ce passage ne peut se faire que par le biais d'une autonomisation du crime d'écocide. L'existant, c'est-à-dire les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou encore le génocide, se révèle insuffisant. Ces dispositions du droit international pénal humanitaire sont rarement mobilisées ou difficilement mobilisables pour protéger l'environnement parce qu'elles contiennent trop de limites dans leur champ d'application respectif. Globalement, et c'est là l'obstacle majeur, la protection de l'environnement n'est pas l'objet principal de ces incriminations. Le droit pénal international, par le biais de conventions de protection des droits de l'homme « anthropocentriques », vise principalement à réduire les souffrances des êtres humains en temps de guerre et/ou à garantir la dignité humaine en tout temps. L'environnement, patrimoine commun des êtres vivants, n'y a pas sa place en tant que tel. Fondées sur une vision anthropocentrique, ces infractions n'assureraient la défense de l'environnement qu'en ce qu'il est immédiatement et directement utile aux hommes et non *per se*, ce qui est bien trop réducteur face aux enjeux actuels. 3.58

L'existant n'est donc pas suffisant. L'innovation s'impose prenant la forme de nouvelles incriminations. On l'a vu pour les atteintes *potentielles* à l'environnement dans les situations de mise en danger créant des risques graves et systémiques. Cela se vérifie d'autant plus pour les atteintes *effectives* lorsque, suite à l'échec de la prévention, le dommage se produit. L'urgence écologique nécessite la reconnaissance d'un crime spécial à l'environnement, le crime autonome d'écocide, pour les atteintes intentionnelles les plus graves, les atteintes « exceptionnelles » qui relèvent du tragique. Et partant du modèle proposé pour l'infraction de risque, parce qu'il en est le prolongement direct lorsque la réalisation de ce risque n'a pu être évitée, l'écocide visera dans son texte d'incrimination les actes intentionnels, commis en tout temps, dans le cadre d'une action généralisée ou systématique, portant atteinte à la sûreté de la planète. Dans un souci de précision et de complétude, il importera de spécifier que ces actes portent une telle atteinte lorsqu'ils causent soit une dégradation étendue, durable et grave de l'air ou de l'atmosphère, des sols, des sous-sols, des eaux, des milieux aquatiques, de la faune et de la flore, et des écosystèmes, soit la mort, des infirmités permanentes ou des maladies incurables graves à une population humaine ou lorsqu'ils déposent durablement 3.59

cette dernière de ses terres, territoires ou ressources. L'extrême gravité du crime implique bien évidemment que de tels actes soient commis intentionnellement et en connaissance du caractère généralisé et systématique de l'action dans laquelle ils s'inscrivent. Mais pour tenir compte de la psychologie particulière de certains responsables, notamment les ETN dont l'objectif immédiat est de réaliser un maximum de profits et non de porter atteinte à la sûreté de la planète, qui n'est alors qu'une conséquence indirecte de leurs activités, le caractère intentionnel de ces actes se trouvera caractérisé également lorsque leur auteur savait ou aurait dû savoir qu'il existait une haute probabilité qu'ils portent atteinte à la sûreté de la planète. C'est le dol général, l'atteinte volontaire en connaissance des conséquences des décisions prises, et non le dol spécial, l'intention de nuire trop difficile à prouver, qui est requis.

- 3.60 Mais l'inscription, sous forme d'infractions universelles, de la prise délibérée d'un risque déraisonnable provoquant ou susceptible de provoquer un dommage portant atteinte à la sûreté de la planète n'est rien si tous les responsables ne peuvent être appréhendés et soumis à la sentence de la justice pénale. Sur le chemin de la répression, à l'épreuve de la sémantique théorique succèdent désormais les difficultés pratiques de mise en œuvre de la responsabilité pénale qui contribuent pour l'heure à la culture de l'impunité. Là encore, le cadre trop étroit du droit pénal doit s'ouvrir pour permettre d'accueillir dans son champ d'intervention les principaux acteurs du processus de destruction écologique.

2. Nouvelles responsabilités pour sortir de la culture de l'impunité

- 3.61 La question de l'imputabilité des infractions et donc de la désignation des pénalement responsables semble particulièrement épineuse s'agissant notamment des ETN soutenues par certains États peu soucieux des questions environnementales. L'accentuation du libéralisme et la mondialisation économique font que les entreprises multinationales ou transnationales⁶¹ sont de plus en plus présentes dans les pays en développement. L'« environnement est un champ privilégié du forum shopping : les entreprises multinationales qui perçoivent parfois les normes écologiques comme des entraves à leur développement peuvent être tentées de localiser leurs activités dans les États les plus permissifs »⁶². Or, la volonté de maximiser le profit amène ces entreprises à se livrer

61 Pour des essais de définition de ces entreprises : selon l'Institut du droit international, « les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité dotées ou non de personnalité juridique propre situé dans un ou plusieurs autres pays devraient être considérées comme constituant en droit des entreprises multinationales ». Selon l'OCDE, « il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre » (OCDE, Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, Paris 2011, 19).

62 BEAUVAIS, 16.

à de graves actes attentatoires à l'environnement, mais aussi, et par voie de conséquence, à la santé et à la sécurité des individus⁶³. Des entreprises françaises, allemandes, autrichiennes et hollandaises, comme GDF Suez, EDF, Alstom ou encore Arcadis, sont ainsi impliquées dans de nombreux projets de barrages du bassin amazonien. D'autres, productrices d'huile de palme, sont responsables de la destruction des forêts tropicales (en Indonésie et Malaisie essentiellement), menaçant la vie de nombreuses espèces animales (tels les orangs-outans) et impactant fortement le climat et la qualité de l'air⁶⁴.

Ces quelques exemples ne sont que le pâle reflet de l'augmentation et de l'aggravation 3.62 de la criminalité écologique, dont les entreprises multinationales sont parmi les principaux acteurs. Le phénomène qui ne cesse de s'amplifier amène à s'interroger, dans un premier temps, sur les obstacles à la responsabilité pénale de ces grands groupes en matière environnementale (a), avant de se pencher, dans un second temps, sur des possibilités de réformes qui permettraient de lever les blocages et de remédier à cette situation d'impunité (b).

a) *Quels obstacles à la répression des atteintes massives à l'environnement ?*

Les obstacles sont multiples, de même que les cas concrets qui en témoignent. Il en est 3.63 ainsi, par exemple, de la pollution dans le delta du Niger par des fuites de pétrole, due à l'exploitation par l'entreprise Shell commencée il y a 50 ans. Dans cette affaire, la justice néerlandaise a rejeté les plaintes de fermiers et de pêcheurs nigériens qui accusaient la maison-mère d'avoir pollué leurs villages, assurant que le groupe n'avait pas l'obligation d'empêcher ses filiales « de faire du tort aux tiers ». La compagnie pétrolière n'a donc pas été jugée responsable en tant que société-mère d'un défaut d'entretien des installations. Il en est ainsi encore de l'affaire du Probo Koala lorsqu'en août 2006, ce navire-vraquier affrété par la compagnie hollandaise et suisse Trafigura a déchargé illégalement près de 600 tonnes de déchets toxiques au port d'Abidjan en Côte d'Ivoire. Ces déchets ont été répandus à terre dans une décharge, entraînant des vapeurs toxiques qui ont provoqué la mort de 17 personnes et l'intoxication de près de cent mille personnes. La société Trafigura a été condamnée à une amende d'un million d'euros, sur un chiffre d'affaires annuel de 73 milliards de dollars, non pas pour trafic illicite de déchets, mais pour manquement à son obligation de révéler la nature des déchets toxiques transportés⁶⁵ !

63 « La réglementation écologique plus avancée et plus rigoureuse des pays développés produit un transfert des atteintes à l'environnement vers les pays sous-développés » qui « ont accepté d'être des < pays poubelles >, accueillant leurs déchets ou de devenir des centres de production des grandes firmes moyennant la baisse maximale des coûts de production environnementaux, ou encore l'exploitation de leurs ressources naturelles sans aucune considération pour l'environnement ou les droits les plus élémentaires des populations touchées » : NIETO MARTIN, 69.

64 Pour des exemples de grosses pollutions industrielles, voir sur le site <endecocide.org> (22.2.2021).

65 Voir : MANIRABONA, 535 ; QUEINNEC, 277-293.

3.64 Sous le prisme de la matière environnementale, les facteurs d'interstices favorisant l'impunité des ETN dans les affaires de grosses pollutions sont de deux ordres. D'une part, ils peuvent être propres aux États, ceux qui accueillent sur leur territoire ces ETN et leurs activités destructrices de l'environnement et/ou ceux dont les ressortissants mènent de telles activités à l'étranger (aa). D'autre part, ils sont propres aux dites ETN et à leur organisation interne qui amène à se questionner sur une double responsabilité : celle des filiales intervenant à l'étranger dans les pays en développement et celle des sociétés-mères décisionnaires siégeant hors des territoires où sont commis les faits délictueux (bb).

aa) Obstacles propres aux États

3.65 De manière générale, on relève une asymétrie entre la puissance des multinationales et leur capacité à échapper à tout type de contrôle effectif et les moyens des systèmes judiciaires nationaux et internationaux pour les juger. Le phénomène est d'autant plus prégnant que les atteintes à l'environnement ont lieu dans des pays où l'ordre juridique se révèle défaillant. La pratique est courante : pour échapper à la législation environnementale plus avancée et plus rigoureuse des pays développés, les entreprises transfèrent leurs activités destructrices de l'environnement vers les pays moins développés. Le premier obstacle à la répression réside donc dans cette disparité des législations pénales, voire l'inexistence de réglementations des activités économiques accompagnées de dispositifs pénaux protégeant l'environnement. L'absence de mécanismes juridiques contraignant les entreprises à se conformer aux normes environnementales et les dissuadant par la menace pénale d'exercer des activités destructrices ouvre la voie à toutes les pratiques, y compris les plus dévastatrices. Nombre des atteintes à l'environnement, qui ont lieu dans ces pays en voie de développement, sont totalement légales. C'est là tout le paradoxe de la tragédie écologique.

3.66 Le manque de politique environnementale qui caractérise ces États se trouve en outre accentué par des phénomènes de corruption permettant de modeler la législation afin de couvrir les comportements anti-écologiques et, de manière plus globale, par l'influence des entreprises sur les dirigeants de ces États qui, face aux sirènes du profit économique, de l'intérêt financier et de l'appât du gain, invoquent le droit au développement de leur pays, lequel fonde leur bienveillance à l'égard des entreprises génératrices d'emploi et de richesses. C'est ainsi que Total, la « major » française, a récemment inauguré un champ pétrolier en Angola, qui constitue la plus importante opération offshore jamais réalisée dans ce pays dont le nouveau président essaie de relancer l'économie⁶⁶. Mais à quel prix pour l'environnement ?...

3.67 Ce premier écueil, tenant à l'attitude passive ou complaisante des États qui accueillent les ETN, se voit aggraver par les règles traditionnelles de compétence juridictionnelle

66 LEPIDI PIERRE, Avec Kaombo, Total parie sur les champs de pétrole en eaux très profondes de l'Angola, *Le Monde économie*, 15.11.2018, disponible sous : <lemonde.fr> (22.2.2021).

censées permettre la mise en œuvre de la responsabilité pénale, mais qui se révèlent inadaptées à remplir un tel but. En effet, la responsabilité des ETN se limite actuellement aux juridictions pénales nationales selon trois types de compétence⁶⁷ (territoriale, personnelle passive, personnelle active), qui toutes présentent des failles aboutissant à l'impunité de ces groupes. La compétence territoriale, celle du lieu de l'infraction, peut être utilisée lorsqu'il s'agit d'un pays développé (par exemple la France dans l'affaire de l'Erika). En revanche, elle est difficile à mettre en œuvre dans les pays en développement, comme le montre l'affaire Chevron-Texaco dans laquelle le groupe pétrolier américain avait été condamné, et c'était une première⁶⁸, par un tribunal équatorien à payer 9,5 milliards de dollars d'amende pour la pollution consécutive à l'exploitation d'un oléoduc. Le jugement rendu le 14 février 2011 n'a pourtant jamais été exécuté, car le groupe, après avoir fait appel, a déposé une plainte pour fraude aboutissant à une décision du juge américain du 4 mars 2014, interdisant d'exécuter le jugement équatorien au motif de la corruption du juge équatorien par les plaignants ... Les systèmes de compétence personnelle ne semblent pas plus efficaces. La compétence personnelle passive, tenant à la nationalité de la victime, coïncide le plus souvent à la territorialité et la compétence personnelle active, tenant à la nationalité de l'auteur, outre le fait qu'elle est limitée essentiellement aux crimes, les délits étant soumis à la condition de double incrimination, renvoie au pays d'origine, généralement peu motivé à poursuivre ses propres entreprises, tant les obstacles juridiques issus de la nature spécifique de ces groupes sont nombreux.

bb) Obstacles propres aux ETN

La difficulté de départ réside dans le fait que les traités internationaux relatifs à la protection de l'environnement ne sont pas directement applicables aux sociétés multinationales, considérées comme des acteurs non étatiques. Par conséquent, en l'absence de législation internationale directement applicable, ce sont aux États de prendre leur propre législation, premier écueil déjà relevé concernant les pays en développement. À cela s'ajoute le fait que ces grands groupes, qui n'ont pas de statut en droit international, ont réussi à convaincre les institutions internationales d'adopter des mécanismes normatifs qui leur soient favorables et leur donnent une grande liberté d'action, par le recours à des instruments de *soft law* (« droit mou » non contraignant) et à l'autorégulation. 3.68

L'autre raison à l'impunité des ETN tient à la délocalisation de la responsabilité, grâce à des stratégies élaborées par ces grandes entreprises. En effet, divers montages juridiques subtils sont imaginés afin de leur permettre de se mettre à l'abri de poursuites à 3.69

67 La compétence universelle est peu ou pas pratiquée en ce domaine, selon les pays, car elle nécessite une reconnaissance internationale des crimes environnementaux.

68 C'est la première fois qu'un peuple indigène poursuivait une ETN dans le pays où les faits se sont produits et gagnait son procès.

leur rencontre. Certaines vont ainsi avoir recours à des sociétés-écrans ayant leur siège dans des « paradis juridiques », notamment en prévision d'atteintes au milieu marin (avec par exemple les « pavillons de complaisance » délivrés à des navires-poubelles comme l'Erika). D'autres, s'appuyant sur le principe d'autonomie de la personnalité morale, réservent à la société-mère uniquement le contrôle de la stratégie globale des activités économiques et confient le contrôle des opérations de production ou de fabrication (c'est-à-dire les activités pouvant générer des dommages à l'environnement) aux filiales locales que l'on ne manque jamais de créer en nombre pour brouiller les pistes. De sorte que seules ces dernières puissent être potentiellement tenues pour responsables, dans des pays où elles ont peu de chance d'être inquiétées.

- 3.70 La société-mère n'est donc pas responsable des actes commis à l'étranger par sa filiale, en application du principe selon lequel nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Compte tenu de la structuration spécifique de ces groupes de sociétés, ce principe empêche le droit pénal d'atteindre les ETN dans leur globalité puisque selon le droit des sociétés, elles n'ont pas de personnalité juridique propre, mais constituent un ensemble de personnalités juridiques indépendantes. Et il est tout aussi difficile d'engager la responsabilité pénale des filiales exerçant leurs activités destructrices dans des pays qui ne poursuivent pas de tels agissements ou qui, tout simplement, ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales dans leur législation ou alors, à des conditions si restrictives qu'elles ouvrent la voie à l'impunité.
- 3.71 Une telle situation d'irresponsabilité de principe semble des plus paradoxales face à des entreprises dotées de moyens imposants et d'immenses capacités de nuisance, qui devraient logiquement conduire à une appréhension à l'échelle du groupement⁶⁹, autrement dit à une globalisation de la responsabilité. Mais la protection de l'environnement et des droits de l'homme à l'environnement ne peut dépendre de la seule aptitude d'un État à sanctionner efficacement ses violations. La mondialisation constitue aujourd'hui un défi sans précédent dont doit s'emparer le droit à l'environnement couplé au droit pénal international.

b) Quelles réponses pour lutter contre l'impunité ?

- 3.72 L'enjeu est de créer une nouvelle dynamique afin de reconnaître une responsabilité globale et non plus individuelle dans les catastrophes écologiques causées par les ETN. Cela passe avant tout par la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales dans toutes les législations nationales⁷⁰, mais aussi à l'échelon international, notamment dans le droit de la CPI qui pour l'heure limite la responsabilité aux seules

⁶⁹ ROBERT, 20.

⁷⁰ La difficulté principale sera bien évidemment qu'en application du principe de souveraineté nationale, on ne peut pas contraindre les États à abonder dans ce sens. L'harmonisation des droits nationaux sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales ne peut se faire qu'avec le libre consentement de chacun des États.

personnes physiques, ce qui constitue une réelle faiblesse. Une responsabilité pénale des personnes morales reconnue de manière générale et universelle est donc le point de départ obligatoire de la lutte contre l'impunité des ETN. À défaut la cible serait largement manquée.

Reste ensuite à surmonter l'obstacle juridique que pose la notion même de « personne morale », notion au contenu variable selon les pays, et souvent trop étroite pour englober certaines structures comme les groupes de sociétés. Selon plusieurs auteurs⁷¹, il faudrait rompre avec la conception actuelle pour reconnaître la responsabilité pénale d'entités économiques, comme le fait la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle prononce des sanctions punitives en matière de concurrence. La Cour a en effet recours à la notion d'unité économique⁷² pour transférer l'imputabilité de la responsabilité de la filiale à la maison-mère. Deux conditions doivent alors être remplies : d'une part, que le groupe présente une direction unitaire, d'autre part, que la société-mère ait eu une influence décisive sur les pratiques illicites. Mais dans certaines hypothèses, le juge européen a même été jusqu'à considérer que la société-mère a l'obligation de prévenir les manquements commis par la filiale sans qu'il soit nécessaire de démontrer une intervention directe. La transposition de ces solutions dégagées en droit de la concurrence de l'UE serait tout à fait pertinente en droit de l'environnement. Elle permettrait de contourner l'obstacle juridique posé par le principe d'autonomie et de là, de réprimer les atteintes portées par ces grands groupes à la sûreté de la planète.

Une fois percé l'écran de la filiale, la société-mère pourrait alors être poursuivie au titre de la complicité ou même – et c'est préférable – à titre principal en cas de non-respect de son double devoir d'organisation et de vigilance. L'article L. 218-18 du Code de l'environnement applicable en matière de pollution maritime est inspirant de ce point de vue. Il prévoit un cercle élargi de responsables, personnes physiques et morales, dans le but de renforcer la répression et de responsabiliser les différents intervenants dans la chaîne du transport maritime. Par une formulation particulièrement extensive, le texte vise à la fin de son énumération nominative des pénalement responsables « toute autre personne exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire ». C'est ainsi que dans l'affaire de l'Erika⁷³, chacun des prévenus condamnés, parmi lesquels l'affrèteur en la personne de la société-mère Total, s'était vu reconnaître par les juges⁷⁴ un pouvoir de contrôle et/ou de direction dans la gestion ou la marche du navire-poubelle, le désignant comme l'un des responsables de la marée noire⁷⁵. Ainsi, la responsabilité pénale des « unités économiques » que sont les

71 GIUDICELLI-DELAGE, 242-254; ALVES, 236-237.

72 GRISAY, 1-11.

73 CAMPROUX-DUFFRENE/JAWORSKI/SOHNLE, 371.

74 Cass. Crim., arrêt du 25.9.2012, n° 3439.

75 Sur ce fondement, a été retenue à l'encontre de Total une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité pénale puisque les juges ont estimé que l'affrèteur détenant un pouvoir de contrôle non seulement sur la cargaison (fioul lourd à l'origine de la marée noire), mais aussi sur la marche

ETN pourrait résulter de ce pouvoir de contrôle et/ou de direction que la société-mère exerce sur ses filiales, manifestant de sa part, en cas d'atteintes massives à l'environnement, une faute personnelle, intentionnelle ou d'imprudence délibérée selon les cas.

- 3.75 Les jalons de cette nouvelle forme de responsabilité pénale étant posés, reste à fixer le jeu des compétences permettant d'aboutir à une condamnation judiciaire. S'il est de la responsabilité première des juridictions nationales que de rendre la justice pénale, l'on songe à attribuer compétence, en premier lieu, au pays du siège de la société-mère, lorsque l'infraction commise dans ou par l'une de ses filiales peut lui être imputée, par la combinaison du principe de personnalité active et de l'application de la législation nationale environnementale de ce pays, quel que soit l'État où l'infraction a été commise. Mais alors le risque est grand que les sociétés mères ne déménagent là où la législation environnementale est plus permissive, voire inexistante. Pour pallier ce risque, la solution en droit pénal transnational réside dans l'élargissement de la compétence universelle⁷⁶ aux atteintes massives à l'environnement. Cela viendrait confirmer que ces crimes portent atteinte à des intérêts universels que sont la sûreté de la planète couplée à la survie de l'humanité. Et cela permettrait surtout à tout État, lorsque ceux directement intéressés ne peuvent ou ne veulent pas actionner leur propre justice, de juger un étranger ayant commis à l'étranger de tels actes criminels.
- 3.76 La dimension souvent transnationale de la délinquance environnementale impose néanmoins d'articuler cette compétence des tribunaux nationaux avec celle d'une juridiction pénale internationale venant en renfort et donc en complément, en cas de défaillance des systèmes judiciaires internes. Au nom de la solidarité internationale, parce que la cause écologique et l'avenir de la planète concernent l'humanité tout entière, une complémentarité des approches nationales, régionales (Conseil de l'Europe et UE) et universelle (CPI ou autre) s'impose. Des propositions en ce sens ont été faites par la doctrine, lançant un « Appel commun »⁷⁷ aux États et instances supranationales pour établir un Tribunal européen de l'environnement et de la santé sur la base des principes élaborés par l'Union européenne et, au niveau international, pour instaurer une Cour pénale internationale de l'environnement et de la santé, qui pourrait être une section de l'actuelle CPI⁷⁸ ou une chambre spécialisée au sein de la CIJ. Le défi étant de mettre en place un mécanisme de répression universelle des atteintes aux intérêts communs, le choix reste toujours ouvert entre l'actuelle CPI dont on élargirait la compétence maté-

du navire et qui n'a pas accompli les diligences normales avait commis une faute d'imprudence justifiant sa condamnation pénale du chef de rejet polluant non intentionnel en mer.

76 Le principe de l'universalité de la répression permet à tout Etat de poursuivre et juger un individu auteur d'un tel crime, quels que soient sa nationalité (compétence personnelle active), la nationalité des victimes (compétence personnelle passive) et le lieu de commission du crime (compétence territoriale), à la seule condition qu'il se trouve sur son territoire.

77 Charte de Bruxelles lancée le 30 janvier 2014 à l'adresse de la Commission européenne et du Secrétaire général de l'ONU.

78 HUGLO, 3.

rielle à ce domaine et une nouvelle juridiction pénale internationale spécialement dédiée à l'environnement, patrimoine commun des êtres vivants. Compte tenu de la situation actuelle, l'option de la CPI risque de se heurter à un certain nombre de difficultés à la fois pratiques et politiques, au regard des moyens financiers et humains limités de la Cour, de sa capacité incertaine à absorber un contentieux supplémentaire lié à l'intégration du crime d'écocide dans le Statut de Rome et surtout de la réticence plus que probable de certains États parties. Face à de tels obstacles, la création d'une nouvelle juridiction pénale internationale spécialisée et intervenant de manière exclusive en matière de crimes environnementaux peut sembler plus réaliste, mais sous conditions de garantie d'indépendance et de moyens suffisants.

Les murs institutionnels de la justice pénale une fois posés et les compétences juridictionnelles distribuées, restera à résoudre la question de la représentation du patrimoine commun des êtres vivants devant ce juge pénal attitré afin de mettre en œuvre de manière efficace les qualifications pénales porteuses d'une nouvelle vision universelle. 3.77
 À n'en pas douter le défi actuel de la communauté mondiale se trouve dans la sauvegarde de la sûreté de la planète. De cette protection relèvera très certainement la pérennité des autres droits humains que sont la paix, la sécurité, la santé et la dignité de l'Humanité. Mais bien au-delà du destin de l'homme, de cette protection dépend l'avenir de la communauté de tous les êtres vivants liés par une solidarité de destin. « Le maillon le plus faible d'une chaîne est aussi le plus fort. C'est lui qui brise le lien »⁷⁹, lien matriciel, ancestral, qu'il nous faut rétablir, consolider et perpétuer. L'urgence écologique commande de tout mettre en œuvre pour sauvegarder ce maillon afin de ne pas briser le lien de vie qui nous unit à notre maison, la Terre. Cela ne peut se faire que par un changement de paradigme juridique. L'heure est venue de sortir de notre monde de croissance et de compétition gouverné par l'individualisme et la recherche du gain où l'homme, super-prédateur, méprise et détruit. L'heure est venue de réinventer un monde de solidarité écologique, responsable et entièrement voué aux générations futures.

79 Voir L.E.C.

§ 4 Ecocide : du concept au crime

Eléa Baudevin*

Table des matières

I.	Introduction	87
II.	Etymologie et historique de l'écocide	87
III.	Eléments de définition du crime d'écocide	93
	1. Bien juridique protégé	93
	2. Acte punissable	95
	a) Atteinte grave à l'environnement	95
	b) Caractéristiques de l'atteinte	101
	c) Ecocide comme une infraction de lésion	102
	3. Faute	103
	a) Intention et négligence	103
	b) Responsabilité objective	105
	4. Condition d'illicéité	106
	5. Auteurs et responsabilité	107
	a) Comportement punissable, auteurs et participation	107
	b) Responsabilité	109
IV.	Faisabilité et pertinence d'une telle incrimination	111
	1. Problématique de la souveraineté des Etats exposée à travers deux études de cas	111
	a) Généralités	111
	b) Affaire Erika, 1999	112
	c) Incendies en Amazonie brésilienne, 2019	115
	d) Conclusion commune : l'échec de la responsabilité des Etats pour fait internationallement illicite	118
	2. Esquisse de solution : l'écocide comme crime supranational	118
	a) Caractéristiques des crimes supranationaux	118
	b) Applicabilité matérielle de ce régime au crime d'écocide	119
V.	Conclusion	124

Bibliographie

ALLEN GRAY MARK, *The international crime of ecocide*, California Western International Law Journal 26 (1996), 215 ss; D'AMBROSIO LUCA, *Vers un droit pénal commun de l'environnement : critères et techniques d'incrimination*, in Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 87 ss; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse : Les droits fondamentaux* (vol. 2), 3^e éd., Berne 2013; BERAT LYNN, *Defending the right to a healthy environment : Toward a crime of genocide in international law*, Boston University International Law Journal 11 (1993), 327 ss; BETTATI MARIO, *Le droit international de l'environnement*, Paris 2012; BRUNET DORIAN, *L'utilisation de l'agent orange durant la guerre du Vietnam et ses conséquences sur la santé*, thèse, Bordeaux 2015; CABANES VALÉRIE, *Un nouveau droit pour la Terre : Pour en finir avec l'écocide*, Paris 2016; CAMPROUX-DUFFRÈNE MARIE-PIERRE/GUIHAL DOMINIQUE, *Préjudice écolo-*

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de la Prof. Anne-Christine Favre.

gique, RJE 3 (2013), 457 ss; CDI, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II/2, ONU 2006, 1 ss (cité : CDI 2006); CDI, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II/2, ONU 1996, 1 ss (cité : CDI 1996); CDI, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (29 avril-19 juillet 1991), in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II/2, ONU 1991, 1 ss (cité : CDI 1991); DAILLIER PATRICK/FORTEAU MATHIAS/PELLET ALAIN, *Droit international public*, 8^e éd., Paris 2009; DELMAS-MARTY MIREILLE, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit*, 4^e éd., Paris 2011; DELMAS-MARTY MIREILLE *et al.*, *Le crime contre l'humanité*, 3^e éd., Paris 2018; DUPUY PERRE-MARIE, *Amazonie : le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles*, RJE 44 (2019), 671 ss; FALK RICHARD A., *Environmental warfare and ecocide : Facts, appraisal, and proposals*, Bulletin of peace proposals 1 (1973), 80 ss; FOUCHARD ISABELLE, *De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes*, RIEJ 71 (2013), 49 ss; FRONZA EMANUELA/GUILLOU NICOLAS, *Vers une définition du crime international d'écocide*, in Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 127 ss; GUIHAL DOMINIQUE, *Droit répressif de l'environnement*, 2^e éd., Paris 2000; HIGGINS POLLY, *Earth is our business*, Londres 2012 (cité : HIGGINS, *Earth is our business*); HIGGINS POLLY, *Eradicating Ecocide*, Londres 2010 (cité : HIGGINS, *Eradicating Ecocide*); HURTADO POZO JOSE, *Droit pénal : partie générale*, Zurich 2008; JONAS HANS, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris 1990; KILLIAS MARTIN *et al.*, *Précis de droit pénal général*, 3^e éd., Berne 2008; KISS ALEXANDRE-CHARLES /BEURIER JEAN-PIERRE, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., Paris 2004; KISS ALEXANDRE-CHARLES, *Les modifications artificielles du temps*, AFDI 21 (1975), 792 ss; KOLB ROBERT/SCALIA DAMIEN (éd.), *Droit international pénal*, 2^e éd., Bâle 2012; MAYAUD YVES, *Droit pénal général*, 4^e éd., Paris 2013; NEYRET LAURENT/FOUCHARD ISABELLE, *35 propositions pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement : rapport de synthèse*, in Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide : le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 305 ss; NEYRET LAURENT, *Pour la reconnaissance du crime d'écocide*, RJE 39 (2014), 177 ss (cité : NEYRET, *Pour la reconnaissance du crime d'écocide*); NEYRET LAURENT, *Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète*, in Collectif, *Pour un droit économique de l'environnement : mélanges en l'honneur de G.J. Martin*, Paris 2013, 411 ss (cité : NEYRET, *libres propos sur le crime d'écocide*); PETILLION UGUETTE, *La répression des atteintes à l'environnement : réflexions autour de la compétence internationale du juge pénal français*, RJE 39 (2014), 99 ss; ROCKSTRÖM *et al.*, *A safe operating space for humanity*, Nature, 2009; TANSLEY ARTHUR GEORGE, *The Use and abuse of vegetational concepts and terms*, Ecology 16 (1935), 284 ss; THIAM DOUDOU, *Quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II/1, ONU 1986, 53 ss; TOMUSCHAT CHRISTIAN, *Document sur les crimes contre l'environnement*, in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II/1, ONU 1996, 15 ss; TORD BJÖRK, *The emergence of popular participation in world politics : United Nations conference on human environment 1972*, Department of Political Science University of Stockholm, Stockholm 1996; TSHIAMALA BANUNGANA CHRISTIAN, *La judiciarisation des atteintes environnementales : la Cour pénale internationale à la rescousse ?*, Revue québécoise de droit international 1/1 (2017), 205 ss; WHITAKER MARK, *Version révisée et mise à jour de l'étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide*, ONU 1985; ZIEGLER ANDREAS R., *Einführung in das Völkerrecht*, 4^e éd., Berne 2020; ZIERLER DAVID, *The invention of Ecocide*, The University of Georgia Press, Londres 2011.

I. Introduction

En 1992, l'*Union of Concerned Scientists* et plus de 1700 scientifiques indépendants signaient le « *World Scientists' Warning to Humanity* » pour alerter sur l'état de la planète¹. Ils commandaient à l'humanité de freiner la destruction de l'environnement et tiraient la sonnette d'alarme en déclarant que « si nous voulons éviter de grandes misères humaines, il est indispensable d'opérer un changement profond dans notre gestion de la Terre et de la vie qu'elle recèle »². Pourtant, depuis lors l'environnement connaît des dégradations constantes dont la majorité est d'origine anthropique, si bien que l'appel de la communauté scientifique sera réitéré 25 ans plus tard³.

Cela montre que tout n'a pas été entrepris au niveau politique, social, économique, mais également juridique pour réduire l'impact de l'être humain sur l'environnement. À cet égard, de nombreux juristes sont d'avis que le droit doit subir des modifications profondes afin d'assurer une protection efficace de l'environnement. Pour ce faire, plusieurs propositions ont été avancées, notamment la concrétisation du droit à un environnement sain en tant que droit fondamental, la reconnaissance des générations futures et/ou de la planète comme sujets de droit, ou encore l'incrimination de l'écocide. Ce dernier point a particulièrement retenu notre attention et c'est sur celui-ci que nous nous proposons de réfléchir dans la présente contribution. Celle-ci a pour objet de circonscrire juridiquement le crime d'écocide et d'apporter des solutions aux problèmes de mise en œuvre qu'une telle incrimination peut poser.

En premier lieu, nous reviendrons sur le sens et l'émergence du terme d'écocide, puis nous passerons en revue les projets nationaux et internationaux de criminalisation de l'écocide. Dans un deuxième temps, nous nous concentrerons sur la définition juridique de l'écocide en identifiant le bien juridique protégé, l'acte punissable, le rôle de la faute, la place de l'illicéité et les auteurs. Enfin, il conviendra de s'interroger sur la faisabilité et la pertinence d'une telle incrimination puisqu'elle se heurte à la souveraineté des Etats. Il s'agira alors d'abord d'exposer la problématique de la souveraineté à travers deux études de cas puis d'y apporter une issue en identifiant la place de l'écocide dans l'ordre juridique.

II. Etymologie et historique de l'écocide

Le mot « écocide » est construit à partir du préfixe « éco- » du grec *oikos* qui signifie la maison, l'habitat et du suffixe « -cide » du latin *caedo* qui signifie tuer⁴. L'écocide est donc le fait de tuer la maison, à savoir notre maison, notre habitat, la Terre⁵.

1 Disponible sous : <<https://www.ucsusa.org/resources/1992-world-scientists-warning-humanity>> (17.9.2020).

2 *Ibid.*

3 Disponible sous : <<https://scientistswarning.forestry.oregonstate.edu>> (17.9.2020).

4 NEYRET, *Libres propos sur le crime d'écocide*, 411.

5 *Ibid.*

4.5 Le terme «écocide» a été utilisé pour la première fois en 1970 par le biologiste américain Arthur W. Galston suite à l'utilisation de l'Agent Orange⁶ par l'armée américaine durant la guerre du Viêt Nam⁷. En 1972, ce terme a été repris par le Premier ministre Suédois Olof Palme à l'occasion du discours d'ouverture de la Conférence de Stockholm⁸. L'année suivante, Richard Falk, professeur de droit international à Princeton propose l'adoption d'une convention internationale sur le crime d'écocide⁹. Il compare l'utilisation de l'Agent orange au Viêt Nam à un «Auschwitz aux valeurs environnementales»¹⁰. En 1976 est adoptée la Convention du 10 décembre 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles¹¹ (Convention ENMOD). Elle prohibe, en temps de paix comme en temps de conflit armé les manipulations délibérées des processus naturels ayant des effets étendus, durables ou graves sur l'environnement et interdit de modifier la dynamique, la composition ou la structure de la Terre¹². Le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949¹³ interdit «d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel»¹⁴. Le problème est que ce protocole ne s'applique qu'en cas de conflits armés internationaux. En 1985, la sous-commission de l'ONU chargée de l'étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide reçoit le rapport Whitaker qui recommande l'inclusion de l'écocide en tant que crime autonome aux côtés de celui de génocide, mais aussi d'ethnocide ou génocide culturel¹⁵. Sont qualifiées d'écocide les «altérations nuisibles, fréquemment irréversibles, de l'environnement dues, par exemple, aux explosions nucléaires, à l'emploi des armes chimiques, à des cas graves de pollution, aux pluies acides ou à la destruction de la forêt tropicale, qui menacent l'existence de populations entières, que ce soit délibérément ou par négligence criminelle»¹⁶. Dès 1947, l'Assemblée générale des Nations Unies a donné mandat à la Commission du droit internatio-

6 L'Agent Orange est le surnom donné à un puissant défoliant utilisé par les Etats-Unis pendant la guerre du Viêt Nam. Le produit a été répandu par des avions au-dessus des forêts vietnamiennes ou sur des cultures vivrières, principalement dans le cadre de l'opération *Ranch Hand* conduite de 1962 à 1971. Outre ses effets sur les écosystèmes, l'Agent Orange a eu un impact sur plusieurs générations en provoquant des cancers, des malformations congénitales, des morts néonatales, etc. Cf. BRUNET DORIAN.

7 ZIERLER, 15.

8 TORD, 17.

9 FALK, 21.

10 *Ibid.*, 7.

11 RS 0.515.06.

12 Art. 1 et 2 Convention ENMOD.

13 Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection, RS 0.518.521.

14 Art. 35 par. 3 et 55 par. 1 Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.

15 WHITAKER, 20.

16 *Ibid.*

nal (CDI) d'élaborer un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁷ (ci-après : Projet de Code). En 1986, le rapporteur spécial Doudou Thiam suggère d'insérer dans la définition du crime contre l'humanité « toute atteinte grave à une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain »¹⁸. Ensuite, un groupe de travail dirigé par Christian Tomuschat élabore l'art. 26 du Projet de Code qui punit « tout individu qui cause délibérément ou ordonne que soient causés des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel »¹⁹. Nous remarquons la volonté d'intégrer le crime d'écocide en tant que crime autonome. La CDI adopte le Projet de Code incluant l'art. 26 en première lecture en 1991²⁰. Cependant, plusieurs Etats font part de leur réticence et finalement, le texte sera adopté en seconde lecture en 1996, sans l'art. 26²¹. Cette disposition retenait les dommages graves causés à l'environnement sous la qualification de crimes de guerre²². En 1998, est adopté le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998²³ (Statut de Rome), qui confirme que « le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment [...] des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel » constitue un crime de guerre²⁴. Comme pour le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, ces atteintes ne constituent un crime que si elles sont commises lors d'un conflit armé international. De plus, elles sont prohibées seulement si elles ne sont pas manifestement excessives par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu²⁵.

Outre les travaux au sein des Nations-Unies visant à incriminer l'écocide, de nombreux 4.6 juristes internationaux militent pour la reconnaissance du crime d'écocide depuis les années 1990. En 1993, suite au constat qu'il faut impérativement arrêter de détruire la planète avant qu'elle ne devienne incapable de maintenir la vie, Lynn Berat propose l'introduction du crime de géocide²⁶. Il est en accord avec les préoccupations de la Commission Brundtland qui souligne l'importance de préserver l'environnement pour les générations futures²⁷. Lynn Berat part de la reconnaissance de l'interdépendance de toutes les espèces²⁸ et de plus, inscrit le crime de géocide comme corollaire au droit à un environ-

17 Assemblée générale des Nations Unies du 21 novembre 1947, Résolution 177 (II) : Formulation des principes reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour (Doc. A/RES/177(II)).

18 THIAM, 61 et 86.

19 CDI 1991, 111.

20 *Ibid.*

21 TOMSUCHAT, 19 s.

22 CDI 1996, 56.

23 RS 0.312.1.

24 Art. 8) 2) b) iv) du Statut de Rome.

25 *Ibid.*

26 BERAT, 328.

27 Rapport de la Commission Brundtland, Notre avenir à tous, 1987, 13 s.

28 BERAT, 343.

nement sain²⁹. Ce crime peut être défini comme suit : « Le géocide est la destruction intentionnelle, en tout ou en partie, d'une partie quelconque de l'écosystème mondial, en tuant des membres d'une espèce, en causant des dommages corporels ou mentaux graves à des membres de l'espèce, en infligeant à l'espèce des conditions de vie qui entraînent sa destruction physique en tout ou en partie, et en imposant des mesures qui empêchent les naissances au sein du groupe ou entraînent des malformations congénitales »³⁰. En 1995, Mark Allen Gray propose à son tour une définition du crime d'écocide qui se caractérise par des dommages écologiques à la fois graves et étendus ou durables³¹. Ceux-ci doivent avoir des conséquences internationales, soit parce qu'ils menacent des intérêts et des valeurs importants pour la communauté mondiale, notamment la vie, la santé et les ressources vitales, soit parce que l'on compte des citoyens de plus d'un Etat parmi les victimes ou les auteurs du crime d'écocide, soit, enfin, parce que des considérations politiques, sociales, économiques et technologiques font qu'ils ne peuvent être arrêtés, renversés ou empêchés de se reproduire que par la coopération internationale³². En plus de provoquer des conséquences internationales, les dommages doivent avoir une dimension polluante, à savoir, engendrer à la société plus de coûts que d'avantages, c'est ce que Gray appelle l'« élément de gaspillage »³³. Il prône également la reconnaissance d'une responsabilité objective, responsabilité sans faute pour le crime d'écocide³⁴. Selon lui, ce système ferait progresser les principes de pollueur-payeur et de précaution³⁵.

- 4.7 À partir des années 2000, les pressions pour reconnaître le crime d'écocide se font de plus en plus fortes en Europe et émanent, cette fois-ci, aussi bien de juristes que de la société civile. C'est ainsi qu'en 2010, la juriste anglaise Polly Higgins, lance le projet *Eradicating Ecocide Project*, et soumet à la CDI une proposition de définition du crime d'écocide, demandant qu'il soit reconnu comme l'un des crimes contre la paix. Elle qualifie l'écocide de « crime contre les générations présentes et futures et contre l'ensemble de la vie sur la Terre »³⁶ et le définit comme « la destruction partielle ou totale d'un écosystème sur un territoire donné, les dommages massifs générés par l'action humaine ou toute autre cause, ayant pour résultat d'empêcher les habitants du territoire concerné d'en jouir en toute quiétude »³⁷. En 2013, une Initiative citoyenne européenne visant à « mettre un terme à l'écocide » en Europe et à « donner des droits à la Terre » reprend la proposition de Higgins³⁸. Elle donne naissance au mouvement *End Ecocide on*

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 GRAY, 217.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*, 217 s.

34 *Ibid.*, 218 s.

35 *Ibid.*

36 <<https://ecocidelaw.com>> (17.9.2020).

37 HIGGINS, *Earth is our business*, 159.

38 <<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2013/000002>>, (17.9.2020).

Earth qui réunit 35 experts à Bruxelles en octobre 2014 pour tenter d'aboutir à une définition commune du crime d'écocide et qui, encore une fois, propose d'amender le Statut de Rome pour y introduire le crime d'écocide³⁹ (ci-après : proposition d'amendements sur le crime d'écocide). La définition qui en résulte est éminemment scientifique et se base sur le respect de l'équilibre et des limites planétaires qui est nécessaire à la survie et au bien-être des générations présentes et futures. L'art. 8^{er} de la proposition d'amendements du Statut de Rome dispose qu'« aux fins du présent Statut, est coupable d'écocide quiconque cause un dommage grave à : a) tout ou partie du système des communs planétaires, ou b) un système écologique de la Terre »⁴⁰. En 2015, plusieurs juristes sous la direction de Laurent Neyret proposent cette fois la rédaction d'une Convention internationale visant à prohiber le crime d'écocide (ci-après : projet de Convention contre l'écocide), car pour eux l'introduction d'un nouveau crime dans le Statut de Rome paraît trop complexe⁴¹. Ce dernier y est défini comme « un acte intentionnel commis dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui porte atteinte à la sûreté de la planète »⁴². En préparation de la COP21, une Alliance des gardiens de Mère Nature a été constituée à la demande de Raoni Matuktire pour appuyer la reconnaissance du crime d'écocide à l'égard duquel la Cour pénale internationale (CPI) aurait compétence. Le crime d'écocide devrait être caractérisé par « un endommagement étendu ou une destruction qui aurait pour effet d'altérer de façon grave et durable des communaux globaux ou des services écosystémiques dont dépend un groupe ou un sous-groupe de population humaine »⁴³.

Bien que les tentatives d'incrimination de l'écocide en tant que crime autonome en droit international soient prometteuses, aucune n'a pour le moment abouti. Cependant, au niveau national, plusieurs pays ont introduit dans leurs codes pénaux une disposition réprimant l'écocide. C'est d'abord le cas du Code pénal vietnamien qui, depuis 1990, stipule que « la destruction de l'environnement naturel, qu'elle soit commise en temps de paix ou de guerre, constitue un crime contre l'humanité »⁴⁴. La plupart des pays de l'ex-URSS prohibent également l'écocide et en retiennent tous une définition similaire, à savoir la destruction massive de la faune et de la flore, la pollution de l'atmosphère et des ressources en eau, ainsi que tout acte susceptible de provoquer une catastrophe écologique⁴⁵. En Europe occidentale, depuis les années 2010, plusieurs voix s'élèvent

39 Proposition d'amendements sur le crime d'écocide, disponible sous : <<https://www.endecocide.org/en/>> (17.9.2020).

40 *Ibid.*

41 NEYRET/FOUCHARD, 380 s.

42 Art. 2 du projet de Convention contre l'écocide, in NEYRET (dir.), Des écocrimes à l'écocide, 288 ss.

43 <<http://raoni.com/actualites-1036.php>> (17.9.2020).

44 Art. 278 CP Viêt Nam, disponible sous : <<https://ecocidelaw.com/the-law/existing-ecocide-laws/>> (17.9.2020).

45 Art. 394 CP Arménie, art. 131 CP Biélorussie, art. 409 CP Géorgie, art. 161 CP Kazakhstan, art. 374 CP Kirghizistan, art. 136 CP Moldavie, art. 358 CP Russie, art. 400 CP Tadjikistan, art. 441 CP Ukraine, disponibles sous : <<https://ecocidelaw.com/the-law/existing-ecocide-laws/>> (17.9.2020).

également pour la reconnaissance du crime d'écocide, par exemple en Angleterre et au Pays de Galles⁴⁶ ou en Suède⁴⁷. En France, deux projets de loi visant à incriminer l'écocide ont été déposés, respectivement devant le Sénat en mars 2019⁴⁸ et devant l'Assemblée nationale en octobre 2019⁴⁹. Le premier définit l'écocide comme « le fait, en exécution d'une action concertée tendant à la destruction ou dégradation totale ou partielle d'un écosystème, en temps de paix comme en temps de guerre, de porter atteinte de façon grave et durable à l'environnement et aux conditions d'existence d'une population »⁵⁰. Le deuxième projet offre une définition relativement semblable, puisqu'il retient qu'est constitutive d'écocide « une action concertée et délibérée tendant à causer directement des dommages étendus, irréversibles et irréparables à un écosystème, commise en connaissance des conséquences qui allaient en résulter »⁵¹. Ces deux projets ont été successivement refusés aux motifs que la définition proposée n'était pas assez précise, que la question devait faire l'objet d'un traitement international et que l'arsenal pénal français était déjà au point pour punir de tels actes⁵². En octobre 2019 a été mise sur pied une Convention citoyenne pour le climat (ci-après : Convention citoyenne) chargée de proposer au gouvernement français des mesures afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 40% d'ici à 2030 dans un esprit de justice sociale⁵³. La Convention citoyenne a présenté ses propositions le 21 juin 2020, l'une d'entre elles étant de légiférer sur le crime d'écocide qui comprend « toute action ayant causé un dommage écologique grave en participant au dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires, commise en connaissance des conséquences qui allaient en résulter et qui ne pouvaient être ignorées »⁵⁴.

- 4.9 À ce stade, on comprend d'ores et déjà que l'écocide couvre les atteintes à l'environnement les plus graves, celles qui ont pour effet de le détruire en tout ou en partie de manière irréversible.

46 <greenparty.org.uk> (17.9.2020).

47 <endecocide.se> (17.9.2020).

48 <<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl18-384.html>> (17.9.2020).

49 <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/reconnaissance_crime_ecocide_2?e-tape=15-AN1-DEPOT> (17.9.2020).

50 Art. 1 de la Proposition de loi portant sur la reconnaissance du crime d'écocide, Sénat n°384, disponible sous : <<https://www.senat.fr/leg/ppl18-384.html>> (17.9.2020).

51 Art. 1 de la Proposition de loi portant sur la reconnaissance du crime d'écocide, Assemblée nationale n°2353, disponible sous : <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2353_proposition-loi> (17.9.2020).

52 JOLY PATRICIA, Le Sénat rejette l'inscription du « crime d'écocide » dans le droit pénal, *Le Monde*, 3.5.2019; AFP, L'Assemblée nationale rejette une proposition de loi sur la reconnaissance de « l'écocide », *Le Monde*, 12.12.2019.

53 <<https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr>> (17.9.2020).

54 Proposition de la Convention citoyenne pour le climat, disponible sous : <<https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/pr/ccc-senourrir-legiferer-sur-le-crime-d-ecocide.pdf>> (17.9.2020).

III. Éléments de définition du crime d'écocide

Sur le plan juridique formel, l'infraction est définie comme un comportement humain typique d'un énoncé de fait légal illicite et coupable⁵⁵. Sur le plan matériel, l'infraction est un comportement qui porte atteinte ou met en danger un bien juridiquement protégé et qui viole le devoir de se comporter dans le respect de la légalité⁵⁶. 4.10

Pour tout travail d'incrimination, il est donc nécessaire de déterminer ces éléments. C'est ce que nous ferons dans la présente partie, en nous appuyant sur les propositions existantes que l'on vient de citer quand nous estimerons qu'elles sont pertinentes. 4.11

1. Bien juridique protégé

Lorsque l'on parle d'écocide, on parle de destruction de l'environnement ; punir l'écocide reviendrait donc à protéger l'environnement, qui serait alors l'objet de protection de la loi pénale. Dans son acception large, la notion d'environnement a tendance à se confondre avec celle de biosphère, soit l'ensemble des interactions chimiques, biologiques et des écosystèmes qui permettent la vie⁵⁷. On y inclut la couche très mince qui entoure la planète Terre, comprenant les basses couches de l'atmosphère, pénétrant à quelques centaines de mètres tout au plus sous la surface de la terre et jusqu'au fond de l'océan⁵⁸. 4.12

En matière de protection de l'environnement, deux conceptions principales s'opposent. Selon la première, l'approche écocentriste, l'environnement est à protéger pour lui-même, alors que selon la deuxième, l'approche anthropocentriste, l'environnement est à protéger seulement en tant que cadre de vie pour l'homme⁵⁹. Appliquée à l'écocide, la vision anthropocentriste a pour conséquence qu'une atteinte à l'environnement ne serait punissable que si elle mettait en danger l'évolution ou la survie de l'être humain⁶⁰. La question de savoir quelle conception retenir a fait l'objet de nombreux débats chez les auteurs et autrices ayant travaillé sur l'incrimination de l'écocide. Cependant, il est aujourd'hui admis que la destruction de l'environnement participe à la mise en danger de l'humanité. On arrive donc à la conclusion que, si l'on ne considère pas l'être humain en tant qu'individu, mais l'humanité entière, les approches écocentriste et anthropocentriste se recoupent⁶¹. L'objet au centre de la protection d'une loi réprimant l'écocide serait donc l'environnement, dans le but de garantir la survie de l'humanité, qui comprend les êtres humains d'aujourd'hui, mais aussi ceux de demain, soit les générations futures. Dans cette lignée, on citera la position de Christian Tomuschat qui, en 1996, quand il 4.13

55 POZO, 6.

56 *Ibid.*

57 KISS/BEURIER, 17.

58 *Ibid.*

59 D'AMBROSIO, 91 ; FRONZA/GUILLOU, 134.

60 FRONZA/GUILLOU, 134.

61 *Ibid.*, 135.

se penche sur l'inclusion de l'écocide dans le Projet de Code, déclare que « la protection de l'environnement n'est pas à strictement parler synonyme de protection de la vie humaine. Protéger l'environnement, même en faisant appel au droit pénal comme ultime recours, signifie assurer la survie de l'humanité à long terme. L'homme est en dernière analyse le bénéficiaire des efforts entrepris dans ce sens, mais l'effet perturbateur du dommage à l'environnement ne doit pas être forcément apprécié du point de vue de son atteinte à la vie humaine et à l'intégrité physique »⁶².

- 4.14 En somme, en visant à protéger à la fois l'environnement, les écosystèmes, les êtres humains d'aujourd'hui et le futur de l'humanité, on remarque que l'écocide protège non pas une valeur unique, mais un réseau de valeurs, elles-mêmes interdépendantes dans l'espace et dans le temps : la protection des équilibres écologiques, la protection des espèces animales et végétales ainsi que la santé des populations humaines⁶³. À cet égard, Laurent Neyret a développé le concept d'équilibre et de sûreté de la planète comme valeur protégée par l'écocide. Celle-ci revêt une double dimension – la protection de l'environnement pour lui-même et la protection des populations atteintes à travers leur environnement – et une double temporalité – la protection de l'environnement et des personnes d'aujourd'hui et de demain⁶⁴.
- 4.15 À notre sens, cette nouvelle notion a le mérite d'être la plus englobante possible. C'est elle qui est la plus inclusive et qui répond le mieux aux enjeux et aux besoins d'une incrimination de l'écocide.
- 4.16 Pour préserver l'équilibre et la sûreté de la planète, il nous faut impérativement protéger l'écosystème Terre et tous les écosystèmes à l'intérieur de celui-ci. On entend par « écosystème », un ensemble formé par une communauté d'êtres vivants en interrelation avec son environnement. L'écosystème Terre s'appuie sur un système d'échanges complexes régi par des règles d'équilibre extrêmement précises. Il se compose de sous-systèmes dont chaque fonction est vitale, chaque sous-système étant lui-même dépendant de cycles biogéochimiques dont l'ensemble dépend. Les composants de chaque écosystème développent un dense réseau de dépendances, d'échanges d'énergies, d'informations et de matières permettant le maintien de la vie. C'est pour cette raison que les espaces, processus et cycles vitaux de l'écosystème Terre doivent être préservés afin d'assurer le maintien de la vie sur Terre.⁶⁵

62 TOMUSCHAT, 24.

63 FRONZA/GUILLOU, 132 ; DELMAS-MARTY, 99 et 279.

64 NEYRET/FOUCHARD, 388.

65 TANSLEY, 284 ss.

2. Acte punissable

a) *Atteinte grave à l'environnement*

Le crime d'écocide a pour vocation de réprimer les atteintes à l'environnement les plus graves ; c'est ce qui le distingue des autres crimes environnementaux, appelés parfois « écocrimmes »⁶⁶. Dans les propositions étudiées, le terme « atteinte » est parfois remplacé par celui de « dommage ». Nous pourrions utiliser aléatoirement l'un ou l'autre terme selon les propositions citées. Nous préférons toutefois le terme « atteinte », car ce sont bien les dégradations de l'environnement en tant que telles qui sont visées, même si des considérations économiques peuvent parfois être prises en compte pour évaluer la gravité d'une atteinte⁶⁷. 4.17

Il nous appartient en premier lieu de déterminer le seuil de gravité requis pour qu'elle porte atteinte à la sûreté de la planète et puisse être qualifiée d'écocide. 4.18

aa) « Dommages » étendus, durables et graves à l'environnement

Une des propositions retenues est d'exiger des dommages étendus, durables et graves à l'environnement. C'est ce que prévoit l'art. 26 du Projet de Code⁶⁸. La gravité est donc déterminée par trois facteurs qui se superposent : l'étendue ou l'intensité des dommages, leur persistance dans le temps et l'importance de l'aire géographique qu'ils affectent⁶⁹. Il y a eu un point de discordance sur l'exigence de durabilité des dommages : certains membres pensaient que cela aurait pour effet de retarder les poursuites pénales, d'autres étaient au contraire de l'avis que le caractère durable des effets pouvait raisonnablement être apprécié dès la naissance du dommage⁷⁰. Dans la définition qu'il propose, Mark Allen Gray exige des dommages écologiques sérieux, c'est-à-dire à la fois graves et étendus ou durables.⁷¹ La gravité requise s'examine au regard de l'ampleur des dommages et du nombre de personnes et d'espèces touchées, en fonction de l'impact sur les populations en termes de coûts sociaux et économiques ou s'ils entraînent la perte de biens culturels uniques⁷². Ils doivent encore couvrir une vaste étendue géographique et il doit être difficile, improbable ou impossible de les renverser⁷³. Pour savoir si un dommage causé à un écosystème a été important, la juriste anglaise Polly Higgins propose de réaliser un test en trois fois qui se base sur l'examen de la taille, la durée et l'impact du dommage⁷⁴. Pour interpréter ces notions, elle suggère de se référer à la 4.19

66 NEYRET/FOUCHARD, 346.

67 Sur ce point, voir TOMUSCHAT, 25.

68 CDI 1991, 111.

69 *Ibid.*, 112.

70 *Ibid.*

71 GRAY, 217.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*

74 HIGGINS, *Eradicating Ecocide*, 64.

Convention ENMOD qui stipule : « a) il faut entendre par « étendus » les effets qui s'étendent à une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés ; b) « durables » s'entend d'une période de plusieurs mois, ou environ une saison ; c) « grave » signifie qui provoque une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué pour la vie humaine, les ressources naturelles et économiques ou d'autres richesses »⁷⁵. D'autres juristes, comme Karen Hulme, proposent plutôt de se référer aux instruments du droit international humanitaire pour définir les termes « étendus, durables et graves », à savoir au Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 et au préambule de la Convention sur les armes classiques⁷⁶ ⁷⁷. Au sens du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, « étendu » s'entend d'une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés, « durable » s'entend d'une à plusieurs décennies, vingt ou trente ans au minimum, et « grave » s'entend d'un dommage de nature à mettre en danger à long terme la survie de la population civile ou risquerait de lui poser de graves problèmes de santé⁷⁸. La définition du terme « durable » a ici le mérite d'être plus précise que celle figurant dans la Convention ENMOD. Cependant, comme le souligne à juste titre Karen Hulme, trop de précisions peut avoir pour effet d'empêcher les poursuites, surtout si elles doivent être engagées par la CPI⁷⁹. Elle suggère alors que la seule qualification de « grave » soit retenue pour couvrir toutes les dimensions de taille, de durée et d'impact⁸⁰.

- 4.20 Les rédacteurs et rédactrices du projet de Convention contre l'écocide ont conçu que ce crime implique la commission d'infractions sous-jacentes recouvrant des comportements variés qui portent atteinte aux divers éléments de l'environnement (par exemple la pollution massive de l'air, de l'atmosphère, des sols, des eaux ou des milieux aquatiques), à ses composantes (comme la destruction d'espèces de faune et de flore sauvages protégées ou non), ainsi qu'à leurs fonctions écologiques⁸¹. La liste donnée n'est pas exhaustive et d'autres comportements peuvent tomber dans le champ de l'écocide. Bien qu'une telle liste exemplative ne nous paraisse pas essentielle, elle permet de s'assurer que les comportements listés seront punis. De plus, cela peut aider le juge à savoir si d'autres comportements doivent être qualifiés d'écocide. Laisser cette liste ouverte est

75 Accords interprétatifs de la Convention ENMOD, disponible sous : <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=813FBAFE-462BAA32C12563BD002C49D0>> (17.9.2020).

76 Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination du 10 octobre 1980 (RS 0.515.091).

77 CABANES, 306 s.

78 Commentaires du CICR des art. 35 et 55 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, disponible sous : <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/470>> (20.9.2020).

79 CABANES, 306 s.

80 *Ibid.*

81 Art. 2 projet de Convention contre l'écocide ; NEYRET/FOUCHARD, 389.

par contre primordial pour pouvoir également réprimer les effets néfastes pouvant être liés à de nouvelles technologies ou les nouvelles modalités de commission d'un écocide que l'on ne peut pas prévoir aujourd'hui. Ces infractions sous-jacentes doivent encore être extrêmement graves pour porter atteinte à la sûreté de la planète et constituer un écocide ; elles doivent entraîner un dommage grave et caractérisé à l'environnement, à savoir « a) une dégradation étendue, durable et grave de l'air ou de l'atmosphère, des sols, des eaux, des milieux aquatiques, de la faune ou de la flore, ou de leurs fonctions écologiques »⁸². Pour interpréter les termes « étendus, durables et graves », les juristes du projet de Convention contre l'écocide se réfèrent à la fois à la Convention ENMOD et au Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 sans paraître faire de distinction⁸³. Cependant, ils retiennent que l'adjectif « grave » devrait renvoyer à une dégradation qui provoque « une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué », uniquement pour « les ressources naturelles et économiques ou d'autres richesses » et non directement pour « la vie humaine », puisque celle-ci est prise en considération dans la deuxième catégorie de dommages⁸⁴. En effet, de manière alternative, ces infractions sous-jacentes portent également atteinte à la sûreté de la planète lorsqu'elles causent « la mort, des infirmités permanentes ou des maladies incurables graves à une population ou dépossèdent durablement cette dernière de ses terres, territoires ou ressources »⁸⁵.

Peu importe le choix rédactionnel retenu, que ce soit un critère d'interprétation écrit ou non écrit, on remarque que dans toutes les définitions examinées, les conséquences humaines d'une atteinte à l'environnement sont utilisées pour apprécier sa gravité. On note cependant qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une atteinte directe à la vie humaine. On citera ici Christian Tomuschat qui disait à cet égard : « On peut donc conclure que la gravité, notion fondamentale qui est le pivot du projet tout entier, ne signifie pas nécessairement qu'il y ait atteinte à la vie humaine, au sens d'une atteinte directe, comme dans le cas d'une atteinte à l'intégrité physique. Ainsi, un acte peut être, et a effectivement été, qualifié de suffisamment grave au regard du projet de code si ses effets directs ou ses conséquences à long terme sapent les fondements essentiels de la santé et de la dignité personnelle et collective. Les dégâts graves et étendus causés à l'environnement répondent à ces critères. Bien que ces dégâts, par définition, ne détruisent pas immédiatement et directement des vies humaines, leurs effets à long terme peuvent être catastrophiques de mille manières. Des êtres humains peuvent être atteints de lésions congénitales, des contrées entières devenir inhabitables, ou dans le pire des cas, l'humanité peut être menacée d'extinction. Dans toute situation où le milieu est gravement touché peut donc s'ensuivre une série d'événements qui risquent de menacer la paix et la sécurité internationales dans la mesure où les populations 4.21

82 NEYRET/FOUCHARD, 390 s.

83 D'AMBROSIO, 102 ; NEYRET/FOUCHARD, 391.

84 D'AMBROSIO, 102.

85 Art. 2 projet de Convention contre l'écocide ; NEYRET/FOUCHARD, 390 s.

atteintes tenteront d'exercer leur droit à la vie par tous les moyens dont elles disposent »⁸⁶. Cela permet de bien illustrer les multiples composantes du concept de sûreté de la planète et le lien existant entre les destructions de l'environnement et le danger qu'elles représentent pour l'humanité.

- 4.22 Nous soulignerons ici que la destruction du territoire d'une population, outre le fait qu'elle constitue une menace pour la survie de cette dernière, peut également entraîner la disparition du mode de vie d'un peuple⁸⁷. Nous pensons notamment aux peuples autochtones dont le mode de vie dépend d'un écosystème local qui, s'il venait à être détruit, mettrait en péril toute leur culture. À titre d'exemple, nous pouvons citer le projet « Montagne d'or » en Guyane qui visait à extraire de l'or en profondeur au cœur de la forêt amazonienne. En plus de ses conséquences désastreuses sur l'environnement, le projet se situait sur un territoire sacré pour les populations indigènes, qui craignaient que la perte de leurs terres conduise également à la perte de leur identité et de leur spiritualité⁸⁸. Ces populations se sont opposées plusieurs fois au projet, mais elles n'ont jamais été consultées par le gouvernement français⁸⁹. Le 10 janvier 2019, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de l'ONU a exprimé son inquiétude quant à l'absence de consentement et au manque de consultation des populations indigènes⁹⁰. En juin 2019, le gouvernement a finalement annoncé l'abandon du projet⁹¹. L'incrimination de l'écocide servirait donc à combler un vide juridique puisque s'il est commis avec l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe ethnique, la violation relèverait de la définition du génocide⁹² et, en cas de guerre, du crime de guerre⁹³ ; mais il reste pour le moment impuni en temps de paix ou lorsque cette volonté de détruire fait défaut. C'est ici que s'inscrit la proposition de l'Alliance des gardiens de Mère Nature citée plus haut⁹⁴. En effet, reconnaître l'écocide constituerait, pour les peuples autochtones, un moyen efficace de défense et de protection de leur habitat naturel.

ab) Dépassement des limites planétaires

- 4.23 Une autre façon d'apprécier la gravité d'une atteinte à l'environnement serait de se référer aux limites planétaires. En 2009, une équipe internationale de 26 chercheurs menés par Johan Rockström du *Stockholm Resilience Centre* et Will Steffen de l'Université nationale australienne a identifié neuf processus et systèmes régulant la stabilité et la rési-

86 TOMUSCHAT, 22.

87 CABANES, 319 s.

88 SCHNEIDER FRÉDÉRIQUE, Guyane le projet minier « Montagne d'or » menacerait les peuples autochtones, *La Croix*, 18.1.2019.

89 SCHNEIDER FRÉDÉRIQUE, Guyane le projet minier « Montagne d'or » menacerait les peuples autochtones, *La Croix*, 18.1.2019.

90 *Ibid.*

91 <<https://www.wwf.fr/sengager-ensemble/relayer-campagnes/montagne-dor>> (17.9.2020).

92 Art. 6 du Statut de Rome.

93 Art. 8 du Statut de Rome.

94 <<http://raoni.com/actualites-1036.php>> (17.9.2020).

lience du système terrestre : le changement climatique, l'acidification des océans, la déplétion de la couche d'ozone, les aérosols atmosphériques, l'usage de l'eau douce, l'usage des sols, les pertes de la biodiversité, les perturbations globales du cycle de l'azote et du phosphore et la pollution chimique⁹⁵. Des limites à ne pas franchir – à l'échelon planétaire – ont été définies pour chacun de ces processus afin de garantir un « espace sûr pour l'humanité »⁹⁶. Le franchissement de ces limites constitue le point de bascule au-delà duquel la planète Terre ne serait plus viable. *A contrario*, le respect de ces limites permet d'assurer l'équilibre de la Terre.

On pourrait donc partir du principe qu'un acte, ou une succession d'actes dans un espace-temps limité, pourrait être qualifié d'écocide lorsqu'il cause une atteinte à l'environnement pouvant engendrer le dépassement d'une ou de plusieurs limites planétaires, portant ainsi atteinte à l'équilibre et la sûreté de la planète. C'est cette option qui a été choisie par Valérie Cabanes, et plus généralement par les juristes du mouvement *End Ecocide on Earth*, dans leur proposition d'amendements du Statut de Rome⁹⁷. C'est également cette solution qui a été retenue dans la proposition de la Convention citoyenne en France⁹⁸. 4.24

Cependant, une difficulté apparaît ici. En effet, il est rare qu'une activité humaine à elle seule conduise au dépassement des limites planétaires. On est en réalité souvent face à une multitude d'activités qui, prises globalement, conduisent à un tel dépassement. Pour parer à cette difficulté, les juristes d'*End Ecocide on Earth* proposent de réprimer une activité si elle « interfère ou altère tout ou partie de l'environnement d'une manière qui dépasse en soi les limites planétaires ou dépasserait ces limites si elle était produite de façon répétitive, en masse et au même rythme par toute l'humanité »⁹⁹. La proposition de la Convention citoyenne vise à punir « toute action ayant causé un dommage écologique grave en participant au dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires »¹⁰⁰. Il n'est donc pas nécessaire que les limites planétaires soient effectivement dépassées pour que l'on se trouve face à un acte d'écocide. Ce qui importe est que l'atteinte causée à l'environnement ait pour résultat de participer au dépassement de ces limites. Cela est particulièrement important si l'on considère le fait que les limites planétaires sont interconnectées, ce qui signifie qu'un acte qui participe au dépassement d'une limite planétaire peut également contribuer au franchissement d'une autre limite. Ce serait par exemple le cas si une espèce disparaissait pour cause de changement climatique. 4.25

95 ROCKSTRÖM *et al.*

96 *Ibid.*

97 Proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

98 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, Se nourrir – Objectif 7.1 : Légiférer sur le crime d'écocide.

99 Art. 8^{ter} par. 10 Proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

100 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, Se nourrir – Objectif 7.1 : Légiférer sur le crime d'écocide.

- 4.26 Pour ce faire, nous avons besoin d'experts scientifiques avérés qui détermineraient dans quelle mesure une activité participe au dépassement des limites planétaires. En effet, ces compétences dépassent celles que l'on attend du juge pénal. Par ailleurs, les avis scientifiques peuvent se contredire. C'est pourquoi la Convention citoyenne recommande d'asseoir la légitimité des personnalités scientifiques appelées à s'exprimer par la création d'une instance indépendante supraministérielle, réunissant un collège d'experts. Cette institution, appelée « Haute autorité des limites planétaires », serait chargée de garantir l'application et le respect des limites planétaires, de les transcrire au niveau national et de réévaluer ces données de façon périodique compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment¹⁰¹. Elle pourrait notamment exercer un droit d'alerte auprès de la justice ou être saisie ou consultée par cette dernière¹⁰². La proposition d'amendements du Statut de Rome prévoit également que les limites planétaires soient déterminées et réévaluées périodiquement par une institution internationale indépendante, comme le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) par exemple¹⁰³.
- 4.27 En France, la Convention citoyenne pour le climat a déposé sa proposition devant un comité légistique (ci-après : le comité) qui l'a analysée. Le comité a jugé que cette référence aux limites planétaires pour définir l'incrimination de l'écocide n'était pas conforme au principe de légalité des délits et des peines, qui impose que le comportement interdit soit clairement défini par le législateur, que la sanction qu'encourt celui qui commet le comportement interdit doit être clairement identifiée par la loi et qu'enfin, le comportement doit être défini avant de pouvoir être sanctionné¹⁰⁴. Pour que les limites planétaires puissent constituer le fondement d'une incrimination pénale, le comité a précisé qu'il serait nécessaire d'identifier en amont et précisément des seuils qui constitueraient un dépassement des limites planétaires imputables à l'activité d'une personne¹⁰⁵. En outre, il s'est également prononcé sur la création de la Haute autorité des limites planétaires et a insisté sur le fait que pour respecter les principes de séparation des pouvoirs et de légalité, les compétences de cette autorité devaient être clairement définies dans la loi¹⁰⁶.

ac) Remarques conclusives

- 4.28 Se référer aux limites planétaires pour déterminer si une atteinte à l'environnement est assez grave pour être qualifiée d'écocide nous paraît être la solution la plus claire possible. En effet, en cas de participation au dépassement d'une ou de plusieurs des limites

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*

103 Art. 8^{ter} par. 11 Proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

104 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, Se nourrir – Objectif 7.1 : Légiférer sur le crime d'écocide.

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*

planétaires, il est possible de démontrer qu'un acte, ou une succession d'actes dans un certain laps de temps, peut porter atteinte à la sûreté de la planète. Que le droit se fixe sur la science pour apprécier la gravité d'une atteinte à l'environnement nous semble essentiel. Se fonder sur les limites planétaires permet de s'appuyer sur un référentiel sûr pour quantifier l'impact climatique des activités humaines.

b) *Caractéristiques de l'atteinte*

La gravité de l'atteinte est établie si elle participe au dépassement des limites planétaires. De ce fait, l'atteinte se définit par son résultat. Sous le prisme de l'écocide, toute modification ou intervention humaine dans l'environnement ne constitue pas encore une atteinte à ce dernier. Dans cette optique, les techniques de modification du temps¹⁰⁷, aussi parfois appelées « géo-ingénierie » ne seraient pas forcément synonymes d'atteinte. En effet, si elles sont utilisées dans un but de destruction du milieu de vie, le qualificatif d'atteinte ne fait pas de doute. En revanche, si elles visent à avoir un effet positif sur l'environnement, par exemple pour lutter contre le réchauffement climatique comme on en parle beaucoup aujourd'hui, la question est plus délicate. Ces techniques présentent de nombreux risques, connus ou non, et doivent selon nous être appréhendées par une application stricte du principe de précaution. 4.29

À ce stade, nous pouvons nous demander si toute atteinte à l'environnement qui participe au dépassement des limites planétaires peut être qualifiée d'écocide ou s'il est nécessaire qu'elle présente d'autres caractéristiques. Les juristes du projet de Convention sur l'écocide imposent que l'atteinte soit commise dans le cadre d'une action généralisée et systématique, car pour eux, ce critère permet de circonscrire la qualification d'écocide aux crimes les plus graves et de traduire la dimension collective nécessaire à la production d'un dommage qui porte atteinte à la sûreté de la planète¹⁰⁸. On retrouve cet élément dans la définition du crime contre l'humanité telle que libellée dans le Statut de Rome¹⁰⁹. On peut donc interpréter ces termes de la même manière. « Généralisée » veut dire que l'action doit avoir une certaine échelle, une certaine grandeur, soit par l'effet cumulatif d'actes individuels, soit par l'effet d'un seul acte d'une grande magnitude¹¹⁰. « Systématique » signifie que l'action va suivre un plan méthodique qui va toucher l'environnement de manière répétée^{111 112}. À notre sens, une atteinte à l'environnement 4.30

107 KISS, 792 ss.

108 NEYRET/FOUCHARD, 391 s.

109 Art. 7 du Statut de Rome.

110 KOLB/SCALIA, 100.

111 *Ibid.*

112 Cette condition inclut l'élément intentionnel et est bien adaptée pour les actes d'organisations criminelles (qui peuvent par exemple être à l'origine de trafics d'espèces animales ou végétales). Cependant elle paraît trop restrictive par rapport aux autres éléments de définition de l'écocide qui couvrent également les situations accidentelles et les actes considérés comme liés à des activités traditionnelles ou inévitables économiquement. Cf. notamment N 4.34 ss.

ment qui participe au dépassement des limites planétaires présente *de facto* une grande ampleur et pourrait de ce fait toujours être considérée comme étant « généralisée ». Elle devrait plutôt être considérée comme une condition implicite, directement incluse dans la définition du crime d'écocide. Les deux conditions étant alternatives, peu importe que l'atteinte portée à l'environnement soit « systématique ».

c) *Ecocide comme une infraction de lésion*

- 4.31 En exigeant une atteinte grave à l'environnement pour que l'écocide soit consommé, on fait de ce crime une infraction de lésion ou de résultat, c'est-à-dire que l'écocide n'est punissable qu'en cas d'atteinte à l'environnement portant elle-même atteinte à la sûreté de la planète en participant au dépassement des limites planétaires¹¹³. En outre, nous pouvons nous demander si l'atteinte au bien juridique protégé suffit pour que l'infraction d'écocide soit réalisée ou s'il est nécessaire qu'elle implique en plus la violation préalable d'une norme. Nous reviendrons sur cette question un peu plus loin¹¹⁴.
- 4.32 Pour autant, cela ne veut pas dire que le risque d'écocide doit demeurer impuni. À cet égard, Polly Higgins plaide pour que le risque d'écocide devienne lui aussi un crime¹¹⁵. Cela est en adéquation avec la logique du principe de précaution qui s'impose aujourd'hui comme principe général du droit international de l'environnement et qui prévoit qu'« en cas de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »¹¹⁶. Dans cette logique, une activité devrait être interdite ou autorisée non pas en fonction de la probabilité que le risque se produise, mais en fonction de la dangerosité de ce risque. Valérie Cabanes voit le principe de précaution comme un moyen pour le juge, par l'intermédiaire de mesures conservatoires, de contraindre à interrompre les activités responsables d'écocide en cours ou susceptibles d'en provoquer¹¹⁷. Suivant la même idée, la Convention citoyenne pour le climat propose d'inclure un devoir de vigilance dans la loi¹¹⁸.
- 4.33 Ainsi, un projet tel que celui amorcé par l'entreprise française Total SA et la *China National Offshore Oil Corporation* en Ouganda pourrait sur cette base se voir stopper. Ce projet vise l'exploitation de deux champs pétrolifères en Ouganda où les deux entreprises veulent creuser 500 puits et construire un pipeline de 1500 km qui traverserait

113 KILLIAS *et al.*, 32.

114 *Cf.* N 4.44 ss.

115 HIGGINS, *Earth is our Business*, 159.

116 Principe de précaution tel que libellé à l'art. 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992.

117 CABANES, 315.

118 Proposition de la Convention Citoyenne pour le Climat, *Se nourrir – Objectif 7.1: Inclure le délit d'imprudance dans la loi*.

toute la Tanzanie¹¹⁹. Outre les risques de pollution liés à l'extraction pétrolière, ce projet présente de nombreux dangers pour la biodiversité, l'équilibre des écosystèmes, la préservation de la forêt et les peuples autochtones¹²⁰. Bien qu'il paraisse contestable au regard du contexte international de transition énergétique, ce projet est aujourd'hui licite. C'est ici que se trouve toute la difficulté : comment imposer des mesures conservatoires pour un projet licite ? Nous examinerons cette question dans la suite de notre travail¹²¹.

3. Faute

a) Intention et négligence

L'auteur d'une infraction est fautif seulement si ce dernier avait pu et dû se comporter différemment¹²². Au sein même de la faute, on souligne plusieurs niveaux de gravité en fonction de l'attitude psychologique de l'auteur. Traditionnellement, on distingue les infractions intentionnelles des infractions par négligence, puisque « si l'acte est volontaire, il est fait d'une hostilité manifeste à l'ordre social, contrairement à l'acte involontaire qui est, quant à lui, l'indice d'une simple indifférence à cet ordre ».¹²³ 4.34

L'intention suppose que l'auteur a la conscience et la volonté de commettre l'infraction¹²⁴. Elle se décline en plusieurs degrés. On parle de « dessein » quand l'auteur a directement voulu le résultat, de « dol simple » lorsqu'il n'a pas directement voulu le résultat, mais l'accepte comme certain à côté de l'autre but visé et de « dol éventuel » lorsqu'il n'a pas voulu le résultat, mais se le représente comme possible et l'accepte pour le cas où il se produirait¹²⁵. 4.35

On distingue également deux formes de négligence. Dans les deux cas, l'auteur n'a pas voulu directement le résultat. La négligence est « consciente » lorsque l'auteur se représente le résultat comme possible et compte toutefois par une imprévoyance coupable qu'il ne se produise pas¹²⁶. Elle est « inconsciente » lorsque l'auteur, par une imprévoyance coupable, n'a même pas pensé que le résultat pourrait se produire¹²⁷. 4.36

Il nous faut maintenant déterminer quel degré de la faute retenir pour le crime d'écocide. L'art. 26 du Projet de Code prévoyait que les atteintes à l'environnement soient commises délibérément pour tomber dans le champ d'application de l'écocide, c'est-à- 4.37

119 <<https://greenwashingeconomy.com/afrique-de-lest-total-va-construire-un-pipeline-de-1-500-km-a-travers-fermes-et-reserves-protégées/>> (17.9.2020).

120 *Ibid.*

121 Cf. N 4.44 ss et N 4.77 ss.

122 KILLIAS *et al.*, 39.

123 MAYAUD, 251.

124 KILLIAS *et al.*, 41 et 46.

125 *Ibid.*, 47 s.

126 KILLIAS *et al.*, 47 s.

127 *Ibid.*

dire que l'auteur doit avoir le but exprès ou le dessein spécifique de causer le dommage. Cette définition excluait donc la répression des atteintes à l'environnement commises en connaissance de cause, mais sans intention spécifique¹²⁸. Considérant que cette approche était trop restrictive, Christian Tomuschat préconisait que le mot « délibéré-ment » couvre d'une part les actes d'une personne agissant volontairement, mais pas nécessairement en sachant quelles seraient les conséquences de sa conduite, d'autre part les cas où une personne sait qu'elle commet un acte dangereux, prévoit les conséquences préjudiciables de son acte et les approuve en ayant la volonté de causer un préjudice grave à l'environnement, ainsi que les cas où une personne agit en pleine connaissance des conséquences de ses actions, mais sans avoir l'intention de causer un préjudice à l'environnement bien qu'il se produise inévitablement¹²⁹. En ce sens, le terme « délibérément » devrait, selon lui, couvrir le dol éventuel. Il recommande d'ailleurs d'utiliser le mot « sciemment » plutôt que « délibérément »¹³⁰.

- 4.38 Le projet de Convention contre l'écocide vise à réprimer seulement les actes intentionnels, de façon à inscrire l'écocide dans la continuité des crimes internationaux existants¹³¹. En effet, le Statut de Rome prévoit que « nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni [...] que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance »¹³². Ses rédacteurs et rédactrices soulignent toutefois le fait qu'une telle restriction du champ d'application risque de la rendre inapplicable à de nombreuses catastrophes environnementales¹³³. C'est pourquoi le dol éventuel est également punissable, puisqu'ils retiennent aussi l'intention « lorsque l'auteur savait ou aurait dû savoir qu'il existait une haute probabilité que ses actes portent atteinte à la sûreté de la planète »¹³⁴.
- 4.39 En matière de criminalité environnementale, retenir seulement les infractions intentionnelles sous forme de dessein pose problème puisque la plupart du temps, les dégradations de l'environnement ne sont pas des résultats recherchés par l'auteur. En effet, elles se produisent souvent dans un but de maximisation du profit et de minimisation des coûts économiques et ne sont pas issues d'une véritable volonté de nuire à l'ordre social¹³⁵. On pense ici notamment aux préjudices environnementaux causés par des mauvais traitements de déchets ou par des défauts d'assainissements d'usines par exemple. Suite à ce constat, la jurisprudence française a instauré une présomption d'intention pour les délits environnementaux en retenant que « la seule constatation de la violation

128 CDI 1991, 112.

129 TOMUSCHAT, 26.

130 *Ibid.*

131 Art. 2 par. 3 du projet de Convention contre l'écocide ; D'AMBROSIO, 106 ; NEYRET/FOUCHARD, 357.

132 Art. 30 du Statut de Rome.

133 D'AMBROSIO, 106 s ; NEYRET/FOUCHARD, 358.

134 *Ibid.* ; Art. 2 par. 3 du projet de Convention contre l'écocide.

135 GUIHAL, 193.

en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable »¹³⁶.

Retenir l'écocide comme infraction intentionnelle en incluant le dol éventuel comme le prévoit le projet de Convention contre l'écocide nous paraît être la solution minimale pour qu'elle soit acceptable. Cependant, d'autres propositions visant à faire de l'écocide un crime de responsabilité objective, soit de responsabilité sans faute, sont à notre avis préférables. 4.40

b) Responsabilité objective

Mark Allen Gray et Polly Higgins militent pour que l'écocide soit reconnu comme un crime de responsabilité objective¹³⁷. C'est également l'avis du mouvement *End Ecocide on Earth*, pour qui la responsabilité d'un crime d'écocide pourrait être établie sans faute¹³⁸. Elle serait alors liée aux conséquences de l'acte en fonction de la connaissance établie de ces conséquences probables¹³⁹. L'intention ne serait plus une condition de responsabilité, mais un facteur aggravant de punissabilité¹⁴⁰. 4.41

Le point clé de la responsabilité objective telle que décrite par ces juristes n'est donc plus l'établissement de la faute, mais l'établissement du fait que l'auteur avait connaissance des conséquences de ses actes. Cependant, si dans certains cas cette condition ne semble pas difficile à établir, elle peut dans d'autres cas se révéler très épineuse. En effet, établir les conséquences environnementales d'une activité dépend des connaissances scientifiques du moment et il se peut qu'une pratique qui semblait à la base inoffensive se révèle plus tard désastreuse, comme ce fut par exemple le cas pour les pesticides. La connaissance dépend de l'existence de l'information, mais également de son accès. Pour répondre à ce problème, Mark Allen Gray et les juristes d'*End Ecocide on Earth* se calquent sur le principe de précaution¹⁴¹. En somme, en cas d'incertitudes scientifiques sur les conséquences environnementales d'une activité, cette dernière ne devrait pas être entreprise. 4.42

L'instauration d'une telle responsabilité objective pour le crime d'écocide nous paraît être un idéal vers lequel il faut tendre. Les principes de précaution et du pollueur-payeur pourraient être appliqués de manière stricte. De même, cette solution encouragerait les comportements préventifs et simplifierait les questions de preuve de la connaissance, de l'intention et du lien de causalité¹⁴². Néanmoins, cette solution nous paraît peu envisageable. En effet, dans de nombreux systèmes juridiques, la punissabilité est fondée sur 4.43

136 Cass. Crim., arrêt du 25.5.1994, n°93-85158, 356.

137 GRAY, 218; HIGGINS, *Earth is our business*, 159.

138 CABANES, 318 s.

139 *Ibid.*

140 *Ibid.*; art. 9 par. 3 Proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

141 CABANES, 318 ss; GRAY, 219.

142 *Ibid.*

la faute et sur le principe de *nulla poena sine culpa* (pas de peine sans faute). C'est par exemple le cas du droit suisse¹⁴³ et c'est aussi ce qui prévaut dans le régime de la CPI¹⁴⁴. De plus, comment traiter une situation si le droit interne n'est pas en adéquation avec les mesures imposées par le principe de précaution ? En d'autres termes, est-il envisageable de reprocher à une entreprise un acte d'écocide par la pollution causée par la répétition de certaines opérations si elle respecte les normes en vigueur ? Nous verrons comment parer à ces difficultés plus loin dans notre travail¹⁴⁵.

4. Condition d'illicéité

- 4.44 Pour qu'un comportement soit punissable, il est nécessaire qu'il soit illicite¹⁴⁶. L'illicéité est un élément constitutif non écrit de toutes les infractions. Lorsque l'on examine la punissabilité d'un acte, il faut se demander s'il n'est pas autorisé et donc licite en vertu d'une autre règle de droit¹⁴⁷. De manière générale, la plupart des actes incriminés sont tous illicites, ce qui peut rendre cet examen superflu et, en ce sens, l'illicéité peut être présumée¹⁴⁸. Cependant, en matière de droit de l'environnement, le droit pénal est souvent accessoire au droit administratif puisque c'est ce dernier qui établit les conditions à remplir pour qu'une activité puisse être autorisée. Le droit pénal sert uniquement à sanctionner le manquement à ces conditions. Dans ce cas, l'illicéité ne repose pas sur le résultat préjudiciable de l'acte, mais sur le fait que des prescriptions légales n'ont pas été respectées.
- 4.45 On peut ici se demander si l'écocide peut être libellé comme une infraction autonome ou s'il est nécessaire qu'il soit commis en violation d'une autre loi du droit de l'environnement ou d'une décision administrative.
- 4.46 En analysant l'art. 26 du Projet de Code, Christian Tomuschat s'était posé la question de savoir si les crimes contre l'environnement supposent que les règles juridiques applicables, à savoir celles des conventions internationales en droit de l'environnement, devaient avoir été violées ou si l'écocide pouvait être punissable en l'absence de la violation de telles règles¹⁴⁹. Il conclut à cet égard que « le projet d'article 26 que la Commission a adopté en première lecture repose sur le principe selon lequel certaines actions, pour autant qu'elles s'attaquent au fondement de la société humaine, doivent être considérées comme illégales en soi sans avoir à être interdites par des règles expresses. [...] En faisant dépendre la responsabilité prévue par le projet de code de l'existence de normes

143 Art. 63 CP; KILLIAS *et al.*, 40.

144 Art. 30 du Statut de Rome.

145 Cf. N 4.77 ss.

146 KILLIAS *et al.*, 107.

147 *Ibid.*, 108.

148 *Ibid.*

149 TOMUSCHAT, 25.

expresses relatives à l'environnement, on risquerait de laisser de graves lacunes dans le champ d'application qui devrait être celui du projet d'article 26 »¹⁵⁰.

À notre sens, la répression de l'écocide ne devrait pas non plus dépendre d'une autorisation administrative. C'est d'ailleurs le point de vue adopté par le Conseil de l'Europe, puisque son rapport explicatif de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal¹⁵¹ dispose que « l'autorisation administrative [...] doit être sans importance lorsque l'utilisation de l'environnement cause la mort ou une lésion grave à une personne ou crée un risque significatif de les entraîner »¹⁵². Il y a un « consensus parmi les Etats membres sur le fait que la mise en danger concrète de la vie ou de l'intégrité physique des personnes doit, du moins dans certains domaines, constituer une infraction pénale. Une infraction « autonome » devrait en conséquence être prévue lorsque le comportement cause, ou crée un risque de causer, la mort ou des lésions graves à des personnes et lorsqu'il est commis intentionnellement ou par négligence »¹⁵³. Si cela est valable pour la santé humaine, cela devrait valoir *a fortiori* en cas d'atteinte à la sûreté de la planète, puisque celle-ci recouvre la protection de l'environnement pour lui-même et pour la survie de l'humanité¹⁵⁴. 4.47

Le crime d'écocide devrait donc être considéré comme une infraction autonome. Le comportement serait illicite en soi et l'illicéité ne dépendrait pas de la violation préalable d'une autre norme ou d'une décision administrative. En ce sens, la sûreté de la planète et le respect des limites planétaires seraient considérés comme des normes supérieures constitutives d'un nouvel ordre public¹⁵⁵. 4.48

5. Auteurs et responsabilité

a) Comportement punissable, auteurs et participation

Le comportement punissable peut être une commission ou une omission de la part de l'auteur. Ce dernier agit par commission lorsqu'il adopte un comportement actif ; on parle de délit de commission¹⁵⁶. Lorsque le comportement incriminé est un comportement passif, on dit que l'auteur agit par omission ; c'est un délit par omission proprement dit¹⁵⁷. Les délits d'omission improprement dits ou de commission par omission 4.49

150 *Ibid.*

151 Rapport explicatif de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, disponible sous : <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce86>> (17.9.2020).

152 *Ibid.*

153 *Ibid.*

154 D'AMBROSIO, 97 ; NEYRET/FOUCHARD, 352.

155 Sur la place de la sûreté de la planète et du respect des limites planétaires dans l'échelle des valeurs, cf. N 4.80 ss.

156 KILLIAS *et al.*, 36.

157 *Ibid.*

sont des délits définis par la loi comme des délits de commission¹⁵⁸. En raison de considérations morales, on admet cependant que ceux-ci peuvent être punis même si l'auteur a provoqué le résultat dommageable par sa passivité¹⁵⁹. En vertu du droit suisse, ne sera punissable dans ce cas, que celui qui a violé un devoir juridique d'agir, fondé sur une loi, une obligation contractuelle ou certaines situations de fait¹⁶⁰.

- 4.50 Comme le faisait remarquer Christian Tomuschat, tout le monde a qualité pour être l'auteur potentiel de crimes environnementaux¹⁶¹. En premier lieu, un écocide peut être causé par des personnes physiques. Nous notons toutefois qu'en raison de la gravité que l'écocide requiert, il nous paraît difficilement imaginable que ce crime puisse être le fait d'un seul individu. À cet égard et comme mentionné plus haut¹⁶², il est important que les actes de chaque individu puissent être quantifiés et évalués pour déterminer dans quelle mesure ils contribuent au dépassement des limites planétaires. Le comportement reproché aux personnes physiques sera la plupart du temps une action. On imagine en effet difficilement qu'elles puissent causer un écocide par omission.
- 4.51 En second lieu, les personnes morales peuvent être auteurs d'écocide ; il nous semble même que ce cas de figure soit le plus courant. En effet, la plupart des catastrophes environnementales que nous avons connues sont le fait d'entreprises industrielles. Elles peuvent agir par commission si elles ont un comportement actif, par exemple si elles déversent des déchets toxiques dans la nature. Les atteintes graves causées à l'environnement par des entreprises peuvent également être le fait d'une omission, voire d'une commission par omission. On peut ici citer l'exemple de l'explosion d'une usine suite au non-respect des règles de sécurité qui lui incombent. Une personne morale peut aussi être un auteur indirect d'écocide, on pense notamment au financement de pratiques préjudiciables à l'environnement.
- 4.52 Enfin, les Etats et collectivités publiques peuvent eux aussi se rendre coupables d'écocide. C'est le cas lorsque leurs activités, leurs politiques ou leur incapacité déraisonnable de réglementer les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle causent ou permettent directement de causer des atteintes à l'environnement répondant aux critères de gravité requis pour être qualifiées d'écocide. Un Etat peut donc être un auteur direct agissant par commission. Néanmoins, il sera bien souvent un auteur indirect agissant par omission, dans ce cas il est intéressant de noter que les actes des personnes physiques ou morales sous son contrôle lui sont imputables. Dans ces conditions, on peut lui reprocher des actes d'écocide commis sur son territoire, mais également à l'étranger, s'il les soutient matériellement.

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*

160 Art. 11 CP.

161 TOMUSCHAT, 27.

162 Cf. N 4.34 ss.

En accord avec la plupart des auteurs et autrices étudié·e·s¹⁶³, il nous semble nécessaire de punir toutes les personnes causant directement un écocide, que ce soit par commission ou omission, mais également celles qui ordonnent, assistent, encouragent ou contribuent d'une manière ou d'une autre à la commission d'un tel crime. C'est-à-dire que tous les participants principaux ou directs, ainsi que tous les participants secondaires ou indirects seraient punissables. Cela permettrait une répression large et efficace du crime d'écocide. 4.53

b) Responsabilité

Après avoir identifié les auteurs potentiels d'écocide, on peut s'interroger sur leur responsabilité pénale. Le régime de responsabilité dépend de l'ordre juridique dans lequel on se trouve. 4.54

La responsabilité pénale des personnes physiques ne pose pas de problème particulier puisque celle-ci est prévue dans les droits nationaux, mais aussi en droit international dans le régime de la CPI¹⁶⁴. 4.55

Cette question soulève toutefois plus de difficultés pour les personnes morales. En effet, le principe *societas delinquere non potest* a longtemps prévalu au sein des pays de l'Union européenne. En l'absence de chef de responsabilité, une personne morale ne pouvait pas être poursuivie pénalement et c'était ses dirigeants ou ses organes qui l'étaient à sa place. Cependant, à partir des années 1990 et 2000, nombreux sont les pays qui ont instauré un régime de responsabilité pénale des personnes morales. Ce fut par exemple le cas en France en 1992¹⁶⁵ et en Suisse en 2003¹⁶⁶. Ce nouveau régime de responsabilité a été instauré dans les droits internes en raison de l'influence du droit international. En effet, plusieurs conventions ou traités imposent l'existence de la responsabilité des personnes morales en droit national¹⁶⁷. Plusieurs résolutions et recommandations non contraignantes encouragent également la mise en place d'un tel régime de responsabilité¹⁶⁸. Cependant, la responsabilité des personnes morales n'existe pas (encore) dans le régime de la CPI, mais la proposition d'amendements du Statut de Rome du mouve-

163 Cf. notamment art. 3 projet de Convention contre l'écocide.

164 Art. 25 du Statut de Rome.

165 Art. 121 al. 2 CPF (Code pénal du 22 juillet 1992 [France]).

166 Art. 102 CP.

167 Cf. Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997 (RS 0.311.21); Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 (RS 0.353.22).

168 Cf. Résolution 77 (28) du Conseil de l'Europe, disponible sous : <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f1f65>> (17.9.2020); Recommandation générale 88 (18) du Conseil de l'Europe, disponible sous : <<https://rm.coe.int/native/09000016804f4ca1>> (17.9.2020).

ment *End Ecocide on Earth* visant à inclure le crime d'écocide sous la compétence de la CPI en prévoit l'instauration¹⁶⁹.

- 4.57 Il est intéressant de mentionner que le régime de la CPI contient une disposition sur la responsabilité du supérieur hiérarchique pour les crimes commis par ses subordonnés, s'il savait ou aurait dû savoir que ces derniers allaient commettre un crime et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer un tel crime¹⁷⁰. Ce chef de responsabilité nous semble important pour réprimer efficacement l'écocide, puisque les personnes haut placées ne commettent souvent pas directement les actes préjudiciables à l'environnement, mais s'en accommodent. Il pourrait s'appliquer aux dirigeants étatiques s'il existe un lien de subordination *de facto* avec les auteurs de l'écocide, c'est-à-dire s'ils exercent sur eux un contrôle effectif.
- 4.58 Bien que l'on ne connaisse pas de responsabilité pénale des Etats en tant que telle, il existe en droit international un régime de responsabilité des Etats pour fait illicite et même pour fait licite¹⁷¹. La responsabilité des Etats pour un fait internationalement illicite a été codifiée en 2001 par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies¹⁷². Selon cette dernière, pour qu'un Etat engage sa responsabilité internationale, on doit être en présence d'un comportement (acte ou omission) attribuable à l'Etat et constitutif d'une violation d'une obligation internationale¹⁷³. L'Etat viole une obligation internationale lorsqu'il adopte un comportement qui n'est pas conforme à ce que l'on attend de lui en vertu de cette obligation¹⁷⁴. La résolution contient un régime spécial pour les cas de violations graves d'une norme impérative du droit international¹⁷⁵. Un comportement peut tout d'abord être imputé à un Etat s'il est le fait de ses organes¹⁷⁶. Les actes des personnes privées peuvent également être attribués à l'Etat dans quatre situations. C'est le cas des comportements des personnes agissant sous ses instructions, ses directives ou son contrôle¹⁷⁷; des comportements des personnes exerçant des prérogatives de puissance publique¹⁷⁸; des comportements d'un mouvement insurrectionnel s'il devient le nouveau gouvernement¹⁷⁹; et si l'Etat reconnaît et adopte comme sien le comportement de personnes privées¹⁸⁰. La responsabilité internationale peut également être enga-

169 Art. 25 proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

170 Art. 28 du Statut de Rome, repris à l'art. 264k CP.

171 ZIEGLER, 127.

172 Résolution A/RES/56/83 (Rés. 56/83), disponible sous : <<https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/res/56/83>> (17.9.2020).

173 Art. 2 Rés. 56/83.

174 Art. 12 Rés. 56/83.

175 Chapitre 3, art. 40 et 41 Rés. 56/83.

176 Art. 4 et 5 Rés. 56/83.

177 Art. 8 Rés. 56/83.

178 Art. 9 Rés. 56/83.

179 Art. 10 Rés. 56/83.

180 Art. 11 Rés. 56/83.

gée en cas d'omission de l'Etat, si le droit international exige de lui un comportement actif et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer le fait de l'individu, ce qui s'apparente à une obligation de vigilance¹⁸¹. Dans de rares cas, l'Etat peut également engager sa responsabilité internationale pour un fait licite¹⁸². Cette matière n'est pas traitée par la coutume, mais il existe des règles spécifiques dans certains traités, comme ce qui est prévu dans la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux¹⁸³ et dans le Traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes¹⁸⁴.

IV. Faisabilité et pertinence d'une telle incrimination

Dans la partie précédente, nous avons identifié les éléments de définition du crime d'écocide qui, selon nous, sont les plus efficaces pour la protection de l'environnement et de l'humanité. Cependant, à plusieurs reprises, nous avons souligné les difficultés que pouvait poser leur mise en œuvre, notamment parce que les atteintes graves à l'environnement peuvent parfois être licites en droit interne. Dans la présente partie, nous examinerons comment ces problèmes peuvent être solutionnés en nous demandant si le crime d'écocide ne devrait pas revêtir un intérêt supérieur. 4.59

1. Problématique de la souveraineté des Etats exposée à travers deux études de cas

a) Généralités

En vertu du principe de la souveraineté territoriale, les Etats sont compétents pour réglementer, poursuivre et juger les activités des personnes physiques et morales se trouvant sur leur territoire¹⁸⁵. *A contrario*, ce principe signifie que l'Etat n'a pas de compétence législative ou juridictionnelle pour connaître des activités sans lien de rattachement à son territoire, sous peine de violer la souveraineté d'un autre Etat¹⁸⁶. Il existe néanmoins des aménagements, certains Etats connaissant, outre la compétence territoriale, la compétence personnelle¹⁸⁷ et/ou réelle¹⁸⁸. Cependant, elles ne peuvent pas être 4.60

181 ZIEGLER, 133.

182 *Ibid.*, 128.

183 RS 0.790.2.

184 RS 0.790.

185 DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 513 et 527 ss.

186 *Ibid.*, 513 et 532 ss.

187 La compétence personnelle active permet à un Etat de poursuivre ses ressortissants nationaux ayant commis des délits à l'étranger et la compétence personnelle passive s'applique lorsqu'un Etat veut exercer sa juridiction dans le cas où l'un de ses ressortissants est une victime ou une personne lésée par une infraction commise à l'étranger. Cf. ZIEGLER, 254 s.

188 En raison de la souveraineté étatique, les Etats s'accordent parfois mutuellement le droit de régler des situations extraterritoriales pour les cas qui porteraient atteinte à la sauvegarde et à la

exercées sans l'accord de l'Etat du territoire. Il existe donc une forme de prédominance de la compétence territoriale sur les autres compétences¹⁸⁹.

- 4.61 Découlant directement du principe général de souveraineté territoriale, on retrouve en droit international de l'environnement le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles qui a acquis une valeur coutumière. Il donne le droit aux Etats d'exploiter et de gérer les ressources se trouvant sur leur territoire comme ils l'entendent. Comme nous le verrons plus bas¹⁹⁰, ce principe est toutefois contrebalancé par d'autres principes du droit international de l'environnement.
- 4.62 Si les atteintes à l'environnement sont territorialisées, il appartient aux Etats sur le territoire desquels elles se produisent de les rendre illicites et de les poursuivre. Cependant, elles ont fréquemment une dimension internationale parce que leurs effets sont souvent transfrontaliers ou parce qu'elles atteignent des espaces sans souveraineté. Dans ces cas, la détermination des compétences législatives et réglementaires peut s'avérer ardue.

b) *Affaire Erika, 1999*

ba) *Faits*

- 4.63 Le 12 décembre 1999, le pétrolier Erika battant pavillon maltais affrété par la société Total SA se brise en deux à une trentaine de miles nautiques au sud de la point de Penmarc'h, soit dans la zone économique exclusive française (ZEE). Des tentatives de pompage sont entreprises, mais le 23 décembre, des nappes de pétrole arrivent sur les côtes françaises au point que certaines zones du littoral ont été recouvertes d'une épaisseur de 5 à 30 cm de pétrole sur plusieurs mètres de large. Au final ce sont 19700 tonnes de pétrole qui se sont déversées dans la mer, polluant environ 400 kilomètres de côtes, du Finistère à la Vendée. On estime que 75 000 à 150 000 oiseaux ont péri dans les deux premiers mois après le naufrage¹⁹¹.
- 4.64 L'Erika a été construit en 1975 et appartenait à la société *Tavere Shipping Company Limited*. Cette société était immatriculée à La Valette et avait pour actionnaires deux sociétés dont les parts étaient détenues par un ressortissant italien. La gestion technique a été confiée à la société Panship et c'est la société italienne Rina qui a délivré le certificat de navigabilité, par délégation de l'Etat de Malte. De son côté, Total SA, par opération d'initiative privée, s'était assurée que le navire satisfaisait aux normes officielles et aux exigences définies par la profession en matière de sécurité et de protection de l'environnement.

protection fondamentales de l'Etat, on parle à cet égard de compétence réelle ou de principe de protection de l'Etat. Cf. ZIEGLER, 256.

189 DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 559.

190 Cf. N 4.67 ss.

191 BETTATI, 231.

Le 15 décembre 1999, le procureur de la République a ouvert une information judiciaire 4.65 pour mise en danger de la vie d'autrui et pollution par hydrocarbures. Le jugement de première instance a été rendu le 16 janvier 2008 par le Tribunal correctionnel de Paris¹⁹². Il a jugé coupable de délit de pollution les dirigeants des sociétés propriétaire et gestionnaire technique du navire, ainsi que les sociétés Rina et Total SA, les condamnant à de fortes amendes. Leur responsabilité civile a également été retenue et ils ont été contraints de verser des indemnités à titre de réparation. Ces sommes ont été allouées aux collectivités territoriales pour la réparation de leur préjudice matériel et de l'atteinte à leur image, à l'agent judiciaire du Trésor pour les frais de dépollution engagés par l'Etat, ainsi qu'à des associations de protection de la nature en réparation du préjudice moral. Des indemnités distinctes ont en outre été octroyées à une association et à un département au titre du dommage environnemental.

Le 25 janvier 2008, Total SA a fait appel de cette condamnation. Le 30 mars 2010, la Cour 4.66 d'appel de Paris a confirmé intégralement la décision de première instance, aussi bien sur les responsabilités pénales que sur le *quantum* des peines¹⁹³. Sur le plan civil, elle a admis la réparation du préjudice écologique pur et a sensiblement augmenté son montant ainsi que le nombre des bénéficiaires. Néanmoins, en se fondant sur la Convention du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures conclue à Bruxelles¹⁹⁴, elle a exonéré Total SA de sa responsabilité civile. Les quatre prévenus, ainsi que plusieurs parties civiles ont saisi la Cour de cassation qui a cassé et annulé partiellement l'arrêt de la Cour d'appel, puisqu'elle a rejeté l'exonération de responsabilité civile de Total SA¹⁹⁵. Pour le reste, le jugement de la Cour d'appel a été confirmé.

bb) Discussion

L'arrêt de la Cour de cassation est novateur puisqu'il reconnaît pour la première fois 4.67 l'indemnisation au titre du préjudice écologique pur¹⁹⁶. Il a été admis sur la base de l'art. L142-2 du Code de l'environnement qui prévoit que les associations agréées peuvent exercer les droits reconnus aux parties civiles si les intérêts collectifs qu'elles ont pour but statutaire de défendre ont subi un préjudice constitutif d'une infraction. Avec la consécration du préjudice écologique pur, on donne à l'environnement une dimension collective et on accorde aux associations un statut de victime institutionnelle afin de représenter cet intérêt commun¹⁹⁷.

192 TGI de Paris, arrêt du 16.1.2008, n° 9934895010.

193 Cour d'appel de Paris, arrêt du 30.3.2010, n°08/02278.

194 RS 0.814.291.

195 Cass. Crim., arrêt du 25.9.2012, n° 3439.

196 CAMPROUX-DUFFRÈNE/GUIHAL, 471.

197 *Ibid.*, 477.

- 4.68 Dans cette affaire, on peut s'interroger sur la compétence des juridictions françaises. Celles-ci auraient pu se fonder sur le principe de territorialité et la théorie des effets¹⁹⁸, comme l'avait suggéré l'Avocat général¹⁹⁹. En effet, les infractions commises par l'Erika pouvaient être considérées comme localisées en France puisque la pollution due au naufrage survenu dans la ZEE a atteint la mer territoriale et le territoire terrestre. Cette option n'a pas été retenue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a préféré asseoir sa compétence par l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer²⁰⁰ (CNUDM). Dans la ZEE, les Etats côtiers jouissent de certaines prérogatives de souveraineté en matière d'exploration et d'exploitation des ressources économiques et de juridiction concernant notamment la protection et la préservation du milieu marin²⁰¹. A cet égard, ils peuvent « adopter des lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires qui soient conformes et donnent effet aux règles et normes internationales généralement acceptées établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale »²⁰². Au vu de ce texte, pour exercer les prérogatives que lui reconnaît le droit international sur la ZEE, l'Etat côtier doit avoir institué celle-ci dans son ordre juridique interne, ce qu'a fait la France avec la Loi n° 76-655 du 16 juillet 1976²⁰³. L'art. 113-12 du CPF prévoit que la loi pénale est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient. Au regard du droit international et du droit interne, les autorités françaises pouvaient donc se considérer comme compétentes pour se saisir de l'affaire. Les poursuites ont été engagées en application de l'art. 8 de la Loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures (JORF n° 0155 du 06.7.1983), modifiée par la Loi n° 90-44 du 31 mai 1990, et repris à l'art. L. 218-22 puis L. 218-18 du Code de l'environnement. Ce texte stipule que « l'imprudence, la négligence ou l'inobservation des lois et règlements, ayant eu pour conséquence un accident de mer tel que l'a défini la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer²⁰⁴, est punissable en la personne du capitaine ou du responsable de la conduite ou de l'exploitation à bord de navires ou de plates-formes français ou étrangers qui a provoqué un tel accident ou n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'éviter, lorsque cet accident a entraîné une pollution des eaux territoriales, des eaux intérieures ou des voies navigables jusqu'à la limite de la navigation maritime ». En somme, dans

198 Selon la théorie des effets, lorsqu'un acte et son résultat ne se produisent pas sur le même territoire étatique, le lieu où résultat se produit est considéré comme un lieu supplémentaire de commission de l'acte. Cf. ZIEGLER, 251.

199 PETILLION, 103.

200 RS 0.747.305.15.

201 Art. 56 CNUDM.

202 Art. 211 par. 5 CNUDM.

203 Loi du 16 juillet 1976 n° 76-655 relative au plateau continental, à la zone économique exclusive et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République.

204 RS 0.814.289.

cette affaire, le droit français est applicable et les autorités françaises compétentes, mais il se désintéresse des pollutions qui ne touchent pas sa mer territoriale ou son territoire. En d'autres termes, les autorités judiciaires françaises ne se seraient pas déclarées compétentes pour une pollution dont les effets se seraient manifestés uniquement dans la ZEE ou la haute mer.

La CNUDM prévoit que les Etats doivent légiférer pour prévenir et réduire les pollutions du milieu marin et que la législation interne ne doit pas être moins stricte que la réglementation internationale²⁰⁵. De manière générale, l'Etat doit s'assurer que les navires battant son pavillon respectent ces réglementations²⁰⁶. Plusieurs Conventions internationales réglementent la pollution du milieu marin par hydrocarbure. Nous citerons la Convention de Londres du 30 novembre 1990 (Convention MARPOL)²⁰⁷ qui vise à préserver le milieu marin en prévenant et réduisant les rejets des navires mêmes accidentels²⁰⁸. Toute infraction à la Convention MARPOL doit être sanctionnée par le droit interne de l'Etat du pavillon, quel que soit l'endroit où elle se produit²⁰⁹. Il a également l'obligation d'engager des poursuites s'il a connaissance de cette infraction. Cependant, à une certaine distance des côtes, la Convention admet que les rejets peuvent être plus conséquents²¹⁰. 4.69

c) *Incendies en Amazonie brésilienne, 2019*

ca) *Faits*

Chaque année, la forêt amazonienne brésilienne est victime de nombreux incendies. En 2019, ces feux ont connu une hausse estimée à 30%²¹¹. C'est dans le Pantanal, zone la plus humide de la planète considérée comme un sanctuaire de la biodiversité, que cette hausse a été la plus forte puisqu'elle a subi six fois plus d'incendies que l'année précédente²¹². Ces mégafeux engendrent une perte considérable de biodiversité, font diminuer l'étendue de la forêt pourtant vitale pour l'équilibre de la Terre et participent également au réchauffement climatique et à la pollution atmosphérique. La cause de ces incendies est largement attribuée à la déforestation dans une logique d'accroître la superficie des terres destinées à la culture²¹³. L'année dernière la déforestation en Amazonie brésilienne a atteint un niveau record, dépassant pour la première fois depuis 2008 les 10 000 km² entre août 2018 et juillet 2019²¹⁴. 4.70

205 Art. 207 ss CNUDM.

206 Art. 213 ss CNUDM.

207 Convention internationale du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires.

208 Art. 9 Annexe I Convention MARPOL.

209 Art. 4 Convention MARPOL.

210 Art. 9 Annexe I Convention MARPOL.

211 AFP, En Amazonie brésilienne, les feux de forêt en hausse de 30% en 2019, *Le Temps*, 14.4.2021.

212 AFP, En Amazonie brésilienne, les feux de forêt en hausse de 30% en 2019, *Le Temps*, 14.4.2021.

213 AFP, Amazonie : la déforestation serait la "cause principale" des Incendies, *GEO*, 22.8.2019.

214 AFP, En Amazonie brésilienne, les feux de forêt en hausse de 30% en 2019, *Le Temps*, 14.4.2021.

- 4.71 Ces faits ont engendré de vives critiques de la part de la communauté internationale à l'encontre du président brésilien Jair Bolsonaro, à qui l'on a reproché une attitude de « laisser faire », voire d'encouragement²¹⁵. À ces reproches, il a répondu par l'argument de la souveraineté en considérant l'attitude des dirigeants des grandes puissances occidentales de « colonialiste »²¹⁶.

cb) Discussion

- 4.72 Comme vu plus haut²¹⁷, en vertu du principe de la souveraineté territoriale, il est vrai qu'un Etat peut réglementer, poursuivre et punir comme il l'entend les actes se produisant sur son territoire sans avoir à subir aucune ingérence de la part de dirigeants étrangers. Cela signifie que l'Etat brésilien est seul compétent pour rendre illicite la déforestation sur son territoire ; *a contrario*, il peut aussi décider que de tels actes soient licites ou qu'ils ne soient pas poursuivis ni punis. La forêt amazonienne, essentielle pour l'équilibre planétaire, souvent décrite comme le « poumon de la planète » pourrait alors être détruite au gré des politiques d'un seul Etat, d'un seul gouvernement, voire d'un seul homme ...
- 4.73 Cependant, bien que la souveraineté d'un Etat sur son territoire ait pour caractéristique d'être pleine et exclusive, elle n'est pas absolue, mais encadrée par le droit international²¹⁸. Tout d'abord, des principes de droit international de l'environnement peuvent ici trouver application. Selon le principe de l'utilisation non dommageable du territoire national, les Etats « ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale »²¹⁹. Le principe de non-discrimination impose aux Etats l'utilisation équitable des ressources naturelles et la gestion concertée des ressources naturelles intéressant deux ou plusieurs Etats²²⁰. On pourrait ici se demander si, au regard de l'évolution du droit international de l'environnement, ces deux principes pourraient s'appliquer en cas d'atteinte à un bien environnemental important pour la communauté mondiale tel que la forêt amazonienne. Cependant, comme le Brésil est un pays frontalier de plusieurs Etats et que la forêt amazonienne se trouve également sur le territoire de plusieurs Etats, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Le principe de prévention impose aux Etats

215 PERRAUD-BOULARD AMÉLIE, Les flammes qui ravagent l'Amazonie menacent la maison Bolsonaro, Le Point, 24.8.2019.

216 *Ibid.*

217 Cf. N 4.60 ss.

218 DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 467.

219 Principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement du 16 juin 1972 ; Principe 2 de la Déclaration de Rio ; CIJ, avis consultatif du 8.7.1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, § 29.

220 CIJ, arrêt du 25.9.1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, § 85. La CIJ a interdit les activités de la Slovaquie en raison des effets pervers qu'elles avaient sur l'environnement de la Hongrie.

l'adoption de mesures avant qu'un dommage à l'environnement certain ne survienne. On ne le trouve pas explicitement dans les textes internationaux, mais la Cour internationale de justice (CIJ) a rappelé son importance à plusieurs reprises²²¹. Dérivant directement du principe de prévention, le principe de précaution dispose qu'« en cas de risque de dommages graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »²²². Il n'y a pas d'unanimité entre les Etats pour déterminer le contenu précis et la mise en œuvre du principe de précaution, de sorte qu'il serait aventureux de considérer le principe de précaution, en tous cas dans sa portée, comme un principe de droit international coutumier²²³. Ces principes sont tous libellés comme des obligations de moyen et non de résultat.

En outre, le Brésil est partie à la Convention de l'UNESCO du 21 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel²²⁴ (ci-après : Convention de l'UNESCO de 1972), qui consacre l'idée que « certains biens du patrimoine culturel et naturel présentent un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité tout entière »²²⁵. Six millions d'hectares de la forêt amazonienne ont été désignés comme patrimoine mondial naturel. La Convention de l'UNESCO de 1972 prévoit que l'Etat sur le territoire duquel se trouve un bien faisant partie du patrimoine mondial s'efforce de prendre, dans la mesure du possible, des mesures visant à sauvegarder l'intégrité de ce bien²²⁶. Le Brésil a également pris des engagements au niveau régional, par exemple dans le cadre du Traité de coopération amazonienne²²⁷ qui prévoit des actions collectives de protection et de surveillance de la forêt amazonienne et la Déclaration de Tena de décembre 2017 qui reconnaît l'importance mondiale du système écologique de l'Amazonie. La forêt amazonienne est également l'habitat d'une importante population autochtone dont les droits, notamment le droit à la vie, font l'objet d'une protection accrue. À cet égard, la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est prononcée plusieurs fois en limitant les droits d'exploitation des zones forestières dont disposent les Etats concernés²²⁸. La Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique²²⁹ peut également entrer en ligne de compte puisque la forêt amazonienne contient la plus grande réserve de biodiversité au monde. L'Accord de Paris de 2015 sur le climat invite expressément les Etats à renforcer les puits et réservoirs de gaz à effet de serre, dont les forêts.

221 CIJ, arrêt du 25.9.1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, § 140.

222 Principe 15 de la Déclaration de Rio.

223 DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 1452 ss.

224 RS 0.451.41.

225 Préambule de la Convention de l'UNESCO de 1972 par. 6.

226 Art. 5 de la Convention de l'UNESCO de 1972.

227 Traité du 3 juillet 1978 de coopération amazonienne (T.C.A.).

228 Cf. Cour interam. DH, arrêt du 31.8.2011, *Mayagna (Sumo) Awas Tingi Community v. Nicaragua*, Séries C N° 79.

229 RS 0.451.43.

d) *Conclusion commune : l'échec de la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite*

- 4.75 Dans les deux cas que l'on vient d'examiner, les Etats concernés ont des obligations en vertu du droit international. En premier lieu, dans l'affaire Erika, si la France n'avait pas été compétente parce que la pollution n'avait pas atteint ses côtes, c'est Malte, en tant qu'Etat du pavillon, qui aurait dû engager des poursuites. Enfin, l'Etat brésilien a l'obligation, qui découle de plusieurs sources, de tout mettre en œuvre pour préserver la forêt amazonienne notamment en luttant contre la déforestation.
- 4.76 De ce fait, la préservation des biens communs et des autres biens naturels importants pour la communauté mondiale tout entière pourrait être assurée par une action en responsabilité pour fait internationalement illicite²³⁰ contre les Etats concernés. Cependant, ce régime se heurte à plusieurs obstacles²³¹. Tout d'abord, l'établissement de la compétence de la CIJ, du Tribunal du droit de la mer ou d'un tribunal arbitral n'est possible que si les Etats parties au différend ont exprimés leur consentement²³². Ensuite, l'établissement des preuves peut s'avérer délicat²³³. Outre ces difficultés de mise en œuvre d'ordre technique, il existe un autre obstacle d'ordre politique, puisque les Etats sont souvent frileux à l'idée d'introduire une action en responsabilité contre un autre Etat, par crainte d'altérer leurs relations diplomatiques et de créer un précédent juridique qui pourrait un jour se retourner contre eux²³⁴.

2. Esquisse de solution : l'écocide comme crime supranational

a) *Caractéristiques des crimes supranationaux*

- 4.77 Les crimes supranationaux sont nés du constat que, de par leur gravité, ils touchent la communauté internationale tout entière et que les ordres juridiques internes ne sont pas adaptés pour assurer la répression efficace de ces crimes²³⁵. Contrairement aux crimes internationaux, leur incrimination et la responsabilité individuelle de leurs auteurs découlent directement du droit international. Cela s'explique par le fait qu'ils portent directement atteinte aux fondements mêmes de l'ordre juridique international que sont historiquement d'abord le maintien de la paix et de la sécurité internationale, puis la protection de la dignité humaine. De ce fait, les crimes supranationaux correspondent toujours à une violation grave d'une norme impérative de droit international (*jus cogens*). Néanmoins, cela ne suffit pas pour que l'on soit en présence d'un crime supranational. À ce critère de gravité intrinsèque, il faut ajouter un critère de gravité extrinsèque, lié au caractère massif ou systématique du crime commis. C'est par cette

230 Cf. N 4.54 ss.

231 DUPUY, 674.

232 *Ibid.*

233 *Ibid.*

234 *Ibid.*

235 Les propos de l'entier du présent paragraphe tirent leur source de FOUCHARD, 62 ss.

double caractéristique, soit par leur ampleur et leur mépris pour des valeurs internationales universelles, que les crimes supranationaux présentent un tel niveau de gravité et qu'ils concernent l'humanité entière, peu importe leur lieu de commission et la nationalité de leurs auteurs ou de leurs victimes. Étant directement inscrits dans le droit international coutumier, ils s'imposent aux Etats comme une limite à leur souveraineté. En effet, un Etat ne peut pas rendre licite dans son ordre juridique interne un comportement constitutif d'un crime supranational. De même, le fait que la loi interne ne réprime pas un crime supranational n'exonère pas son auteur de sa responsabilité pénale individuelle sur le plan international. Pour apporter une réponse pénale à la hauteur de la gravité de ces crimes, les Etats ont mis en place une répression renforcée à deux niveaux en créant des juridictions pénales internationales et en reconnaissant à tous les Etats une compétence universelle pour connaître de ces crimes. Les crimes supranationaux sont imprescriptibles et aucune immunité fonctionnelle ou personnelle ne peut être opposée à la poursuite et au jugement de leurs auteurs.

Aujourd'hui, les crimes supranationaux sont au nombre de quatre, à savoir le crime d'agression, les crimes de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide. Ils sont définis dans le Statut de Rome qui instaure la CPI comme institution internationale permanente chargée de poursuivre et de juger de tels crimes. 4.78

b) *Applicabilité matérielle de ce régime au crime d'écocide*

ba) *Critère de gravité extrinsèque*

Comme nous l'avons déjà dit, la notion d'écocide ne recouvre que les atteintes à l'environnement les plus graves. Une atteinte à l'environnement qui contribue au dépassement des limites planétaires présente *de facto* un intérêt pour l'ensemble de la communauté internationale puisqu'elle menace la santé et la sûreté de la planète entière. De par son caractère massif, l'écocide présente le critère de gravité extrinsèque requis pour être considéré comme un crime supranational. Pour plus de détails sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut²³⁶. 4.79

bb) *Critère de gravité intrinsèque*

bba) Place actuelle de la sûreté de la planète dans l'échelle des valeurs à protéger par la communauté internationale

À partir de la deuxième moitié du 19^e siècle, la communauté internationale prend conscience de la vulnérabilité de l'environnement et de la responsabilité de l'homme à l'égard du milieu naturel²³⁷. En 1972 est adoptée la Déclaration de Stockholm, qui édicte 21 principes relatifs à la protection de l'environnement, lesquels seront réaffirmés vingt ans plus tard dans la Déclaration de Rio, puis également concrétisés dans des Conven- 4.80

236 Cf. N 4.17 ss.

237 BETTATI, 15.

tions sectorielles²³⁸. À la suite des Conférences de Stockholm et de Rio, plusieurs Sommets et Conférences réunissant à chaque fois la majorité des Etats sont organisés pour discuter des questions environnementales et des mesures à prendre²³⁹. Les années 1970 marquent également le début du processus conventionnel en droit international de l'environnement qui connaîtra un essor considérable dans les années 1990 avec l'adoption de Conventions sectorielles prévoyant la protection de l'environnement dans des domaines déterminés²⁴⁰.

- 4.81 Si l'environnement fait l'objet de textes normatifs internationaux, on lui donne également une assise institutionnelle avec notamment la création du PNUE en 1972 et de la Commission du développement durable en 1992²⁴¹. En 1988, est également institué le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) en vue de fournir des évaluations détaillées de l'état des connaissances scientifiques, techniques et socio-économiques sur les changements climatiques, leurs causes, leurs répercussions potentielles et les stratégies de parade²⁴².
- 4.82 Au niveau régional et national, la protection de l'environnement fait également l'objet d'une grande préoccupation. Le Traité sur l'Union européenne²⁴³ déclare que l'Union définit des politiques communes afin de « contribuer à l'élaboration de mesures internationales pour préserver et améliorer la qualité de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles mondiales »²⁴⁴. En 2004, la France s'est dotée d'une Charte de l'environnement²⁴⁵ à valeur constitutionnelle qui expose dans son préambule « que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation »²⁴⁶.
- 4.83 Partout dans le monde, la société civile se mobilise en faveur de la protection de l'environnement. On citera notamment les marches pour le climat qui font figure de mouvement international depuis mars 2019²⁴⁷.
- 4.84 Au vu de l'intérêt croissant que la communauté mondiale porte à la protection de l'environnement, on peut considérer que la sûreté de la planète est en passe de devenir une valeur protégée à l'échelle internationale et d'acquérir une valeur coutumière²⁴⁸. À cet

238 *Ibid.*, 15 ss.

239 BETTATI, 19 ss.

240 *Ibid.*, 21 ss.

241 *Ibid.*, 16 ss.

242 <<https://www.ipcc.ch/languages-2/francais/>> (17.9.2020).

243 Traité sur l'Union européenne (TUE), JO C 326 du 26.10.2012, 0001-0390.

244 Art. 21 par. 2 let. f) TUE.

245 Loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 n° 2005-205 relative à la Charte de l'environnement (JORF n° 0051 du 2.3.2005, 3697).

246 Préambule de la Charte de l'environnement de 2004 par. 6.

247 BARROUX RÉMI/GARRIC AUDREY, Grève pour le climat : nouvelle mobilisation des lycéens pour que « les élections européennes soient des élections climatiques, Le Monde, 24.5.2019.

248 NEYRET, Pour la reconnaissance du crime d'écocide, 183.

égard, dans un rapport relatif à la Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activité dangereuse, la CDI a déclaré que le dommage incluait l'atteinte à l'environnement en précisant qu'il s'agissait de protéger l'environnement pour lui-même²⁴⁹.

bbb) Sûreté de la planète en tant que norme impérative du droit international

Une norme de *jus cogens* est une norme « acceptée et reconnue » comme telle « par la communauté internationale des Etats dans son ensemble »²⁵⁰. Pour que l'écocide puisse avoir le statut de crime autonome de droit supranational, il est indispensable que la sûreté de la planète soit hissée au rang de norme supérieure de droit international, au même titre que la dignité humaine. Pour cela, il nous faut passer par une modification dans l'échelle des valeurs à protéger qui aboutirait à un droit moins anthropocentré focalisé sur la préservation du vivant dans son ensemble et des équilibres planétaires et non plus sur le seul être humain²⁵¹. 4.85

Ce processus impose un changement de paradigme du point de vue du régime des droits fondamentaux. En effet, on passerait d'un régime de droits fondamentaux libres et concurrents à des droits fondamentaux dont l'exercice serait conditionné par le respect des limites planétaires. 4.86

Cependant, il faut plutôt voir ici une relation de complémentarité que de disparité. En effet, il ne faut pas perdre de vue le deuxième volet du concept de sûreté de la planète qui se traduit par la protection des populations à travers les atteintes à leur environnement. Cela implique la reconnaissance juridique de l'interdépendance des espèces et de l'interdépendance de l'homme et de son environnement qui a déjà été amorcée. On citera à cet égard la Charte mondiale de la nature de 1982, qui déclare que « toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée quelle que soit son utilité pour l'homme, et afin de reconnaître aux autres organismes vivants cette valeur intrinsèque, l'homme doit se guider sur un code moral d'action »²⁵². La Déclaration de Rio de 1992 affirme que « la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance »²⁵³. Plus récemment, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme adoptée en 2005 sous l'égide de l'UNESCO promeut un principe de « protection de l'environnement, de la biosphère et de la biodiversité »²⁵⁴ qui implique « de prendre dûment en considération l'interaction entre les êtres humains et les autres formes de vie [...] ainsi que le rôle des êtres humains dans la protection de l'environnement, de la biosphère et de la biodiversité »²⁵⁵. Cela ressort également de la jurisprudence de la CIJ, qui a souligné 4.87

249 CDI 2006, 132.

250 Art. 53 Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

251 DELMAS-MARTY *et al.*, 109 s.

252 Préambule de la Charte mondiale de la nature de 1982 par. 2 a).

253 Préambule de la Déclaration de Rio par. 4.

254 Art. 17 Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.

255 *Ibid.*

en 1997 « toute l'importance que le respect de l'environnement revêt [...] non seulement pour les Etats, mais aussi pour l'ensemble du genre humain »²⁵⁶. Elle a également précisé que « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépend la qualité de leur vie et de leur santé, y compris pour les générations à venir »²⁵⁷.

- 4.88 À travers ce constat d'interdépendance, on remarque que dans la plupart des cas, la protection de la sûreté de la planète irait de pair avec la protection des droits fondamentaux. Les systèmes régionaux de protection des droits fondamentaux vont déjà dans ce sens. Du point de vue du droit matériel, la CourEDH a déjà jugé qu'une atteinte à l'environnement pouvait s'analyser comme une violation du droit à la vie²⁵⁸ ou du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile²⁵⁹. Les systèmes américain et africain adoptent une approche plus collective de l'environnement en consacrant des notions comme la propriété collective²⁶⁰ et le droit à la vie digne²⁶¹.
- 4.89 Néanmoins, il est vrai que l'on peut imaginer des cas où la protection de la sûreté de la planète entrerait en conflit avec des droits fondamentaux comme la liberté personnelle ou la liberté économique. La sûreté de la planète revêtue d'une valeur supérieure s'imposerait alors à eux non pas comme une restriction, mais comme une dérogation,

256 CIJ, arrêt du 25.9.1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, § 85.

257 CIJ, arrêt du 25.9.1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, n 12.

258 CourEDH, arrêt du 30.11.2004, *Öneryildiz c. Turquie*, requête n° 48939/99. Cette affaire concernait une explosion de gaz de méthane émanant d'une décharge d'ordures ménagères à proximité d'un bidonville causant le décès de 26 personnes. La CourEDH a rappelé que les Etats ont l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif et de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Cette obligation vaut pour toute activité publique ou non propre à mettre en danger la vie de personnes et de surcroît pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telles que l'exploitation de sites de stockage de déchets.

259 CourEDH, arrêt du 9.12.1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, requête n° 16798/90. La requérante se plaignait des effets sur le domicile familial de la pollution causée par une station d'épuration construite grâce à une subvention de l'Etat à douze mètres de son appartement par une tannerie privée sur des terrains appartenant à la commune. La CourEDH a jugé que des atteintes graves à l'environnement pouvaient affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale.

260 Cour interam. DH, arrêt du 31.8.2011, *Mayagna (Sumo) Awas Tingi Community v. Nicaragua*, Séries C N° 79. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a notamment considéré que les populations autochtones ont une tradition communautaire de propriété collective de leurs terres, celles-ci appartenant au groupe et non aux individus composant le groupe. Le rattachement du groupe au territoire est une condition pour leurs épanouissements culturel, spirituel, physique et économique.

261 Cour interam. DH, arrêt du 17.6.2005, *Communauté Yakye Axa c. Paraguay*. Cette affaire concernait une communauté revendiquant des terres ancestrales, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé que la privation des terres traditionnelles empêchait la population d'avoir accès à l'eau de qualité, à l'alimentation, à la santé et à l'éducation, la rendant vulnérable et portant ainsi atteinte à son droit à une vie digne.

puisque une activité participant au dépassement des limites planétaires serait automatiquement considérée comme un écocide et donc prohibée²⁶².

Tout au long de ce travail, nous avons cherché à démontrer qu'en protégeant l'environnement pour lui-même, on assurait la pérennité des populations vivant dans ce milieu. Cependant, nous pouvons être confrontés à des situations plus délicates, notamment sous l'angle de la raréfaction des ressources. Par exemple, est-ce que l'on pourrait rendre coupables d'écocide des Inuits qui tuent les derniers ours blancs de leur territoire pour se nourrir ? On pourrait leur opposer le fait de participer à l'érosion de la biodiversité qui est une des limites planétaires et donc de porter atteinte à la sûreté de la planète. Cependant peut-on véritablement exiger d'une personne qu'elle sacrifie sa vie au profit la préservation de l'environnement et de l'humanité sur le long terme ? Ce serait à notre sens aller beaucoup trop loin dans le changement à opérer dans l'échelle des valeurs protégées. Sous l'angle du droit pénal, une telle situation devrait s'analyser comme un état de nécessité. 4.90

bc) Avantages et difficultés pratiques d'un tel régime

Si l'écocide devenait un crime supranational, on pourrait lui appliquer le régime y afférent. Cela permettrait de combler les difficultés que l'on rencontre aujourd'hui pour réprimer les atteintes à l'environnement les plus graves. En effet, les Etats ne pourraient pas rendre l'écocide licite dans leur ordre juridique interne, et les poursuites et le jugement seraient facilités par l'imprescriptibilité, l'absence d'immunité et la compétence universelle. La mise en place d'une juridiction internationale contribuerait à rendre le système efficace, puisqu'elle pourrait se substituer aux Etats si ceux-ci s'avéraient défaillants. 4.91

Cependant, du point de vue institutionnel, l'instauration de ce régime se heurte à plusieurs difficultés, puisqu'il faudrait recourir à une juridiction internationale. Il s'agirait alors d'en créer une nouvelle, par exemple un Tribunal pénal international de l'environnement, ou d'élargir les champs des compétences à l'écocide à celle que nous connaissons déjà : la CPI²⁶³. La première solution présente l'avantage d'avoir une juridiction spécialisée dans les domaines du droit pénal de l'environnement, ce qui, au vu des difficultés techniques de la matière, n'est pas négligeable. Cependant la création d'une telle juridiction prendrait du temps, elle exigerait des coûts financiers et des exigences logistiques considérables et il n'est pas certain que les Etats la reconnaissent²⁶⁴. La deuxième solution paraît plus simple en ce sens que la CPI existe déjà. Il n'en demeure pas moins qu'elle impliquerait de modifier le Statut de Rome, déjà pour faire entrer le crime d'écocide dans le champ des compétences de la CPI, mais aussi pour s'adapter à ses particu- 4.92

262 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 117.

263 TSHIAMALA BANUNGANA, 229 s.

264 *Ibid.*, 229.

larités. Cela passerait par une procédure d'amendements, notamment en ce qui concerne l'instauration de la responsabilité objective et de la responsabilité des personnes morales²⁶⁵.

- 4.93 Sans être impossible, ce processus paraît long et complexe, mais la difficulté principale reste bien le fait que la sûreté de la planète doit être reconnue universellement comme une valeur supérieure. Le crime contre l'humanité a été reconnu comme tel après avoir été commis, en raison de l'indignation morale qu'il a suscitée²⁶⁶. Il est maintenant impératif d'adopter un comportement anticipateur et de ne pas attendre une nouvelle catastrophe environnementale pour enfin accorder à la sûreté de la planète la valeur qui, en faisant preuve de bon sens et de responsabilité, devrait logiquement lui revenir.

V. Conclusion

- 4.94 Cela fait maintenant 50 ans qu'Arthur W. Galston a prononcé le terme « écocide » pour la première fois et depuis lors, les initiatives visant à son incrimination se sont multipliées. En nous basant sur ces dernières, nous avons cherché à dégager les éléments caractéristiques du crime d'écocide et à identifier son statut.
- 4.95 Au regard des diverses propositions étudiées, nous retenons que le crime d'écocide aurait pour objet de protéger la sûreté de la planète en réprimant les atteintes à l'environnement les plus graves, soit celles qui participent au dépassement des limites planétaires. Pour être en phase avec les réalités de la criminalité environnementale, le comportement à l'origine de l'atteinte serait illicite en soi et son auteur pourrait être recherché indépendamment de toute faute, seulement après que l'on ait établi qu'il avait ou devait avoir connaissance des conséquences de ses actes.
- 4.96 Puisqu'il porte atteinte à la sûreté de la planète, l'écocide menace les intérêts de toute la communauté internationale. En ce sens, il doit être revêtu d'un intérêt supérieur de sorte que son incrimination s'impose aux Etats en faisant échec au principe de souveraineté territoriale. L'écocide serait alors considéré comme le cinquième crime supranational et la sûreté de la planète hissée en haut de l'échelle des valeurs à protéger, au même titre que la dignité humaine.
- 4.97 En 1979, Hans Jonas publiait *Le principe responsabilité* dans lequel il affirmait que l'être humain était un être responsable et que de fait, il avait des obligations envers les autres êtres humains, mais également envers la nature, ces deux obligations se confondant en une seule au nom d'un intérêt commun : l'obligation pour l'humanité²⁶⁷. Ce principe a pu trouver une résonance dans la sphère juridique puisqu'il est aujourd'hui reconnu que l'homme a une responsabilité à l'égard de l'environnement, si ce n'est pour lui-

265 *Ibid.*, 231 ss.

266 Cf. DELMAS-MARTY *et al.*, 7 ss.

267 JONAS, 261 s.

même, en tout cas pour la survie de l'humanité. Cependant, cette forme de responsabilité est encore en grande partie théorique et ne couvre pas assez la dimension de la protection de l'environnement pour lui-même. L'incrimination de l'écocide au rang de crime supranational permettrait selon nous de faire de ce principe théorique un principe de responsabilité strict à même d'assurer une protection effective contre les atteintes les plus graves et les plus visibles à l'environnement.

§ 5 L'infraction de mise en danger avec des perspectives en droit de l'environnement : Pertinence et caractéristiques

Laetitia Léger*

Table des matières

I.	Introduction	129
II.	Notions d' « infraction de mise en danger » et d'« environnement »	130
	1. Infraction de mise en danger	130
	2. Notion d'environnement	132
	3. Infraction de mise en danger collective	133
	4. Infraction de mise en danger abstraite et concrète	134
	a) Infraction de mise en danger abstraite	134
	b) Infraction de mise en danger concrète	135
	c) Infraction de mise en danger concrète et abstraite en droit de l'environnement	136
III.	Mise en danger sous l'angle du droit pénal de l'environnement	138
	1. Notion de danger en droit suisse	138
	2. Danger en droit environnemental	139
	a) Mise en danger de l'environnement par les pollueurs du quotidien	139
	b) Mise en danger par l'auteur responsable et identifiable	141
	c) Danger abstrait ou concret pour compléter le droit pénal de l'environnement	142
	d) Nature et le degré de danger requis selon l'exemple du droit français	143
	e) Mise en danger grave selon l'art. 230bis al 1 let. b CP	146
	f) Atteinte grave à l'environnement à la lueur du crime d'écocide	147
	g) Danger en matière d'accidents majeurs	148
	3. Conclusion intermédiaire	153
IV.	Réflexions sur les éléments constitutifs	153
	1. Infractions d'omission proprement dite et improprement dite	155
	a) Infractions d'omission proprement dite	155
	b) Infractions d'omission improprement dite	155
	c) Devoir de garant de l'art. 11 al. 2 CP	157
	d) Omission et mise en danger de l'environnement	158
	2. Intention, la négligence et les obligations de diligence	159
	a) Négligence	159
	b) Négligence en droit pénal de l'environnement	160
	c) Obligations de diligence	161
V.	Conclusion	164

Bibliographie

AYER ARIANE, Prévention des accidents majeurs et aménagement du territoire : collision de responsabilités et exigences, DEP 2013 ; BRAHIER JEAN-MICHEL, Installations dangereuses et aménagement du territoire : Protection contre les accidents majeurs et maîtrise des constructions à proximité des installa-

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de la Prof. Anne-Christine Favre.

tions dangereuses, AISUF 296 (2010); BINDING KARL, Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts: Normen und Strafgesetze (Band 1), 3éd., Leipzig 1916; CULLET PHILIPPE, Le droit international de l'environnement dans la jurisprudence suisse, International Environmental Law Research Centre 1999; Cottier Raphaël, Der Begriff der Gemeinfahr eine sein Verwertung in den Vorentwürfen zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch; CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse (vol. 2), 3^e éd., Berne 2010; COURTAIGNE-DESLANDES CORALIE, Quelles pistes pour améliorer la lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique? Évolutions législatives et réglementaires souhaitables et celles pouvant être mises en œuvre par la gendarmerie pour améliorer le dispositif, Étude pour le CREOGN 2015; DAN ADRIAN, Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé, Genève 2015; DAOUÉ EMMANUEL/DESPLANQUES MARIE, Arrêt AZF: un lien de causalité ... incertain?, AJ Pénal 2019; DE SABRAN-PONTEVÈS ELZÉAR, Les transcriptions juridiques du principe de pollueur-payeur, Aix-en-Provence 2007; DUBÉY JACQUES, La limitation préventive des atteintes à l'environnement: entre liberté et neutralité économiques, in Sifonios/Braun/Lukic (éd.), Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités, CEDIDAC (vol. 82), Lausanne 2009, 115 ss; DUPUIS MICHEL *et al.* (éd.), Petit commentaire CP, Bâle 2017 (cité: PC CP, art. 1 N 1); ÉTIER GUILLAUME/STRÄULI BERNHARD, Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale, Genève 2015; FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit à l'information environnementale et participation du public en matière d'urbanisme en Europe: vers une démocratie administrative, in Association internationale de droit de l'urbanisme, L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe, Paris 2008, 106 ss; FROSSARD FÉLICIEN, Protection contre les atteintes portées aux sols sur les chantiers: sources et mise en œuvre des mesures, DC 2 (2013), 56 ss; GOSSWEILER ADRIAN, Le droit de l'environnement suisse, DEP 2017, 755 ss; GRAVEN PHILIPPE/STRÄULI BERNHARD, L'infraction pénale punissable, 2^e éd., Berne 1995; HANSEN-DIX FRAUKE, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, Recht, Technik, Wirtschaft 1982; HIGGINS POLLY, Eradicating Ecocide, Londres 2010; HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Expertise « Droit pénal de l'environnement », sur mandat de l'OFEV, Berne 2016; HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal: Partie générale, Zürich 2008; HURTADO POZO JOSÉ/GODEL THIERRY, Droit pénal général Théorie: Tableaux synoptiques: Méthodologie de résolution de cas pénaux: Lexique pénal: Répertoire des termes allemands, 3^e éd., Bâle 2019; JUNGO FABIA, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse, Avec des perspectives de droit international et de droit européen, Zürich 2012; MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP, Bâle 2017 (cité: CR CP II-AUTEUR · E, art. 1 N 1); MAGISTRO FRANCESCA, Le droit à un environnement sain revisité: Étude de droit suisse, international et comparé, Genève/Zurich/Bâle 2017; MOIX PAUL-HENRI, La prévention ou la réduction d'un préjudice: les mesures prises par un tiers, l'État ou la victime: Aspects de la gestion d'affaires, de la responsabilité civile et du droit de l'environnement, thèse, Université de Fribourg 1995; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, Bâle 2019 (cité: BSK StGB II-AUTEUR · E, art. 1 N 1); ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018 (cité: GUIDE GÉNÉRAL OCDE); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Manuel de l'ordonnance sur les accidents majeurs, critères d'appréciation relatifs à l'OPAM, Berne 2018 (cité: OFEV, Appréciation OPAM); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Schweizerhalle, un incendie à l'origine de la prévention des accidents majeurs, 2016 (cité: OFEV, Schweizerhalle); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Manuel I de l'ordonnance sur les accidents majeurs (OPAM): Aide à l'exécution pour entreprises utilisant des substances, des préparations ou des déchets spéciaux, Berne 2008 (cité: OFEV, Manuel OPAM); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Explications relatives à l'ordonnance sur les accidents majeurs (OPAM): exécution de la loi sur la protection de l'environnement, Berne 1992 (cité: OFEV, OPAM); PARANCE BEATRICE, Santé et environnement: expertise et régulation de risques, Paris 2017; PRIBNOW VOLKER/GUYAZ ALEXANDRE, Teil Privatrecht/Schadenrecht: Personenschaden 2013 Responsabilité civile: dommages corporels 2013, in Furrer (éd.), Aktuelle Anwaltspraxis: La pratique de l'avocat, Berne 2013, 479 ss; SCHERRER PETER, Die Gefährdungstatbestände des Strassenverkehrsgesetzes, thèse, Uni-

versité de Zürich 1965; SCHRÖDER HORST, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 81 (1969); SIDI-ALI KARIN, La protection des biotopes en droit suisse : Étude de droit matériel, Zürich 2008; SOUDAIN TENNESSE, La mise en œuvre des obligations de due diligence en matière de droits de l'homme par les entreprises, GESKR 1 (2019), 52 ss; VOLET JOËL, La faute en matière d'infractions de mise en danger collective, thèse, Université de Lausanne 1984; VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT/KELLER HELLEN (éd.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : Komm. USG-AUTEUR.E, art. 1 N 1)

Travaux préparatoires

Plan national de mesures pour diminuer les nuisances sonores : Rapport du Conseil fédéral du 28 juin 2017 en réponse au postulat Barazzone 15.3840 du 14 septembre 2015, 362.1-01189/00005/P291-1709; Rapport du Conseil fédéral du 9 décembre 2016 sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 12.3503, Alec von Graffenried, 14 décembre 2012, 825.4/2005/04143 \ COO.2101.104.4.1272342; Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : Plan d'action national de la Suisse 2020-2023 du 14 février 2020 (cité : NAP).

I. Introduction

Lors de la Conférence des Nations unies sur l'environnement à Stockholm en 1972, les États présents ont reconnu que l'amélioration des conditions de vie à long terme de tous dépendait de la préservation des bases naturelles de la vie¹ et qu'il était ainsi crucial de légiférer pour en assurer une meilleure protection. Malheureusement, force est de constater que le droit de l'environnement de ces pays reste à ce jour encore trop peu efficace au regard des objectifs de préservation, entraînant d'importantes révisions législatives. 5.1

En France, un projet de loi visant à accroître la répression pénale des atteintes à l'environnement a émergé suite au travail de la Convention citoyenne pour la transition écologique. Parmi les différentes propositions dudit projet, l'idée d'insérer un délit de mise en danger de l'environnement, actuellement en cours d'élaboration, a été retenue². Ce projet fait écho à la volonté de Sébastien Mabile, avocat français spécialiste du droit de l'environnement de « prévoir une nouvelle infraction plus générale [comme un délit de mise en danger de l'environnement] de manière à couvrir des comportements qui n'entrent pas dans le champ du droit pénal de l'environnement [...] »³. En Suisse, les chercheurs de l'Université de Berne ont également suggéré d'introduire des normes 5.2

1 <https://www.are.admin.ch/are/fr/home/developpement-durable/cooperation-internationale/agenda2030/onu_-les-grandes-etapes-du-developpement-durable/1972-la-conference-des-nations-unies-sur-lenvironnement-humain-.html> (2.7.2021).

2 N° 3875 rectifié, Projet de loi portant sur la lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets, 15^e lég, France, 2021.

3 SÉNAT, Comptes rendus de la CE incendie de l'usine Lubrizol, Audition d'avocats spécialisés en droit de l'environnement du 3 décembre 2019, disponible sous : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20191202/ce_lubrizol.html#toc2> (21.8.2020).

générales de mise en danger de l'environnement dans le Code pénal⁴ ⁵. Si cette proposition est intéressante, créer une telle norme est toutefois complexe. Le droit pénal a en effet traditionnellement pour but de sanctionner une conduite répréhensible parce qu'elle cause des dommages à un bien juridique protégé et non pas uniquement, car l'acte engendre un simple risque. Une réflexion s'impose donc pour comprendre les spécificités attachées à une norme générale de mise en danger de l'environnement.

- 5.3 Pour ce faire, nous introduirons, dans un premier temps, les notions d'infraction de mise en danger et d'environnement. Puis, dans un deuxième temps, nous étudierons le droit positif et la manière dont il encadre actuellement le danger environnemental afin de saisir quelles mises en danger sont déjà réprimées par la loi et lesquelles pourraient l'être par une nouvelle norme. Finalement, nous envisagerons quels pourraient être les éléments constitutifs d'une infraction de mise en danger de l'environnement. Au vu de la densité du sujet traité, nous avons choisi d'écarter volontairement l'examen de la licéité, de la peine, et celle de la culpabilité, pour centrer le présent travail sur l'analyse de la mise en danger, de la négligence et des obligations de diligence.

II. Notions d' « infraction de mise en danger » et d'« environnement »

- 5.4 Avant d'envisager l'insertion d'une infraction de mise en danger de l'environnement dans le Code pénal suisse, il est nécessaire de mener une analyse de droit pénal, par une étude approfondie de la notion d'infraction de mise en danger, de ses différentes formes et de ses éléments constitutifs. En parallèle, il faut également comprendre le fonctionnement du droit de l'environnement et ainsi mettre en lumière les notions d'environnement et d'atteinte à l'environnement. C'est ce sur quoi nous allons nous pencher dans cette partie.

1. Infraction de mise en danger

- 5.5 À l'origine, la justice pénale réprimait uniquement les comportements causant des dommages à autrui⁶. L'auteur n'était donc punissable qu'en cas de dommage au bien juridique protégé. Par exemple, si une personne détruisait l'objet d'une autre, elle était condamnée pour outrage à la propriété. Ces normes qui sanctionnent le fait de porter atteinte à un bien juridique protégé sont des infractions de lésion. Elles constituent aujourd'hui encore l'essentiel du droit pénal puisque le préjudice fait à un bien juridique protégé est le socle de la responsabilité pénale⁷. Il est cependant apparu par la suite que, pour protéger une certaine catégorie de biens juridiques, les infractions de

4 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

5 HILF/VEST, 207.

6 COTTIER, 3.

7 Selon MOIX, N 142, il faut différencier l'atteinte (le trouble à un bien juridique), la lésion (la modification de l'état de biens) et le préjudice (la répercussion sur la situation générale de la victime). Cependant, la distinction en droit pénal étant de peu d'importance, nous les aborderons de façon similaire.

lésion, en tant qu'unique voie de punissabilité, étaient insuffisantes⁸. Pour pallier cette carence et renforcer la protection juridique de certains biens, les infractions de mise en danger – aussi appelées « infractions-obstacle » – ont été introduites. Dans le cadre de ces infractions-obstacle, le fait de mettre en danger l'objet de la protection, sans même l'atteindre ou l'endommager, est déjà sanctionnable. Autrement dit, la loi interdit un comportement humain engendrant potentiellement un dommage à un bien juridique⁹.

Les infractions de mise en danger, bien que plus rares que les infractions de lésion, revêtent une importance majeure en droit suisse. Contrairement aux infractions de lésion, elles ne se limitent pas à punir le responsable du dommage, mais répriment également l'auteur d'un danger, le but étant d'empêcher la survenance d'une lésion et d'intervenir au préalable, au stade de la création du risque. C'est pourquoi l'infraction de mise en danger est réservée à la protection de biens juridiques auxquels la société accorde une grande valeur¹⁰ comme la vie (art. 127 CP), la sécurité publique (art. 19 al. 3 LCR¹¹), ou la santé (art. 136 CP).

Partant de ce constat, nous pouvons comprendre pourquoi l'introduction d'une infraction de mise en danger de l'environnement dans les codes pénaux nationaux est en cours de discussion. Si le droit de l'environnement se destinait originellement à répondre à des problématiques ponctuelles et de peu d'importance, il a acquis une dimension globale à partir de la Déclaration de Stockholm de 1972¹², renforcée par la suite par de nombreuses Conventions sectorielles¹³ et par l'Accord de Paris de 2015¹⁴. Plusieurs auteurs de doctrine plaident désormais pour la reconnaissance d'un droit fondamental à un environnement sain et pour une protection particulière de la biosphère¹⁵. Introduire une norme de mise en danger de l'environnement générale au sein du Code pénal constituerait en effet un moyen fort d'exprimer toute la valeur accordée actuellement à la défense de l'environnement. C'est également le pas qu'il reste à faire pour donner tout son sens à la reconnaissance juridique de l'interdépendance de l'être humain et de son environnement.

8 VOLET, 26.

9 SCHERRER, 8.

10 HURTADO POZO, N 1425.

11 Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR; RS 741.01).

12 Principe 1 et 2 de la Déclaration de Stockholm de 1972.

13 Voir à titre d'exemple la Convention du 23 novembre 1972 pour la protection du patrimoine culturel et naturel (RS 0.451.41); la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (RS 814.05); la Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (RS 0.453), ainsi que le Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (RS 0.814.021) mis en place pour éliminer les substances qui appauvrissent la couche d'ozone, les états s'engageant à interdire les CFC à une date butoir.

14 Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015 (RS 0.814.012).

15 À titre d'exemple, voir MAGISTRO, 240 s; FLÜCKIGER, 618.

- 5.8 À l'instar de l'art. 127 CP – condamnant « [c]elui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger [...] ou l'aura abandonnée en un tel danger » –, une clause générale (*Auffangtatbestand*) assure une protection complète du bien juridique protégé, en évitant que des lacunes involontaires fassent obstacle à la criminalisation d'un comportement dangereux. En effet, en vertu du principe de subsidiarité consacré par l'adage *lex specialis derogat legi generali*, les dispositions générales ne s'appliquent que lorsqu'aucune norme plus spécifique n'entre en ligne de compte, ou que la preuve fait défaut.

2. Notion d'environnement

- 5.9 L'infraction de mise en danger ayant été introduite, il convient à présent de nous attarder quelque peu sur la notion d'environnement. En effet, si le concept d'environnement se conçoit facilement dans le langage courant, en incluant la complexité des interrelations entre les êtres vivants qu'il inclut, il est difficile à saisir juridiquement autrement que de manière sectorielle (les éléments de la nature, la faune, la flore, l'eau, le sol, l'air, etc.). C'est la raison pour laquelle cette partie abordera l'environnement sous l'angle d'un bien juridique protégé en tant qu'élément de typicité d'une infraction¹⁶, sans entrer dans une analyse approfondie de la notion, une telle analyse constituant à elle seule un travail entier de réflexion.
- 5.10 Si le droit suisse ne contient aucune définition explicite de l'environnement¹⁷, nous déduisons de l'art. 74 al. 1 Cst.¹⁸ et des buts de l'art. 1 al. 1 LPE¹⁹ que l'environnement englobe « les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes »²⁰, ainsi que leurs interrelations. L'art. 1 al. 1 LPE nous éclaire sur le fait que le droit de l'environnement repose en Suisse sur une compréhension holistique de la notion d'environnement, et protège de façon générale et transversale les écosystèmes dans leur ensemble, ainsi que la biosphère en tant qu'habitat²¹. Pour le reste, l'Université de Berne, dans son expertise sur le droit pénal, expose que l'environnement est, premièrement, détaché d'autres biens juridiques, notamment individuels tels que la vie ou l'intégrité corporelle ; deuxièmement, que la protection de l'environnement englobe – à un degré variable selon l'approche adoptée – les intérêts humains ; et, enfin, troisièmement, que l'environnement est assimilé à un bien juridique collectif puisqu'il n'appartient pas à une seule personne²². Dans le cadre d'une réflexion sur l'introduction d'une infraction

16 Nous partons du principe que le droit pénal sert à protéger des intérêts juridiques et qu'il est donc nécessaire de les nommer pour poursuivre notre réflexion sur l'infraction de mise en danger en droit de l'environnement.

17 MAGISTRO, 9.

18 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

19 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE ; RS 814.01).

20 Art. 1 al. 1 LPE.

21 Komm. USG-TSCHANNEN, art. 1 N 11.

22 HILF/VEST, 34.

de mise en danger de l'environnement, ce constat suffit pour avancer dans notre raisonnement, sans que nous devions approfondir davantage la notion d'environnement.

3. Infraction de mise en danger collective

Définir l'environnement en tant que bien juridique collectif est important dans le cadre de l'étude des normes de mise en danger, le droit suisse faisant une distinction entre les infractions de mise en danger individuelle et les infractions de mise en danger collective. Les infractions de mise en danger individuelle, comme leur nom l'indique, sont des infractions protégeant des biens juridiques individuels²³. Elles figurent en tête de file dans le Livre 2 du Code pénal suisse consacré aux dispositions spéciales et ont pour objets de protéger les biens juridiques individuels que sont la vie, l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur, la liberté, l'intégrité sexuelle et la famille. Les infractions de mise en danger collective sont, quant à elles, susceptibles de protéger des biens juridiques à la fois individuels et collectifs tels que – sans exhaustivité – la santé, les communications ou encore la sécurité publique. Si, dans les faits, une seule personne est lésée par la commission de l'infraction, l'infraction restera collective en raison de sa capacité à porter **atteinte à un cercle largement étendu d'individus et de biens**²⁴. 5.11

Ces normes sont, contrairement à ce que laisse supposer le terme « collectif », des infractions spéciales. Ainsi, lorsqu'un auteur commet une infraction touchant à la fois un bien individuel et un bien collectif, seul ce dernier sera pris en compte (selon le principe d'absorption) dans la décision pénale²⁵. À noter, par exemple, que dans le cadre de l'art. 221 al. 1 CP *in fine*, qui réprime la mise en danger d'un bien juridique collectif par le déclenchement d'un incendie, il n'y a pas de danger collectif si l'incendie ne frappe qu'un seul bien²⁶. Il faut nécessairement que le feu soit propre à endommager de nombreux biens appartenant à autrui, et ce de manière hasardeuse, pour que cette disposition trouve application²⁷. 5.12

Nous pouvons en conclure que, si l'auteur provoque à la fois une mise en danger de la vie, mais également une mise en danger de l'environnement, seule l'infraction de mise en danger collective pourra être retenue, une circonstance aggravante de la mise en danger de l'environnement s'envisageant dans un tel cas. Par contre, si la mise en danger porte uniquement sur une propriété définie, ou un groupe de quelques personnes déterminées, seules les infractions protégeant un bien juridique individuel seront retenues. Toutefois, les atteintes à l'environnement se diffusant sans délimitation territoriale, cette hypothèse ne risque pas souvent de se produire. 5.13

23 POZO/GONDEL, N 994.

24 SCHWANDER, 464.

25 L'art. 129 CP prohibant la mise en danger de mort imminente d'une personne n'entre pas en concours avec l'art. 264 let. a CP réprimant les meurtres d'un groupe dans le cadre d'un génocide.

26 CR CP II-PAREIN-REYMOND/PAREIN/VUILLE, art. 221 N 16.

27 *Ibid.*, N 18; BSK StGB II-TRECHSEL/FINGERHUTH, art. 221 N 4.

4. Infraction de mise en danger abstraite et concrète

- 5.14 Les deux notions centrales du présent sujet étant introduites, soit celle d'infraction de mise en danger et celle d'environnement, il convient désormais de distinguer les deux formes principales d'infraction de mise en danger prévues par le droit : l'infraction de mise en danger abstraite et l'infraction de mise en danger concrète. Leur différence réside au niveau des éléments objectifs constitutifs de la typicité et plus particulièrement sur le caractère **effectif** de la mise en danger.

a) *Infraction de mise en danger abstraite*

- 5.15 Une infraction de mise en danger est abstraite lorsque le comportement reproché, en raison de sa nature et du dessein de son auteur, viole le droit pénal, peu importe si, dans les faits, il y a eu ou non une véritable mise en danger du bien juridique.
- 5.16 Un exemple typique d'infraction de mise en danger abstraite est l'art. 91 LCR, qui réprime le fait de conduire un véhicule en état d'incapacité sur la voie publique, « indépendamment de toute mise en danger concrète de la circulation, de toute faute de la circulation ou de tout accident »²⁸. Selon les termes de la loi, le conducteur ne doit pas nécessairement avoir **concrètement** mis en danger la sécurité de la circulation routière par son état d'incapacité ; une personne conduisant ivre, sur un chemin désert bien éclairé et dégagé, sans risque apparent, commet déjà une infraction à la LCR. Cela s'explique par le fait que, dans le cadre d'une telle infraction, le législateur a examiné en amont le caractère dangereux d'une conduite et l'a par conséquent prohibé, peu importe le contexte dans lequel elle s'inscrit afin que le bien juridique protégé ne se retrouve en aucun cas menacé. Autrement dit, le fait que le comportement en tant que tel soit interdit signifie que « l'acte reste en principe punissable alors même qu'il serait demeuré sans aucun résultat, c'est-à-dire qu'il n'aurait suscité aucun danger effectif. Le résultat est donc non seulement beaucoup moins caractérisé que dans la mise en danger concrète, mais encore il peut faire totalement défaut »²⁹.
- 5.17 Les infractions de mise en danger abstraite sont des infractions formelles (*Tätigkeitsdelikte*) dites de pure désobéissance ou de pure activité³⁰. La tentative achevée est exclue, la commission de l'acte et la réalisation de l'infraction étant intrinsèquement liées. Il en va de même du délit impossible, sauf exception³¹. Cette construction juridique facilite l'admission du caractère intentionnel de l'acte dans la pratique. En effet, le caractère intentionnel est attaché à la commission de l'acte répréhensible et non pas à la mise en danger. On retiendra donc l'intention s'il est établi que l'auteur a commis l'acte répré-

28 HURTADO POZO, N 1431.

29 ATF 97 IV 205, 209.

30 HURTADO POZO, N 992.

31 À la teneur du CR CP II-ZERMATTEN, art. 187 et ses références, le délit impossible pour l'art. 187 CP est admis si l'auteur était persuadé de commettre un acte d'ordre sexuel sur une personne âgée de moins de 16 ans alors qu'elle avait dans les faits plus de 16 ans.

hensible avec conscience et volonté, sans se demander si ce dernier avait véritablement l'intention de mettre en danger le bien juridique protégé.

Ces normes sont souvent utilisées pour protéger des biens juridiques collectifs tels que la sécurité publique. À titre d'exemple, la corruption d'agent public, réprimée à l'art. 322^{septies} CP, est un délit de mise en danger abstraite : le simple fait d'offrir, promettre, octroyer ou accepter un avantage indu est suffisamment dangereux pour que le législateur punisse le comportement³² quand bien même l'agent public a refusé l'avantage indu. 5.18

L'avantage de cette construction juridique réside dans son aspect pratique : dans le cadre de la procédure pénale, il n'y aura ni besoin d'établir une mise en danger effective, ni la causalité entre l'acte et le résultat de l'infraction pour incriminer l'auteur de l'infraction. 5.19

b) *Infraction de mise en danger concrète*

Dans le cadre d'une infraction de mise en danger concrète, à l'inverse, non seulement la mise en danger doit être établie, mais le juge doit posséder également la preuve que l'acte réprimé a effectivement engendré un risque et qu'il existe un lien de causalité ou plus exactement « un lien de probabilité entre la source de risque [le comportement incriminé] et le préjudice futur et incertain [le danger] »³³. Une telle infraction, en tant qu'outil juridique, amène donc des désavantages sur le plan de l'incrimination puisqu'il est difficile de prouver une réelle mise en danger et que le lien de probabilité entre la source de risque et le préjudice futur dépend de chaque cas particulier. 5.20

Prenons l'exemple de l'art. 127 CP, qui incrimine la mise en danger concrète de la vie et de la santé d'une personne par son garant : déterminer si un acte est propre à entraîner, dans une situation donnée et par un lien de probabilité, une réelle mise en danger de la vie de quelqu'un ou de sa santé est une tâche complexe pour les tribunaux. Selon la jurisprudence, le fait pour des responsables d'école de ne pas relever l'absence d'un élève lors de la cérémonie de remise de diplôme et de ne pas s'en être inquiété une fois notifié, l'étudiant étant perçu comme stable mentalement, ne constitue pas une violation du devoir des garants, quand bien même, durant ce laps de temps l'adolescent a mis fin à ses jours³⁴. Les conditions de l'art. 127 CP sont par contre réalisées lorsqu'un employeur demande à son employé en situation illégale et gravement blessé à la suite d'une explosion de se cacher pendant quarante minutes, pour ensuite lui confisquer ses biens et l'empêcher de se rendre à l'hôpital, le tout afin que les autorités ne découvrent la présence illégale en Suisse de l'employé³⁵. Dans ce cas, la mise en danger a notamment été admise, car le travailleur ne parlait pas la langue, était en état de choc et se trouvait dans 5.21

32 CR CP II-PERRIN, art. 322^{septies} N 9.

33 HURTADO POZO, N 989.

34 TF, 1.4.2020, 6B_143/2020, c. 3.

35 TC FR, 14.9.2015, 501 2014 152, partie B.

un « rapport d'extrême loyauté et de discipline envers son patron »³⁶, lequel entraînait une dépendance totale envers son employeur.

- 5.22 Toutefois, ces infractions de mise en danger concrète étant des infractions matérielles (*Erfolgsdelikte*) – la mise en danger effective étant « physiquement et chronologiquement différenciée des agissements de l'agent »³⁷ –, toutes les formes de tentative sont donc possibles, ce qui peut être intéressant du point de vue préventif. Par ailleurs, cette qualification a également l'avantage d'étendre l'application du Code pénal suisse lorsque le résultat s'est produit en Suisse, contrairement au comportement incriminé. Le champ territorial est ainsi plus large qu'en cas de mise en danger abstraite³⁸.

c) *Infraction de mise en danger concrète et abstraite en droit de l'environnement*

- 5.23 Actuellement, en droit suisse de l'environnement, les normes de mise en danger se révèlent être principalement des infractions de mise en danger abstraite³⁹. L'explication réside dans le caractère accessoire du droit pénal dans ce domaine. En effet, le droit de l'environnement contient essentiellement des normes de droit administratif. Ces dispositions établissent, pour les différentes composantes de l'environnement (l'air, l'eau les déchets ...), des seuils de risque, imposent certaines obligations, et prévoient des mécanismes de contrôle et d'intervention en cas de violation desdites prescriptions⁴⁰. Dans ce système, les normes pénales jouent un rôle secondaire et donc accessoire, car elles ne visent avant tout qu'à renforcer les mécanismes de contrôle découlant du droit administratif⁴¹. Les normes pénales en droit de l'environnement sont ainsi bien souvent soit relativement accessoires, soit absolument accessoires⁴².
- 5.24 Le droit pénal peut être accessoire de plusieurs manières. Les dispositions pénales absolument accessoires au droit administratif sont des normes pénales annexes aux dispositions administratives ; les dispositions pénales relativement accessoires au droit administratif exigent quant à elles une illégalité administrative, soit parce qu'elles présupposent un comportement potentiellement dangereux pour l'environnement, soit, car la dangerosité abstraite n'est que le motif de l'édition de la disposition pénale⁴³. À l'inverse, les clauses pénales sont absolument indépendantes de l'administration lorsque, par exemple, des troubles particulièrement graves ne peuvent plus faire l'objet d'une autorisation, même dans des cas exceptionnels⁴⁴.

36 *Ibid.*, c. 2c).

37 POZO, N 988.

38 ATF 97 IV 209.

39 HILF/VEST, 14.

40 HILF/VEST, 35.

41 HILF/VEST, 35.

42 HILF/VEST, 35.

43 HILF/VEST, 36.

44 *Ibid.*

À titre d'exemple, la LPE prévoit à son titre V deux dispositions pénales établissant la liste de toutes les violations à cette loi qui constituent des contraventions (art. 60 LPE) et des délits (art. 61 LPE). Ces délits et contraventions portent essentiellement sur le comportement d'un auteur qui n'aurait pas respecté ses obligations, lesquelles se fondent soit sur des normes administratives, soit sur des décisions d'autorités administratives. 5.25

C'est en disséminant à titre expérimental et sans autorisation des organismes pathogènes dans l'environnement (29c al. 1 LPE) ou en mettant de tels organismes dans le commerce en vue d'une utilisation dans l'environnement (29d al. 3 et 4 LPE) que l'on commet un délit au sens de l'art. 60 al. 1 let. h LPE. 5.26

Puisque seule la violation d'une norme administrative s'inscrit comme condition d'incrimination pénale, ces normes pénales sont de nature formelle. À titre d'exemple, bien que les différentes infractions des art. 60 et 61 LPE n'explicitent pas quel est le risque justifiant la sanction pénale, la doctrine reconnaît effectivement que ces deux articles contiennent des infractions de mise en danger abstraite⁴⁵. 5.27

Les infractions de mise en danger concrète de l'environnement, plus rares, se retrouvent principalement dans le Code pénal. Il s'agit de normes autonomes qui concernent des mises en danger graves de l'environnement. Ainsi, l'art. 230^{bis} CP, qui sanctionne celui qui met **gravement** en danger la composition naturelle des populations animales et végétales ou leur habitat par l'emploi d'organismes génétiquement modifiés ou pathogènes, est typiquement une infraction de mise en danger concrète. À noter que l'art. 60 al. 1 let. h LPE encadrant l'utilisation d'organismes pathogènes est, comme toutes les infractions de mise en danger abstraite de l'art. 60 al. 1 LPE un **délit** (la peine privative de liberté n'excédant pas 3 ans) ; alors que l'art. 230^{bis} CP est un **crime** de mise en danger concrète (la peine privative de liberté prévue allant de 1 à 10 ans). 5.28

Nous constatons que deux infractions de mise en danger, répondant à une logique propre, existent en droit pénal de l'environnement. L'infraction de mise en danger abstraite est plus courante et facilement applicable par les tribunaux puisqu'il n'y a pas lieu de prouver un danger concret dans les faits, mais elle dépend toutefois du droit administratif pour déployer son effet. L'infraction de mise en danger concrète, plus rare, se différencie par son autonomie et sa portée en cas de grave mise en danger de l'environnement. Les exemples cités ci-dessus nous amènent à deux conclusions. Premièrement, une gradation s'opère dans les sanctions du délit au crime lorsqu'une infraction de mise en danger est concrète et non abstraite. Deuxièmement, l'infraction de mise en danger concrète impose un danger **grave**, contrairement à la plupart des infractions de mise en danger abstraite. 5.29

45 Komm. USG-ETTLER, Vorbemerkungen zu Art. 60-62, N 18.

III. Mise en danger sous l'angle du droit pénal de l'environnement

5.30 Au vu des développements qui précèdent, il est nécessaire, pour créer une infraction de mise en danger générale de l'environnement, de trancher en faveur d'une mise en danger abstraite ou concrète. Pour cela, il faut, au regard de la systématique du droit suisse de l'environnement, se demander si cette norme générale serait introduite pour compléter les dispositions pénales accessoires au droit administratif et ainsi sanctionner les petits délits environnementaux, ou pour s'appliquer de façon autonome à des cas plus graves. Pour répondre à ces questions, nous mettrons en lumière la notion de danger telle que perçue et encadrée par le droit, d'abord de manière générale, puis de manière plus spécifique en droit de l'environnement. Nous pourrions dès lors identifier quelles sont les composantes de l'environnement qui méritent une protection pénale particulière au-delà du droit existant et quel serait le type d'infraction de mise en danger à privilégier.

1. Notion de danger en droit suisse

- 5.31 En droit suisse, la notion de danger se définit communément en droit pénal, civil ou administratif par « une situation dont le développement naturel fait apparaître la survenance d'un préjudice comme suffisamment vraisemblable, à moins qu'une intervention extérieure ne se produise »⁴⁶. Proche du risque, le danger se distingue de ce dernier par le degré de vraisemblance de réalisation de l'atteinte : lorsque la survenance d'une atteinte à un bien juridique devient vraisemblable, de sorte qu'elle n'est plus seulement potentielle, la situation va être qualifiée de dangereuse, et non plus de risquée⁴⁷. Que le danger s'évalue au stade législatif (pour les infractions de mise en danger abstraite) ou devant les tribunaux (pour les infractions de mise en danger concrète), la détermination du caractère dangereux relève avant tout d'une évaluation des probabilités, selon laquelle les conditions favorables à la réalisation du préjudice sont plus importantes que les conditions défavorables⁴⁸. L'important est « la **relation existante** entre l'**évènement** (source des risques) et le **préjudice futur** découlant de la probable réalisation de l'évènement »⁴⁹. À noter également que « vraisemblance » n'est pas synonyme d'immédiateté. Si l'urgence est un élément indiquant la probabilité de survenance d'un risque, elle n'est pas nécessairement déterminante pour admettre le danger⁵⁰.
- 5.32 En matière d'infraction de mise en danger, les normes permettant de distinguer au mieux ce qui est dangereux et imminent de ce qui ne l'est pas sont l'art. 129 CP et l'art.

46 MOIX, N 113.

47 HURTADO POZO, N 1414 ; BINDING, 326 et 372.

48 HURTADO POZO/GODEL, N 985.

49 *Ibid.*, N 886 ; soulignement présent dans la source originale.

50 HANSEN-DIX, 37.

127 CP, qui répriment le fait de mettre autrui en danger de mort imminent⁵¹. Les tribunaux reconnaissent un danger de mort imminent lorsqu'une personne pointe un pistolet chargé sur des policiers « de sorte qu'il pouvait, par un seul et unique mouvement, en appuyant sur [la gâchette], faire partir un coup de feu mortel »⁵². De même, puisque le risque de toucher le cœur est probable, un coup de baïonnette au thorax de son adversaire tombe sous le coup de l'art. 127 CP⁵³. Par contre, un coup à une personne par le biais d'un morceau tranchant, d'une assiette ou d'un cendrier brisé ne suffit pas pour admettre la présence d'un danger réel et imminent⁵⁴. Enfin, un conducteur conduisant à 100 km/h sur une autoroute – alors que la chaussée est mouillée – et qui se rabat sur la voie de dépassement sans motifs et sans mettre le clignotant, puis qui freine alors qu'une voiture se trouve à moins de 20 mètres derrière lui, met en danger de mort imminent autrui au sens de l'art. 127 CP⁵⁵.

Comme nous pouvons le constater par ces exemples, la nature du danger requis est intrinsèquement liée au bien juridique protégé ainsi qu'au contexte dans lequel ce danger se crée. 5.33

2. Danger en droit environnemental

En droit de l'environnement, le danger, du fait de la nature même de l'environnement, est complexe et multiple. Il est donc nécessaire de délimiter les contours de l'infraction générale de mise en danger de l'environnement en analysant les différents aspects de la notion de « danger à l'environnement », notamment les sources potentielles et le degré de gravité. 5.34

a) Mise en danger de l'environnement par les pollueurs du quotidien

L'environnement étant un concept regroupant un nombre conséquent d'éléments distincts (l'air, le sol, l'eau, les déchets, les animaux, le bruit, l'odeur ...), le danger environnemental ou l'atteinte à l'environnement peut revêtir des formes différentes et être occasionné par des comportements extrêmement variés. Autrement dit « [l]es dommages environnementaux ont cette particularité d'être omniprésents. Le simple fait pour une personne de vivre cause une atteinte à l'environnement »⁵⁶ et les comportements humains étant à même d'engendrer un danger en droit de l'environnement sont pour le moins nombreux. Que nous soyons mangeurs de viande, adeptes de l'avion ou 5.35

51 À la différence de l'art. 129 CP, l'art. 127 CP vise l'auteur qui, *ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle*, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé.

52 CR CP II-STETTLER art. 129 N 10; ATF 121 IV 67.

53 TF, 26.8.2004, 6S. 192/2004, c. 2.2.

54 TF, 30.9.2005, 6S. 322/2005, c. 1.2.

55 TF, 24.11.1995, 6S. 563/1995.

56 DE SABRAN-PONTEVÈS, N 1.

encore automobilistes, par des comportements tout à fait licites, nous contribuons tous plus ou moins à la dégradation de notre biosphère, car l'accumulation de ces habitudes lui est nuisible⁵⁷. Cette pluralité d'acteurs peut, à notre sens, poser des problèmes du point de vue de la responsabilité pénale, car le nombre de facteurs entraînant des dommages ou des situations dangereuses est important, ce qui entraîne des causalités cumulatives indécélables en réalité pour chaque cas particulier. Or, pour incriminer une personne, il faut prouver qu'il existe un lien de causalité entre l'acte de l'auteur et le résultat de l'infraction (le dommage ou la mise en danger). Si, sous l'angle de la causalité naturelle, toutes les conditions à la survenance du résultat sont équivalentes⁵⁸, il faut toutefois que la conduite soit l'élément *sine qua non* à l'origine du résultat⁵⁹. Toutefois, comme souvent en cas d'atteinte ou de danger à l'environnement, c'est l'accumulation d'actions qui entraîne la lésion ou la mise en danger, une seule action ne suffisant pas pour arriver au résultat⁶⁰.

- 5.36 Le droit pénal se montre ainsi inefficace pour sanctionner le dommage lié à ces multiples pollueurs. Le droit administratif, à l'inverse, encadre davantage, notamment par le principe du pollueur-payeur au sens large, ce genre d'atteintes diffuses⁶¹. Lorsque « les coûts occasionnés [par une atteinte] ne peuvent pas être imputés individuellement à un perturbateur déterminé et qu'il n'est dès lors pas possible de prouver un lien de causalité individuel entre le comportement polluant et les mesures nécessaires ou les frais engendrés »⁶², le principe du pollueur-payeur au sens large poursuit, dans ce cas, l'objectif de faire supporter aux agents économiques les coûts engendrés par différents « pollueurs » (pollution des automobilistes, déchets ménagers, etc.). Les activités économiques privées licites en elles-mêmes, mais qui génèrent des nuisances, sont typiquement visées par le recours à des taxes imposées (telles que les taxes sur les sacs poubelles ou les taxes sur l'essence).
- 5.37 Ainsi, si le droit pénal ne peut prévenir les atteintes du quotidien, des mécanismes de droit administratif, tels que le principe du pollueur-payeur au sens large, prévoient à tout le moins une gestion de ces atteintes, notamment en incombant aux agents économiques de payer les coûts engendrés par la pollution.

57 QUEFFELEC Derwell, La pollution c'est de ma faute ?, france culture, 27 novembre 2019, disponible sur : <<https://www.franceculture.fr/environnement/la-pollution-cest-de-ma-faute>> (13.7.2021).

58 ATF 95 IV 139 c. 2a ; ATF 115 IV 199 c. 5b ; ATF 116 IV 306 c. 2a ; ATF 125 IV 195 c. 2b.

59 GRAVEN/STRÄULI, 90.

60 ETIER/STRÄULI, 42.

61 GOSSWEILER, 766.

62 GOSSWEILER, 766.

b) *Mise en danger par l'auteur responsable et identifiable*

Plus rarement, il arrive qu'un auteur identifiable soit responsable plus que les autres d'une mise en danger ou d'une atteinte à l'environnement. Nous pouvons citer, par exemple, l'affaire de la verrerie de Saint-Prex. 5.38

Dans cette affaire, de nombreux habitants de la commune de Saint-Prex avaient observé que, depuis l'utilisation d'un nouveau four pourtant considéré comme conforme par l'autorité administrative, la fumée de la verrerie s'était épaissie et atteignait désormais les habitations voisines en cas de bise. Ils avaient par ailleurs des inquiétudes sur la composition des vapeurs et la fréquence des contrôles⁶³. Ladite verrerie avait en effet recours pour son industrie à l'utilisation d'une huile lourde (composée de résidus d'essence et de diesel)⁶⁴. Un an après le signalement aux autorités de la situation par les voisins, un rapport a finalement été rendu, démontrant que, effectivement, la verrerie était responsable d'une dégradation significative de la qualité de l'air et que les valeurs d'immission pour les particules fines étaient dépassées, en violation des art. 11 ss LPE⁶⁵. Le Service de l'environnement, conformément à la LPE, a ainsi contraint le détenteur de l'installation à aménager un filtre sur sa cheminée entraînant un coût de plusieurs millions pour la verrerie en se basant sur les dispositions de la LPE⁶⁶. Cet exemple illustre comment le droit administratif contient, d'ores et déjà, des clauses pour ce genre de cas⁶⁷. 5.39

Dans sa globalité, le droit de l'environnement ne manque pas de normes pour empêcher les dommages environnementaux. Cela découle du principe de prévention, résultant de l'art. 74 Cst. et transposé à l'art. 1 al. 2 LPE, qui impose sous conditions que les atteintes potentiellement nuisibles ou incommodes⁶⁸ à l'environnement soient réduites à titre préventif et suffisamment tôt. Dans ce contexte, les risques sont évalués⁶⁹ : certains sont tolérés ou limités conformément au principe de proportionnalité, d'autres trop dangereux, sont interdits. 5.40

63 GOSSEWILER, 766.

64 TC VD, 14.4.2011, C.2010.0101.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*

67 En outre des mécanismes de droit administratif, le droit de l'environnement prévoit dans le cas de la verrerie des mécanismes de répression pénale puisque la personne qui enfreint les limitations d'émissions édictées par la LPE est amendée au sens de l'art. 61 al. 1 let. a LPE.

68 Par nuisance, il faut entendre les atteintes qui provoquent un dommage à l'environnement naturel, mais également celles qui affectent la santé physique ou psychique de l'être humain » et par incommode « les atteintes qui gênent l'être humain dans son existence sans pour autant provoquer un véritable dommage. JUNGO, 160.

69 L'art. 8 LPE prévoit effectivement que « Les atteintes seront évaluées isolément, collectivement et dans leur action conjointe ».

c) *Danger abstrait ou concret pour compléter le droit pénal de l'environnement*

- 5.41 Le champ de protection de l'environnement étant large, la tolérance au risque est relative selon les différents aspects de l'environnement, ainsi que les mesures devant être entreprises pour empêcher ou réduire les risques. C'est pourquoi sept chapitres du Titre II LPE, dénommé « Limitations des nuisances », s'y consacrent, tout comme de nombreuses lois et ordonnances fédérales annexes. Mentionnons quelques exemples pour illustrer toute la diversité de la protection en droit de l'environnement.
- 5.42 Les atteintes incommodantes telles que le bruit et les odeurs sont, par nature, d'une gravité moindre que les atteintes nuisibles, puisqu'elles ne provoquent pas de préjudice de même intensité. Pour le **bruit**, les annexes 3 à 9 OPB⁷⁰ fixent les seuils d'émissions « de manière que, selon l'état de la science et l'expérience, les immissions inférieures à ces valeurs ne gênent pas de manière sensible la population dans son bien-être » (art. 15 LPE)⁷¹. En cas de dépassement des seuils limites en matière de bruit⁷², des mesures d'assainissement doivent être entreprises, sous peine de se voir infliger une amende pour ne pas avoir pris les mesures prescrites par les autorités (art. 61 al. 1 let. c LPE). Il n'y a donc pas d'interdiction pénale absolue d'excéder un certain seuil de bruit, mais une sanction quand il n'y a pas d'efforts entrepris pour redescendre sous le seuil en question. En matière de protection des **biotopes**, l'art. 18 al. 1 LPN dispose que « [l]a disparition d'espèces animales et végétales indigènes doit être prévenue par le maintien d'un espace vital suffisamment étendu (biotopes), ainsi que par d'autres mesures appropriées »⁷³. La logique de cette clause incite, en premier lieu, à protéger les biotopes dits « dignes de protection »⁷⁴, c'est-à-dire les biotopes où vivent des espèces menacées ou qui ont une valeur écologique importante (« de par sa place dans différentes chaînes trophiques, sa biodiversité, son taux d'endémisme »⁷⁵). Si la protection du biotope en question est disproportionnée vis-à-vis d'autres intérêts, la loi impose que « l'instigateur de l'atteinte veille à prendre des mesures particulières pour en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou, à défaut, le remplacement adéquat »⁷⁶. L'art. 24 al. 1 let. a LPN prévoit que l'auteur qui endommage sérieusement et **sans autorisation** un

70 Ordonnance du 15 décembre 1986 sur la protection contre le bruit (RS 814.41).

71 Pour la protection des animaux, l'art. 18 al. 1^{er} de la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN ; RS 451) s'applique en tant que *lex specialis* de l'art. 15 LPE.

72 Ces valeurs se situent entre 40 dB et 75 dB et varient en fonction du degré de sensibilité. Annexe 3 art. 2 OPB.

73 Cette protection est complétée par la Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (LCITES, RS 453), la Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP, RS 922.0) ainsi que la Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP, RS 923.0) d'ailleurs citées à l'art. 18 al. 4 LPN.

74 Conformément à l'art. 18a LPN, le Conseil fédéral, après avoir pris l'avis des cantons, désigne les biotopes d'importance nationale. Il détermine la situation de ces biotopes et précise les buts visés par la protection.

75 SIDI-ALI, 109.

76 Art. 18 al. 1^{er} LPN.

biotope protégé est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Concernant la qualité de l'eau, la tolérance est plus mince. En effet, la personne qui introduit de manière illicite des substances polluantes dans les eaux, créant ainsi un risque de pollution pour les eaux commet déjà un délit au sens de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux⁷⁷. Quant à la personne qui contamine l'eau potable servant aux personnes ou aux animaux domestiques, elle commet même un crime au sens de l'art. 234 al. 1 CP⁷⁸, les dommages occasionnés par cette action étant plus importants. À noter que des normes comparables pour les atteintes à l'air ou au sol n'existent pas (art. 60 et 61 LPE), les enjeux n'étant pas les mêmes.

Nous constatons que chacune de ces lois touche à une thématique environnementale précise et répond à des problèmes particuliers. L'Université de Berne, dans son expertise, relève effectivement des lacunes de punissabilité et de cohérence dans le droit actuel⁷⁹. Si les dispositions pénales méritent sûrement d'être révisées et améliorées, l'introduction d'une infraction de mise en danger générale n'apparaît pas être une solution adaptée pour renforcer la défense des différents aspects environnementaux en couvrant, au travers de normes, la grande diversité des dangers courants potentiels et leur complexité. Toutes les facettes du danger environnemental et les obligations de protection en droit pénal de l'environnement pour chaque secteur ne pourront pas être contenues dans une seule norme. 5.43

Par ailleurs, ce sont les autorités administratives qui, par des systèmes d'autorisation, contrôlent dans les faits si une situation présente un risque d'atteinte à l'environnement et si elle est tolérée ou prohibée. Pour renforcer cette protection sur le plan pénal, les infractions de mise en danger abstraites spécifiques existent déjà. Ainsi, introduire une nouvelle infraction de mise en danger abstraite générale aurait pour conséquence de supprimer toutes les dispositions pénales environnementales abstraites, ce qui ne permettrait pas d'arriver à une meilleure protection, d'autant plus que ces infractions sont chacune pensées pour encadrer une problématique particulière du droit de l'environnement. L'inclusion d'une infraction de mise en danger générale perd de son intérêt si elle se contente de reprendre en tout point le droit existant. 5.44

d) Nature et le degré de danger requis selon l'exemple du droit français

À tout le moins, nous pourrions éventuellement envisager d'introduire une norme de mise en danger abstraite qui sanctionnerait plus sévèrement la violation d'obligations particulières de sécurité. C'est du moins la proposition retenue en France à l'issue du travail de la Convention citoyenne pour le climat constituée en 2019 par le Président de la République française. Ladite convention, composée de 150 citoyens français, a œuvré 5.45

77 Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux; RS 814.20).

78 « Certains auteurs considèrent cependant que, compte tenu de la peine prévue importante, une mise en danger concrète est nécessaire ». PC CP, art. 234 N 3.

79 HILF/VEST, 210 ss.

pendant neuf mois afin de présenter des mesures concrètes pour diminuer « les émissions nationales de gaz à effet de serre d'au moins 40% d'ici 2030, dans un esprit de justice sociale »⁸⁰. Au terme de ces travaux, l'insertion dans la loi d'un délit de mise en danger abstrait en cas de violation d'obligations particulières de sécurité a été suggérée et approuvée. Il s'agit d'incriminer certains actes exposant directement l'environnement à un risque d'atteinte grave et durable, le caractère durable étant réalisé si les atteintes sont susceptibles de durer *a minima* dix ans⁸¹.

- 5.46 La disposition française est toutefois critiquée par de nombreux juristes et des associations protégeant l'environnement, puisqu'elle ne correspond pas à la volonté initiale de créer une clause permettant de réprimer « les atteintes au vivant »⁸², mais « se contente en réalité de proposer des sanctions plus élevées pour certaines atteintes relativement rares et difficiles à caractériser »⁸³. Les violations d'obligations particulières retenues visent essentiellement le « fait d'exploiter une installation soumise à autorisation sans posséder cette dite autorisation, ou encore le fait de transporter des marchandises dangereuses dont le transport n'est pas autorisé »⁸⁴. Cette disposition est donc « très loin d'un délit général de pollution qui couvrirait toutes les pollutions »⁸⁵. Une autre critique soulevée concerne les conditions d'incrimination de la norme, jugées trop sévères, comme en témoigne Antoine Gatet, avocat praticien : « je défends des dossiers au tribunal et s'il faut que je démontre un risque immédiat de dégradation susceptible de perdurer au moins dix ans, je n'en suis pas capable »⁸⁶. En outre, Sébastien Mabile ajoute qu'il y aura « des débats sans fin sur le fait de savoir si le dommage susceptible de se

80 N° 3875 rectifié, Projet de loi portant sur la lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets, 15e lég, France, 2021.

81 Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

82 RINAUDO CECILIA, Projet de loi climat et protection judiciaire de l'environnement, Notre affaire à tous, 28 février 2021, disponible sous : <<https://notreaffaireatous.org/projet-de-loi-climat-et-protection-judiciaire-de-l'environnement/>> (2.7.2021).

83 RINAUDO CECILIA, Projet de loi climat et protection judiciaire de l'environnement, Notre affaire à tous, 28 février 2021, disponible sous : <<https://notreaffaireatous.org/projet-de-loi-climat-et-protection-judiciaire-de-l'environnement/>> (2.7.2021).

84 GUITTON-BOUSSION JUSTINE, Le projet de loi Climat enterre le délit d'écocide, Reporterre, 14 janvier 2021, disponible sous : <<https://reporterre.net/Le-projet-de-loi-Climat-enterre-le-delit-d-ecocide>> (2.7.2021).

85 ALVAREZ CONCEPCION, Projet de loi convention climat : un délit d'écocide à la portée très réduite, Novethic, 18 janvier 2021, disponible sous : <<https://www.novethic.fr/actualite/environnement/pollution/isr-rse/projet-de-loi-convention-climat-un-delit-d-ecocide-vide-de-son-esprit-initial-149403.html>> (2.7.2021).

86 GUITTON-BOUSSION JUSTINE, Le projet de loi Climat enterre le délit d'écocide, Reporterre, 14 janvier 2021, disponible sous : <<https://reporterre.net/Le-projet-de-loi-Climat-enterre-le-delit-d-ecocide>> (2.7.2021).

produire serait grave et durable »⁸⁷, et que « [l]a pollution liée au naufrage de l'Erika, par exemple, qui est l'un des épisodes les plus graves que [la France ait] connu, n'a pas duré dix ans »⁸⁸. Il souligne à ce propos qu'il n'est pas certain qu'on puisse démontrer que l'explosion de Lubrizol a eu des effets graves et durables susceptibles de perdurer dix ans⁸⁹. Ainsi, si l'introduction d'une infraction de mise en danger reste une idée intéressante, il ne semble pas souhaitable de reprendre tous les éléments du projet français puisqu'il est à l'heure actuelle fortement critiqué. Nous retenons de ces critiques d'une part que la norme ne devrait pas renvoyer qu'à deux ou trois obligations particulières, son champ d'application devenant trop restrictif pour parler d'un véritable délit de mise en danger générale, et d'autre part que le seuil du degré de danger devrait être abaissé pour correspondre davantage aux impératifs de preuve dans la pratique.

Concernant la première critique, nous sommes d'avis qu'une infraction de mise en danger concrète et autonome élargirait le champ d'application d'une infraction de mise en danger générale. Elle apporterait une meilleure protection en sanctionnant plus sévèrement les infractions de mise en danger **concrète** de l'environnement que celles de mise en danger abstraite existantes en droit suisse. Une telle base ferait sens par le fait qu'elle contribuerait à décloisonner les approches sectorielles du droit de l'environnement tout en préservant, pour les cas de gravité faible à moyenne, le système accessoire du droit pénal visant à renforcer le respect des prescriptions administratives. Cela permettrait par ailleurs – aussi par égard aux standards internationaux – une protection de l'environnement en droit pénal adéquate, effective et plus visible, qui engloberait également les faits transfrontaliers et commis à l'étranger, mais avec un effet sur le territoire suisse. Cet aspect n'est pas négligeable étant donné que les dégâts à l'environnement ne connaissent pas de frontières. Concernant la deuxième critique, qui porte sur le degré de danger requis au vu du caractère général de cette clause, n'importe quelle potentielle atteinte ne devrait pas tomber sous le coup de cette norme. En effet, le droit de l'environnement est d'ores et déjà pourvu de normes de mise en danger. Nous pensons ainsi que réserver cette disposition aux cas de mise en danger grave, comme c'est le cas dans le projet français, fait sens puisque la norme ne ferait pas inutilement concurrence aux normes existantes, d'autant que l'intérêt d'une telle norme résiderait dans la sévérité des sanctions infligées. Cependant, dans une perspective suisse, nous souhaitons, pour les raisons invoquées plus haut, nous écarter de la définition d'une mise en danger grave prévue par le projet français. 5.47

87 ALVAREZ CONCEPCION, *Projet de loi convention climat : un délit d'écocide à la portée très réduite*, Novethic, 18 janvier 2021, disponible sous : <<https://www.novethic.fr/actualite/environnement/pollution/isr-rse/projet-de-loi-convention-climat-un-delit-d-ecocide-vide-de-son-esprit-initial-149403.html>> (2.7.2021).

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*

e) *Mise en danger grave selon l'art. 230bis al 1 let. b CP*

- 5.48 Dans le Code pénal suisse, seule une infraction exige la réalisation d'une grave mise en danger. Nous l'avons déjà vu⁹⁰, il s'agit de l'art. 230^{bis} al. 1 let. b CP, qui réprime la mise en danger grave, par des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes, de la composition naturelle des populations animales ou végétales ou leur habitat.
- 5.49 Avant de nous pencher sur le caractère grave de cette mise en danger, il est intéressant de relever que l'art. 230^{bis} al. 1 let. b CP protège la composition naturelle des populations animales ou végétales ou leur habitat. Pour rappel, nous avons déduit de l'art. 1 al. 1 LPE que l'environnement englobait « les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes » et leurs interrelations. Ces deux formulations ont de toute évidence un sens commun, d'autant que la lettre a de l'art. 230^{bis} al. 1 CP protège également la vie et l'intégrité corporelle des personnes. Si l'art. 230^{bis} al. 1 CP ne fait pas expressément référence à la notion d'environnement, en tant que bien juridiquement protégé, elle l'approche dans sa complexité, à l'instar de l'énumération mentionnée à l'art. 1 al. 1 LPE. C'est la raison pour laquelle nous pouvons nous inspirer des réflexions sur la gravité de la mise en danger à l'art. 230^{bis} CP pour dessiner les contours du degré et de la nature du danger dans l'infraction de mise en danger de l'environnement que nous souhaitons voir introduire.
- 5.50 La doctrine a interprété la notion de gravité pour l'art. 230^{bis} CP de la manière suivante : une mise en danger est considérée comme grave lorsque « le degré de l'atteinte est élevé, lorsque l'atteinte (quel que soit son degré) se prolonge pour une longue période, respectivement lorsque la perturbation est durable »⁹¹. De simples fluctuations temporaires ne suffisent pas⁹². L'équilibre peut être également perturbé par des interventions extérieures si les caractéristiques de l'habitat sont durablement modifiées ou si les interconnexions entre les organismes ou entre l'habitat et les organismes sont interrompues⁹³. Le déséquilibre durable des écosystèmes, comme condition pour qualifier le degré de la mise en danger, est clairement un élément de réponse. Pour compléter notre analyse du critère temporel, nous pouvons nous inspirer des idées suggérées dans le cadre des réflexions sur l'écocide.

90 Cf. N 5.28.

91 CR CP II-RODIGARI, art. 230^{bis} N 22.

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

f) *Atteinte grave à l'environnement à la lueur du crime d'écocide*

L'art. 8^{ter} de la proposition d'amendements du Statut de Rome dispose que quiconque 5.51
 « est coupable d'écocide [s'il] cause un dommage grave à : a) tout ou partie du système
 des communs planétaires, ou b) un système écologique de la Terre »⁹⁴. L'écocide est donc
 une norme proche de l'infraction de mise en danger, à la différence près que, dans le
 cadre de l'écocide, la mise en danger s'est transformée en dommage. Autrement dit, il y
 a écocide après que le dommage soit survenu et une mise en danger avant que le danger
 ne se produise.

La gravité du dommage d'un écocide se base, selon la juriste anglaise Polly Higgins, sur 5.52
 trois critères : l'étendue des dégâts, la durée et l'impact du dommage⁹⁵. Ces trois critères
 sont tirés de la Convention du 10 décembre 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techni-
 ques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins
 hostiles⁹⁶ (Convention ENMOD) ; cette convention prohibant justement les manipula-
 tions délibérées des processus naturels ayant des effets étendus, durables ou graves sur
 l'environnement au sens des art. 1 et 2. « [I] faut entendre par « étendus » les effets qui
 s'étendent à une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés [...] « durables »
 s'entend d'une période de plusieurs mois, ou environ une saison [...] « grave » signifie
 qui provoque une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué pour la vie humaine,
 les ressources naturelles et économiques ou d'autres richesses »⁹⁷. L'atteinte directe à la
 vie humaine ne serait alors pas nécessaire pour qu'un acte soit d'une gravité qualifiée.
 Certains juristes proposent également de réprimer une activité, par le crime d'écocide
 si elle « interfère ou altère tout ou partie de l'environnement d'une manière qui dépasse
 en soi les limites planétaires [...] »⁹⁸.

Ces deux approches sur la notion d'écocide nous permettent de tirer des éléments 5.53
 pertinents pour caractériser ce qu'est une atteinte grave à l'environnement : une mise
 en danger grave de l'environnement serait un acte qui serait à même d'entraîner des
 effets sur une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés, pendant une
 période de plusieurs mois, et qui provoquerait une altération de tout ou une partie de
 l'environnement de manière à dépasser en soi les limites planétaires. Du point de vue
 temporel, nous sommes d'avis que de retenir par « durable » une période de plusieurs
 mois, ou éventuellement une saison, augmenterait les chances d'avoir réellement
 recours à cette norme dans la pratique, car elle serait moins exigeante que le projet

94 Proposition d'amendements sur le crime d'écocide, disponible sous : <<https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendements-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf>> (2.7.2021), ci-après : « Proposition d'amendements sur le crime d'écocide ».

95 HIGGINS, 64.

96 RS 0.515.06.

97 Accords interprétatifs de la Convention ENMOD, disponibles sous : <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/460>> (25.5.2022).

98 Art. 8^{ter} § 10 de la Proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

français. Au niveau de l'intensité de la gravité, la question reste ouverte quant au critère à retenir entre le déséquilibre durable des écosystèmes, une perturbation ou un dommage sérieux aux ressources naturelles ou l'altération de l'environnement qui dépasse les limites planétaires.

g) *Danger en matière d'accidents majeurs*

- 5.54 Après avoir défini ce qu'était un danger grave, il nous reste encore à évaluer la pertinence d'une infraction de mise en danger générale de l'environnement sanctionnant sévèrement – plus que les autres normes existantes – les mises en danger graves de l'environnement⁹⁹. Il est en effet possible que le droit suisse contienne déjà des dispositions pénales pour prévenir ce genre de dangers rendant inutile l'insertion d'une nouvelle norme. Assurément, c'est dans le domaine des accidents majeurs qu'une situation atteint ce niveau de danger. L'exemple le plus frappant pour le démontrer demeure la catastrophe de Seveso.
- 5.55 En 1976, dans le nord de l'Italie, une usine ICMESA a laissé s'échapper deux kilos de dioxine dans l'air, formant ainsi un nuage de fumée¹⁰⁰. La dioxine étant une molécule toxique, des végétaux, ainsi que des animaux, en furent mortellement affectés et des habitants de la ville de Seveso ont été évacués de leur maison, sans possibilité d'y revenir pendant des années¹⁰¹. À la suite de ce désastre, une directive européenne¹⁰² portant le nom de la ville fut créée afin de recenser toutes les activités industrielles présentant des risques d'accident majeur. Selon les propriétés et la quantité des substances manipulées, les industries sont classées avec un niveau de sécurité du seuil bas au seuil haut¹⁰³.
- 5.56 En Suisse, c'est la catastrophe de Schweizerhalle qui est à l'origine de l'évolution législative. Le 1^{er} novembre 1986, dans le canton de **Bâle-Campagne, un entrepôt Sandoz (désormais appelé Novartis) a pris feu. Pour lutter contre les flammes, 15 000 m³ d'eau ont été utilisés, ce qui a provoqué, en raison de l'infiltration de ces eaux polluées, une pollution majeure des sols et des eaux souterraines entourant le site¹⁰⁴. Un mélange d'eau, de pesticides, de dérivés de mercure, ainsi que d'esters phosphoriques s'est ainsi déversé dans le Rhin, occasionnant une catastrophe écologique¹⁰⁵. Les nuages de fumée liés à l'incendie ont conduit 1200 personnes à consulter un médecin pour des pro-**

99 Art. 8^{ter} § 10 de la Proposition d'amendements sur le crime d'écocide.

100 PARANCE, 9.

101 *Ibid.*

102 Directive 82/501/CEE du Conseil du 24.6.1982 concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles.

103 BRAHIER, 70.

104 OFEV, Schweizerhalle.

105 *Ibid.*

blèmes respiratoires, oculaires et pour des vomissements¹⁰⁶. L'accident a engendré une mortalité massive de la faune sauvage, notamment d'anguilles européennes¹⁰⁷.

À la suite de cet évènement, le Conseil fédéral a édicté l'OPAM¹⁰⁸, dont l'objectif 5.57 consiste à **gérer le risque accru** causé par l'activité d'une industrie lucrativement dangereuse. Il existe donc bel et bien des dispositions légales encadrant les risques majeurs, ainsi qu'une procédure rigoureuse développée ci-dessous.

L'étape préliminaire sert à déterminer si l'entreprise est à risque. Pour ce faire, le détenteur 5.58 de l'installation produit un rapport succinct dans lequel il analyse le danger potentiel de son entreprise¹⁰⁹ et note les mesures de sécurité qu'il a déjà prises ou devra prendre. Le détenteur imagine des scénarios d'accident en fonction des substances utilisées dans l'entreprise et met en exergue les dégâts les plus graves, le « *worst case scenario* »¹¹⁰ en prédisant les répercussions sur le sol, l'air et l'atmosphère, ainsi que les éventuels effets sur la population¹¹¹, par la prise en compte de données concrètes « ainsi que la **distance** entre l'installation et les biens juridiques protégés »¹¹². L'autorité, après réception du rapport, contrôle l'exhaustivité et l'exactitude du document fourni (art. 6 al. 1 OPAM) en vérifiant l'ampleur des ravages (art. 6 al. 2 let. a OPAM), puis apprécie les risques concernant l'infrastructure. Pour cela, elle recourt à une échelle graduée de gravité, partant d'un degré zéro, équivalent à l'inexistence totale de préjudice à un degré 1, représentant le dommage maximal envisageable¹¹³. Les données concrètes sur l'installation sont transposées à cette échelle pour fournir l'indice d'accident majeur. Lorsque l'indice d'accident majeur est supérieur à 0,3, les dommages sont graves ; s'il est supérieur à 0,5 il s'agit d'une catastrophe. Si l'entreprise ne risque pas de causer de graves dommages à la population et/ou à l'environnement à la suite d'accidents majeurs, des investigations supplémentaires ne sont pas utiles (art. 6 al. 3 let. a OPAM). Mais si l'industrie risque de causer de gros dommages, la seconde phase du processus débute : l'entreprise recourt à une expertise privée pour produire une étude de risque, laquelle sera soumise de nouveau à l'appréciation de l'autorité¹¹⁴. Dans l'analyse de la gravité, les composantes à prendre en compte sont proches de celles de l'écocide, puisque l'on se réfère à des éléments d'éten-

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*

108 Ordonnance du 27 février 1991 sur la protection contre les accidents majeurs (OPAM ; RS 814.012).

109 Il effectue au sens de l'art. 5 al. 1 et al. 2 OPAM une brève description de l'entreprise et donne des informations sur le voisinage (let. a), sur les quantités des substances, des préparations ou des déchets spéciaux (let. b), transmet les informations ayant servi de base à des contrats d'assurance (let. d), renseigne sur les mesures de sécurité (let. e) et sur l'ampleur des dommages possibles. Ce rapport doit être complet et détaillé (art. 6 al. 3 ou 4 OPAM).

110 JUNGO, N 247.

111 OFEV, OPAM, 13.

112 JUNGO, N 249.

113 *Ibid.*, N 266.

114 *Ibid.*, N 273.

due et de durée, ainsi qu'au critère de l'irrévocabilité¹¹⁵. Cette étude de risque sert à déterminer la probabilité réelle de tous les scénarios dangereux en effectuant une analyse plus approfondie, ainsi qu'à constituer un dossier pour renseigner la population sur les risques¹¹⁶. Toutes les hypothèses graves sont envisagées, le détail des dommages ainsi que leur probabilité sont **évalués** et les **éventuelles erreurs** corrigées, l'objectif étant d'affiner les analyses du rapport succinct¹¹⁷. Un diagramme probabilité-conséquence représente le risque indiquant de nouveau l'indice d'accident majeur (entre 0 et 1) divisé en trois : une partie où le risque est inacceptable, une autre où le risque est acceptable et un domaine intermédiaire¹¹⁸. Si le risque n'est pas acceptable, l'autorité exige du détenteur de l'infrastructure qu'il prenne des mesures de sécurité supplémentaires pour rendre le risque tolérable (art. 8 OPAM)¹¹⁹. Si le risque est dans le domaine de l'intermédiaire, il est mis en balance entre, d'une part, le besoin de protection de la population et de l'environnement et, d'autre part, l'intérêt privé du détenteur d'installation (art. 7 al. 2 let. a OPAM).

- 5.59 Ces entreprises sont, comme nous le voyons, encadrées afin de prévenir toute sorte d'accidents. Il semble n'exister, à première vue, aucune lacune juridique en la matière, le processus prévu par la loi étant strict et rigoureux. Le souci est que, si l'examen se base sur des données concrètes, la menace reste dans le cadre de la procédure de l'OPAM finalement hypothétique et abstraite. En effet, elle permet uniquement d'évaluer si une entreprise doit être soumise à un degré de mesures de sécurité plus élevé. Une fois ces mesures appliquées, la procédure n'exclut pas tous les dangers présents et futurs d'une installation à haut risque. Cela signifie donc qu'en cas d'accident, l'industrie qui aura suivi les instructions tirées de l'OPAM, n'aura pas forcément fait preuve de la diligence nécessaire, en l'espèce, pour éviter la survenance de la catastrophe¹²⁰.
- 5.60 D'un point de vue du droit pénal, seul un article entre en jeu pour sanctionner le manque de dispositifs pris par le détenteur d'installation en vue d'assurer un degré de sécurité suffisant au sein de son entreprise : l'art. 60 al. 1 let. a LPE. Or, cette disposition réprime uniquement le détenteur d'installation qui « aura omis de prendre les mesures de sécurité **arrêtées** en vue de la protection contre les catastrophes ». Attardons-nous quelque peu sur cette norme. L'auteur de l'infraction est le détenteur de l'installation qui est le destinataire des mesures de sécurité ordonnées, mais il peut aussi s'agir des

115 Komm. USG-SEILER, art. 10, N 14.

116 OFEV, Manuel OPAM, 29.

117 JUNGO, N 274.

118 JUNGO, N 285.

119 « Les conséquences de l'existence d'un risque considéré comme inacceptable [...] sont comparables à celles qui surviennent lorsque les valeurs limites d'immissions sont dépassées ». JUNGO, N 288.

120 Dix morts selon cette échelle sont acceptables si la probabilité que le risque arrive est faible (voir OFEV, Appréciation OPAM, 22). Cela ne signifie pas qu'en cas d'accident, les morts n'engendrent aucune responsabilité pénale. Il s'agit d'un simple outil d'évaluation du risque qui permet de déterminer les mesures de sécurité dans le cadre du fonctionnement de l'entreprise, mais ces règles générales ne s'appliquent pas lorsque des indices concrets laissent supposer l'occurrence d'un risque.

employés et agents, si le détenteur leur concède la planification concrète, l'exécution et la mise en œuvre des mesures de sécurité pour la lutte contre les catastrophes¹²¹. L'étendue de la responsabilité est donc large et ne pose pas de problèmes. Par contre, s'agissant des mesures, la loi impose qu'elles soient « arrêtées », c'est-à-dire convenues ou préalablement décidées. L'autorité ordonne des mesures soit dans le cadre de l'OPAM, soit par le biais de l'art. 10 al. 1 LPE qui dispose que « [q]uiconque exploite [...] ou entend exploiter des installations [pouvant] causer de graves dommages à l'homme ou à l'environnement, doit prendre les mesures propres à assurer la protection de la population et de l'environnement [...] », le souci étant que toutes les mesures de sécurité prises délibérément par le détenteur ne sont pas couvertes par l'art. 60 al. 1 let. a LPE. Ainsi, tant qu'il n'y a pas de décision de l'autorité d'exécution, l'infraction n'est pas commise¹²², puisque la norme ne sanctionne pas directement l'imprudence du détenteur ni même la création réelle d'un risque¹²³. Or, l'autorité ne peut pas être informée à tout instant de l'ensemble des activités et mesures organisationnelles prises par le détenteur pour éventuellement prescrire des mesures supplémentaires. Ainsi, dans le cadre d'industrie à risque, il serait intéressant de responsabiliser pénalement l'auteur en cas de mise en danger concrète de l'environnement.

D'autant que sur le plan administratif et civil, la loi encadre davantage la prise de mesures. Au niveau administratif, l'art. 10 LPE prévoit une obligation générale, de prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la survenance d'une catastrophe¹²⁴. Ainsi, une entreprise respectant toutes les mesures de sécurité liées aux procédures spéciales prévues par l'OPAM doit toujours veiller à prendre des mesures de sécurité suffisantes pour assurer un bon niveau de sécurité¹²⁵. Au niveau civil, à teneur de l'art. 59a al. 1 LPE, « le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant d'atteintes que la réalisation de ce danger entraîne ». Ainsi, selon l'art. 59a al. 2 let. a LPE, les entreprises qui sont de nature à présenter un danger particulier pour l'environnement sont présumées responsables. Cet article vise toutes les installations qui entrent dans le champ d'application de la protection contre les accidents majeurs, qu'elles soient soumises à l'OPAM ou à l'art. 10 LPE¹²⁶. Le détenteur d'installation ne pourra s'exonérer de sa responsabilité que s'il prouve que le dommage est dû à la force majeure ou à une faute grave du lésé ou d'un tiers, selon l'art. 59a al. 3 LPE. « [C]e faisant, le législateur crée une responsabilité spécifique du détenteur de l'installation dangereuse et un renversement du

121 Komm. USG-ETTLER, art. 60, N 7.

122 Komm. USG-ETTLER, art. 60, N 14.

123 HILF/VEST, 95.

124 L'obligation de prendre des mesures au sens de l'art. 10 LPE doit être interprétée comme un objectif ou un but à suivre ; Komm. USG-SEILER, art. 10, N 21.

125 Komm. USG-SEILER, art. 10, N 36.

126 AYER, 316.

fardeau de la preuve »¹²⁷. Il serait donc intéressant d'avoir la même exigence au niveau du volet pénal et exiger du détenteur d'installation la même exigence de diligence qu'à l'art. 10 LPE, sous peine de sanctions pénales sans attendre une nouvelle catastrophe pour faire évaluer la loi. Il est malheureux de constater que les mesures de sécurité sont souvent réexaminées et modifiées seulement après une catastrophe écologique. C'est suite à l'incendie du Lubrizol, en 2019, que les obligations des exploitants de sites d'industries à haut risque ont été renforcées¹²⁸. Pourtant l'industrie en question présentait déjà des indices de dysfonctionnements sécuritaires¹²⁹.

- 5.62 Dans le contexte des catastrophes environnementales où les effets d'un comportement, soit le dommage, mettent parfois des années, voire des décennies avant de s'estomper, réprimander des comportements propres à faire naître concrètement lesdits dommages semble judicieux. C'est également ce qu'a retenu l'Université de Berne dans son expertise de 2016, selon laquelle l'introduction de plusieurs infractions générales de mise en danger concrète (chaque infraction visant un élément comme l'air, l'eau, le sol) est la solution évidente : « [e]lles ne seraient dans la pratique utilisées que dans le domaine des < grandes catastrophes > – par nature rares, mais pas exclues comme le prouvent même des expériences suisses (Seveso, Schweizerhalle) – lors desquelles la protection traditionnelle individuelle des biens immatériels de la vie et de la santé et des biens matériels est inutile. Même l'insignifiance < pénale > est punissable, qui plus est la négligence pour laquelle il n'existe que les art. 117 et 125 CP (< Homicide par négligence > et < Lésions corporelles par négligence >). [L]es infractions de résultat concrètes proposées couvrent également des délits commis à l'étranger qui ont des conséquences transfrontalières – un cas qui est fréquent. D'un autre côté, même en écartant la fonction plus symbolique de ce complément, une révision conséquente du CP aurait quand même le mérite de sensibiliser la population et les autorités pénales au fait que la pollution environnementale ne constitue pas un délit mineur et qu'il s'agit d'améliorer aussi au niveau institutionnel les moyens de lutte contre ce fait »¹³⁰.
- 5.63 Nous laissons volontairement le débat ouvert quant à la question de savoir s'il est préférable d'inscrire une norme de mise en danger générale ou plusieurs normes de mise en danger sectorielles pour incriminer les mises en danger de l'eau, de l'air et du sol qui sont les éléments clés de l'environnement en tant que bases naturelles de la vie¹³¹, mais

127 *Ibid.*

128 MILLET SÉBASTIEN, Risques industriels : un renforcement annoncé des obligations pour les exploitants de sites SEVESO, 5 mars 2020, disponible sous : <<https://www.ellipse-avocats.com/2020/03/risques-industriels-un-renforcement-annonce-des-obligations-pour-les-exploitants-de-sites-seveso/>> (2.7.2021).

129 ROUSSEAU AGNÈS/DU ROY IVAN, Gaz toxique à Rouen : les autorités ont-elles été laxistes ? 22 janvier 2013, disponible sous : <<https://www.bastamag.net/Agnes-Rousseau>> (2.7.2021).

130 HILF/VEST, 123 et 210.

131 *Ibid.*, 127.

nous rejoignons l'avis de l'Université de Berne sur la pertinence d'introduire au moins une infraction générale de mise en danger concrète au sein du Code pénal.

3. Conclusion intermédiaire

Cette partie consacrée au danger à la lueur d'une infraction de mise en danger de l'environnement nous aura amené à plusieurs conclusions. Tout d'abord, nous constatons que le danger est un élément complexe à définir. Entre le risque et l'atteinte, le danger revêt des formes diverses selon les différents domaines environnementaux protégés. Il n'y a donc pas une seule sorte de danger en droit de l'environnement, mais plusieurs, restreintes par des lois et dispositions différentes. Pour prévenir ces dangers, les lois environnementales ont recours pour leur grande majorité à des normes pénales de mise en danger abstraite renforçant les obligations prescrites par la loi ou par les autorités administratives. L'instauration d'une nouvelle norme générale est absurde lorsque le danger ne peut être attribué à un auteur en particulier et peu intéressante pour des dangers de faible à moyenne gravité, car de nombreuses normes de prévention existent et sont spécifiques à un aspect particulier de l'environnement. 5.64

L'intérêt d'une norme de mise en danger serait donc à chercher ailleurs. Après avoir analysé le projet français et la proposition de l'Université de Berne, nous arrivons au constat que l'introduction d'une infraction de mise en danger générale concrète serait pertinente, avant tout, pour renforcer la protection pénale contre les dangers graves – intenses et durables –, provoqués majoritairement par les catastrophes industrielles aux effets délétères. Si en pratique, cette infraction serait rarement utilisée devant les tribunaux, son insertion dans le Code pénal suisse aurait le mérite de sensibiliser la population sur la valeur que constitue l'environnement. La population aurait conscience qu'il existe une norme de mise en danger de l'environnement, alors qu'ils ne peuvent pas connaître l'ensemble des normes pénales environnementales, ce qui aurait, sans doute, un effet préventif général. En outre, elle pourrait avoir son importance dans le cas d'une mise en danger de l'environnement transfrontalière. L'art. 3 CP, combiné à l'art. 8 CP, fonde la compétence des autorités de poursuite suisses dès l'instant où un résultat y est produit, peu importe si le comportement de l'auteur provient d'un pays tiers. Les atteintes à l'environnement ne connaissent pas de frontières et s'étendent aisément d'un territoire à l'autre. Il est donc intéressant de pouvoir, en cas de mise en danger grave, condamner l'auteur à l'étranger. 5.65

IV. Réflexions sur les éléments constitutifs

Nous savons désormais ce qu'est une infraction de mise en danger et ce qu'elle impliquerait en droit pénal de l'environnement. Nous avons examiné pour quel type de danger une telle infraction serait pertinente. Il reste à construire les éléments constitutifs d'une telle norme. En effet, pour qu'une personne soit condamnée, en droit suisse comme ailleurs, il faut qu'une base légale valable le prévoie. Cette règle découle du 5.66

principe de légalité (art. 1 CP) et de l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* (pas d'infraction, pas de sanction sans loi)¹³² : la norme, par son énoncé de fait, doit dépeindre précisément et clairement les comportements qu'elle entend punir¹³³, sous réserve de termes offrant au juge une liberté assez large pour fixer le sens des textes¹³⁴. Il impose que les composants de la typicité qui entraînent l'accusation soient décrits dans la disposition pénale, c'est-à-dire l'auteur, l'acte incriminé, ainsi que les éléments subjectifs¹³⁵.

- 5.67 L'Université de Berne propose de reprendre la structure de l'art. 226^{bis} CP et de l'art. 230^{bis} CP, deux infractions de mise en danger concrète récentes du CP¹³⁶. Pour rappel, l'art. 230^{bis} CP sanctionne celui qui met gravement en danger la composition naturelle des populations animales et végétales ou leur habitat par l'emploi d'organismes génétiquement modifiés ou pathogènes. Quant à l'art. 226^{bis} al. 1 CP, il dispose que « [q]uiconque, intentionnellement, aura mis en danger la vie ou la santé de personnes ou des biens d'une valeur considérable appartenant à des tiers en se servant de l'énergie nucléaire, de matières radioactives ou de rayonnements ionisants sera puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée ». À partir de ces énoncés, nous pouvons déjà relever que ces deux infractions sont des infractions dites « communes », c'est-à-dire, qu'elles peuvent être commises par n'importe qui¹³⁷. En effet, « celui » ou « quiconque » ne renvoie pas à une qualité particulière (p. ex. le fait d'être médecin ou d'être enceinte)¹³⁸. L'objectif d'une infraction d'une mise en danger générale de l'environnement étant de s'appliquer à un nombre conséquent de personnes, il est à notre sens cohérent de consacrer une telle disposition en tant qu'infraction commune. Pour ce qui est de la question de l'auteur, de plus longs développements ne sont ainsi pas nécessaires.
- 5.68 S'agissant du type de comportement punissable à retenir dans le cadre d'une infraction de mise en danger générale de l'environnement, nous avons répondu partiellement à la question précédemment, en abordant la notion de la mise en danger grave de l'environnement. C'est le fait de mettre gravement en danger l'environnement qui est condamnable par la disposition. Il convient toutefois d'établir si cette grave mise en danger résulte d'une action ou d'une abstention de l'auteur. Pour cela, il est nécessaire, au préalable, d'introduire les notions d'infraction de commission et d'infraction d'omission.

132 HURTADO POZO, 28.

133 *Ibid.*, 29.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

136 HILF/VEST, 125.

137 HURTADO POZO, 106.

138 HURTADO POZO, 106.

1. Infractions d'omission proprement dite et improprement dite

En matière de mise en danger collective, il existe diverses manières, pour l'auteur, de provoquer le danger. Ces possibilités ont été pensées et identifiées par le droit pénal et, pour certaines infractions, les modalités de la conduite comptent autant que la mise en danger en tant telle. Dans la pensée commune, pour commettre une infraction de lésion ou de mise en danger, il faut nécessairement une action de l'incriminé, soit un comportement modifiant une situation pour la rendre plus dangereuse ou nuisible. Or, ce n'est pas toujours le cas en matière d'atteintes à l'environnement, puisque l'acte dommageable peut résulter d'une simple omission (p. ex. omission de respecter les consignes d'entreposage de produits chimiques dangereux). Si la plupart des normes réprimant un acte positif, soit une action, d'autres sanctionnent justement le fait de ne pas avoir respecté des mesures préventives. L'infraction d'omission (*Unterlassungsdelikt*) est celle qui réprime une abstention, à savoir l'adoption d'un comportement passif contrevenant à une obligation d'agir. Elle peut prendre deux formes : l'omission proprement dite et l'infraction d'omission improprement dite. 5.69

a) Infractions d'omission proprement dite

Certaines dispositions pénales soumettent expressément la population à un devoir d'agir et décrivent dès lors des infractions d'omission proprement dite¹³⁹. L'énoncé de fait est souvent clair sur le comportement à adopter et il est ainsi à la portée de tous de reconnaître une infraction d'omission. 5.70

L'art. 230 ch.1 al. 2 CP, qui sanctionne le fait de ne pas installer des appareils protecteurs contre les accidents, est typiquement une infraction d'omission. L'omission de prêter secours de l'art. 128 CP, de ne pas fournir les aliments ou subsides imposés par le droit de la famille de l'art. 217 CP ou encore pour un médecin de dissimuler à l'autorité compétente d'avoir pratiqué un avortement (art. 120 al. 2 CP)¹⁴⁰ sont également, de manière évidente, des infractions par omission. En droit pénal de l'environnement, nous pouvons citer l'art. 60 al. 1 let. a 1^{re} hyp. LPE que nous avons déjà évoqué dans la partie sur les accidents majeurs. Cet article punit celui qui intentionnellement ou par négligence « aura omis de prendre les mesures de sécurité arrêtées en vue de la protection de catastrophes ». 5.71

b) Infractions d'omission improprement dite

Il existe, par ailleurs, une autre manière de réprimer l'abstention en droit suisse. Également appelée infraction de commission par omission (*Begehungsdelikt durch Unterlassung*), l'infraction d'omission improprement dite (*unechtes Unterlassungsdelikt*) est une 5.72

139 ROXIN, N 177.

140 HURTADO POZO, N 1294.

construction juridique particulière qui n'existe pas dans d'autres ordres juridiques, tels que le droit français¹⁴¹.

- 5.73 Par le détournement de l'art. 11 CP, une disposition spéciale réprimant la commission est transformée en une infraction de commission par omission¹⁴² : « [u]n crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir ».
- 5.74 Pour illustrer le fonctionnement dudit article, prenons l'exemple du meurtre. L'art. 111 CP permet d'appréhender pénalement la mère qui noie son enfant dans la baignoire (action). Mais combiné à l'art. 11 CP, ce même art. 111 CP permet en outre de condamner la mère qui laisse son enfant se noyer dans la baignoire (abstention), car cette dernière viole son obligation de protéger la vie de l'intéressé.
- 5.75 Cette construction juridique a pour but de sanctionner un individu qui a réalisé tous les éléments de l'infraction de commission à l'exception de l'action – le comportement actif –, alors même que le bien juridique a été atteint¹⁴³. Logiquement, en application du principe de subsidiarité, la qualification d'infraction d'omission, par recours à l'art. 11 CP, est envisageable uniquement si la qualification d'infraction par commission fait défaut¹⁴⁴. La loi ne réprime pas seulement un individu pour être resté passif, il lui est au contraire reproché de ne pas avoir eu le comportement adéquat au moment de la situation particulière dans laquelle il se trouvait¹⁴⁵. Toutefois, « si malgré des efforts indispensables [l'individu] ne réussit pas à écarter ou à diminuer le risque, il ne sera pas rendu responsable d'une omission intentionnelle. Selon les circonstances du cas concret, il faudra néanmoins contrôler s'il ne répond pas au critère de négligence »¹⁴⁶. À noter que, dans le cadre des infractions de négligence, la délimitation entre commission et omission est parfois fine¹⁴⁷. Le fait pour une personne de recommander un guide à un gérant de camp de vacances pour une descente en bateau sans regarder si ce dernier disposait d'autorisations nécessaires constitue une commission par négligence, et non une omission¹⁴⁸. En ce qui concerne l'auteur, la réalisation de l'infraction prévue à l'art. 11 CP suppose qu'il soit dans **l'obligation juridique d'agir**, dans une position de gérant¹⁴⁹. La notion d'obligation d'agir est une notion indéterminée définie selon les domaines par la jurisprudence et la doctrine¹⁵⁰ : une simple obligation juridique générale n'est pas suffi-

141 HURTADO POZO, N 1307.

142 ATF 107 IV 9, c. 1b.

143 HURTADO POZO, N 1302.

144 PC CP, art. 11 N 5.

145 HURTADO POZO, N 1297.

146 *Ibid.*, N 1298.

147 PC CP, art. 11 N 5.

148 *Ibid.* ; ATF 129 IV 119, c. 2.2.

149 PC CP, art. 11 N 6.

150 FF 1999 1787, 1808.

sante pour générer une position de garant telle que l'obligation découlant de la bonne foi¹⁵¹, de devoirs moraux¹⁵² ou d'obligations accessoires¹⁵³.

c) *Devoir de garant de l'art. 11 al. 2 CP*

Le terme de garant se réfère à la situation de l'auteur et ne fait nullement référence à sa culpabilité¹⁵⁴. Selon le Tribunal fédéral, le garant se doit de « protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection), ou [d'] empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés [sont] exposés (devoir de surveillance), son omission peut être assimilée au fait de provoquer le résultat par un comportement actif »¹⁵⁵. La loi prévoit quatre hypothèses qui fondent ce devoir : la loi, le contrat, la création d'un risque et la communauté de risques librement consentie. Pour ce qui est du contrat et de la communauté de risques librement consentie, un développement approfondi n'est pas nécessaire dans le cadre d'une infraction de mise en danger de l'environnement. Concernant l'hypothèse de la loi, les dispositions légales définissent clairement les obligations¹⁵⁶. 5.76

En droit pénal de l'environnement, nous pouvons de nouveau citer l'art. 230^{bis} CP, qui dispose que l'infraction « peut également être réalisée par omission, pour autant que l'auteur endosse une position de garant ; tel peut être le cas du gérant d'une installation, d'un chercheur, ou encore du responsable d'une entreprise chargée du transport d'organismes visés par CP 230^{bis}, dès lors que ces personnes sont tenues de prendre les précautions commandées notamment par [l'art. 29b LPE] »¹⁵⁷. À la teneur de l'art 29b LPE, « [q]uiconque utilise des organismes pathogènes qu'il n'a le droit ni de disséminer dans l'environnement à titre expérimental (art. 29c), ni de mettre dans le commerce en vue de leur utilisation dans l'environnement (art. 29d), est tenu de prendre toutes les mesures de confinement commandées notamment par le danger que les organismes concernés présentent pour l'homme et pour l'environnement ». Si nous raisonnons par analogie, dans le cadre d'une infraction de mise en danger générale de l'environnement, nous pouvons tout autant partir du principe que le détenteur d'une entreprise dangereuse a des obligations légales, par le biais de l'art. 10 LPE que nous avons vu dans la partie sur les accidents majeurs¹⁵⁸, fondant un devoir de garant. 5.77

151 ATF 109 Ib 47, c.5b.

152 FF 1999 1808 ; ATF 108 IV 3, c. 1b ; JdT 1983 IV 100.

153 TF, 18.6.2012, 6B_844/2011, c. 3.2.

154 DAN, N 44.

155 *Ibid.*, ATF 134 IV 255, c. 4.2.1.

156 HURTADO POZO/GODEL, N 774.

157 CR CP II-RODIGARI, art. 230^{bis} CP N 34.

158 Cf. N 5.61.

- 5.78 Le devoir de garant peut également naître de la création du risque. Ce risque est interprété de manière large ; cette émergence pouvant survenir dans de nombreux domaines par des actes *a priori* anodins.
- 5.79 Ainsi, un médecin, en omettant d'étiqueter un flacon de prélèvement utilisé, crée déjà un risque. En effet, la présence d'un flacon non étiqueté contenant des prélèvements invisibles est, selon « le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, de nature à conduire à une réutilisation dudit flacon et, partant, à toute sorte de conséquences, toutes graves »¹⁵⁹. En l'occurrence, dans l'arrêt dont est tiré cet exemple, l'erreur avait conduit à diagnostiquer à tort un cancer du sein à une personne et à lui imposer des interventions chirurgicales et une chimiothérapie inutile¹⁶⁰. La création du risque ayant ainsi été reconnue, le médecin avait effectivement une position de garant.
- 5.80 Partant, nous pouvons considérer que le fait d'être détenteur d'une installation à haut risque fonde également un devoir de garant, son installation, par définition engendrant un certain risque.

d) Omission et mise en danger de l'environnement

- 5.81 L'Université de Berne, dans son rapport, n'énonce pas de façon explicite si l'infraction de mise en danger générale de l'environnement devrait être une infraction de commission ou une infraction d'omission. Néanmoins, en choisissant de reprendre la structure de l'art. 230^{bis} CP, nous pouvons déduire qu'elle exclut l'omission proprement dite. Pourtant, nous l'avons vu, le secteur des accidents majeurs est le domaine de prédilection pour l'application de l'infraction de mise en danger de l'environnement et seul l'art. 60 al. 1 let. a LPE entre en jeu pour sanctionner pénalement dans ce domaine. Or, l'art. 60 al. 1 let. a LPE est une infraction d'omission proprement dite. Il aurait été ainsi envisageable de prévoir la forme de l'omission proprement dite pour l'infraction de mise en danger générale de l'environnement. Cela étant dit, les mises en danger de l'environnement pouvant être à la fois liées à une action ou à une abstention, il est préférable d'envisager l'infraction de mise en danger générale de l'environnement comme une infraction par commission et de retenir la punissabilité d'un comportement passif par le mécanisme de l'omission improprement dite.
- 5.82 Nous arrivons à la conclusion que l'infraction de mise en danger générale de l'environnement devrait pouvoir être commise par quiconque, la forme de l'omission improprement dite étant également envisageable. Le comportement incriminé d'une telle norme consisterait à mettre gravement et concrètement en danger les éléments constituant la base de la vie (l'eau, l'air, le sol). Reste encore à analyser quels pourraient être les éléments subjectifs d'une telle norme.

159 TF, 20.6.2016, 6B_877/2015, c. 4.2.

160 TF, 20.6.2016, 6B_877/2015.

2. Intention, la négligence et les obligations de diligence

À la teneur de l'art. 12 al. 1 *in fine* CP, « seul est punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement ». Une personne doit, en principe, avoir la conscience et la volonté de réaliser tous les éléments constitutifs de l'infraction. Exceptionnellement, lorsque la loi le prévoit, faire preuve de négligence enclenche aussi la responsabilité pénale. L'Université de Berne, en plus de vouloir sanctionner l'acte intentionnel, projette également de punir l'acte commis par négligence¹⁶¹. Il serait intéressant de nous attarder quelque peu sur cette notion. 5.83

a) Négligence

Selon l'art. 12 al. 3 CP, la négligence résulte d'une imprévoyance coupable, c'est-à-dire du fait de ne pas user de « précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle » et « ainsi [de] mettre en danger les biens d'autrui pénalement protégés contre les atteintes involontaires »¹⁶². Définir la limite entre la prudence et l'imprudence est une démarche particulièrement complexe et difficile. C'est la raison pour laquelle l'imprévoyance coupable se détermine souvent en fonction des éventuelles règles de sécurité existant dans le domaine auquel se rapporte la norme. 5.84

Pour déterminer le degré de négligence, il faut, en premier lieu, se référer aux règles édictées par l'ordre juridique¹⁶³. À titre d'exemple, l'art. 229 al. 2 CP sanctionne celui qui aura enfreint les règles de l'art par négligence « en dirigeant ou en exécutant une construction ou une démolition et aura là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle de personnes »¹⁶⁴. Les règles de l'art correspondant aux principes régissant l'activité en cause, en l'occurrence toutes les règles encadrant la bienfaisance de la construction ou de la démolition pour éviter l'accident¹⁶⁵. Parfois, la disposition pénale ne se réfère pas directement à des règles spécifiques, notamment si ces normes ont une portée générale. C'est le cas de l'art. 125 al. 1 CP, qui incrimine « celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé ». Pour déterminer les obligations de diligence requises, il convient alors de raisonner en cascade en examinant, en premier lieu s'il y a des prescriptions légales, comme des clauses visant à empêcher des accidents¹⁶⁶. S'il n'y en a pas, il y a dans ce cas lieu de se référer à des règles similaires découlant d'associations privées ou semi-publiques ; pour 5.85

161 HILF/VEST, 126.

162 PC CP, art. 11 N 6 ; PRIBNOW/GUYAZ, 485.

163 PC CP, art. 229 N 19.

164 Art. 229 al. 1 CP.

165 CORBOZ, N 11.

166 CR CP II-RÉMY, art. 125 N 7 ; ATF 90 IV 8, c. 2.

autant que ces dernières aient un caractère officiel¹⁶⁷. Enfin, le devoir de diligence peut résulter de principes généraux¹⁶⁸.

b) *Négligence en droit pénal de l'environnement*

- 5.86 Dans ce domaine, la majorité des dégâts à l'environnement ne sont pas commis avec conscience et volonté, mais résultent plutôt d'un manque de prudence et d'une violation des obligations de diligences de la part desdits auteurs.
- 5.87 C'est précisément ce qui a eu lieu lors de l'accident d'AZF en France le 21 septembre 2001. Dans une entreprise de gestion de déchets, nommée AZF, une explosion a entraîné la mort de 31 personnes et a provoqué de graves dommages à l'immobilier¹⁶⁹. Suite à de nombreuses expertises, il est apparu que la cause provenait d'un mélange de nitrates d'ammonium de produits chlorés¹⁷⁰. Ces deux éléments n'auraient jamais dû être réunis dans le même bâtiment (en l'occurrence le bâtiment 221 contenait des centaines de tonnes de nitrate d'ammonium déclassé)¹⁷¹. Pour ces faits, le directeur de l'usine a été condamné pénalement le 31 octobre 2017 pour homicides et blessures involontaires. Selon la Cour d'appel de Toulouse¹⁷², ce dernier avait « par sa faute créé [...] ou contribué [...] à créer la situation qui aurait permis la réalisation du dommage ou n'avait pas pris les mesures permettant de l'éviter »¹⁷³ en s'appuyant sur de nombreux motifs : « son désintérêt pour la gestion des emballages plastiques, la permission de la collecte des emballages du site dans un même endroit, l'absence de consignes opérationnelles complètes, l'absence de contrôle du lavage des emballages collectés, le défaut de formation dispensée aux sous-traitants sur la dangerosité des produits, le défaut de consigne d'exploitation du bâtiment 335, l'absence de diffusion au personnel des nouvelles consignes sur le tri des emballages, la permission d'essais sur plusieurs mois sans modifier les consignes applicables »¹⁷⁴. **Malgré la liste longue de bavures, l'acte intentionnel n'a pas été retenu.** L'industrie soumise aux directives Seveso avait pourtant suivi des procédures antérieures. Nous constatons donc que des règles ont beau être mises en place, elles ne suffisent malheureusement pas à empêcher des accidents non négligeables. Le directeur n'a pas seulement provoqué des morts par négligence¹⁷⁵, en dispersant dans la

167 CR CP II-RÉMY, art. 125 N 6.

168 *Ibid.*, N 5.

169 Cass. Crim., 17.12.2019, arrêt n°2631 (17-87.465).

170 *Ibid.*

171 *Ibid.*

172 L'affaire avait été jugée une première fois le 24 septembre 2012, puis suite à un appel accepté pour manque d'impartialité et a de nouveau été jugé en 2017 en reprenant les mêmes arguments de fond.

173 DAUD/DESPLANQUES, 95.

174 *Ibid.*, 95 s.

175 ACTU-ENVIRONNEMENT, L'ex-directeur de l'usine AZF condamné pour pollution, Actu-environnement, 26 avril 2007, disponible sous : <https://www.actu-environnement.com/ae/news/serge_biechlin_condamnation_azf_pollution_garonne_2564.php4> (2.7.2021).

Garonne l'eau ammoniacale échappée de son usine¹⁷⁶, il a causé une pollution du fleuve sur 1,5 km de long, 125 mètres de large et a entraîné « la mort de 8000 poissons de 14 espèces »¹⁷⁷. En essayant de limiter les lésions sur les hommes, la société avait opté pour une solution simple et rapide omettant de prendre en compte les éventuelles atteintes à l'environnement.

La catastrophe de Beyrouth, survenue le 4 août 2020, étant également occasionnée par l'explosion d'ammonium, est susceptible de causer des dégâts similaires. La destruction du port a généré environ 100 000 tonnes de déchets, certains étant potentiellement nuisibles (notamment des « pesticides, des produits pharmaceutiques, des produits chimiques industriels, et divers types de métaux lourds »¹⁷⁸) ; d'autant plus que la ville est bordée par la mer méditerranée et que le « Liban ne dispose d'aucune installation de stockage ou de traitement des déchets dangereux »¹⁷⁹. 5.88

En l'absence de statistiques exhaustives, ces deux exemples illustrent que les impacts environnementaux peuvent être davantage liés à un manque de vigilance vis-à-vis des dommages environnementaux (qui sont pourtant difficilement réversibles, voire irréversibles)¹⁸⁰ qu'à une volonté délibérée de nuire. Nous sommes donc convaincus que la négligence doit également, et inévitablement, être réprimandée dans le cadre d'une mise en danger concrète de l'environnement afin que cette disposition puisse en pratique servir à la répression et à la prévention de comportements dangereux. Cela étant dit, une mise en danger concrète grave et intentionnelle qui résulterait par exemple d'« une décision éclairée et motivée par la recherche d'un profit, qui n'a rien à voir avec la marche normale de l'entreprise »¹⁸¹ devrait être condamnée, à notre sens, plus sévèrement. 5.89

c) *Obligations de diligence*

Comme nous l'avons vu, que ce soit dans le cadre des infractions d'omission improprement dite ou par négligence, la violation d'obligations est une condition *sine qua non* pour incriminer l'auteur de la mise en danger. Or, nous sommes parvenus à la conclusion que l'infraction de mise en danger générale de l'environnement devrait, telle que nous l'avons appréhendée, réprimer la négligence et qu'une infraction par omission 5.90

176 *Ibid.*

177 *Ibid.*

178 ONU, L'impact environnemental de la double explosion à Beyrouth suscite l'inquiétude (PNUD), ONU Info, 2 septembre 2020, disponible sous : <<https://news.un.org/fr/story/2020/09/1076282>> (2.7.2021).

179 ONU, L'impact environnemental de la double explosion à Beyrouth suscite l'inquiétude (PNUD), ONU Info, 2 septembre 2020, disponible sous : <<https://news.un.org/fr/story/2020/09/1076282>> (2.7.2021).

180 DUBÉY, 119.

181 COURTAINGNE-DESLANDES, 13.

improprement dite était possible. C'est la raison pour laquelle, il semble adéquat d'examiner les obligations de diligence en droit de l'environnement.

- 5.91 L'établissement de la diligence requise par un évènement ne sera pas la même si l'auteur a agi par négligence ou par omission improprement dite. Dans le cadre de la négligence, l'art. 12 al. 3 CP impose un raisonnement en cascade pour déterminer les règles de diligence. Il faut examiner, au départ, s'il existe des prescriptions légales¹⁸², subsidiairement des prescriptions similaires découlant d'associations privées ou semi-publiques (pour autant que ces dernières aient un caractère officiel)¹⁸³. S'il n'y a toujours pas de règles spécifiques dans le secteur, il faut se référer aux principes généraux¹⁸⁴. Les sources d'obligations de diligence pour la négligence sont donc larges. À titre de comparaison, en France, « l'obligation enfreinte doit nécessairement être une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou par un règlement [...]. En l'absence d'obligation particulière, la mise en danger ne peut pas être qualifiée »¹⁸⁵. Dans le cadre des délits de commission par omission, une simple obligation juridique générale n'est pas suffisante pour générer une position de garant¹⁸⁶ : la personne doit avoir enfreint une obligation particulière pour perpétrer une infraction d'omission improprement dite.
- 5.92 Il est clair que, après analyse des domaines du droit de l'environnement, les normes fondant ces obligations restent celles qui encadrent les risques d'accident majeur, c'est-à-dire l'art. 10 LPE, ainsi que l'OPAM, puisque c'est dans ce domaine, avant tout autre, que le degré de gravité de la mise en danger serait atteint. Il n'empêche que l'introduction d'une infraction de mise en danger générale a pour objectif de prévenir les atteintes causées pour chaque situation. Il est donc pertinent de nous interroger brièvement sur les différentes sources légales de diligence prévues pour préserver l'environnement. Dans l'ensemble, la majorité des normes en droit de l'environnement peuvent constituer des obligations de diligence. Certaines normes recourent explicitement à la notion de « diligence ».
- 5.93 C'est le cas de l'art. 23n LPN, qui dispose que « [q]uiconque [...] utilise des ressources génétiques ou tire directement des avantages découlant de l'utilisation de celles-ci (utilisateur) doit déployer toute la diligence requise par les circonstances afin de garantir que les conditions [de la let. a et b de l'art. 23n al. 1 LPN] soient remplies. D'autres normes (majoritaires), sans évoquer directement la négligence, imposent des mesures pour éviter l'atteinte (art. 11 al. 2 LPE). Dans tous les cas, l'imprévoyance résulte de la violation de prescriptions administratives ayant un but préventif. Lorsque les mesures

182 CR CP II-RÉMY, art. 125 N 7 ; ATF 90 IV 8, c. 2.

183 CR CP II-RÉMY, art.125 N 6.

184 *Ibid.*

185 LINGIBÉ Patrick, Que recouvre le délit dit de mise en danger de la vie d'autrui ? Village de la Justice, 8 avril 2019, disponible sous : <<https://www.village-justice.com/articles/que-recouvre-delit-dit-mise-danger-vie-autrui,31172.html>> (2.7.2021).

186 TF, 18.6.2012, 6B_844/2011, c. 3.2.

de prévention sont générales, des ordonnances précisent en détail les obligations appropriées selon les domaines. Ainsi, selon l'art. 26 al. 1 et 2 LPE, lorsqu'un fabricant met dans le commerce des substances, il a l'obligation de contrôler de manière autonome que ces substances (ou leurs dérivés et déchets) ne constituent pas une menace pour l'environnement. L'Ordonnance sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses¹⁸⁷ précise à ses art. 5 à 23 l'étendue du contrôle.

Par ailleurs, si les ordonnances et les lois fédérales ont l'avantage d'avoir un caractère 5.94 normatif et d'être ainsi juridiquement contraignantes, elles manquent parfois de contenu et de clarté sur la nature des obligations de diligence et sur les mesures à prendre. Par le passé, les juges ont été peu disposés à s'étendre sur les principes généraux, préférant se fonder sur des normes précises¹⁸⁸. Encore maintenant, les déclarations générales sont souvent délaissées au profit de règles spécifiques¹⁸⁹. Si la Suisse édicte des plans d'action en lien avec l'environnement, la mise en œuvre effective des principes de *due diligence* est à perfectionner. C'est plutôt dans le cadre de l'OCDE que nous trouvons des guides pour comprendre les comportements diligents dans les différents secteurs économiques¹⁹⁰. De manière générale, les entreprises peuvent se référer au « Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises », ainsi qu'à des guides plus sectoriels¹⁹¹. À l'heure actuelle, à part quelques exceptions, le droit interne reste relativement flou lorsqu'il s'agit d'établir des obligations de diligences précises et poussées pour des secteurs spécialisés ou pour des fonctions particulières. Si l'art. 10 LPE impose aux entreprises à risque de prendre toutes les mesures nécessaires pour diminuer les risques d'accident majeur, il n'indique pas quel type de mesures exactement le détenteur d'installation doit prendre.

Or, s'il apparaît dans une situation concrète que des précisions sur les obligations de 5.95 diligence manquent (p. ex. sur les obligations de diligence après une catastrophe), nous pouvons (et devons) nous rattacher, conformément à la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 12 al. 3 CP, aux principes applicables dans le domaine du droit de l'environnement. En l'occurrence, le principe de prévention prédomine dans ce domaine et vise, pour rappel, à prévenir les dommages résultant de risques connus. Au niveau international, le guide général de l'OCDE définit la diligence raisonnable comme un élément préventif. Cela signifie non seulement qu'il faut prévenir les risques directement liés à des activités, produits, services et relations d'affaires, mais également, si

187 Ordonnance du 5 juin 2015 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (Ordonnance sur les produits chimiques, OChim, RS 813.11).

188 CULLET, 7.

189 *Ibid.*

190 Les explications sur ce que sont concrètement des obligations de diligence raisonnable en droit de l'environnement restent marginales (voir SOUDAIN, 53).

191 Guide général OCDE, 4.

l'impact négatif est inévitable, atténuer ces impacts afin d'empêcher qu'ils ne se reproduisent régulièrement, voire, si possible, les réparer intégralement¹⁹².

- 5.96 Empêcher la reproduction d'impacts négatifs prend tout son sens dans le cadre de la catastrophe du Lubrizol de 2019. En effet, en 1989, un accident avec le mercaptan avait déjà eu lieu et, le 22 janvier 2013, une négligence lors de la production d'additif pour lubrifiant (le dialkyldithiophosphate de zinc) avait également entraîné une importante émanation de mercaptans gazeux. Enfin, le 29 septembre 2015, à la suite d'un incident d'exploitation, 2000 litres d'huile minérale s'étaient déversés dans le réseau d'évacuation des eaux pluviales¹⁹³. En effet, « le processus du devoir de diligence n'est pas figé, mais continu, réactif et évolutif [...]. Or, les entreprises doivent toujours s'efforcer d'améliorer les procédures et les systèmes qu'elles mettent en place pour éviter ou traiter tout impact négatif. Le processus du devoir de diligence est censé permettre aux entreprises de réagir à une éventuelle évolution de leur profil de risque »¹⁹⁴. Au final, la diligence se divise en cinq mesures globales : prendre en compte les enjeux de la conduite responsable des entreprises (dans les politiques et systèmes de gestion de l'entreprise), identifier et évaluer les impacts négatifs (dans les activités, la chaîne d'approvisionnement et les relations d'affaires), réparer les dommages (par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres acteurs), faire cesser, prévenir ou atténuer les impacts négatifs, suivre la mise en œuvre et les résultats et, enfin, communiquer sur la façon dont les impacts sont traités¹⁹⁵.
- 5.97 Le fait d'inclure la négligence dans les éléments d'incrimination est donc intéressant pour imposer aux acteurs de la société concernés par les mises en danger graves de s'informer sur leurs obligations de diligence et de prioriser la sécurité vis-à-vis d'autres intérêts. Ces obligations peuvent se fonder sur d'innombrables éléments de la loi, aux principes généraux, voir des guides généraux.

V. Conclusion

- 5.98 L'objectif de ce travail était d'analyser les caractéristiques d'une infraction de mise en danger générale de l'environnement afin de déterminer s'il serait pertinent d'introduire une telle norme au sein du Code pénal suisse. Après un approfondissement des notions, nous sommes arrivés à la conclusion que la notion d'environnement est complexe et que les formes d'infraction de mise en danger sont multiples. Il fallait donc étudier la mise en danger en droit de l'environnement pour déterminer quelle serait la forme de mise

192 Guide général OCDE, 19.

193 NORMAND MATHIEU, Usine Lubrizol à Rouen : avant la catastrophe industrielle, une histoire émaillée d'incidents, ACTU, 26 septembre 2019, disponible sous : <https://actu.fr/normandie/rouen_76540/usine-lubrizol-rouen-avant-catastrophe-industrielle-une-histoire-emailee-dincidents_27550604.html> (2.7.2021).

194 Guide général OCDE, 20.

195 *Ibid.*, 25.

en danger la plus intéressante à créer en fonction des lacunes de la loi. Il apparaît, suite à l'examen des différents degrés de mise en danger de l'environnement, que c'est dans le cadre des mises en danger graves, qui sont généralement produites par des industries à risque, que l'insertion d'une disposition de mise en danger générale serait la plus utile. Déterminer ce qu'est une mise en danger grave n'a pas été chose aisée, mais des éléments cumulatifs ont été retenus : une certaine intensité (comme un déséquilibre d'écosystème), une grande étendue (plusieurs kilomètres carrés) et une durée relativement longue (plusieurs mois ou une saison), en accord avec les éléments retenus pour l'éco-cide.

En outre, quand bien même cette norme risque d'être rarement utilisée par les tribunaux, son insertion dans le Code pénal serait un acte adéquat et conforme aux standards internationaux et « aurait quand même le mérite de sensibiliser la population et les autorités pénales au fait que la pollution environnementale ne constitue pas un délit mineur et qu'il s'agit d'améliorer aussi au niveau institutionnel les moyens de lutte contre ce fait »¹⁹⁶. Autrement dit, l'émergence d'une infraction de la sorte (ou de plusieurs, comme l'envisage l'Université de Berne) permettrait d'éviter des catastrophes majeures tout en imposant une obligation pénale claire de prévention pour tous les différents auteurs d'atteintes à l'environnement. De plus, l'introduction d'une norme générale de mise en danger concrète de l'environnement permettrait d'arriver à une protection complète et efficace de l'environnement dans sa globalité. Même en cas d'absence de violation de prescriptions administratives particulières ou en cas de faits transfrontaliers, l'auteur de la mise en danger pourrait être incriminé. La disposition harmoniserait tous les aspects du droit de l'environnement, tout en préservant les normes de mise en danger abstraite prévues par les lois spéciales. 5.99

Si introduire une infraction de mise en danger concrète de l'environnement constituerait un bouleversement important du système pénal environnemental, nous pensons que sa concrétisation reste possible. L'étude des caractéristiques de la norme nous aura amenés à approcher de nombreux concepts pénaux complexes tels que l'obligation de garantir dans le cadre d'une omission improprement dite. Après l'analyse de ces éléments, nous en sommes arrivés à la conclusion que la norme pourrait non seulement réprimer l'acte intentionnel, mais également l'imprévoyance coupable, la commission ainsi que l'omission. Les éléments de la typicité sont ainsi suffisamment larges pour que cette norme soit générale et qu'elle puisse encadrer un maximum de situations possibles. Même si, dans les faits heureusement, la justice n'est pas confrontée au quotidien à des cas de mise en danger grave de l'environnement telle que nous l'avons défini auparavant. 5.100

196 HILF/VEST, 210

§ 6 Environnement et droit international pénal : polluer le débat ?

Damien Scalia*

Table des matières

I.	Introduction	169
II.	État des lieux et projets complémentaires	171
	1. Incriminations environnementales liées ou autonomes	171
	2. Responsabilités pénales restreintes	174
	3. Projet de Convention contre l'écocide	177
III.	Rhétorique prometteuse, mais naïve	181
	1. Justifications du recours au droit international pénal	182
	a) Objectifs pénologiques	182
	b) Fonction symbolique	185
	c) Espoirs des victimes	186
	2. Responsabilités imaginaires	187
	a) Responsabilité individuelle pour crimes collectifs	188
	b) Crimes déjà punis ou systémiques	190
IV.	Conclusion	192

Bibliographie

ALVES CARLOS MANUEL, Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne. De la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ?, RJE HS01/39 (2014), 229 ss; D'AMBROSIO LUCA, Vers un droit pénal commun de l'environnement : critères et techniques d'incrimination, in Neyret (éd.), Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015, 87 ss; ANDERNAES JOHS, Les effets de la prévention générale du droit pénal, Archives de politique criminelle 3 (1978), 6 ss; BARONE SYLVAIN, L'impunité environnementale : L'État entre gestion différentielle des illégalismes et désinvestissement global, Champ pénal/Penal Field XV (2018); BEAUVAIS PASCAL, Les limites de l'internationalisation du droit pénal de l'environnement, in Neyret (éd.), Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruxelles 2015, 3 ss; BERNARD DIANE, Faut-il croire en le droit (international pénal) ?, Champ pénal XVIII (2016) (cité : BERNARD 2016) ; BERNARD DIANE, Trois propositions pour une théorie du droit international pénal, Bruxelles 2014 (cité : BERNARD 2014); BERNARD DIANE *et al.*, Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international, Limal 2013; BONACKER THORSTEN/SAFFERLING CHRISTOPH, Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse, La Haye 2013; BOUTELET MARGUERITE/FRITZ JEAN-CLAUDE, L'ordre public écologique, Paris 2005; CARTUYVELS YVES, Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ?, in Dumont/Ost/Van Drooghenbroeck (éd.), La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, Bruxelles 2005, 391 ss; CASSESE ANTONIO *et al.*, Cassese's International Criminal Law, Oxford 2013; CLAVERIE ÉLISABETH, Mettre en cause la légitimité de la violence d'État, Quaderni 78 (2012), 67 ss; CRASSON AUDREY, The Case of Chevron in Ecuador: the Need for an International Crime against Humanity?, Amsterdam Law Forum 9/3 (2017), 29 ss; CÔTÉ LUC, Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 162 ss; DRUMBL MARK, Accountability for System Criminality, Santa Clara Journal of International Law 8 (2010), 373 ss

* Professeur à l'Université libre de Bruxelles et Professeur invité à l'Université de Lausanne.

(cité : DRUMBL 2010) ; DRUMBL MARK, Collective Violence and Individual Punishment : The Criminality of Mass Atrocity, *Northwestern University Law Review* 99/2 (2005), 539 ss (cité : DRUMBL 2005) ; DUMONT HÉLÈNE, Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit ? Introduction : un état de la question, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1 (2012), 3 ss (cité : DUMONT 2012a) ; DUMONT HÉLÈNE, Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit ? Conclusion, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1 (2012), 109 ss (cité : DUMONT 2012b) ; DURNEY JESSICA, Crafting a Standard: Environmental Crimes as Crimes Against Humanity Under the International Criminal Court, *Hasting Environmental Law Journal* 24/2 (2018), 413 ss ; DUSOME PAUL, Criminal Liability Under Bill C-45: Paradigms, Prosecutors, Predicaments, *Criminal Law Quarterly* 53 (2007), 98 ss ; FRONZA EMANUELA/GUILLOU NICOLAS, Vers une définition du crime international d'écocide, in Neyret (éd.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 127 ss ; FRONZA EMANUELA/TRICOT JULIETTE, Fonction symbolique et droit pénal international : Une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux, in Fronza/Manacorda (éd.), *La justice internationale pénale dans les décisions des tribunaux ad hoc : Études des law clinics en droit pénal international*, Paris/Milan 2003, 292 ss ; GARCIA-PENAFIEL MAURICIO, L'efficacité symbolique et la symbolisation : perspectives pour penser la ritualisation judiciaire, *Oñati Socio-legal Series* 8/3 (2018), 296 ss ; GILLET MATTHEW, Environmental Damage and International Criminal Law, in Jodoin/Cordonnier/Segger (éd.), *Sustainable Development, International Criminal Justice, and Treaty Implementation*, Cambridge 2013, 73 ss ; GREENE ANASTASIA, The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?, *Fordham Environmental Law Review* 30/3 (2019), 1 ss ; HALL CHRISTOPHER/AMBOS KAÏ, Article 7: Crimes against Humanity, in Triffterer/Ambos (éd.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, 3^e éd., Londres 2016, 144 ss ; HÉBERT-DOLBEC MARIE-LAURENCE, *La place réservée aux victimes au sein de la justice internationale pénale*, thèse, Université libre de Bruxelles (non publiée) 2021 HELLIO HUGUES, De la valeur partagée de la sûreté de la planète à la répression internationale de l'écocide : Une nouvelle quête, in Neyret (éd.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 110 ss ; JEANGÈNE VILMER JEAN-BAPTISTE, *Pas de paix sans justice ? Le dilemme de la paix et de la justice en sortie de conflit armé*, Paris 2011 ; KENDALL SARA, Beyond the restorative turn : The limits of legal humanitarianism, in De Vos/Kendall/Stahn (éd.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge 2015, 352 ss ; KILLEAN RACHEL, From Ecocide to Eco-Sensitivity: 'Greening' Reparations at the International Criminal Court, *The International Journal of Human Rights* 7 (2020), 1 ss (cité : KILLEAN 2020) ; KILLEAN RACHEL, Victims, Atrocity and International Criminal Justice, Londres 2018 (cité : KILLEAN 2018) ; VAN DE KERCHOVE MICHEL, Sens et non-sens de la peine : Entre mythe et mystification, Bruxelles 2009 ; KORSSELL LARS E., Big Stick, Little Stick : Strategies for Controlling and Combating Environmental Crime, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2 (2001), 127 ss ; LADD KEVIN, Grimaces et lèvres pincées : remarques sur la ritualisation pénale (Pascal, Wittgenstein), *Oñati Socio-legal Series* 8/3 (2018), 324 ss ; LANGUIN NOËLLE/KELLERHALS JEAN/ROBERT CHRISTIAN-NILS, L'art de punir : Les représentations sociales d'une « juste » peine, Bâle 2006 ; LASCOURMES PIERRE/NAGELS CARLA, Sociologie des élites délinquantes : De la criminalité en col blanc à la corruption politique, Paris 2014 ; LINDGREN TIM, Ecocide, Genocide, and the Disregard of Alternative Life-System, *The International Journal of Human Rights* 22/4 (2018), 525 ss ; MANACORDA STEFANO, Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : l'affaiblissement des principes et la quête de contrepoids, in Fronza/Manacorda (éd.), *La justice internationale pénale dans les décisions des tribunaux ad hoc, Etudes des Law clinics en droit pénal international*, Paris/Milan 2003, 169 ss ; MANIRABONA AMISSI MELCHIADE/DUVAL MARIE-CHLOÉ, La criminalité environnementale est-elle neutralisable ? Une analyse appliquée au cas Trafigura/Probo-Koala, *Criminologie* 49/2 (2016), 45 ss ; MANIRABONA AMISSI MELCHIADE, La criminalité environnementale transnationale : aux grands maux, les grands remèdes ?, *Criminologie* 47/2 (2014), 153 ss (cité : MANIRABONA 2014) ; MANIRABONA AMISSI MELCHIADE, L'affaire Trafigura : Vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l'humanité ?, *Revue de droit international et de droit comparé* 4 (2011), 535 ss (cité : MANIRABONA 2011) ; MATHIESEN THOMAS, Prison on Trial: A Critical Assessment, New

York 1990; MARTIN-CHENUT KATHIA/PERRUSO CAMILA, L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de conventions écocrimes et écocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales, *in* Neyret (éd.), *Des écocrimes à l'écocide: Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 67 ss; MÉGRET FRÉDÉRIC, Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 71/2 (2013), 83 ss (cité: MÉGRET 2013); MÉGRET FRÉDÉRIC, The Problem of an International Criminal Law of the Environment, *Columbia Journal of Environmental Law* 36/2 (2011), 195 ss (cité: MÉGRET 2011); MISTURA ALESSANDRA, Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on Current Legal Framework, *Columbia School of Law* 43/1 (2018), 181 ss; MOHAMED SAIRA, Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell: Reconciling Mass Atrocity and the Criminal Law, *The Yale Law Journal* 124 (2015), 1628 ss; NEYRET LAURENT (éd.), *Des écocrimes à l'écocide: Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015 (cité: NEYRET 2015); NEYRET LAURENT, Pour la reconnaissance du crime d'écocide, *RJE HS01/39* (2014), 177 ss (cité: NEYRET 2014); NIETO MARTIN ADÁN, Éléments pour un droit international pénal de l'environnement, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1 (2012), 69 ss; PARADELLE MURIELLE/DUMONT HÉLÈNE/BOISVERT ANNE-MARIE, Quelle justice pour quelle réconciliation? Le TPIR et le jugement du génocide, *McGill Law Journal* 50 (2005), 359 ss; PEREIRA RICARDO, After the ICC Office Paper on Case Selection and Prioritisation: towards an International Crime of Ecocide?, *Criminal Law Forum* 31 (2020), 179 ss; RAUXLOH RÉGINA, 13. The Role of International Criminal Law in Environmental Protection, *in* Botchway/Francis (éd.), *Natural Resource Investment and Africa's Development*, Cheltenham 2011, 423 ss; DU RÉES HÉLÈNE, Can Criminal Law Protect the Environment?, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Crime Prevention* 2 (2001), 109 ss; ROBERT CHRISTIAN-NILS, L'impératif sacrificiel: au-delà de l'innocence et de la culpabilité, Lausanne 1986; SCALIA DAMIEN/THALMANN VANESSA/HÉBERT-DOLBEC MARIE-LAURENCE, *Grands arrêts du droit international pénal*, 2^e éd., Paris 2021; SCHABAS WILLIAM, State policy as an element of international crimes, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2008, 953 ss; STEINZOR RENA, How Criminal Law can help Save the Environment, *Environmental Law* 46 (2016), 209 ss; STADLER WILLIAM/BENSON MICHAEL, Revisiting the Guilty Mind: The Neutralization of White-Collar Crime, *Criminal Justice Review* 37 (2012), 494 ss; SUPIOT ALAIN, L'esprit de Philadelphie: La justice sociale face au marché total, Paris 2010; TALLGREN IMMI, The Sensibility and Sense of International Criminal Law, *European Journal of International Law* 13/3 (2002), 561 ss; TOMUSCHAT CHRISTIAN, Document on Crimes Against the Environment, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, New York 1996; TRICOT JULIETTE, Écocrimes et Écocide: quels responsables?, *in* Neyret (éd.), *Des écocrimes à l'écocide: Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015; WATZLAWICK PAUL, La mouche et la bouteille à mouches: L'invention de la réalité, Paris 1988; WEINSTEIN TARA, Prosecuting Attacks that Destroy the Environment: Environmental Crimes of Humanitarian Atrocities?, *Georgetown International Environmental Law Review* 14/4 (2005), 697 ss.

Autres

CPI, Bureau du Procureur, Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires, 15 septembre 2016 (cité: BPI 2016); OCDE, Analyse coûts-avantages et environnement, Avancées théoriques et utilisation par les pouvoirs publics, Paris 2018 (cité: OCDE 2018); Rapport du Secrétaire général établi conformément au § 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité, doc. NU S/25704 (cité: NU S/25704).

I. Introduction

Depuis Nuremberg et plus récemment avec la mise en place des Tribunaux pénaux 6.1 internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (ci-après respectivement TPIY et TPIR), le droit international pénal est régulièrement appelé au secours pour tous « com-

portements criminels» de grande envergure, transfrontières ou d'une gravité importante. Autrement dit, la volonté est toujours plus grande de voir le droit criminel international répondre à tous les comportements susceptibles de porter atteinte à l'humanité dans son ensemble, à tout le moins une partie de celle-ci, qu'elle soit définie comme regroupant l'espèce humaine ou qu'elle soit appréhendée comme concept de valeurs.

- 6.2 En la matière, les comportements ayant un impact négatif sur la nature ou détruisant l'environnement n'échappent pas à la règle. Depuis le milieu des années 1990, où l'on place les premières interventions en faveur de la création d'un crime d'écocide en complément des éco-crimes déjà définis, de nombreuses voix se sont élevées pour demander que le droit international pénal prenne en charge le jugement des responsables des catastrophes environnementales, principalement à travers leur impact direct sur l'être humain, mais aussi parfois sans en passer par ce médium et donc en reconnaissant une personnalité juridique à la nature ou l'environnement *per se*. Il est ainsi aisé de voir les appels à mettre fin à l'impunité, à juger pénalement la catastrophe de l'Erika, la destruction massive de l'Amazonie, les rejets d'hydrocarbures par les entreprises pétrolières, la criminalité organisée environnementale ou encore la non-action des gouvernements en matière de lutte contre le réchauffement climatique¹. Le climax de ces appels fut atteint avec le projet de Convention contre l'écocide qui prévoit la mise en place d'une Cour pénale internationale de l'environnement ou encore avec la volonté de rendre la Cour pénale internationale (CPI) compétente pour juger desdits crimes². La rhétorique est bien huilée puisqu'elle prend exemple sur celle utilisée pour la mise en place de procès pénéaux visant à juger les crimes internationaux que sont les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. C'est ainsi que sont toujours mis en avant plusieurs éléments permettant de légitimer le recours au droit international pénal : nécessité rétributive face à la gravité des infractions visées, caractère transfrontière des crimes ou crimes internationaux par nature³, responsabilités individuelles des hauts dirigeants, importance du caractère dissuasif du droit pénal et de son caractère fortement symbolique.
- 6.3 Bien entendu, il est souvent dit que le droit international pénal tel qu'il existe aujourd'hui doit être amélioré pour atteindre ces objectifs et permettre de remplir les finalités qui lui sont attribuées puisqu'en l'état, il connaît nombre d'écueils qui l'empêchent de faire

1 À ce propos, voyez not. : MANIRABONA 2011 ; MANIRABONA 2014; MÉGRET 2011 ; TOMUSCHAT.

2 Voyez à ce propos : ALVES; CRASSON; DUMONT 2012a et 2012b ; DURNÉY; GILLET, 96 ss; GREENE, 35 ss; MISTURA; NIETO MARTIN; NEYRET 2014 et 2015; PEREIRA; RAUXLOH; DU RÉES ; WEINSTEIN, 712 ss ; etc. Pour la Cour pénale internationale, le document de politique générale de la Procureure de la Cour pénale internationale du 15 septembre 2016 dans lequel elle faisait part de son intention de poursuivre des crimes graves de destruction de l'environnement. Ce document précise que le Bureau du Procureur s'intéresse « particulièrement aux crimes impliquant ou entraînant, entre autres, des ravages écologiques, l'exploitation illicite de ressources naturelles, ou l'expropriation illicite de terrains » (BPI, 2016, § 41).

3 BEAUVAIS, 6.

face efficacement aux atteintes à l'environnement. C'est pourtant là ne pas refuser d'accepter que le droit international pénal est un outil dépassé par les comportements dont il est question : son ethos ne permet pas de répondre aux actes qualifiés de crimes environnementaux. C'est l'objet de notre contribution : rappeler que ce n'est pas l'outil pénal – même corrigé et amélioré, comme beaucoup le demandent, qui permettra de répondre aux situations-problèmes qui ont un impact dramatique sur l'environnement. Ainsi, après un constat de ce qui existe déjà en matière de répression des atteintes à l'environnement et des propositions actuellement sur le métier (I), nous présenterons quelques éléments permettant de douter de l'idonéité de la réponse pénale (II). En conclusion, il nous faudra admettre que l'outil pénal pollue le débat relatif aux atteintes à l'environnement ou, à tout le moins, oblige de ne regarder le problème que très partiellement et sans y apporter de réponse satisfaisante.

II. État des lieux et projets complémentaires

Pour des nécessités didactiques et pour éviter des répétitions avec d'autres articles 6.4 contenus dans le présent ouvrage, nous mettons de côté ici les instruments régionaux ou internationaux qui obligent les États à incriminer certains comportements ; ils relèvent à notre sens du droit pénal national, au sens où ce sont les États qui sont en charge de la mise en œuvre de la répression pénale des comportements illicites définis au niveau supranational. Il en est de même de la condamnation des États par les cours régionales de protection des droits humains : il ne s'agit pas de droit pénal *stricto sensu* même si ces condamnations peuvent avoir un impact sur les droits pénaux nationaux.

Ces précisions apportées, nous verrons qu'il existe aujourd'hui, dans le Statut de la 6.5 CPI⁴ – pris comme référence normative en notre discipline –, plusieurs comportements infractionnels assimilables à des crimes environnementaux (1) qui sont susceptibles de conduire à la condamnation de personnes physiques (2). Nous le verrons, cette répression est néanmoins très limitée et les manquements qui en émanent ont entraîné diverses propositions pour améliorer la répression ; parmi celles-ci, la plus aboutie est le projet de Convention contre l'écocide⁵ (3).

1. Incriminations environnementales liées ou autonomes

Les premières infractions que nous devons ici mentionner ne sont pas des comporte- 6.6 ments incriminés de manière autonome. Il s'agit en effet d'incriminations qui sont susceptibles de couvrir des comportements portant atteinte à l'environnement, mais qui sont définies textuellement comme des atteintes à la personne humaine. Il s'agit très simplement de tous les actes incriminés sous les catégories de crimes internationaux

4 Statut de Rome du 17 juillet 1998 de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1).

5 Pour les besoins de notre propos, il n'est pas nécessaire d'analyser les autres propositions actuellement discutées par les experts ou les académiques, cette convention concentrant à elle seule toutes les attentes envers le droit international pénal.

qui visent à détruire un nombre important de personnes humaines : certains crimes contre l'humanité, certains crimes de guerre et, bien entendu, le crime de génocide⁶. En effet, il est admis que le *modus operandi* de ces crimes internationaux n'en est généralement pas un élément constitutif. La définition du crime de génocide, par exemple, est ici symptomatique de cette approche réservée en droit international pénal : il est constitué par le fait de « détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe »⁷. On le voit, le mode opératoire des auteur·e·s de génocide est absent de la définition de ce dernier, laquelle ne se soucie pas de la manière dont agissent les criminel·le·s, laissant ainsi aux juges la tâche de les condamner en fondant la condamnation sur les résultats obtenus (« meurtres », « mesures visant à entraver les naissances », « transfert forcé », etc.). Les juges ne doivent ici que reconnaître le comportement matériel et la *mens rea*.

- 6.7 Ainsi, les auteur·e·s pourraient parfaitement réaliser un génocide par meurtres en détruisant toute la faune et la flore dans une zone géographique donnée, s'ils ont pour idée de détruire « en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux ». C'est d'ailleurs en partie cette possibilité qui a permis à la Procureure de la Cour pénale internationale, dans une annonce politique, voire dans une idée de faire le *buzz*, d'annoncer vouloir se concentrer sur les crimes environnementaux⁸ (ce qu'elle n'a pas fait depuis lors, soit dit en passant). Malgré quelques exceptions donc, le *modus operandi* n'est pas un élément constitutif des crimes internationaux. S'il advenait qu'un comportement, tout en visant l'être humain ou les biens juridiques protégés par les incriminations du Statut de Rome, se commettait par l'intermédiaire d'une atteinte grave à l'environnement, il se verrait « poursuivable » aisément, si le Bureau du Procureur en a bien entendu l'intention. C'est ici une des limites premières des propositions qui visent à définir les crimes internationaux contre l'environnement en passant par d'autres biens juridiques protégés, comme beaucoup d'éco-crimes ou certains crimes se trouvant dans la proposition de la Convention contre l'écocide. Cela étant, c'est bien parce que l'environnement n'est ici pas protégé de manière autonome que les projets comme la convention susdite sont nés.
- 6.8 Notons néanmoins que le Statut de la CPI incrimine directement certaines atteintes à l'environnement de manière autonome. Parmi ces incriminations, on retrouve tout d'abord des incriminations regroupées sous la catégorie « crimes de guerre ». L'article 8(2)(b)(iv) réprime ainsi le « fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant

6 LINDGREN.

7 Art. 6 du Statut de Rome.

8 BPI 2016.

qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ». Cette incrimination vise les atteintes à l'environnement naturel de manière autonome. Héritée notamment des articles 35 et 55 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977, cette incrimination pourrait sembler à elle seule suffisante pour couvrir les atteintes graves à l'environnement. Ce n'est néanmoins pas le cas. Tout d'abord, elle ne vise que des comportements qui adviennent dans un contexte particulier : un conflit armé international. C'est-à-dire qu'en l'espèce, ne peuvent être poursuivis des comportements qui adviendraient dans des conflits armés non-internationaux ou simplement en temps de paix. Ensuite, la définition des « dommages étendus, durables et graves » est restrictive à au moins deux titres. Elle ne vise que les comportements intentionnels qui entraînent des dommages à l'environnement, laissant ainsi de côté les dommages qui ne seraient pas intentionnellement infligés. En outre, elle ne concerne que les dommages qui sont étendus, durables *et* graves, ce qui évacue de l'incrimination des dommages qui ne seraient qu'étendus (géographiquement donc), durables (temporellement) ou uniquement graves. À cet égard, même si l'interprétation de ces termes pourrait permettre d'élargir leur application, voire de mettre à mal le caractère cumulatif, comme certain·e·s auteur·rice·s le prônent, il n'en reste pas moins que c'est ici parier sur une construction prétorienne qui n'est pas certaine d'advenir.

Une seconde incrimination est énoncée à l'article 8(2)(b)(xvi) et vise « le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut ». La doctrine s'accorde pour accepter que cette incrimination, *a priori* éloignée de notre thème, pourrait pourtant englober des atteintes à l'environnement⁹. Néanmoins, les mêmes réserves que celles développées précédemment s'imposent, auxquelles s'ajoute aussi une nécessaire interprétation élargie de la notion de pillage, puisque en tant que tel, elle ne vise pas les atteintes à l'environnement. 6.9

Sont enfin potentiellement acceptés comme pouvant recouvrir des crimes environnementaux certains crimes contre l'humanité, à l'image des actes incriminés à l'article 7(1)(k) qui vise : « Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ». En l'espèce, ce n'est plus le contexte de conflit armé qui doit être présent, mais un contexte d'« attaque généralisée ou systématique »¹⁰. Certains crimes environnementaux pourraient dès lors remplir les conditions de cette attaque, à l'image de l'affaire Texaco/Chevron en Équateur¹¹, qui a vu l'environnement saccagé pendant des décennies et sur une zone géographique immense détruisant l'environnement de 6.10

9 PEREIRA, 208.

10 Art. 7 du Statut de Rome.

11 CRASSON.

manière innommable¹². C'est là une affaire tout à fait singulière et, quand on connaît son déroulement et les résultats obtenus par les victimes, qui permet de douter grandement du système actuellement en place. Cela étant, à l'exception de quelques affaires de cette ampleur, les atteintes à l'environnement sont rarement d'une telle envergure et, malgré une interprétation potentiellement large des termes « généralisée ou systématique », pouvant aller jusqu'à l'acceptation, pour le crime d'apartheid par exemple, d'attaques institutionnelles et non armées¹³, il semble que nous rejoignons les limites précédemment présentées. En l'espèce, l'incrimination permet bien difficilement d'englober la majorité des crimes environnementaux qui apparaissent sans attaque, sans contexte institutionnel discriminatoire, et bien souvent qui ne sont même pas le fait d'État ou de groupes armés (élément énoncé à l'article 7(2)(a) pour définir les crimes contre l'humanité¹⁴).

- 6.11 Le constat est donc confirmé : le droit international pénal ne s'occupe pas complètement des atteintes à l'environnement. En outre, les responsabilités qui y sont à l'œuvre sont, elles aussi, restreintes : elles ne visent que des personnes physiques.

2. Responsabilités pénales restreintes

- 6.12 Les responsabilités pénales en œuvre en droit international pénal telles qu'énoncées dans le Statut de la Cour pénale internationale possèdent trois caractéristiques principales qui permettent d'émettre des doutes sur leur potentielle prise en charge des crimes environnementaux. D'une part, seules les personnes physiques peuvent être poursuivies. D'autre part, la *mens rea* est celle classiquement acceptée en droit pénal, et l'intention, quel que soit le degré accepté (allant du dessein à la négligence) repose sur une (potentielle) acceptation du comportement criminel, qui n'est pas sans poser problème pour les crimes dont nous sommes aujourd'hui saisis. En outre, comme la doctrine l'a analysé à juste titre, le droit international pénal ne vise, théoriquement, que les hauts responsables¹⁵.
- 6.13 Concernant le premier élément, c'est-à-dire la compétence *ratione personae* de la Cour pénale internationale – et des autres juridictions internationales pénales existantes –, il se concentre sur les personnes physiques, âgées de plus de 18 ans au moment des faits¹⁶. Sont dès lors exclues les personnes morales. C'est là un élément crucial qui a motivé les propositions actuellement en discussion au niveau international. Il n'existe en effet aucune responsabilité pour ces dernières en droit international pénal. C'est un sujet qui revient régulièrement sur la table pour les crimes entrant dans la compétence actuelle de la CPI (c'est-à-dire les crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes d'agression

12 MARTIN-CHENUT/PERRUSO.

13 Art. 7 du Statut de Rome.

14 HALL/AMBOS, 246.

15 CASSESE *et al.*, 21 ss.

16 Art. 26 du Statut de Rome.

et génocides) et qui, malgré de nombreuses discussions lors de la conférence de Rome durant laquelle le Statut de la CPI a été adopté, n'a jamais trouvé d'issue.

Néanmoins, la jurisprudence des institutions pénales internationales, de Nuremberg à la CPI, a toujours tenté d'inclure d'une manière ou d'une autre les groupes dans les responsabilités qu'elle a attribuées : les *Schutzstaffel* (ou SS) ou *Sturmabteilung* (ou SA) à Nuremberg, l'entreprise criminelle commune devant les Tribunaux pénaux internationaux, la co-action devant la CPI, etc. Dans le premier cas, les juges ont rapidement déclaré ces groupes illégaux – sans pouvoir les condamner directement. En outre, trois procès suivant le jugement de Nuremberg ont été intentés à l'encontre des personnes morales devant le Tribunal militaire américain de Nuremberg. La première affaire concernait le groupe industriel *Flick Kommanditgesellschaft* qui avait spolié les biens industriels des États occupés et fonctionnait par ailleurs selon un système esclavagiste, afin d'augmenter sa productivité en charbon et en fer¹⁷. La deuxième affaire concernait la société *Krupp*. Le Tribunal américain estimera ici que l'entreprise avait participé au réarmement des forces militaires allemandes et procédé à des réquisitions, crimes de droit international commis à la fois par la société et par certains de ses membres¹⁸. Enfin, en l'affaire *IG Farben* – un conglomérat créé en 1916 et réunissant huit des plus grandes entreprises allemandes de chimie –, les juges ont estimé que la personne morale avait, d'une part, localisé ses centres de production et d'expérimentation à proximité et au sein même des camps de concentration et, d'autre part, spolié et utilisé les biens situés sur les territoires contrôlés par les nazis¹⁹. Dans les trois cas néanmoins, seules des personnes physiques ont été condamnées : dans le premier, la personne morale n'était pas partie au procès ; dans le second, seule la responsabilité des hauts responsables a été personnellement engagée ; et dans le troisième, malgré la reconnaissance du fait qu'une personne morale pouvait commettre des infractions, les juges ont estimé que cette dernière n'était qu'un instrument des personnes physiques. Cette philosophie a perduré jusqu'à aujourd'hui en droit international pénal et laisse les personnes morales en dehors de la compétence de la Cour pénale internationale.

Le second élément – l'acceptation de l'élément constitutif subjectif – est aussi un frein à une complète attribution de responsabilité pour crimes environnementaux. Sans revenir sur la *mens rea* de manière générale en droit international pénal, c'est bien une intentionnalité qui fonde celle-ci, qu'elle soit appréciée de manière directe ou de manière très indirecte, acceptant la négligence dans certains cas singuliers. Pourtant, en matière environnementale, il semble que les jugements pénaux nationaux ont souvent connu des difficultés à appréhender une forme de *mens rea* sans intention et sans connaissance des actes criminels, notamment pour l'imputation à des personnes morales. La

17 TMI, arrêt du 22.12.1947, *Flick and Others*, TWC vol. VI. Voyez à ce propos, SCALIA/THALMANN/HÉBERT-DOLBEC.

18 TMI, arrêt du 30.6.1948, *Krupp and Others*, International Law Review 15/214.

19 TMI, arrêt du 29.7.1948, *Krauch and Others*, TWC vol. VIII, 1153 ss (cité : IG Farben Trial).

« doctrine formule souvent l'objection en vertu de laquelle les infractions intentionnelles (ex. fraude, meurtre) doivent exiger la constatation d'une faute par des personnes physiques identifiables agissant pour son compte pour être imputables à une personne morale. Autrement l'imputation directe est susceptible de donner lieu à une imputation objective ou fictive de la faute à l'encontre d'une personne morale dans la mesure où on l'imagine toujours incapable d'agir et de penser par elle-même »²⁰. C'est pourquoi, nombreux relèvent bien souvent une nécessité de créer de nouvelles approches de l'élément constitutif subjectif, oscillant entre une responsabilité attribuée sans faute et l'instauration d'une faute d'entreprise *sui generis*²¹. Ces approches démontrent que le droit pénal n'est pas un outil adapté aux crimes environnementaux commis dans le cadre d'activités des personnes morales, au point de le modifier tellement qu'il ne garde de pénal que le nom.

- 6.16 Enfin, le troisième élément se trouve dans l'esprit du droit international pénal : il a été mis en place uniquement pour juger les hauts dirigeants. Il s'agit là, pour des auteurs·rice·s comme Cassese, Gaeta ou encore Perreira, du fondement même de l'existence de l'incrimination internationale : « l'auteur a agi en qualité officielle (c'est-à-dire en tant qu'agent de l'État *de jure* ou *de facto*), l'État au nom duquel il a accompli l'acte interdit peut être empêché de revendiquer l'immunité de juridiction civile ou pénale des États étrangers dont bénéficient, en vertu du droit international coutumier, les agents de l'État agissant dans l'exercice de leurs fonctions »²². Il est important de souligner ici qu'il s'agit d'immunités juridiques dont il est question, et non d'immunités politiques ou *de facto* qui sont celles en œuvre bien souvent pour les dirigeant·e·s d'entreprises multinationales, les actionnaires de ces mêmes sociétés ou encore, ce que d'aucuns nomment, les criminel·le·s en col blanc. Tou·te·s font en réalité fréquemment l'objet d'une immunité de fait que les sociologues et criminologues ont bien analysés et sur laquelle nous reviendrons par la suite²³. Cela étant, cette philosophie du droit international pénal – même si elle est un peu amoindrie depuis plusieurs années – reste un frein supplémentaire à la poursuite d'autres acteur·rice·s des atteintes à l'environnement.
- 6.17 On le voit donc, les formes de responsabilité (compris ici l'élément constitutif subjectif) à l'œuvre en droit international pénal ne permettent clairement pas de poursuivre correctement les atteintes à l'environnement, à la sûreté de la planète ou à la survie de l'humanité.

20 DUMONT 2012b, 114.

21 DUSOME 2007, 120 ss; NIETO MARTIN, 84 ss; RAUXLOH, 443 ss; TRICOT, 147 ss.

22 PEREIRA, 191 : « *the perpetrator has acted in an official capacity (i.e. de jure or de facto state official), the state on whose behalf he has performed the prohibited act may be barred from claiming immunity to those state officials from civil or criminal jurisdiction of foreign states accruing under customary international law to state officials acting in the exercise of their functions.* »

23 LASCOURMES/NAGELS.

3. Projet de Convention contre l'écocide

Au départ des constats précédemment évoqués, plusieurs propositions ont vu le jour ces dernières années, soutenant une prise en compte des comportements qui portent atteinte à l'environnement par le droit international pénal. Encore une fois, rappelons que nous n'abordons ici ni les propositions favorisant une meilleure coopération des États pour une répression interne, ni les projets de règlements des différends au niveau international qui ne recourraient pas au droit pénal. Sans tenter de faire montre d'exhaustivité, impossible dans le format du présent article, il est raisonnable d'analyser le projet de Convention contre l'écocide, qui témoigne des évolutions souhaitées par beaucoup et permet d'appréhender les éléments du débat en cours à l'heure actuelle. Il existe bien entendu d'autres propositions (Convention dite « écocrimes »²⁴, inclusion de nouveaux crimes dans la compétence de la Cour pénale internationale²⁵, ou encore développement de nouvelles responsabilités²⁶) qui toutes visent les atteintes graves à l'environnement ou à la sûreté de la planète et permettraient de réprimer les personnes morales en plus des personnes physiques. Le projet de Convention contre l'écocide²⁷ nous semble le plus abouti et révèle les enjeux centraux actuels de toutes ces propositions, qui permettront de poursuivre ensuite notre propos.

L'article 2 de ce projet propose ainsi de créer un nouveau crime international dans ces termes :

1. Aux fins de la présente Convention, on entend par écocide les actes intentionnels commis dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui portent atteinte à la sûreté de la planète, définis ci-après :
 - a) le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'air ou l'atmosphère, les sols, les eaux ou les milieux aquatiques;
 - b) la collecte, le transport, la valorisation ou l'élimination de déchets, y compris la surveillance de ces opérations ainsi que l'entretien subséquent des sites de décharge et notamment les actions menées en tant que négociant ou courtier dans toute activité liée à la gestion des déchets;
 - c) l'exploitation d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée ou des substances ou préparations dangereuses sont stockées ou utilisées;
 - d) la production, le traitement, la manipulation, l'utilisation, la détention, le stockage, le transport, l'importation, l'exportation ou l'élimination de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses;

24 NEYRET 2015, 267.

25 DURNEY; KILLEAN 2020; PEREIRA.

26 DUMONT 2012b; TRICOT.

27 Voyez pour le texte complet : NEYRET 2015, 285.

- e) la mise à mort, la destruction, la possession ou la capture de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages protégées ou non;
 - f) les autres actes de caractère analogue commis intentionnellement et qui portent atteinte à la sûreté de la planète.
2. Les actes visés au paragraphe 1 portent atteinte à la sûreté de la planète lorsqu'ils causent :
- a) une dégradation étendue, durable et grave de l'air ou de l'atmosphère, des sols, des eaux, des milieux aquatiques, de la faune ou de la flore, ou de leurs fonctions écologiques; ou
 - b) la mort, des infirmités permanentes ou des maladies incurables graves à une population ou lorsqu'ils dépossèdent durablement cette dernière de ses terres, territoires ou ressources.
3. Les actes visés au paragraphe 1 doivent être commis intentionnellement et en connaissance du caractère généralisé ou systématique de l'action dans laquelle ils s'inscrivent. Ces actes sont également considérés comme intentionnels lorsque leur auteur savait ou aurait dû savoir qu'il existait une haute probabilité qu'ils portent atteinte à la sûreté de la planète.
- 6.20 Ce projet de convention propose donc d'instaurer un crime autonome visant à protéger un bien juridique singulier : la sûreté de la planète. La lecture de la disposition montre qu'elle vise non seulement une série de comportements matériels, mais aussi une série de conséquences. En l'espèce, les comportements incriminés le sont tout autant en lien avec la survie de, ou des atteintes à, la population que sans égard à celle-ci. Les actes peuvent en effet n'atteindre que « la dégradation étendue, durable et grave de l'air ou de l'atmosphère, des sols, des eaux, des milieux aquatiques, de la faune et de la flore, ou de leurs fonctions écologiques » (§ 2). Comme l'explique une des rédactrices du projet de convention « la question centrale [que les rédacteur·rice·s se sont] posée après avoir identifié le périmètre de l'infraction a consisté à savoir si l'écocide doit avoir pour objectif de protéger l'homme, à travers une protection de son environnement, ou de protéger l'environnement et, donc, la planète en tant que telle, indépendamment de la présence de l'homme et de l'activité humaine. Derrière cette alternative apparaît une dichotomie entre protection de l'homme et protection du futur de l'homme, étant entendu que la durabilité de l'environnement est une condition d'équilibre de la vie à long terme. Au-delà, derrière la sûreté de la planète, il est permis de voir une nouvelle alliance entre protection de l'environnement et protection de l'humanité, où les deux entités ne seraient pas tant dissociées qu'associées. En termes de technique juridique, protéger l'avenir de l'homme implique d'intégrer le futur dans la protection pénale et, par conséquent, dans la construction de l'incrimination et de ses éléments constitutifs. Si on estime que la valeur protégée par l'écocide est le futur de l'homme et non son présent, il faut donc intégrer dans l'élément matériel une idée de remise en cause de la durabilité de la vie, ce qui est nécessairement difficile, car tributaire de projections sur les effets

d'une action, effets qui ne sont pas forcément perceptibles et qui peuvent être sous-estimés ou surestimés »²⁸.

Il importe de souligner l'effort de *désanthropomorphiser* les comportements réprimés pour réellement se concentrer sur les atteintes à la sûreté de la planète et à l'environnement. En outre, on peut voir que les incriminations comprises dans l'article 2 répondent en partie aux critiques émises à l'encontre du droit actuel et évoquées précédemment. 6.21

Deux tempéraments méritent néanmoins d'être relevés. Le caractère généralisé ou systématique, attribué à l'action dans laquelle les crimes environnementaux s'inscrivent, est inspiré, sans aucun doute, de la définition du crime contre l'humanité (et donc du Statut de la Cour pénale internationale²⁹). Cet élément semble, *de jure* comme *de facto*, réduire considérablement le champ d'action de l'incrimination et ce rétrécissement *ratione materiae* pourrait ne pas permettre de pallier les craintes déjà évoquées en analysant le droit actuel. En sus, la gravité de l'atteinte à l'environnement qui reprend les termes du Protocole additionnel aux Conventions de Genève oblige les restrictions que nous avons précédemment mentionnées : interprétation délicate, éléments cumulatifs et étendue telle que l'incrimination risque de n'être que faiblement appliquée. 6.22

Enfin, l'élément constitutif subjectif englobe non seulement le dol direct, mais aussi le dol indirect, voire, selon les interprétations qui seront données aux termes, le dol éventuel ou la négligence. En effet, une personne pourrait être tenue responsable si elle « savait ou aurait dû savoir qu'il existait une haute probabilité [que les actes] portent atteinte à la sûreté de la planète ». C'est en cela un élargissement des formes de responsabilités bienvenu pour répondre à une application trop stricte des responsabilités. 6.23

C'est à ce propos que le projet de Convention innove peut-être le plus pour notre discipline : les responsabilités énoncées par l'article 3 du projet de Convention tentent en effet de répondre aux critiques exposées précédemment sur le droit actuellement en vigueur. Tout d'abord, le projet de convention reprend les formes de responsabilité existantes devant la Cour pénale internationale : commission (individuelle et conjointe), ordre, sollicitation, encouragement, complicité et tentative. Relevons cependant que n'est pas mentionnée la responsabilité du supérieur hiérarchique, qui a pourtant été l'une des avancées majeures, selon la doctrine unanime, du droit international pénal. On peut ici douter qu'une telle absence soit un oubli. Cela témoigne à notre avis d'un malaise relatif à l'attribution des responsabilités à des individus, même hiérarchiquement supérieurs, pour des crimes environnementaux : il est à cet égard « hautement improbable que des faits relevant [des écocides] soient commis par un seul individu, une personne physique »³⁰. C'est bien ici face à une criminalité collective que nous nous 6.24

28 FRONZA/GUILLOU, 135.

29 *Ibid.*, 130.

30 TRICOT, 141.

trouvons³¹. En l'espèce, nous sommes face à ce que Tricot nomme la criminalité en groupe (« lorsque plusieurs personnes forment un groupe à des fins criminelles ») et la criminalité de groupe (« lorsque les faits sont imputables à un groupe indépendamment ou en sus de la responsabilité individuelle de ses membres »)³². Comme d'autres auteur·rice·s³³, Tricot soutient, à partir de là, la nécessité d'établir une responsabilité de la personne morale, cette entité abstraite, comparée par Supiot à la « cagoule » dont se servent les gangsters « pour ne pas être reconnus et ne pas avoir à répondre de leurs actes »³⁴.

6.25 C'est ainsi ce que fait l'article 5 du projet de Convention contre l'écocide³⁵ qui énonce que la responsabilité de la personne morale peut être attribuée en plus de la responsabilité pénale de la personne physique, tout en excluant néanmoins certaines catégories de personnes morales. Bref, c'est principalement l'entreprise privée qui est ici visée, répondant aux critiques actuelles d'un droit international pénal uniquement centré sur les personnes physiques :

1. Chaque État partie, conformément à ses principes juridiques, adopte les mesures nécessaires afin qu'une personne morale puisse être tenue pénalement responsable du crime d'écocide, lorsqu'il a été commis pour son compte, par toute personne qui exerce un pouvoir de direction en son sein, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, en vertu :
 - a) d'un mandat de représentation de la personne morale;
 - b) d'un pouvoir de prendre des décisions au nom de la personne morale; ou
 - c) d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale.
2. Chaque État partie, conformément à ses principes juridiques, adopte les mesures nécessaires afin qu'une personne morale puisse être tenue pour pénalement responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part de la personne morale a rendu possible la commission pour son compte d'un crime d'écocide.
3. La responsabilité pénale des personnes morales établie en vertu des paragraphes 1 et 2 est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont participé au sens de l'article 3 a un crime d'écocide.
4. « Personne morale » s'entend de toute entité ayant la personnalité juridique en vertu du droit applicable, exception faite des États ou des entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques.

31 DUMONT 2012b.

32 TRICOT, 142.

33 NIETO MARTIN.

34 SUPIOT.

35 Notons que le projet de Convention contre les écocrimes ou les propositions d'intégrer les crimes environnementaux dans la compétence de la CPI propose la même inclusion.

Notons enfin que le projet de convention propose, en plus d'une mise en œuvre nationale des dites incriminations et responsabilités, l'établissement d'un Procureur international (qui relaierait aux procureurs nationaux les affaires sur lesquels il aurait enquêté) et d'une potentielle Cour pénale internationale de l'environnement. En cela, c'est au niveau international que seraient jugés les crimes internationaux environnementaux d'une gravité élevée. 6.26

Relevons pour finir que le projet de Convention contre l'écocide prévoit les sanctions habituelles à l'encontre des personnes physiques reconnues coupables tout en renvoyant aux États le soin de les définir³⁶. À l'encontre des personnes morales, sont par contre mentionnées expressément : la dissolution, la fermeture temporaire ou définitive des locaux ou établissements, la suspension temporaire ou définitive de l'activité, le retrait de licences, l'interdiction de recevoir des subventions, la réparation, l'indemnisation, etc.³⁷ 6.27

Cela étant, la définition des comportements infractionnels et des responsabilités n'emporte pas beaucoup plus de commentaires pour notre propos qui se veut, pour l'heure, plus méta³⁸, car on le voit les propositions ci-avant présentées restent enfermées dans la « bouteille à mouche »³⁹; elles sont enfermées dans un droit pénal infécond qui ne permettra pas de répondre aux atteintes à l'environnement. Le droit pénal connaît trop d'apories et de limites pour ce faire et les atteintes à l'environnement sont révélatrices de comportements singuliers qui sont bien souvent, pour les acteur·rice·s, ni de leurs responsabilités, ni même criminels, comme nous allons le voir à présent. 6.28

III. Rhétorique prometteuse, mais naïve

Depuis la mise en place du Tribunal de Nuremberg, le droit international pénal apparaît donc comme un outil très prometteur : une sorte de couteau suisse. Cette perception s'est accentuée avec la fin de la Guerre froide, qui a vu renaître des juridictions internationales pénales en charge de juger des individus, hauts gradés ou chefs d'État notamment. Ainsi, selon les juges du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, les objectifs de la justice internationale pénale qui ont été envisagés par le Conseil de sécurité sont : la rétribution, la prévention générale et spéciale, la réprobation et la réconciliation collective. Ces éléments de légitimation du recours au droit international pénal regroupent ce que les auteurs nomment indistinctement finalités, fondements, effets, fonctions, buts ou encore objectifs⁴⁰. Pour reprendre les termes de Tallgren, on pourrait dire que « bien [que la justice internationale pénale] soit censée être normative, formelle, prévisible et égale, elle est aussi censée être une interprète locale de valeurs 6.29

36 Voyez art. 6 du projet de Convention contre l'écocide.

37 Voyez art. 7 du projet de Convention contre l'écocide.

38 FRONZA/GUILLOU, 130.

39 WATZLAWICK.

40 BERNARD *et al.*

communes, offrant une solution, un remède aux problèmes sociaux, et mettant ainsi sur eux le sceau miraculeux de la finalité ... en d'autres termes, rien de moins que "décourager les infractions futures, dissuader les justiciers, promouvoir la réconciliation et renforcer le respect de la loi et des nouveaux régimes démocratiques" »⁴¹. Il importe de détailler ici les différents éléments qui (sup)portent le projet de droit international pénal en nous concentrant sur ceux mis aujourd'hui en avant pour soutenir le rôle de ce dernier face aux atteintes graves à l'environnement : des objectifs pénologiques, une fonction symbolique et des espoirs des victimes⁴².

1. Justifications du recours au droit international pénal

a) Objectifs pénologiques

- 6.30 Il est communément admis que les « objectifs pénologiques » du droit international pénal s'entendent comme les fondements et objectifs attribués aux peines. Le fondement de la condamnation est principalement le mal commis, l'infraction réalisée. Les objectifs, pour leur part, rejoignent ceux traditionnels de la justice pénale nationale : les préventions (ou dissuasions) générales et spéciales sont les objectifs principaux de l'acte de juger, tandis que la réinsertion du condamné n'est que secondaire. De là, le discours des juges internationaux, tel qu'il apparaît dans l'énoncé des jugements, oscille entre une volonté rétributive et utilitariste de la justice internationale pénale.
- 6.31 Le fondement est énoncé dans les textes instituant les juridictions internationales pénales par l'intermédiaire des éléments à prendre en considération pour fixer la peine⁴³ : le premier élément pris en compte est la gravité du crime. Il y a ici ce que la juriste Tallgren nomme encore « la réponse morale intuitive ». Certains comportements sont tout simplement mauvais et doivent être punis⁴⁴. Cela signifie que lorsqu'un crime est commis, un mal doit être infligé à son auteur en retour. Dans plusieurs jugements de condamnation prononcés par le TPIY et le TPIR, les juges affirment que la gravité du crime est l'élément principal qui doit être pris en compte au moment du choix de la sentence. Un châtiment juste doit être prononcé en relation avec le crime commis. Il s'agit de la mise en œuvre d'une philosophie principalement rétributive, qui doit montrer la réprobation et l'indignation de la communauté dans son ensemble face aux violations des droits fondamentaux⁴⁵. Les propos d'un juge du TPIY au moment de la

41 TALLGREN, 562-564 (traduction de l'auteur).

42 Relevons que le droit international pénal est aussi soutenu par la volonté d'écrire l'Histoire, des attentes morales et un effet cathartique (voyez SCALIA/THALMANN/HÉBERT-DOLBEC). Ces justifications ne semblent néanmoins pas de mise en matière environnementale.

43 Art. 24 du Statut du TPIY, art. 23 du Statut du TPIR, et art. 78 du Statut de Rome.

44 TALLGREN, 564.

45 TPIY, jugement portant condamnation du 10.12.2003, *Obrenović*, affaire IT-02-60/2, § 50; TPIY, arrêt du 24.3.2000, *Aleksovski*, affaire IT-95-14/1, § 185; TPIY, jugement du 14.1.2000, *Kupreskić et consorts*, affaire IT-95-16, § 848; TPIY, jugement relatif à la sentence du 9.10.2001, *Mucić et consorts*, affaire IT-96-21, § 806; TPIY, jugement du 10.6.2010, *Popović et consorts*, affaire IT-05-88, § 2128. Cette indi-

condamnation du Général Krstić pour complicité du génocide de Srebrenica sont à cet égard révélateurs : « [e]n juillet 1995, Général Krstić, vous avez *adhéré au mal*. C'est pour cela qu'aujourd'hui cette Chambre vous condamne et prononce à votre encontre la peine de 46 ans d'emprisonnement »⁴⁶.

En plus de la rétribution, le procès pénal vise trois objectifs : la prévention spéciale, la 6.32 prévention générale et la réinsertion du condamné. Selon les juges internationaux, la prévention générale (appelée aussi dissuasion) et la prévention spéciale sont deux des fonctions primordiales de la peine⁴⁷. Elles ont été soulignées lors de la création des juridictions internationales pénales⁴⁸ et réaffirmées à de nombreuses reprises. La prévention spéciale vise le condamné personnellement et entend le décourager de récidiver une fois sa peine exécutée⁴⁹. Partant de ce constat, et fondant son raisonnement sur l'immoralité des crimes internationaux⁵⁰, les juges du TPIY ont estimé que le risque réduit de récidive ne doit « pas se voir accorder un poids excessif dans l'évaluation générale des sentences à infliger aux personnes condamnées par le Tribunal international »⁵¹. Autrement dit, parce que le condamné a peu de chances de récidiver, la prévention spéciale a peu d'importance. La prévention générale, quant à elle, « est un principe fondamental, en ce que les peines infligées par le Tribunal international doivent, en règle générale, avoir un pouvoir de dissuasion suffisant pour détourner de leur projet les personnes qui envisageraient de commettre des crimes similaires »⁵². Ainsi, la dissuasion générale est fondée sur l'idée que, par son caractère exemplaire, la punition d'un individu en empêche d'autres de commettre des crimes similaires. Cet objectif est souligné dans tous les jugements des Tribunaux pénaux internationaux⁵³. Néanmoins sa réalisation n'est pas démontrée⁵⁴ ; elle relève simplement d'un certain bon sens ou de croyances envers la justice pénale⁵⁵.

gnation, nous la retrouverons dans la théorie durkheimienne de l'effet du procès pénal comme catalyseur d'une conscience collective.

46 Communiqué de presse, cité par FRONZA/TRICOT, 306.

47 TPIY, jugement du 31.7.2003, *Stakić*, affaire IT-97-24, § 900. Les juges énoncent que « La dissuasion individuelle et collective est une fonction primordiale et constitue l'un des objectifs essentiels de la peine. Tout aussi importante est la fonction de rétribution de la peine. Il ne s'agit pas ici d'assouvir un désir de vengeance, mais d'exprimer l'horreur de la communauté internationale face à des crimes odieux comme ceux dont connaît le Tribunal ».

48 NU S/25704.

49 TPIY, jugement portant condamnation du 18.12.2003, *Dragan Nikolić*, affaire IT-94-2, § 135.

50 TPIY, arrêt du 24.3.2000, *Aleksovski*, affaire IT-95-14/1, § 185 ; TPIY, jugement portant condamnation du 2.12.2003, *Momir Nikolić*, affaire IT-02-60/1, § 140.

51 TPIY, arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence du 26.1.2000, *Tadić*, affaire IT-94-1, § 48 ; TPIY, arrêt du 20.2.2001, *Mucić et consorts*, affaire IT-96-21, § 800-801.

52 TPIY, jugement portant condamnation du 31.7.2001, *Todorović*, affaire IT-95-9/1, § 30.

53 TPIY, jugement relatif à la sentence du 11.3.2004, *Češić*, affaire IT-95-10/1, § 26.

54 TALLGREN, 561-595.

55 ANDENAES, 6 ; LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT, 7 ; VAN DE KERCHOVE, 204-206 ; TEN 1987 ; MATHIESEN 1990.

- 6.33 La réinsertion est enfin analysée comme un des objectifs de la sanction pénale et de l'acte de juger. En effet, même si les textes fondateurs des juridictions internationales pénales ne le mentionnent pas, la jurisprudence l'admet tout en lui donnant un poids très faible⁵⁶. Dans plusieurs décisions, les juges internationaux estiment que « cette préoccupation [la réinsertion] doit s'effacer derrière celle visant à stigmatiser les atteintes les plus graves au droit international humanitaire pour en prévenir notamment la répétition »⁵⁷. Si elle est néanmoins prise en compte, elle est régulièrement présentée comme allant de pair avec l'admonestation morale, à savoir la volonté de se racheter⁵⁸. Ainsi, même s'il ne s'agit pas de la finalité la plus importante⁵⁹, la peine doit s'efforcer de l'atteindre⁶⁰.
- 6.34 On le voit, ces objectifs ne valent que dans le cadre de l'établissement d'une responsabilité pénale individuelle et de l'imputabilité à une personne physique de cette responsabilité, puisque fondés sur l'analyse rationnelle de l'auteur·e criminel·le.
- 6.35 En matière environnementale, les objectifs mis en avant par les défenseurs d'un droit international pénal de l'environnement ou d'une prise en charge par la Cour pénale internationale sont peu ou prou les mêmes : la gravité des actes en question – principalement dû à leur caractère transfrontière, « international par nature »⁶¹ –, la valeur protégée qu'ils violent ou leur caractère horrible⁶² – la nécessité de montrer l'exemple et de dissuader les autres auteur·e·s potentiel·le·s ou encore d'empêcher la récidive⁶³. Si beaucoup adhèrent à l'idée que des modifications substantielles du droit international pénal sont nécessaires, sans toutefois parvenir à se mettre d'accord, tou·te·s les architectes et soutiens du droit international pénal s'accordent néanmoins sur les objectifs pénologiques comme justifiant le recours à la marée pénale. Pourtant, la fonction rétributive n'a un intérêt que limité face aux atteintes à l'environnement, puisque ces dernières ne se résument souvent pas à la conséquence d'une analyse coûts-avantages faite dans le cadre d'un système de marché et que la sanction appliquée aux personnes morales n'a aucun sens en matière de rétribution, qui reste la mise en œuvre d'une admonestation morale visant l'individu et son sentiment de culpabilité. Quant à la dis-

56 TPIY, jugement du 2.8.2001, *Krstić*, affaire IT-98-33, § 704.

57 TPIY, jugement portant condamnation du 29.11.1996, *Erdemović*, affaire IT-96-22, § 66 ; argument qui n'a pas été infirmé en appel ; TPIY, jugement du 3.3.2000, *Blaskić*, affaire IT-95-14, § 782 ; TPIY, jugement du 22.2.2001, *Kunarac et consorts*, affaire IT-96-23 & 23/1, § 844.

58 *Ibid.* ; TPIY, jugement portant condamnation du 28.10.2003, *Banović*, affaire IT-02-65/1, § 35 ; TPIY, jugement portant condamnation du 11.3.2004, *Češić*, affaire IT-95-10/1, § 27.

59 TPIY, jugement du 3.3.2000, *Blaskić*, affaire IT-95-14, § 779-780 ; TPIY, jugement du 17.1.2005, *Blagojević et Jokić*, affaire IT-02-60, § 824 ; TPIY, jugement du 10.6.2010, *Popović et consorts*, affaire IT-05-88, § 2130.

60 TPIY, jugement portant condamnation du 2.12.2003, *Momir Nikolić*, affaire IT-02-60/1, § 93 ; TPIR, jugement et sentence du 1.6.2000, *Ruggiu*, affaire ICTR-97-32, § 68 ; TPIR, sentence du 5.2.1999, *Serushago*, affaire ICTR-98-39, § 39.

61 BEAUVAIS, 4-5.

62 D'AMBROSIO; HELIO.

63 Voyez n. 2.

suasion, il est admis depuis bien longtemps qu'elle ne fonctionne pas, de surcroît en droit international pénal⁶⁴. Il s'agit là simplement d'une affirmation de bon sens « idéologiquement indémontable et scientifiquement indémontrable »⁶⁵.

b) *Fonction symbolique*

En plus de ces différents éléments qui soutiennent le projet de droit international pénal, 6.36 une autre justification apparaît souvent pour défendre la justice internationale pénale : le raffermissement symbolique des normes⁶⁶. Ce concept existe en droit pénal national comme en droit international pénal, mais est plus important dans ce dernier. On considère en effet que « la nature *symbolique* que Tribunaux pénaux internationaux et Cour pénale internationale peuvent attendre des peines qu'ils prononcent ou requièrent des juridictions nationales [est] illustrée par la différence entre leur objectif de lutte contre l'impunité et le nombre de procès effectivement ouverts et conduits »⁶⁷. Dans le même sens, Manacorda affirme que les juridictions internationales pénales ont pour mission d'établir ou de raffermir des valeurs communes à toute l'humanité⁶⁸. Les juges l'ont d'ailleurs reconnu dans leurs jugements : « un autre objectif important de la peine est de montrer aux populations d'ex-Yougoslavie et du monde entier que ces crimes ne restent pas impunis. Il s'agit là de renforcer la volonté de tous les intéressés, [...] de favoriser la confiance et le respect envers le système de justice pénale internationale »⁶⁹ ; ou encore « l'infliction d'une peine permet de conforter l'ordre juridique, au sein duquel le comportement considéré est défini comme criminel, et de rassurer la société sur l'efficacité de son système pénal »⁷⁰.

C'est là encore un argument souvent mis en avant pour inclure les crimes environne- 6.37 mentaux dans le droit international pénal. Il est bien souvent accepté que le symbole d'une incrimination nouvelle ou d'une condamnation participe à lutter contre d'autres comportements identiques, d'autant plus que le droit international pénal connaît une sélection importante, car ne pouvant juger tou · te · s les responsables. En effet, aujourd'hui, seul · e · s certain · e · s haut · e · s responsables sont dans le viseur de la justice internationale pénale, même si la pratique des juridictions internationales pénales a démontré que les personnes jugées n'étaient de loin pas toutes de hauts responsables ou hauts gradés. En outre, moins l'on juge de personnes, plus on attend de ces jugements une force symbolique grande. On attend dès lors de la condamnation de quelques individus un message de désapprobation emblématique des événements, même si leur ampleur empêche la preuve et la poursuite de l'entièreté des actes posés. Compte tenu de l'atteinte morale

64 JEANGÈNE VILMER ; PARADELLE/DUMONT/BOISVERT; TALLGREN.

65 ROBERT.

66 BERNARD 2014.

67 *Ibid.*

68 MANACORDA, 175.

69 TPIY, jugement du 14.1.2000, *Kupreškic et consorts*, affaire IT-95-16, § 848.

70 TPIY, jugement relatif à la sentence du 11.3.2004, *Češić*, affaire IT-95-10/1, § 26.

produite, considérée comme située au plus haut degré de la réprobation, il s'agit donc de faire « œuvre signifiante »⁷¹, de « concevoir la violence collective comme une transgression de normes universelles »⁷². Les défenseurs du projet international pénal peuvent ainsi y voir un « espace moral de substitution »⁷³ dans lequel se réaffirment avec vigueur des principes qui ont été considérablement malmenés. Le *leitmotiv* des « crimes écologiques oubliés » rappelle que cette rhétorique est bien en œuvre en la matière étudiée ici. Mais là encore, la valeur symbolique est bien souvent mise à mal et l'effet pervers d'un droit très sélectif (comme il est impossible de ne pas l'être au niveau international) renverse la logique et impose principalement une valeur symbolique de l'impunité et un sentiment d'injustice dans le chef des personnes jugées. La valeur symbolique de l'impunité va se retrouver dans l'idée que finalement il ne faut pas « se faire prendre ». Le risque ici va aussi être de ne juger que les sous-fifres, les sous-traitants ... Bref, les sous-coupables. En outre, l'effet cathartique du procès pénal est bien souvent mis en doute⁷⁴, tout comme la fonction de renforcement symbolique des valeurs qui n'impose bien souvent que les valeurs des rédacteur·rice·s de propositions répressives⁷⁵.

c) *Espoirs des victimes*

- 6.38 C'est enfin les victimes qui sont bien souvent convoquées pour supporter la mise en œuvre d'un droit international pénal de l'environnement ou pour élargir la compétence de la Cour pénale internationale en la matière. Ces victimes sont aujourd'hui présentes dans la justice internationale pénale, mais elles ne l'ont pas toujours été de manière directe. Bien qu'absentes statutairement (sauf à titre de témoins) des procédures ouvertes devant les TPIY et TPIR, les victimes n'en sont pas moins présentes dans les jugements et dans les discours prononcés. Elles ont été (et sont toujours) une force légitimante de la justice internationale pénale⁷⁶.
- 6.39 Cela étant, cette justice s'est dotée depuis lors d'institutions offrant aux victimes de nombreuses opportunités de pouvoir participer aux procédures et aux procès⁷⁷, au premier rang desquelles la Cour pénale internationale. En effet, en vertu de l'article 68 du Statut de Rome, les victimes sont désormais participantes aux procédures ouvertes devant la Cour de la Haye : sans qu'il n'existe de possibilité de porter plainte (même si les victimes peuvent communiquer des preuves au procureur), elles peuvent néanmoins être représentées, demander des actes de procédure et, surtout, obtenir des réparations. Elles deviennent sujettes du droit international pénal et ce dernier tente de répondre à leurs attentes.

71 BERNARD 2016.

72 DRUMB 2005.

73 CARTUYVELS, 429.

74 GARCIA-PENAFIEL; LADD.

75 BERNARD 2014.

76 HÉBERT-DOLBEC.

77 BONACKER/SAFFERLING.

S'il n'est pas ici question de présenter exhaustivement et en détail les attentes qu'ont les victimes envers la justice internationale pénale⁷⁸, l'on peut raisonnablement s'accorder sur plusieurs d'entre elles : pouvoir participer aux processus post-crimes de masse, savoir ce qui s'est passé, rendre justice, obtenir des réparations et recevoir des garanties de non-répétition. En intégrant les victimes, le droit international pénal a fait sienne la dimension réparatrice de la justice internationale⁷⁹. 6.40

Face aux atteintes à l'environnement la place des victimes est néanmoins ambiguë : si elles existent, il n'est pas besoin de spécialisation du droit international pénal puisqu'*a priori*, les crimes contre l'humanité devraient être suffisants pour poursuivre les actes commis. Si elles n'existent pas (c'est-à-dire que la victime ne sera « que » la planète ou l'environnement), l'argument victimaire ne tient pas. Par ailleurs, rappelons que maintes recherches ont prouvé que le passage par le droit international pénal ne permettait pas de répondre aux attentes des victimes. En outre, les procès pénaux nationaux qui ont vu s'opposer victimes humaines et entreprises privées responsables d'atteintes à l'environnement se sont bien souvent conclus par des accords réalisés entre elles⁸⁰ : la réparation se joue à un autre niveau que celui accessible par le droit international pénal. 6.41

2. Responsabilités imaginaires

Il aurait été à présent possible de simplement reprendre les arguments des détracteurs de la responsabilité de la personne morale pour écarter les propositions présentées précédemment : la personne morale n'est qu'un voile, un écran de fumée, etc. Cela aurait été de mauvaise foi au vu de l'évolution de la responsabilité pénale de la personne morale en droit interne⁸¹ et ce n'est par ailleurs pas notre propos. Nous souhaitons ici tenter de dépasser ces arguments pour aborder tant la responsabilité de la personne physique que la responsabilité de la personne morale. La première, lorsqu'elle est attribuée, témoigne à notre sens d'un paradoxe propre au droit international pénal : la responsabilité individuelle pour crimes collectifs. Elle tente ainsi de trouver un bouc émissaire pour des crimes de masse, c'est-à-dire commis contre la masse, mais aussi, pour notre propos, commis par la masse. Et en l'espèce, c'est bien souvent le plus faible qui risque d'être jugé⁸² (a), d'autant plus au regard de la disparition de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans la Convention contre l'écocide. Le propos s'applique à notre sens tant à la responsabilité de la personne physique que morale, peut-être même plus pour cette dernière dont, nous le verrons, le sous-traitant pourra facilement être celui condamné à la place de l'entreprise donneuse d'ordre ou de la maison-mère. Cette spécificité nous amène à notre second élément : les atteintes à l'environnement, ne sont 6.42

78 KILLEAN 2018.

79 KENDALL.

80 Voyez p. ex. MANIRABONA /DUVAL.

81 TRICOT.

82 DUMONT 2012b.

criminelles que dans l'esprit des accusateurs, elles sont pour beaucoup d'entre elles ce que Beauvais appelle un « avantage juridique compétitif »⁸³. En d'autres termes, nous sommes face à des comportements systémiques, induits par une volonté de profit, où le droit pénal n'a pas d'espace. Nous verrons ici que les sanctions proposées par le projet de Convention contre l'écocide seront difficilement applicables. En outre, les atteintes dont il est question semblent être soit déjà condamnables pénalement soit la conséquence d'un système imperméable au droit pénal (b).

a) *Responsabilité individuelle pour crimes collectifs*

- 6.43 Il n'est pas ici l'objet de revenir sur l'histoire de ce qui est souvent présenté comme la plus grande avancée du droit international pénal⁸⁴, c'est-à-dire la responsabilité pénale individuelle. Il est en effet difficile de nier que la justice internationale pénale s'est construite sur ladite responsabilité, laissant la plupart du temps de côté les responsabilités de groupes. Cette dichotomie témoigne d'un positionnement particulier du droit en matière de crimes de masse : l'auteur de crimes est un parmi d'autres, le condamné est un individu seul.
- 6.44 Le fait est que cette responsabilité individuelle des personnes physiques se construit en opposition à d'autres formes de responsabilité, collective, institutionnelle, étatique ou encore de la personne morale. Elle est en cela « une sorte d'« anti-responsabilité étatique ou collective »⁸⁵. Pour Mohamed, « lorsque les procès internationaux relatifs aux atrocités de masse ont repris dans les années 1990, l'accent mis sur la responsabilité individuelle a été maintenu. Les fondateurs et partisans du TPIY et du TPIR ont en partie insisté sur la responsabilité individuelle parce qu'ils pensaient qu'elle pourrait mettre fin aux cycles de condamnations collectives qui furent eux-mêmes à l'origine des atrocités commises. Comme indiqué dans le premier rapport annuel du TPIY, « si la responsabilité des crimes effroyables perpétrés dans l'ex-Yougoslavie n'est pas attribuée à des individus, des groupes ethniques et religieux entiers en seront tenus responsables Le sentiment de 'responsabilité collective' dégénère facilement en ressentiment, haine ou frustration et conduit inévitablement à d'autres violences et à de nouveaux crimes. En d'autres termes, si tous les Serbes sont responsables des massacres de Srebrenica, alors la paix ne pourra jamais exister entre Serbes et Bosniaques ; mais si Milosević, Mladić et Karadžić et une poignée d'autres sont tenus responsables, alors peut-être que des communautés plus larges pourront coexister »⁸⁶. Malgré les propositions, la double responsabilité (des personnes physiques et morales) risque de ne jamais s'appliquer en même temps, ou alors de manière bancale. Aussi, ne risque-t-on pas de se retrouver face aux mêmes limites lorsqu'une entreprise privée sera condamnée ?

83 BEUVAIS.

84 MÉGRET 2013, 84.

85 *Ibid.*, 85.

86 MOHAMED, 1641 (traduction de l'auteur).

En outre, la responsabilité individuelle permet d'absoudre les autres membres du groupe social. Elle laisse en cela entendre que les autres ne sont pas responsables : « il s'agit de stigmatiser les nazis, les responsables du *Hutu power* ou encore les leaders bosno-serbes justement afin de mieux écarter d'eux les populations, en leur offrant en échange une forme d'absolution implicite »⁸⁷. Elle est pourtant limitée en ce qu'elle traduit surtout un intérêt plus large que le simple fait de son établissement. C'est là le paradoxe qui apparaît en droit international pénal. Établir la responsabilité pénale individuelle pour crimes de masse est intéressant dans ce qu'elle apporte d'informations et d'interactions sur un ensemble plus grand : le crime de masse commis pas une masse d'auteurs. « On sent bien que ce qui est intéressant chez Göring ou Hess, Milosević ou Karadžić, Kambanda ou Barayagwiza, tient bien moins à leur individualité qu'à leur inscription particulière dans des événements majeurs. C'est bien ce qui distingue les crimes internationaux de crimes ordinaires, dont l'intérêt est tout à fait circonscrit. D'ailleurs la justice pénale internationale est celle dont les jugements ont, de manière tout à fait unique, bénéficié parfois de la protection législative et judiciaire comme consacrant une vérité historique »⁸⁸. Ainsi, il est « difficile, voire absurde [...] de décrire un génocide, des crimes de guerre [...], des 'crimes contre l'humanité' [...] par une somme de décisions individuelles non liées, sans aucune forme de coordination »⁸⁹. De son côté, Mark Drumbl le formule différemment, mais évoque la même idée : en droit international pénal « *the sum is larger than the parts* »⁹⁰. D'ailleurs, les procès pénaux internationaux ne connaissent que très peu de condamnés solitaires, malfrats ou bandits qui auraient profité d'un contexte chaotique pour des intérêts personnels⁹¹.

C'est ainsi que, sur base de la responsabilité pénale individuelle, l'individu condamné est responsable du crime auquel il a participé, en plus d'être coupable des crimes qu'il a commis. C'est ici une confusion souvent opérée et induite par le droit lui-même. C'est là d'ailleurs une des plus grandes récriminations envers la justice internationale pénale : sa sélectivité⁹². L'impact en cas de sanction financière, de même que les risques de voir une entreprise saisie ou fermée, laissant sur le carreau des centaines (voire des milliers) d'employé·e·s, ne risquent-ils pas de créer un sentiment général de culpabilité et de frustration ? À l'inverse, cette potentialité ne pourrait-elle pas entraîner un simple refus de condamner la personne morale, retombant ainsi presque exclusivement sur les personnes physiques membres de la personne morale, toutes deux mues finalement par un système de profit qui n'envisage pas l'atteinte à l'environnement comme un comportement criminel.

87 MÉGRET 2013, 90.

88 *Ibid.*, 90-91.

89 CLAVERIE.

90 DRUMBL 2010, 374.

91 SCHABAS, 954 (traduction de l'auteur).

92 CÔTÉ, 173.

b) Crimes déjà punis ou systémiques

- 6.47 Tout cela étant, il importe *in fine* de rappeler de quoi nous parlons exactement. Les atteintes à l'environnement concernées par notre propos sont principalement du fait d'entreprises privées ou d'organisations criminelles, si l'on écarte les États, qui de toute manière ne peuvent être dans le viseur du droit international pénal. Ainsi, sont parmi les crimes environnementaux d'ampleur importante qui entreraient dans le champ d'application du droit international pénal les atteintes à l'environnement, la pêche illégale, le traitement des déchets nucléaires, l'exploitation d'activités dangereuses, la destruction de la faune et la flore, etc. Concrètement, il s'agit ces dernières années de retombées radioactives, de pollution marine ou des eaux internes (catastrophe de Minamata), de pollution à la dioxine (catastrophe de Seveso), d'accident nucléaire (Three Mile Island, Tchernobyl, Fukushima), de marée noire (Erika ou Exxon Valdez), explosion d'usine (AZF), etc. Toutes ces atteintes à l'environnement sont les conséquences de l'activité d'entreprises privées, d'États et à l'occasion de groupes criminels organisés.
- 6.48 Pour les crimes dont les auteur·e·s sont des organisations criminelles ou leurs membres, nous avons en droit pénal national toute une panoplie d'infractions qui permettent de répondre aux atteintes à l'environnement et il ne nous semble aucunement nécessaire d'ajouter une couche répressive supérieure que serait le droit international pénal. Pour les autres auteur·e·s d'atteintes environnementales, il importe en outre de bien comprendre que, lorsque ces comportements ne sont pas des actions des organisations criminelles (parfois même quand ils le sont, comme ce peut être le cas d'atteintes à l'environnement réalisées par des groupes criminels, mais «légalisés» en entreprises privées⁹³), les atteintes s'inscrivent principalement dans une logique qui est celle du marché et ne sont que la conséquence d'une analyse coûts/inconvénients qui guide ce fait social. Ils sont ce que les auteur·rice·s anglophones nomment «*financially rewarding*»⁹⁴. Sans ici faire le procès du capitalisme, on peut aisément voir que la manière dont les atteintes à l'environnement et le risque d'être jugé pour cela sont simplement pris en compte financièrement par les entreprises privées, prévus dans leurs plans annuels sans émoi quiconque, et surtout pas les actionnaires. C'est un calcul coûts-avantages que le système actuel impose et les sociétés privées ne font que l'appliquer. Comme l'explique bien l'OCDE, «la première raison qui justifie l'utilisation de l'ACA [analyse coûts-avantages] tient au fait qu'elle constitue un modèle de rationalité»⁹⁵. Comme l'expliquent Manirabona et Duval, «c'est la recherche de la minimisation des coûts et de la maximisation des profits qui se trouve à la base de la conduite répréhensible en matière environnementale»⁹⁶. Il semble ici relativement clair que le risque de sanctions pénales financières (qui pourraient être vues comme un coût) ne permettra

93 Nous pensons ici par exemple au traitement des déchets par les mafias.

94 DU RÉES.

95 OCDE 2018.

96 MANIRABONA/DUVAL, citant KORSELL.

pas de dépasser le coût des gains potentiels (avantages). D'une part, il a été constaté, dans bien des cas, que le droit pénal national ne juge que partiellement les acteur·rice·s coupables de crimes environnementaux et les condamne très faiblement. Nous sommes face à des jugements souvent « en demi-teinte [parce que] le jugé est de bonne foi, [qu'] il se comporte comme attendu, [que] l'intentionnalité et/ou l'enrichissement ne sont pas démontrables. [Bref,] non seulement les décisions de justice ne sont pas propres, aujourd'hui, à décourager les infractions, mais elles sont même de nature, dans certains cas, à les encourager »⁹⁷. D'autre part, la logique économique ne permet pas de renverser l'équilibre, d'autant plus que, dans la plupart des affaires, le différend se clôt par une transaction financière, comme l'a prouvé l'affaire Trafigura⁹⁸, ou au pire par un changement de nom, comme l'ont prouvé les industries qui ont participé aux crimes nazis, comme Krupp ou encore IG Farben. Ne parlons pas ici des banques qui soutiennent ces groupes industriels ... nous sommes en territoire neutre.

Plus révélateurs encore de l'impasse que risque de représenter le droit international pénal est la perception même de ces comportements par les individus, ceux-là mêmes que l'on nomme généralement les « criminels en col blanc ». Un détour par la sociologie ici n'est pas inintéressant. Après Sykes et Matza, les recherches sur la neutralisation du sentiment de culpabilité ont progressivement atteint la criminalité en col blanc⁹⁹. Cette neutralisation « permet à l'entreprise ou à un individu de rendre acceptable un comportement susceptible d'être répréhensible [...] La neutralisation permet alors de rétablir l'équilibre et de retrouver une certaine cohérence, et ce, en échappant au sentiment inconfortable associé aux conduites socialement indésirables », se situant dans une approche orientée vers le passé¹⁰⁰. Et l'analyse de la criminalité en col blanc a démontré que le sentiment de culpabilité n'était que très peu présent et l'acceptation des responsabilités pénales était très faible chez les personnes condamnées pour de multiples raisons, mais notamment le fait d'agir pour le bien commun (de l'entreprise, des actionnaires ou des employé.e.s). Ces « techniques peuvent aussi être prospectives et orientées vers l'avenir en fournissant à l'acteur une justification de s'engager par la suite dans un comportement déviant »¹⁰¹. C'est ici le caractère symbolique du droit pénal qui ne semble pas pertinent en notre matière, puisque devront être visés ces auteur·rice·s (d'atteintes à l'environnement) en cols blancs.

En outre, à la manière de l'impunité fiscale, les décideurs et gestionnaires de sociétés privées dont les activités atteindraient l'environnement pourraient bien maîtriser (au sens de connaître ses rouages) le système pour y échapper. En matière fiscale, les analyses de Spire et Weidenfeld « insistent sur les effets de mécanismes bureaucratiques

97 BARONE.

98 MANIRABONA 2011.

199 STADLER/BENSON.

100 MANIRABONA/DUVAL.

101 *Ibid.*

dont les contribuables les plus puissants savent tirer parti. La situation d'impunité résulte selon eux d'une équation d'abord budgétaire, l'objectif premier étant de régulariser la situation des délinquants fiscaux afin de faire entrer rapidement de l'argent dans les caisses de l'État. À la fin, la sanction pénale, à laquelle est attachée une dimension morale, n'intervient que dans des cas très exceptionnels – à l'inverse à nouveau de la majorité des infractions de droit commun comme les atteintes aux biens et aux personnes. Nous observons des phénomènes comparables dans le domaine de l'environnement, où l'indulgence semble révéler un classement parmi les domaines à faible réprobation sociale »¹⁰².

IV. Conclusion

- 6.51 On le voit, la volonté d'imposer le droit international pénal pour répondre aux atteintes à l'environnement et à la sûreté de la planète repose sur des justifications qui ne tiennent pas toujours, à tout le moins qu'il faut garder à l'esprit pour ne pas trop en attendre une fois le souhait d'une répression internationale mis en œuvre. Néanmoins on sent bien que le recours au droit international pénal espère pouvoir toucher au portefeuille les agents qui atteignent l'environnement. Or, si ce n'est que cela le point central, ce n'est pas l'outil pénal qu'il faut employer, mais l'outil médiatique et politique. Ne confondons pas ici les deux, leurs prérogatives ne sont pas identiques.
- 6.52 Il va bien entendu nous être reproché de n'être ni idéaliste (ce qui serait bien une première) en ne croyant pas en le droit international pénal, ni d'être progressiste (ce qui ne serait pas une première). Ce n'est pourtant pas l'objet : il importe simplement de ne pas s'attendre à une solution là où elle ne peut être. En outre, il pourra nous être reproché de ne rien proposer et de simplement saper les fondements d'un droit international pénal environnemental en devenir. Mais le constat principal – en plus de rappeler les faiblesses et apories du droit international pénal, décuplées face aux atteintes à l'environnement – est que ces comportements que nous espérons voir qualifiés d'infractions ne sont que les conséquences du système légal sur lequel repose les causes mêmes de ces comportements : réaliser un profit maximal pour le compte de quelques actionnaires jamais inquiétés (même dans les propositions actuelles), qu'il s'agisse de responsabilité de personnes physiques ou morales. C'est donc là que doivent s'opérer les changements, à la base du système, et permettre ainsi une réappropriation des biens naturels par leurs légitimes propriétaires, les populations locales, et les laisser prendre en charge toutes revendications, sans vouloir uniformiser le différend environnemental. Bref, nous craignons que parler de droit international pénal pour protéger l'environnement ne fasse que polluer le débat qui se joue en un autre lieu. Il faut ainsi éviter toute surenchère pénale et une multiplication des couches judiciaires, pensant que cela permettrait d'abolir les comportements qualifiés de criminels.

102 BARONE ; voyez aussi : BOUTELET/FRITZ.

§ 7 Face à la crise de la non-durabilité, analyse de la réponse citoyenne au travers de la désobéissance civile

Clémence Demay et Audrey Loetscher*

Table des matières

I.	Introduction	196
II.	Société civile, mouvements écologistes et moyens d'action liés au droit de l'environnement	196
III.	Quelle place et quelle(s) justification(s) pour la désobéissance civile dans une société démocratique?	198
IV.	La non-durabilité comme contexte justifiant le recours à la désobéissance civile environnementale	203
V.	Mouvements écologistes face au droit en Suisse:	
	Grève du Climat et Extinction Rebellion	209
	1. Grève du Climat (Fridays for Future)	209
	2. Extinction Rebellion (XR)	215
VI.	Droit suisse et désobéissance civile environnementale	219
	1. En droit pénal	221
	2. Sous l'angle des droits fondamentaux	226
VII.	Conclusion	230

Bibliographie

ARENDR HANNAH, *Du mensonge à la violence : essais de politique contemporaine*, Paris 1972; ARTES PAUL, *Désobéir et Grandir : vers une société de décroissance*, Montréal 2018; AUER ANDREAS/MALIVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2013; BACEVICH ANDREW J., *The short American century: a postmortem*, Cambridge 2012; BARRY JOHN, *The Politics of Actually Existing Unsustainability: Human Flourishing in a Climate-Changed, Carbon Constrained World*, Oxford 2012; BLUHDORN INGOLFUR/WELSH IAN, *The Politics of Unsustainability: Eco-Politics in the Post-Ecologist Era*, Londres 2013; BOURG DOMINIQUE, *Inégalités sociales et écologiques : une perspective historique, philosophique et politique*, *Revue de l'OFCE* 165/1 (2020), 21 ss; BOURG DOMINIQUE/PAPAUX ALAIN, *Dictionnaire de la pensée écologique*, Paris 2015; LE BRIS CATHERINE, *La société civile, juge des droits de l'homme : à propos du Tribunal International Monsanto*, *Annuaire canadien de droit international* 2017, 215 ss; BRYANT RAYMOND L., *The International Handbook of Political Ecology*, Cheltenham 2015; BÜSCHER BRAM/DRESSLER WOLFRAM/FLETCHER ROBERT, *Nature Inc.: Environmen-*

* MLaw, assistante diplômée, centre de droit public, Université de Lausanne et MA Lettres, assistante diplômée, section d'histoire, Université de Lausanne. La première mouture de cette contribution ayant été rédigée dans le courant de l'année 2020, elle ne tient que partiellement compte des développements ultérieurs de la jurisprudence et de la doctrine. Ceux-ci ne remettent cependant pas en question la pertinence de l'analyse présentée ci-après. De même, le GIEC a récemment rendu un nouveau rapport qui accentue encore la nécessité de prendre des mesures politiques et sociales afin de limiter le dérèglement climatique et lutter contre la non-durabilité. Cf. IPCC, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 22 février 2022, disponible sous : <<https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii/>> (22.2.2022).

tal Conservation in the Neoliberal Age, Tucson 2014; CABANES VALÉRIE, Un nouveau droit pour la Terre: pour en finir avec l'Écocide, Paris 2016; CERVERA-MARZAL MANUEL, Les nouveaux désobéissants: citoyens ou hors la loi?, Lormont 2016 (cité: CERVERA-MARZAL, Nouveaux); CERVERA-MARZAL MANUEL, Désobéir en démocratie, Paris 2013 (cité: CERVERA-MARZAL, Désobéir); CHAILLOU AURORE/MONTI-LALAUBIE MARTIN, Jeunes pour le climat: en coulisses, ça continue!, Revue Projet 375/2 (2020), 44 ss; CHAPPE VINCENT-ARNAUD, La qualification juridique est-elle soluble dans le militantisme?, Droit et société 76 (2010), 543 ss; COMBY JEAN-BAPTISTE, Dépolitisation du problème climatique, Idées économiques et sociales 190/4 (2017), 20 ss; CONSEIL DE L'EUROPE, Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg 2019 (cité: CONSEIL DE L'EUROPE, Environnement); CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement (Manuel), Strasbourg 2012 (cité: CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel); CREUZIG FELIX, Limits to liberalism: Consideration for the Anthropocene, Ecological Economics, 117 (2020), 1 ss; DOHERTY BRIAN/HAYES GRAEME, Having Your Day in Court: Judicial Opportunity and Tactical Choice in Anti-GMO Campaigns in France and the United Kingdom, Comparative Political Studies 47/1 (2012), 3 ss; DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zurich/Bâle/Genève 2018; DONATSCH ANDREAS *et al.* (éd.), StGB/JStG Kommentar, Zurich 2018 (cité: OFK StGB-AUTEUR·E, art. 1 N 1); DUBÉY JACQUES, Droits fondamentaux (vol. 1), Bâle 2017; DUPUIS MICHEL *et al.* (éd.), Petit commentaire CP, Bâle 2017 (cité: PC CP, art. 1 N 1); EHRENZELER BERNHARD *et al.* (éd.), St.Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3^e éd., Zurich 2014 (cité: SGK BV-AUTEUR·E, art. 1 N 1); FLÜCKIGER ALEXANDRE, (Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019 (cité: FLÜCKIGER, Légistique); FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droits de l'homme et environnement, in Hertig Randall/Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Genève 2014, 606 ss (cité: FLÜCKIGER, Environnement); GIUGNI MARCO, La Suisse dans la rue: mouvements, mobilisations, manifestations, Lausanne 2019; GREENPEACE, La justice environnementale, 4 (2016), 1 ss; HABERMAS JÜRGEN, Droit et démocratie: entre faits et normes, Paris 1997; HAYES GRAEME/OLLITRAULT SYLVIE, La désobéissance civile, Paris 2013; HIEZ DAVID, Les conceptions du droit et de la loi dans la pensée désobéissante, in Hiez/Villalba (éd.), La désobéissance civile: approches politique et juridique, Villeneuve-d'Ascq 2008; GOSSERIE AXEL, Qu'est-ce que le suffisantisme?, Philosophies 38/2 (2011), 465 ss; HAYWARD TIM, Ecological debt, in Bevir (éd.), Encyclopedia of Political Theory, Thousand Oaks 2010; HÖSLI ANDREAS/WEBER ROLF H., Klimaklagen gegen Unternehmen, Jusletter du 25.5.2020; JOHNSON MELISSA, Environment, in Carrier/Gewertz (éd.), The Handbook of Sociocultural Anthropology, Londres 2016; JOUAYED CELIA/GUITTARD JULIETTE, Les déclarations d'urgence climatique: un outil purement politique ou un instrument juridique efficace et nécessaire?, EcoRev' 48/1 (2020), 175 ss; KUMMER LORENZ, Erfolgchancen der Umweltbewegung: eine empirische Untersuchung anhand von kantonalen politischen Entscheidprozessen, thèse, Berne 1996; LEMENAGER STEPHANIE, Living Oil: Petroleum Culture in the American Century, Oxford 2014; LIN DAVID *et al.*, Ecological Footprint Accounting for Countries: Updates and Results of the National Footprint Accounts 2012–2018, Resources 7/3 (2018), 1 ss; LOCHAK DANIELE, Les usages militants du droit, Revue des droits de l'homme 10 (2016), 1 ss; MAGISTRO FRANCESCA, Le droit à un environnement sain revisité, thèse, Zurich 2017; MAGNAUDEIX MATHIEU, Manifester ne suffit pas, in Magnaudeix Mathieu, Génération Ocasio-Cortez: les nouveaux activistes américains, Paris 2020, 112 ss; MARTENET VINCENT, Le droit à un environnement sain: de la Convention européenne des droits de l'homme à la Constitution fédérale?, in Papaux (éd.), Biosphère et droits fondamentaux, Genève 2011, 137 ss; MARTIN AUDE, La désobéissance civile, dernier recours avant l'extinction, Alternatives Économiques 396 (2019), 94 ss; MARTIN GILLES J., Les angles morts de la doctrine juridique environnementaliste, Revue juridique de l'environnement 45/1 (2020), 67 ss; MARTINEZ ALIER JUAN, The Environmentalism of the Poor: A Study of Ecological Conflicts and Valuation, Cheltenham 2002; MELLON CHRISTIAN, Émergence de la question de la désobéissance civile, in Hiez/Villalba (éd.), La désobéissance civile: approches politique et juridique, Villeneuve-d'Ascq 2008; MICHELOT AGNÈS, La justice climatique: faire face à la responsabilité du changement climatique?, Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences 2 (2019), 17 ss; MONOD JEAN-CLAUDE, La personnalisation politique et les voies du collectif, Esprit 10 (2019), 71 ss; MOOR PIERRE, Dynamique du système juridique/Genève/Zurich Bâle 2010; MOORE JASON W. (éd.), Anthropocene or Capitalocene?

Nature, History, and the Crisis of Capitalism, Oakland 2016; MOORE JASON W., The Capitalocene, Part I: on the nature and origins of our ecological crisis, *The Journal of Peasant Studies* 44/3 (2017), 594 ss; MOREILLON LAURENT *et al.* (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CO, Bâle 2021 (cité: CR CP I-AUTEUR·E, art. 1 N 1); NAÏM-GESBERT ERIC, Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement: contribution à l'étude des rapports de la science et du droit, Bruxelles 1999; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, Bâle 2019 (cité: BSK StGB I-AUTEUR·E, art. 1 N 1); OLLITRAULT SYLVIE, Militer pour la planète: sociologie des écologistes, thèse, Rennes 2008 (cité: OLLITRAULT, Militer); OLLITRAULT SYLVIE, Science et militantisme les transformations d'un échange circulaire: Le cas de l'écologie française, *Politix* 9 (1996), 141 ss (cité: OLLITRAULT, Science); ORESKES NAOMI/CONWAY ERIC M., How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming, Londres 2010; OST FRANÇOIS, La désobéissance civile: jalons pour un débat, *in* Perrouy (éd.), Obéir et désobéir: le citoyen face à la loi, Bruxelles 2000, 217 ss; OST FRANÇOIS/VAN DE KERCHOVE MICHEL, De la pyramide du droit au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles 2010; PÉCHU CÉCILE, Répertoire d'action, *in* Fillieule (éd.), Dictionnaire des mouvements sociaux, Paris 2009, 454 ss; PÉTERMANN NATHANAEL, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, thèse, Berne 2014; PIKETTY THOMAS *et al.*, Rapport sur les inégalités mondiales 2018, Paris 2018; POMADE ADÉLIE, La société civile et le droit de l'environnement: contribution à la réflexion sur les théories de sources du droit et de la validité, thèse, Paris 2010; RANDLE SAYD *et al.*, Unsustainability in action: an ethnographic examination, *in* Kopnina/Shoreman-Ouimet (éd.), *Routledge Handbook of Environmental Anthropology*, New York 2017; RAWLS JOHN, Théorie de la justice, Paris 2009; RICH NATHANIEL, *Losing Earth: A Recent History*, New York 2019; RISSE MATHIAS, *On Global Justice*, Princeton 2012; ROBINSON CEDRIC J., *Black Marxism: The Making of the Black Radical Tradition*, Chapel Hill 1983; SERRES MICHEL, *Le contrat naturel*, Paris 1990; ROCHEFELD JUDITH, *Justice pour le climat! Les nouvelles formes de mobilisation pour le climat*, Paris 2019; STRADLING DAVID (éd.), *The Environmental Moment: 1968-1972*, Seattle 2012; STREECK WOLFGANG, How will capitalism end?, *New Left Review* 87 (2014), 35 ss (cité: STREECK, Capitalism); STREECK WOLFGANG, *Buying Time: The Delayed Crisis of democratic Capitalism*, Berlin 2013 (cité: STREECK, Buying Time); SULLIVAN SIAN, Making nature investable: from legibility to leverageability in fabricating 'nature' as 'natural capital', *Science and Technology Studies* 31/3 (2018), 47 ss (cité: SULLIVAN, Making nature); SULLIVAN SIAN, Banking nature? The spectacular financialisation of environmental conservation, *Antipode* 45/1 (2013), 198 ss (cité: SULLIVAN, Banking nature); TAYLOR MARCUS, *The Political Ecology of Climate Change Adaptation: Livelihoods, Agrarian Change, and the Conflicts of Development*, New York 2015; TORRE-SCHAUB MARTA, *Le rapport du GIEC et la décision Urgenda ravivent la justice climatique*, *RJE* 2 (2019), 307 ss; TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, Zurich 2017 (cité: PK StGB-AUTEUR·E, art. 1 N 1); TURENNE SOPHIE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, thèse, Paris 2007; VANHALA LISA, *The comparative politics of courts and climate change*, *Environmental Politics* 22/3 (2013), 447 ss; WACKERNAGEL MATHIS *et al.*, *Defying the Footprint Oracle: Implications of Country Resource Trends*, *Sustainability* 11/7 (2019), 1 ss; WALL DEREK, *Luttes écologistes et anticapitalistes au Royaume-Uni*, *EcoRev'* 48/1 (2020), 75 ss; WESTWELL EMILY/BUNTING JOSH, *The regenerative culture of Extinction Rebellion: self-care, people care, planet care*, *Environmental Politics* 29/3 (2020), 546 ss; WHITE ROB, *Climate change criminology*, Bristol 2020; WILT MICHAEL, *Civil Disobedience and the Rule of Law: Punishing "Good" lawbreaking in a new era of protest*, *George Mason University Civil Rights Law Journal* 28/1 (2017), 43 ss; ZIN JEAN, *Du souci de soi au souci du monde: L'urgence écologique planétaire*, *EcoRev'* 48/1 (2020), 162 ss.

I. Introduction

- 7.1 La dernière décennie a vu la crise écologique devenir une réalité tangible pour une partie de la population, qui a fait le choix de ne pas assister passivement à la destruction de la planète. En effet, la crise climatique mobilise la société civile qui tente d'y répondre en s'organisant et en mettant notamment en avant l'idée de justice climatique. La plupart des mouvements écologistes partagent aussi le constat que nous vivons dans une société non durable. Afin de rendre concrètes leurs préoccupations, faire avancer leurs revendications sur la scène politique et servir un idéal de bien commun, les activistes recourent à des modes d'action diversifiés. Parmi ces moyens d'action, les militant·e·s usent parfois de moyens illicites tels que la désobéissance civile, sortant ainsi délibérément du cadre de la légalité dans l'espoir de convaincre la majorité et/ou de publiciser la nécessité de procéder à d'importants changements structurels. Or, il existe un hiatus important entre la conception développée par les militant·e·s et la réception de leurs actions et de leurs revendications devant les cours de justice, révélant des dynamiques antagonistes, mais pouvant également être source d'évolution ou de changement en droit suisse.
- 7.2 Dans la première partie de notre contribution, nous reviendrons sur les cadres conceptuels de la désobéissance civile et de la non-durabilité, afin de comprendre les raisons qui légitiment aux yeux des militant·e·s de recourir à ce moyen d'action. Ensuite, nous chercherons à mettre en exergue les tensions constatées entre le cadre conceptuel développé par les activistes pour justifier leurs actions et leur réception en droit au travers de deux exemples, ceux du mouvement de la Grève du Climat et d'Extinction Rebellion. Enfin, nous analyserons les enjeux soulevés par la désobéissance civile en droit lesquels, comme nous l'esquisserons, sont révélateurs d'un mode opératoire juridique axé sur l'individu et ne tenant pas compte du contexte politique et collectif dans lequel ces actions s'inscrivent. Nous montrerons que cette logique est comparable à celle qui rend difficile la mise œuvre du principe de justice climatique et, dans une moindre mesure, la répréhension pénale de l'écocide.

II. Société civile, mouvements écologistes et moyens d'action liés au droit de l'environnement

- 7.3 La société civile, dans toute sa diversité, est un acteur majeur du développement et du contrôle de la mise en œuvre du droit international et national de l'environnement¹. Son engagement dans la protection de l'environnement et la manière dont ses membres mobilisent le droit prennent des formes variées. Des constantes se dessinent néanmoins entre certains des mouvements qui la composent : d'une part, la volonté

1 Cf. POMADE qui décrit largement les fonctions et influences de la société civile, notion dont elle offre une définition fouillée, en droit international et français de l'environnement; CABANES, 158 ss qui montre notamment la manière dont la société civile contribue à l'essor et aux réflexions sur le droit à un environnement sain ou à la protection des générations futures.

de mettre en place un projet politique complémentaire et transversal de justice climatique et, d'autre part, la volonté de lutter contre la crise écologique et un mode de vie non durable².

La justice climatique, notion non homogène, vise à mettre l'accent sur les enjeux moraux et sociaux impliqués par la crise écologique³. Dès lors que le constat de changements climatiques produisant des effets différenciés d'une région du monde à l'autre et selon la répartition de facteurs socio-économiques, de genre et d'origine au sein de la population est posé, cette doctrine insiste sur l'importance d'inclure la notion de vulnérabilité au centre des politiques et des réglementations environnementales. En d'autres termes, l'intérêt de la justice climatique est de penser les inégalités en matière climatique en même temps que les réponses à apporter à la crise écologique⁴. Or, on observe au cœur des mouvements qui défendent la justice climatique l'idée selon laquelle les rapports de force au sein des espaces de discussion démocratiques internationaux et nationaux sont déséquilibrés. Les membres de ces mouvements agissent mus par un fort sentiment d'injustice alimenté par l'absence de poursuite des responsables des dommages environnementaux, mais aussi plus généralement de l'existence d'un accroissement des injustices sociales⁵. Comme nous le verrons et l'approfondirons, c'est à partir de ce cadre théorique qu'une partie des mouvements écologistes multiplie et diversifie leurs moyens d'action en vue de faire pression, tenter de modifier et d'influencer les politiques et atteindre des changements significatifs en matière de protection de l'environnement⁶. Parmi leurs leviers d'action, les prétoires constituent de plus en plus une arène politique susceptible de faire écho aux revendications écologistes⁷.

Une partie des actions entreprises par les mouvements écologistes relèvent de l'activisme judiciaire traditionnel et se situent du côté de la légalité. Ont fleuri devant les juridictions nationales et internationales des procès en responsabilité de l'État pour inaction et non-protection des citoyen·ne·s face à l'urgence climatique, dont l'affaire Urgenda contre les Pays-Bas du 20 décembre 2019 est devenue emblématique, et des actions en responsabilité dirigées contre des entreprises polluantes⁸. Des jugements fictifs ont aussi été tenus sous forme de tribunaux d'opinion, réitérant les codes de procès classiques, afin de faire prendre conscience des difficultés d'assigner en justice les responsables de la crise environnementale, voire d'en identifier les acteurs⁹. Enfin, une partie de ces mouvements écologistes, soutenus dans leurs revendications par des

2 MICHELOT, 29.

3 La justice climatique figure dans les principes mentionnés dans le préambule de l'Accord de Paris, bien qu'aucun effet juridique clair ou contraignant ne lui soit attribué, cf. MICHELOT, 18.

4 MICHELOT, 24.

5 LE BRIS, 241 ss ; GREENPEACE ; cf. *infra* pour le surplus.

6 À ce sujet voir en particulier OLLITRAULT, Militer ; CABANES, 212 ss.

7 ROCHFELD, 8 ss ; POMADE, 210 ss.

8 Notamment contre les « Carbon Majors » cf. les affaires citées par ROCHFELD, 101 ; HÖSLI/WEBER.

9 LE BRIS, 215 ss ; CABANES, 212.

académicien·ne·s, s'est mobilisée pour faire reconnaître un statut juridique à l'environnement ou à des éléments particuliers du système terrestre dans le but de leur assurer une meilleure protection¹⁰.

- 7.6 En complément de ces modes d'action légaux qui mobilisent le droit, une partie des mouvements écologistes recourent en outre à des actions illicites dont l'usage ne constitue une nouveauté en réalité qu'apparente¹¹. Ainsi, on note régulièrement dans le répertoire d'action¹² des activistes l'usage de la désobéissance civile. Ce moyen d'action s'inscrit dans une logique de complémentarité¹³ avec d'autres types de moyens, traduisant tous d'un besoin de reterritorialisation des luttes écologistes¹⁴. C'est sur ce dernier type d'action et sa réception en droit suisse, encore peu étudiée, que se placera notre focale.

III. Quelle place et quelle(s) justification(s) pour la désobéissance civile dans une société démocratique ?

- 7.7 La désobéissance civile fait ainsi partie du répertoire d'action des mouvements écologistes qui y recourent depuis de nombreuses années. Ce mode d'action apparaît tant au sein d'organisations qui se sont institutionnalisées, comme Sea Sheperd ou Greenpeace¹⁵, que de groupes ou de collectifs informels jugés plus ou moins radicaux, allant des Faucheurs volontaires d'OGMs en France jusqu'aux occupant·e·s de la zone d'enfouissement de déchets nucléaires à Bure. Si les raisons qui poussent ces différents acteurs à recourir à la désobéissance civile convergent dans leurs impératifs stratégiques (p. ex : publiciser et inscrire leurs préoccupations à l'agenda politique, tout en alimentant le débat démocratique à leur sujet), il n'est pas toujours aisé de déterminer avec quel type d'action et quel cadre conceptuel de référence ces différents mouvements écologistes agissent. En effet, la notion de désobéissance civile est polysémique et il n'existe pas de consensus sur les actions qui entrent ou non dans le champ d'application de cette notion¹⁶. Il convient donc de clarifier ce à quoi se réfère ce syntagme, afin de s'intéresser à la légitimité de son usage et de son rôle dans une démocratie de droit constitutionnel. Nous chercherons dans le même temps à mettre en évidence le rapport particulier de ce moyen d'action avec le droit de l'environnement.

10 CABANES, 174 ss.

11 En 2009 à l'occasion de la COP15 déjà les représentant·e·s de la société civile appelaient à la désobéissance civile afin de pallier l'urgence climatique et compenser l'asymétrie de pouvoir face aux intérêts économiques et étatiques en jeu, MICHELOT, 29 ; ROCHFELD, 8.

12 Tel que défini par Charles TILLY dans son ouvrage de référence « Contentious Performances » (Cambridge 2008). Cette notion désigne l'ensemble des différents moyens à disposition d'un groupe pour faire valoir ses prétentions. L'idée de répertoire fait référence à « une série limitée de routines qui sont apprises, partagées et exécutées à travers un processus de choix relativement délibéré », voir à ce sujet en français PECHU, 454 ss.

13 ROCHFELD, 180.

14 *Ibid.*, 97 ss; GIUGNI, 30.

15 OLLITRAULT, Militer, 169 ss; GIUGNI, 65-67.

16 MELLON, 43.

Afin de comprendre ce qu'est la désobéissance civile, on préférera dessiner ses contours tout d'abord par la négative en explicitant ce que cette notion ne recouvre pas. Ainsi, ce moyen d'action ne peut être assimilé à un acte de vandalisme, commis à des fins égoïstes et non revendiqué, en raison de sa vocation collective et publique¹⁷. On ne saurait non plus l'amalgamer à une objection de conscience en ce sens que cette dernière figure met en avant des convictions individuelles et n'a pas nécessairement de conséquences publiques ou politiques¹⁸. Enfin, lorsqu'il est question de désobéissance civile, les revendications de ses adeptes s'inscrivent sur le terrain de la démocratie et se distinguent donc de la tradition du droit de résistance¹⁹. Ce dernier vise en effet la destitution d'un pouvoir tyrannique et fait référence à un contexte historique qui rend la comparaison avec les luttes contemporaines difficile dans les sociétés démocratiques occidentales. 7.8

Par la positive cette fois-ci, dans le dessein d'appréhender la visée de la désobéissance civile et le cadre conceptuel auquel elle fait référence dans ses rapports avec les revendications écologistes, l'attention doit se porter du côté de la philosophie politique du 20^e siècle qui lui a donné corps. Le terme désobéissance civile est apparu pour la première fois sous la plume de l'éditeur d'Henry David Thoreau afin de titrer un recueil d'écrits posthumes. Cependant, la définition la plus influente qui en a été proposée est celle du philosophe libéral John Rawls. Ce dernier a en effet intégré cette notion à sa « théorie de la Justice » avec à l'esprit les mobilisations contre la guerre menée par les États-Unis au Vietnam. Il décrit la désobéissance civile comme « un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement »²⁰. Rawls inscrit son usage dans le prolongement de l'élaboration d'un consensus citoyen au sujet de la justice. La désobéissance civile joue à cet égard un rôle important : celui de soutenir la mise en pratique des principes de justice²¹, en garantissant une surveillance citoyenne des institutions. Dans la perspective de Rawls, la démarche des désobéissant·e·s n'est donc pas un signe de rupture du contrat social, mais bien plus un signe d'allégeance visant à mettre en lumière des dysfonctionnements, à stabiliser l'ordre constitutionnel²². En conséquence, Rawls n'ouvre qu'une brèche à la désobéissance civile : dans les cas où 7.9

17 RAWLS, § 56.

18 *Ibid.* ; ARENDT, 59.

19 Tradition philosophique dont l'art. 20 § 4 de la *Grundgesetz* allemande ou l'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en France sont des exemples historiques. À ce sujet : TURENNE, 383.

20 RAWLS, § 55.

21 Dans la théorie rawlsienne, les deux principes de justice sont ceux d'égalité de liberté et le principe de différence. Le premier principe de justice, prévoit que toute personne a un droit égal de jouir de sa liberté dans les limites de ce qui peut être compatible avec le respect des libertés d'autrui. Le deuxième quant à lui, prévoit que, bien que des inégalités sociales et économiques soient possibles, pour être tolérées, elles doivent répondre à deux conditions : bénéficier aux personnes les plus défavorisées et rendre les positions créant ces inégalités accessibles à toute personne. *Ibid.*, § 11 ss.

22 RAWLS, § 59.

le degré d'injustice acceptable dans une société est dépassé et que d'importantes insuffisances ont été dénoncées²³. Pour que ce seuil d'injustice soit atteint, il faut que la situation soit telle que les citoyen·ne·s ne puissent plus considérer que les principes communs de justice soient respectés. Ces principes ne sont pas issus de leur simple conception personnelle, mais sont le fruit d'une appréciation de la situation à l'aune des principes de justice consacrés au sein de la constitution qui en sont la traduction positive²⁴. Selon cette hypothèse, le but de la démarche des désobéissant·e·s ne serait pas d'anéantir l'autorité des lois, mais de mettre en lumière un cas particulier de dévoiement de l'idéal de justice.

- 7.10 Peu après la publication de l'œuvre de Rawls, la philosophe Hannah Arendt s'en démarque et prend également position sur la désobéissance civile. Selon elle, indépendamment de la notion de justice, c'est le projet politique collectif lié à l'association volontaire qui fonde la légitimité démocratique de ce mode d'action²⁵. En effet, Arendt ne s'inscrivant pas dans la tradition de la philosophie morale, elle conceptualise la désobéissance civile sans recourir à un référentiel transcendantal de justice et l'ancre politiquement et institutionnellement. Les éléments qui permettent de qualifier un acte de désobéissance civile selon elle sont ainsi : l'existence d'un caractère politique, une illécéité *a priori* de l'acte et son caractère public et collectif²⁶. Dans son acception, si on intronise le caractère collectif comme constitutif de la désobéissance civile, alors nul besoin de se pencher sur les motivations individuelles, souvent morales et donc purement subjectives, des désobéissant·e·s. Ce qui devient déterminant est qu'un groupe, après avoir éprouvé ses opinions parmi ses membres, ait jugé nécessaire que la cause qui le préoccupe soit portée dans l'espace public et politique, quand bien même cela revient à recourir à des actions qui constituent des actes contraires à une norme²⁷. C'est de ce terreau que la désobéissance civile se nourrit et, en ce sens, la philosophe y voit une série de possibilités politiques pour les citoyen·ne·s : celle de réclamer voix au chapitre, d'influer l'agenda politique, de « persuader » de l'impérativité de certains changements ou « de mettre en relief des problèmes »²⁸. Par ailleurs, la démarche désobéissante permet, sur le plan juridique, de faire évoluer le droit afin d'actualiser ce dernier aux changements sociaux²⁹. En d'autres termes, pour Arendt, la désobéissance civile encourage et soutient la création d'un forum public. Celle-ci analyse en définitive que « ces actes de désobéissance civile interviennent lorsqu'un certain nombre de citoyens ont acquis la conviction que les mécanismes normaux de l'évolution ne fonctionnent

23 *Ibid.*, § 53.

24 *Ibid.*, § 59.

25 ARENDT, 104.

26 *Ibid.*, 82.

27 *Ibid.*, 62-63.

28 *Ibid.*, 83.

29 *Ibid.*, 89.

plus ou que leurs réclamations ne seront pas entendues ou ne seront suivies d'aucun effet – ou encore, tout au contraire, lorsqu'ils croient possible de faire changer d'attitude un gouvernement qui s'est engagé dans une action dont la légalité et la constitutionnalité sont gravement mises en doute»³⁰. La désobéissance civile, dans son acception arendtienne, est donc loin de constituer un acte antidémocratique, mais fait appel au contraire à des principes républicains forts.

De l'autre côté de l'Atlantique, c'est au philosophe Jürgen Habermas que l'on doit la première reprise en théorie politique de la notion, introduite dans le débat public en lien avec la crise des euromissiles de 1983 qui donne alors lieu à d'importantes mobilisations antinucléaires et pacifistes. L'approche développée par celui-ci est par certains aspects analogue à celle de Rawls³¹. Il considère la désobéissance civile comme un élément participant à une culture démocratique riche et poursuivant une double finalité : mobiliser les citoyen·ne·s et envoyer un message à leurs représentant·e·s politiques³². Ce moyen d'action n'est autre que l'expression d'un argument dans la discussion qui anime les différents acteurs sociaux à ses yeux. De plus, pour Habermas, la désobéissance civile est aussi plus spécifiquement une demande d'(ré)ouvrir la discussion sur l'interprétation des droits qui sont garantis dans un régime constitutionnel³³. En effet, du fait de son acte, le·a désobéissant·e civile questionne l'interprétation dominante ou ordinaire d'une notion, d'un droit, et cherche à en faire valoir un nouveau sens. Il/elle rappelle que l'interprétation donnée aux différents droits subjectifs ne traduit pas une vérité, une connaissance absolue et figée du droit, mais est simplement le fruit de « la dialectique entre l'argumentation du juge et les arguments contradictoires des parties »³⁴, logique qui se retrouve dans les actions des activistes écologiques et leurs discours visant à justifier leur recours à la désobéissance civile. 7.11

Ce rapide survol des théories de la désobéissance civile développées par ces trois philosophes permet de souligner les éléments qui soutiennent la légitimité du recours à la désobéissance civile en démocratie, contre les objections classiques qui lui sont oppo- 7.12

30 ARENDT, 80-81.

31 Leurs définitions sont en effet similaires et souvent reprises l'une avec l'autre. P. ex : OST, 217.

32 La désobéissance civile est ainsi décrite par HABERMAS comme étant « le dernier moyen à la fois de faire entendre plus puissamment et de conférer une influence politico-journalistique aux arguments oppositionnels [...]. De tels actes de transgression symboliques et non violents de règles se comprennent comme l'expression d'une protestation contre des décisions qui engagent et qui, malgré leur genèse légale, sont, aux yeux des acteurs, légitimes compte tenu des principes de la Constitution. Ils s'adressent simultanément à deux destinataires. D'un côté, ils en appellent aux responsables et aux mandataires, les invitant à reprendre les consultations politiques formellement achevées, afin de réviser, le cas échéant, leur décision compte tenu d'une critique publique persistante. D'un autre côté, ils en appellent [...] au jugement critique d'un public de citoyens que l'on souhaite mobiliser par ces moyens inhabituels », 410.

33 CERVERA-MARZAL, Désobéir, 98.

34 TURENNE, 307.

sées³⁵. La désobéissance civile est ainsi présentée en théorie politique comme un mode d'action permettant de pallier certains déficits démocratiques inhérents à tout système. Elle est spécialement utile pour la défense des groupes minoritaires ou dont la capacité d'action est diminuée en raison d'inégalités structurelles. Ces éléments sont d'ailleurs mis en avant par les militant·e·s de la justice climatique qui dénoncent les difficultés d'accès aux espaces de pouvoirs démocratiques et l'influence d'acteurs sur lesquels aucun contrôle démocratique n'est possible³⁶. C'est dans cet héritage conceptuel que les activistes écologistes s'inscrivent et dont ils et elles tirent une partie des arguments invoqués pour soutenir leurs actions³⁷. Dans le prolongement de ces théories, les éléments de définition qu'on retrouve au sein des mouvements écologistes de la désobéissance civile sont : un caractère public, contraire à une norme, non violent, collectif et motivé par des considérations politiques ou morales³⁸.

- 7.13 Leur défense devant les tribunaux est elle aussi imprégnée de ce bagage théorique, considérant le droit comme produit dynamique qui évolue sous l'amorce de mobilisations politiques et citoyennes³⁹. L'utilisation de la désobéissance civile conduit ainsi les militant·e·s écologistes à faire valoir une interprétation renouvelée du droit et à révéler des conflits de libertés ou des situations d'inégalités qui nécessitent une réponse judi-

35 Le politologue CERVERA-MARZAL a regroupé en trois types les critiques formulées à l'encontre de la désobéissance civile en démocratie. On lui reproche ainsi : d'être illégale, de créer une incertitude sur la valeur normative des lois, susceptibles d'être remises en cause à tout moment, ce qui mènerait au chaos social et, enfin, d'ériger la contrainte en force politique, appauvrissant ou rendant inutiles les procédures démocratiques, Désobéir, 53 ss. Arguments qui peuvent être contrecarrés lorsque l'on explicite le cadre conceptuel dans lequel le recours à ce mode d'action a été développé par exemple chez les trois auteur·e·s présent·e·s (action en ultime recours en présence d'inégalités structurelles, contre une loi ou une norme en particulier et non l'ordre juridique dans son entier, au nom d'un collectif et non d'un acte de conscience, etc.). Il est intéressant de constater qu'une partie de ces arguments anti-désobéissance civile sont abondamment repris dans les décisions ou commentaires des actions des activistes environnementaux, dénotant d'un refus de considération ou d'une méconnaissance du cadre conceptuel auquel la démarche se réfère. Voir parmi d'autres, mais emblématique : MÜNSTER MARC, Climat : j'ai un problème avec la désobéissance civile, Blog Le Temps, 21.10.2019, disponible sous : <<https://blogs.letemps.ch/marc-muenter/2019/10/21/desobeissance/>> (25.6.2020).

36 Cf. *infra*.

37 Notons cependant que les différents groupes d'activistes « piochent » parfois dans certains courants conceptuels les éléments qui leur sont nécessaires pour justifier et légitimer leur utilisation de ce moyen, sans toutefois toujours effectuer une réflexion systématique sur l'obédience libérale, morale ou républicaine de leur cadre théorique de référence. HIEZ, 51 ss. À ce sujet, en particulier voir : ARIES qui défend explicitement une vision arendtienne de la désobéissance civile au sein des mouvements écologistes par opposition à ses acceptions libérales ou morales qui desservent selon lui le projet de société porté par l'écologie politique et la justice climatique.

38 Voir p. ex. : Le temps de la désobéissance civile, Revue silence 486/2 (2020), disponible sous : <<https://www.revuesilence.net/numeros/486-Le-temps-de-la-desobeissance-civile/>> (8.5.2020).

39 Nécessitant donc une approche qui n'est pas uniquement focalisée sur le texte de la loi, mais bien prenant en compte aussi sa mise en œuvre et sa réception par une pluralité d'acteurs. À ce sujet et dans un sens général : FLÜCKIGER, Légistique, 603 ss.

ciaire, avec pour conséquence de les mener devant les tribunaux, transformés en théâtres politiques pour l'occasion. Nous présenterons deux exemples concrets de ce type de mobilisation ci-dessous. En définitive, la désobéissance civile apparaît comme un moyen de lutte qui, du fait de ses fondements théoriques et de son cadre de légitimation, répond de manière adéquate aux besoins des mouvements écologistes, car il fait appel à des figures et des conceptions politiques proches des leurs. En effet, comme nous le verrons dans la section suivante, le cadre conceptuel de la non-durabilité et celui de la désobéissance civile mobilisent des éléments qui se recoupent et qui s'articulent de manière complémentaire en matière de lutte contre la crise écologique.

IV. La non-durabilité comme contexte justifiant le recours à la désobéissance civile environnementale

L'invocation d'une crise sans précédent dans l'histoire de l'humanité, dont la portée et la force défient l'imagination, unit de nombreux mouvements écologistes. Ces derniers soutiennent l'idée selon laquelle le recours à la désobéissance civile se justifie pour y remédier, les autres moyens de contestation n'ayant pas abouti, des inégalités structurelles biaisant les rapports de forces et les préoccupations de la société civile se faisant de plus en plus pressantes face à l'absence d'actions politiques concrètes. Bien que tous ces mouvements n'abordent pas l'urgence de la crise sous le même prisme (réduction des GES, désinvestissement fossile, préservation de la biodiversité), le problème central commun des militant·e·s reste à un niveau transversal celui de l'incapacité de la planète et l'(in)capacité de l'humanité à absorber dans un futur de plus en plus proche les conséquences liées aux dérèglements climatiques et environnementaux. Le terme de « crise écologique » est ainsi, selon de nombreux·ses activistes, un euphémisme ne reflétant pas la gravité de l'atteinte portée aux systèmes écologiques permettant la vie sur Terre, lesquels, passé certains seuils critiques, pourraient être irrémédiablement détruits. La mise en avant de l'existence de paliers « de non-retour » pouvant déclencher une série de catastrophes environnementales en chaîne, se renforçant les unes les autres par un effet de « boucles de rétroaction », est ainsi centrale pour comprendre l'action des militant·e·s⁴⁰. Sans forcément pointer du doigt les mêmes problèmes, tous ces mouvements révèlent néanmoins une crise à plusieurs visages qui se traduit dans la formule englobante de non-durabilité de notre système socio-économique. Cette partie sera consacrée à l'étude et à l'explicitation de ce qu'implique pour les militant·e·s la lutte contre ce système socio-économique non durable et son discours attendant. Le choix des moyens d'action déployés par les activistes, inspirés par la désobéissance civile, reflète le caractère total de la crise écologique, mais aussi celui d'un système « total » ne laissant pas de place à une réforme partielle, et luttant activement contre

40 Éléments étayés par le recours à des travaux de spécialistes. Nous y reviendrons *infra*, mais voir p. ex. : TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, témoignage de Mme Senevirante, climatologue, 7 ss et les différents rapports du GIEC disponibles sous : <<https://www.ipcc.ch/reports/>> (15.7.2020).

toute tentative de refonte (voire de révolution selon le vocable parfois utilisé), elle aussi forcément globale⁴¹.

- 7.15 En premier lieu, la non-durabilité, telle qu'elle se dégage des travaux des spécialistes en sciences sociales⁴², fait référence à deux objets distincts, mais liés. Tout à la fois système et phénomène, celle-ci caractérise un mode d'organisation social, politique, économique et culturel impliquant une consommation des ressources naturelles et, son corollaire, une production de déchets, dont les volumes excèdent la capacité des écosystèmes à reproduire ces mêmes ressources et à absorber les déchets ainsi générés⁴³. En d'autres termes, cette consommation se déploie à une échelle et à un rythme qui s'avèrent non pérennes. En ce sens, les dysfonctionnements écologiques ne sont pas périphériques au système, de simples excroissances ou effets secondaires, mais ils constituent des éléments centraux, intrinsèques au mode dominant d'organisation des sociétés⁴⁴. Ce constat explique les revendications des activistes quant à la nécessité de procéder à des changements au niveau systémique afin, sinon d'éradiquer, du moins d'atténuer les symptômes de ce mal contemporain qu'est la non-durabilité.
- 7.16 En tant que phénomène, la non-durabilité se manifeste par des dysfonctionnements écologiques dont le dérèglement climatique constitue le point d'orgue, avec des conséquences telles que l'acidification des océans (ces derniers absorbant près d'un quart des émissions de gaz carbonique), la perte de la biodiversité, le déclin des forêts primaires, la désertification, les sécheresses, la fonte des calottes glaciaires et du permafrost, ou encore l'érosion des sols, pour ne citer que les principaux⁴⁵. En particulier, l'augmentation des gaz à effets de serre (GES) et la consommation d'énergie fossile restent les phénomènes les plus emblématiques et médiatisés à ce jour⁴⁶, car ils constituent, selon les climatologues, la source de nombreuses catastrophes subséquentes.
- 7.17 Dans la perspective de la non-durabilité, le changement climatique constitue également l'expression d'un système dysfonctionnel. En tant que système, la non-durabilité repré-

41 COMBY, 23; CREUTZIG, 4 ss.

42 Au sujet de la non-durabilité, voir : BLUHDORN, 67 ss ; RANDLE, 170 ss ; BARRY, 117 ss.

43 LOETSCHER AUDREY, La non-durabilité, Fabula, Atelier de théorie littéraire, 2.12.2018, disponible sous : <<https://www.fabula.org/atelier.php?Non%2Ddurabilit%26acute%3B>> (15.7.2020).

44 WHITE, 25.

45 LEVIN KELLY, Climate Science, Explained in 10 Graphics, World Resource Institute (WRI), 26.4.2017, disponible sous : <<https://www.wri.org/blog/2017/04/climate-science-explained-10-graphics>> (28.5.2020) ; BENETT JENNIFER, Ocean acidification, National Museum of Natural History, Smithsonian : Ocean, Find Your Blue, avril 2018, disponible sous : <<https://ocean.si.edu/ocean-life/invertebrates/ocean-acidification>> (27.5.2020).

46 Le GIEC a calculé que les niveaux de CO₂ dans l'atmosphère devraient être maintenus à 350 ppm (par rapport aux niveaux préindustriels de 280 ppm), considéré comme le dernier sas de sécurité. Nous oscillons actuellement à des niveaux proches de 400 ppm et sommes en bonne voie pour atteindre 450 ppm, un seuil considéré par les experts comme la limite supérieure avant que des changements irréversibles ne se produisent. Cf. IPCC, Summary for policy makers, octobre 2018, disponible sous : <<https://www.ipcc.ch/reports/>> (31.3.2021).

sente en effet le mode de vie dominant, de même que « l'horizon idéal » pour les économies émergentes. Plus précisément, elle caractérise un système d'hyperconsommation, de croissance perpétuelle et de « jetabilité »⁴⁷. La non-durabilité résulte alors directement de la triade nocive que forment les énergies fossiles (charbon, pétrole, gaz naturel)⁴⁸, les sociétés à haute consommation d'énergie, et la recherche de croissance économique perpétuelle⁴⁹. Une réflexion sur la non-durabilité comme système est ainsi intimement liée à un questionnement sur le modèle économique promu par une société ou un État, problématique qui échappe bien souvent au contrôle des citoyen·ne·s⁵⁰, raison qui pousse les activistes à déployer des moyens d'action eux aussi non institutionnels. Ainsi, la non-durabilité forme une matrice compliquée de forces sociales, économiques et culturelles⁵¹. Cette matrice, que les activistes combattent souvent sous le terme très général de capitalisme, organise et met en forme la manière dont les individus sont liés les uns aux autres, échangent entre eux et conçoivent la nature. Dans son ouvrage consacré à la question, l'historien environnemental Moore définit le capitalisme comme « une façon d'organiser la nature dans son ensemble [...] une nature dans laquelle les organisations humaines (classes, empires, marchés, etc.) non seulement créent des environnements, mais sont simultanément créées par les flux du tissu vivant »⁵². Or, c'est l'emprise de ce système qui est combattu par les activistes comme ayant acquis une telle puissance qu'il se répercute géologiquement sur la planète au point que certain·ne·s expert·e·s parlent du commencement d'une nouvelle ère géologique, l'Anthropocène⁵³.

Pour quantifier⁵⁴ la non-durabilité d'un État, les activistes recourent à des notions développées par les scientifiques à l'instar de celles d'empreinte écologique et de biocapa- 7.18

47 Ce concept, qui englobe les notions de disponibilité infinie et de gaspillage, ne se rencontre pas (encore) dans les dictionnaires de français, mais il a l'avantage de rendre compte du caractère éminemment temporaire des objets dont nous faisons l'acquisition (et peut-être aussi des relations que nous entretenons). Voir : BACEVICH, 44.

48 LE MENAGER, 66 ss démontre que la modernité qui caractérise le 20^e siècle n'est autre que la pétromodernité, et le siècle américain n'est autre que l'âge d'or du pétrole. Ce combustible fossile est aussi à la base de nombreux aspects clés de notre système socio-économique : de notre production alimentaire à nos modèles de loisirs et de vacances, à nos façons d'habiter la terre, en passant par nos modes de consommation et notre gestion des déchets.

49 RICH, 49 explique qu'« historiquement, consommation d'énergie et croissance économique ont toujours été corrélées », amenant notamment les Américain·ne·s à penser que la consommation de combustibles fossiles rendait leur vie meilleure.

50 Voir STRECK, Capitalism, 46 ss et STRECK, Buying Time, 165 ss. De nombreux arguments similaires ont été repris par Jérémy Désir, économiste, TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 19 ss.

51 « Le capitalisme n'est ni un système purement économique ni social, mais une construction historique d'un ensemble de métabolismes et d'assemblages », MOORE, 81.

52 MOORE, 7.

53 BOURG/PAPAU, 32 ss.

54 Si les efforts pour rendre compte du phénomène de la non-durabilité de façon quantifiable sont louables, au sens où ils permettent de représenter la crise en termes concrets, le recours à une

citée⁵⁵. Toutes deux peuvent être schématiquement utilisées pour se représenter une forme d'offre et de demande. L'empreinte écologique est la demande humaine sur la nature, tandis que la biocapacité représente la quantité de ressources fournies par la nature pouvant répondre à cette demande⁵⁶. La biocapacité d'un pays est la zone biologiquement productive disponible pour ce pays compte tenu de son territoire, tandis que l'empreinte écologique mesure la superficie dont ce pays a réellement besoin pour sa consommation de ressources et sa production de déchets⁵⁷. Cette dernière est un aspect de l'empreinte écologique, comprenant les émissions de dioxyde de carbone et de méthane (les deux gaz à effet de serre les plus courants)⁵⁸. Les militant·e·s mettent en avant et reprennent ces éléments⁵⁹. Le fait que les sociétés actuelles puissent couvrir la demande en ne vivant que sur une seule planète s'explique par le concept de dette écologique⁶⁰, également connu sous le nom de dépassement écologique, lui aussi très pré-

methodologie fortement inspirée par la pensée économique, elle-même à l'origine de nombreux maux écologiques, s'avère problématique. En effet, le risque est grand de minimiser le problème de la non-durabilité en le réduisant à une série de chiffres abstraits pouvant aisément basculer d'un côté ou de l'autre de l'équation, alors que les travaux en écologie insistent au contraire sur le caractère holistique de la nature, qui ne saurait se réduire à la somme de ses parties. Le recours aux métaphores comptables se fait ainsi au détriment de la valeur intrinsèque et inestimable de la nature. Quant aux concepts d'empreinte carbone nationale et d'empreinte par habitant, ils peuvent également être remis en cause, car ils gommant la participation très inégale des individus dans la consommation de ressources et la production de déchets observées au niveau national. Concernant les liens entre droit comptable et conservation environnementale, MARTIN, 71 évoque le concept comptable de « passif environnemental » et le principe d'une « comptabilité prenant réellement en compte les enjeux environnementaux des activités de production et donnant une traduction chiffrée à la nécessaire conservation des patrimoines naturel et humain et pas seulement à celle du patrimoine financier ». Au sujet des approches critiques face à l'introduction d'un lexique comptable ou financier dans les mesures de protection de l'environnement, voir : BÜSCHER, 148 ss ; SULLIVAN, *Making nature*, 53 ss ; SULLIVAN, *Banking nature*, 203 ss.

55 Concepts développés dans les années 1990 par Mathis Wackernagel et William Rees, lesquels cherchaient alors une méthode pour mesurer la durabilité.

56 WACKERNAGEL *et al.*, 6.

57 WACKERNAGEL *et al.*, 4.

58 En 2016, l'empreinte carbone représentait environ 61% de l'empreinte écologique totale du monde. À l'échelle mondiale, l'empreinte écologique totale fait référence à la demande agrégée de matières premières, tandis que la biocapacité représente la totalité des ressources disponibles sur la planète. À ce jour, et sachant que de nombreux pays n'ont pas atteint un niveau de développement comparable à celui des nations les plus riches, l'empreinte collective mondiale dépasse d'une fois et demie (1,7 fois exactement) la biocapacité de la terre. LIN, 15.

59 Passant de 7,0 milliards de gha en 1961 à 20,6 milliards de gha en 2014, tandis que « le dépassement écologique a continué de croître depuis les années 1970 à un taux moyen de 2 pour cent par an. » LIN, 9 et 15. Dans ses revendications, XR demande à ce que « le dépassement écologique [soit] inversé par une mobilisation d'urgence massive, en dédiant la moitié de notre économie à la transition. » Extinction Rebellion, Nos revendications, disponible sous : <<https://xrebellion.ch/fr/>> (1.7.2020).

60 Toutes les dettes ne se valent cependant pas : la moitié la plus riche de la population mondiale (pays à revenu élevé et moyen-supérieur) est responsable de 86% de la production totale d'émissions de

sent dans les discours des mouvements écologistes⁶¹. En effet, pour justifier le recours à des actions de désobéissance civile à la hauteur de l'urgence temporelle d'un changement de cap, les activistes reprennent abondamment les projections des expert·e·s qui indiquent que le seuil de deux planètes sera atteint avant 2050⁶².

Les mouvements écologistes, comme nous l'avons déjà mentionné, font ainsi de la non-durabilité une affaire de justice environnementale. Comme le résume Moore, « justice et durabilité [...] sont des moments différents d'une seule et même question »⁶³. Or, la question de l'(in)justice environnementale ne se limite pas au système de la dette écologique, mais elle se pose également dans la répartition des coûts tant économiques qu'écologiques. En effet, les conséquences de la non-durabilité ne se manifestent pas partout avec la même intensité, ce dont les militant·e·s sont conscient·e·s. Ils et elles dénoncent ainsi le fait qu'en circonscrivant les solutions à la crise écologique à l'intérieur du cadre de référence que forme le mode d'organisation socio-économique dominant, les politiques et gouvernements balayaient l'idée d'un changement à apporter dans l'organisation de la production et de la distribution des ressources entre les différentes catégories de populations et de régions du monde⁶⁴. Le dérèglement climatique est d'ail-

combustibles fossiles, tandis que l'autre moitié (pays à revenu faible et intermédiaire) émet environ 14% des émissions mondiales. Les 9% restant ne produisent, quant à eux, que 0,5% des émissions mondiales. Une autre étude montre que les individus aisés (ayant des revenus supérieurs à 23 USD par jour), lesquels représentent 10% de la population mondiale, sont directement responsables de 36% des émissions, soulignant la grande inégalité dans le budget mondial d'émissions de carbone. RICHIE HANNAH, *Global inequalities in CO2 emissions*, Our world in data, Oxford Martin School, Oxford University, 16.10.2018, disponible sous : <<https://ourworldindata.org/co2-by-income-region>> <https://ourworldindata.org/co2-by-income-region> (24.5.2020). Alors que l'environnement des pays développés est relativement épargné, leur demande en énergie et en matières premières contribue à la dégradation de l'environnement des pays en voie de développement. JOHNSON, 189. VELEDNITSKY STEPHA, *The Case for Ecological Reparations: A Conversation with Jason W. Moore*, Edge Effects, 31.10.2017, disponible sous : <<https://edgeeffects.net/jason-w-moore/>> (25.5.2020); BOURG, 24.

61 WACKERNAGEL *et al.* expliquent que « trois mécanismes permettent un tel déficit : la biocapacité d'importation nette d'autres pays; l'utilisation de biens communs mondiaux (par exemple en émettant des gaz à effet de serre dans l'atmosphère); et la surexploitation de sa propre biocapacité territoriale. », 7-8; HAYWARD, 409.

62 Global Footprint network, *Country trends*, disponible sous : <<http://data.footprintnetwork.org/#/countryTrends?cn=5001&type=earth>> (15.7.2020).

63 VELEDNITSKY STEPHA, *The Case for Ecological Reparations: A Conversation with Jason W. Moore*, Edge Effects, 31.10.2017, disponible sous : <<https://edgeeffects.net/jason-w-moore/>> <https://edgeeffects.net/jason-w-moore/> (1.7.2020).

64 Le capitalisme divise le monde en zones d'extraction (souvent dans des États que l'on pourrait dire « en faillite »), de production (presque exclusivement dans les pays à faible revenu) et de consommation (principalement dans les pays à revenu élevé), les déchets générés allant dans les zones d'élimination (pays à faible revenu), BOURG/PAPAUX, 126 ss. Cette forme de capitalisme est ce que ROBINSON appelle le « capitalisme racial », lequel se caractérise par la dépossession des terres et le déplacement forcé des peuples autochtones, l'esclavage, et l'exploitation des immigrants. ROBINSON, XIII.

leurs souvent dépeint par les politiques comme « une série de chocs et de perturbations externes à une société par ailleurs cohérente »⁶⁵. De plus, lorsqu'on constate un appel à l'adaptation, ou à la capacité de résilience que les individus devraient manifester face à ces changements, de nombreuses inégalités de pouvoir et de production qui sont pourtant au cœur des injustices environnementales disparaissent⁶⁶. Dès lors, pour les activistes, l'enjeu n'est pas seulement environnemental, mais il comprend également une dimension de justice économique et sociale, impliquant notre capacité à combattre les inégalités économiques et sociales existantes⁶⁷. En effet, la non-durabilité n'est pas seulement l'absence de durabilité, comme s'il n'y avait « plus qu'à » l'inclure dans un système autrement fonctionnel, mais un trait fondamental de la culture occidentale.

- 7.20 Malgré le fait que les manifestations physiques de la non-durabilité permettent une première appréhension du phénomène, rendant palpable une maladie somme toute assez insidieuse, la non-durabilité reste très difficile à cerner, et en fin de compte, à défaire, en raison de sa nature invisible ou, plus exactement, d'autant plus dissimulée du fait de son incorporation au système⁶⁸. Dans ce contexte, la nature de la non-durabilité explique les motivations qui poussent les activistes écologistes à recourir à des actions de désobéissance civile qui justifient selon eux leurs actes face à l'urgence à agir et au constat de l'échec du recours à d'autres moyens institutionnels. En effet, la désobéissance civile devient un outil séduisant pour défaire un discours qui rend impossible à la fois le fait de penser la crise écologique dans toute son ampleur et d'articuler les moyens requis pour y remédier, tant ceux-ci semblent relever d'un monde « autre », hors de portée. La notion de crise sans précédent à l'échelle globale explique également l'émergence et le recours à des moyens de contestation qui eux aussi doivent innover et trancher avec ce qui s'est fait jusqu'alors. En plus d'expliquer les raisons des activistes, les actions de désobéissance civile, en alertant l'opinion publique sur la crise écologique, constituent par leur pratique même une mise en exergue de la non-durabilité des démocraties contemporaines et de leur « fausse prospérité »⁶⁹.

65 TAYLOR, XIII.

66 Comme l'observe MARTINEZ ALIER la croissance économique n'accroît pas seulement la pression sur les ressources naturelles, elle externalise aussi les sources et les puits de carbone, 10 ss ; de plus, alors que l'environnement des pays développés est relativement épargné, leur demande en énergie et en matières premières contribue à la dégradation de l'environnement des pays dits en voie de développement, JOHNSON, 189 ; également COMBY, 26.

67 BRYANT, 135.

68 CREUTZIG, 6 ss ; LOETSCHER Audrey, La non-durabilité, Fabula, Atelier de théorie littéraire, 2.12.2018, disponible sous : <<https://www.fabula.org/atelier.php?Non%2Ddurabilit%26acute%3B>> (15.7.2020).

69 STRADLING, 67.

V. Mouvements écologistes face au droit en Suisse : Grève du Climat et Extinction Rebellion

Ayant examiné le contexte général de non-durabilité dans lequel les actes de désobéissance civile environnementale s'inscrivent, et afin de déterminer plus précisément la manière dont les mouvements écologiques recourant à la désobéissance civile mobilisent les concepts juridiques et définissent leur stratégie d'action, nous proposons d'examiner deux groupes militants présents en Suisse romande. Nous examinons leur discours, afin de cerner les raisons qui justifient selon eux de recourir à de telles actions illicites pour soutenir leurs revendications, mais aussi dans le but d'illustrer leur inscription dans le cadre conceptuel de la lutte contre un système non durable tel que précédemment exposé. Notre attention s'est portée en particulier sur ces deux mouvements dans la mesure où ils sont considérablement médiatisés et sont tous deux prolixes, que ce soit en activités, productions théoriques, communiqués de presse ou autres. L'étude du mouvement de la Grève du Climat nous apparaît particulièrement nécessaire dans la mesure où une partie de ses activistes sont à l'origine de la décision du Tribunal de police de Lausanne du 13 janvier 2020 et de la procédure qui en découlera, tandis que le groupe Extinction Rebellion a produit un corpus important de documents portant tant sur la crise climatique que sur l'usage stratégique de la désobéissance civile. 7.21

1. Grève du Climat (Fridays for Future)

Le mouvement de la Grève du Climat, auquel nous devons certaines actions de désobéissance civile⁷⁰, est l'une des émanations locales d'un mouvement global débuté par l'étudiante suédoise Greta Thunberg, qui a commencé à faire grève devant le parlement de son pays en août 2018. Son action a inspiré un mouvement international qui a connu une rapide expansion et donné naissance à des groupes locaux et nationaux. Rebaptisé « Fridays for Future » (FFF), le mouvement invite tou·te·s les écolier·ère·s à « faire grève » pour forcer leurs gouvernements respectifs à prendre des mesures contre le changement climatique⁷¹. Dans la continuité de cet esprit contestataire, plusieurs millions de jeunes ont défilé dans le monde entier en septembre 2019, en amont du Sommet sur le Climat organisé par l'ONU à New York⁷². En Suisse, la Grève du Climat a elle 7.22

70 Actions de blocage à vélo, de grève parfois non autorisée, d'antipub, mais aussi – pour une partie et *via* un groupe proche appelé Lausanne Action Climat – l'action d'occupation de Credit Suisse qui a donné lieu à la décision du Tribunal de police de Lausanne (TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742).

71 Fridays for Future, who we are, disponible sous : <<https://fridaysforfuture.org/what-we-do/who-we-are/>> <https://fridaysforfuture.org/> (6.7.2020).

72 SENGUPTA SOMINI, *Protesting Climate Change, Young People Take to Streets in a Global Strike*, The New York Times, 20.9.2020, disponible sous : <https://www.nytimes.com/2019/09/20/climate/global-climate-strike.html> <https://www.nytimes.com/2019/09/20/climate/global-climate-strike.html> (4.6.2020).

aussi organisé des mobilisations de ce type⁷³ et le collectif appelle à la déclaration par le gouvernement de « l'état d'urgence climatique »⁷⁴, ainsi qu'à l'élaboration d'un plan de réponse adéquat⁷⁵.

- 7.23 Ce mouvement met en avant trois éléments pour soutenir son action : premièrement, un intérêt particulier à agir, dès lors que ses membres, en raison de leur jeune âge, craignent de subir plus fortement les effets du changement climatique que les autres générations. Deuxièmement, un usage stratégique de la science et des multiples alarmes de la communauté scientifique⁷⁶. Troisièmement, une nécessité de rompre avec une politique de compromis afin d'accélérer la prise de mesures au vu de la crise et la mise en place de principes de justice climatique⁷⁷. S'agissant de la qualité particulière des jeunes générations face à la crise environnementale et de la peur que celle-ci induit chez ses représentant·e·s, on constate que, tant au sein du mouvement global que national, ce sentiment vient soutenir et justifier chez les activistes de la Grève la nécessité d'une

73 ZÜND CÉLINE, En Suisse, les étudiants appellent à une grève pour le climat, *Le Temps*, 11.1.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/suisse/suisse-etudiants-appellent-une-greve-climat>> (6.7.2020).

74 La déclaration d'état d'urgence climatique n'a pas de portée juridique : il s'agit avant tout d'une opération de communication pour alerter l'opinion publique. Comme le soulignent JOUAYED et GUITTARD, « ces déclarations contribuent à la prise de conscience de l'urgence climatique et exercent une pression politique supplémentaire. Néanmoins, ce mouvement doit être accompagné d'actions concrètes et de mesures contraignantes, qui se traduisent notamment par une transformation de notre ordre juridique interne qui n'est pas adapté à l'urgence de la crise écologique et climatique actuelle. [...] Les déclarations d'urgence climatique représentent plus un outil politique – mobilisé, d'une part, par les ONG réclamant leur adoption et, d'autre part, par les autorités publiques soucieuses de montrer leur volonté de lutter contre le réchauffement climatique – qu'un véritable instrument juridique mobilisable par le justiciable dans le cadre de la lutte contre le réchauffement climatique », 183. Voir également : AUGUSTIN FRAGNIÈRE, chercheur en philosophie politique, qui précise que « [d]éclarer l'urgence climatique ne signifie pas suspendre les institutions actuelles et tout résoudre d'un seul coup par des mesures drastiques. Cela consiste à demander à l'État (exécutif et législatif) de prendre acte de l'ampleur des enjeux et de la nécessité d'une action forte et cohérente en suivant les procédures démocratiques. [...] [U]n mouvement de désobéissance civile ne cherche pas à se substituer au parlement, mais à alerter l'opinion publique sur une injustice flagrante et parfois à inciter les institutions à mieux appliquer leurs propres standards moraux. Cela ne met pas en péril la validité démocratique des décisions qui seront prises par ces mêmes institutions si le mouvement est couronné de succès. On pourrait même y voir un certain renforcement de la démocratie. » FRAGNIÈRE AUGUSTIN, La désobéissance civile climatique est légitime : une réponse à Marc Münster, 26.10.2019, disponible sous : <<https://blogs.letemps.ch/augustin-fragniere/2019/10/26/la-desobeissance-civile-climatique-est-legitime-une-reponse-a-marc-munster/>> (15.7.2020).

75 Grève du Climat, Nos revendications, disponible sous : <<https://climatestrike.ch/fr/movement>> (6.6.2020) ; Grève du Climat, Plan d'action, disponible sous : <https://www.climateactionplan.ch/fr/> (6.7.2020).

76 OLLITRAULT, *Science*, 160 ss.

77 Smile For Future Summit, Lausanne Climate Declaration, 5-9 août 2019, disponible sous : <<https://drive.google.com/file/d/1Nu8i3BoX7jrdZVeKPQShRycI8j6hvwC0/view>> (6.7.2020). Tous ces éléments se retrouvent dans la plaidoirie des prévenu·e·s retranscrite dans la décision du TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 8 ss.

action politique rapide et d'ampleur. Est à cet égard emblématique le discours de Thunberg qui déclare aux dirigeants·e·s présent·e·s au *World Economic Forum* à Davos « ne pas vouloir de votre espoir. Je ne veux pas cultiver l'espoir. Je veux que vous paniquez. Je veux que vous ressentiez la peur que je ressens chaque jour. Et ensuite je veux que vous agissiez »⁷⁸. La conviction de représenter la dernière génération entre un avant et un après distincts, bien que le changement soit graduel et non immédiatement perceptible, est très présente. Comme l'expliquent à la presse des militant·e·s du mouvement, « [i]l est rare qu'on se mobilise, c'est donc un signal fort. Nous, les jeunes, devons montrer l'exemple pour les générations futures⁷⁹, c'est comme ça que les mentalités peuvent changer à long terme »⁸⁰. Les activistes se voient ainsi comme membres de ces générations futures, dans la mesure où, selon les scientifiques, les effets du réchauffement climatique devraient impacter leur vie d'adulte plus fortement que celle des générations actuelles. En ce sens, ils et elles endossent le rôle de porte-parole pour les générations futures, dont les droits ne sont pas pris en compte dans les décisions politiques. L'idée selon laquelle toute projection dans le futur devient vaine en raison de la gravité de la crise est également un élément régulièrement mobilisé dans les discours des activistes et qui justifie pour eux de prendre des risques importants tels que des poursuites judiciaires ou la renonciation à des éléments symboliques forts comme la perspective d'avoir des enfants ou de trouver un emploi⁸¹. Sur le plan juridique, la question de savoir si la justice doit elle aussi se positionner face à ce sentiment d'urgence amène certain·e·s avocat·e·s à se demander : « [d]oit-on considérer que cet enjeu justifie ou excuse certains actes, ou au contraire qu'il n'a aucun poids juridique ? »⁸². L'anxiété suscitée par la crise et l'urgence forme l'un des ressorts mobilisateurs du mouvement et fonde aux

78 THUNBERG GRETA, 'Our house is on fire': Greta Thunberg, 16, urges leaders to act on climate, *The Guardian*, 25.1.2019, disponible sous : <<https://www.theguardian.com/environment/2019/jan/25/our-house-is-on-fire-greta-thunberg16-urges-leaders-to-act-on-climate>> (5.6.2020).

79 Si le concept de générations futures n'est pas reconnu en droit, dû à l'absence de qualité juridique des personnes non encore nées, cette question est étudiée par les philosophes politiques depuis la parution de la Théorie de la Justice de Rawls. Très débattue, la question demeure ouverte, entre d'une part les égalitaristes, défenseurs de ces droits, qui arguent pour la propriété commune de la Terre entre toutes les générations (RISSE, 167 ss), et d'autre part les « suffisantistes », qui pointent du doigt les difficultés liées au problème de la non-réciprocité (GOSSERIE, 475 ss).

80 RIPPSTEIN JULIA, En Suisse, l'heure de l'urgence climatique a sonné, *Le Temps*, 18.1.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/suisse/suisse-lheure-lurgence-climatique-sonne>> (1.7.2020) ; en outre sur la place du concept de générations futures, CABANES, 157 ss.

81 Par exemple, une manifestante déclare ainsi « [a]vec toutes les questions écologiques, on ne sait pas trop à quoi ressemblera la vie dans 50 ans : ça refroidit pas mal ! Mais le déclin a probablement été le rapport du GIEC l'année dernière sur le réchauffement planétaire. » DESARZENS GABRIELLE, De la grève du climat à la grève des bébés, *RTS*, 11.11.2019, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/suisse/10855763-de-la-greve-du-climat-a-la-greve-des-bebes-.html>> (6.7.2020). Ce type d'argument s'est également retrouvé dans la décision du Tribunal de police de Lausanne.

82 REVELLO SYLVIA, Un collectif d'avocats à la rescousse des militants pro-climat, *Le Temps*, 18.7.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/suisse/un-collectif-davocats-rescousse-militants-proclimat>> (7.7.2020).

yeux des activistes une qualité particulière à agir. Lors des auditions qui ont eu lieu à l'occasion de l'affaire du Credit Suisse devant le Tribunal de police de Lausanne, les activistes soulignent que « les trois témoignages [des expert·e·s] montrent le caractère obsolète du droit au vu de l'urgence de la situation [...]. Il y a une disproportion entre l'impact des bénéfiques que les entreprises telles que Credit Suisse se font et les pénalités que l'on a aujourd'hui »⁸³. Le caractère obsolète du droit mentionné par les avocat·e·s fait référence, plus généralement, aux difficultés, voire à l'impossibilité dans le cadre législatif actuel d'offrir une réponse, quelle qu'elle soit, à la crise environnementale. La nature globale et évolutive du problème, la multiplicité des acteurs impliqués, dont la responsabilité personnelle est difficilement quantifiable, ainsi que la difficulté d'évaluer les préjudices subis dépassent en effet largement des compétences des autorités judiciaires.

- 7.24 Un deuxième trait fondamental de ce mouvement – que l'on retrouve chez de nombreux autres groupes écologistes – est de fonder la légitimité de leurs actions et revendications sur des faits scientifiques⁸⁴. En effet, ses membres invitent les politicien·ne·s à « écouter la science »⁸⁵. En particulier, les rapports du GIEC sont une source privilégiée par les militant·e·s⁸⁶. Comme l'ont montré les recherches effectuées sur les mouvements écologistes, la mobilisation de la science est ainsi un levier caractéristique de la stratégie politique des activistes et vise à en étayer la légitimité⁸⁷. Or, ces faits scientifiques sont mobilisés eux aussi dans les procès de désobéissance civile, afin de légitimer les actions entreprises sans pour autant que leur force probante ne corresponde avec celle souhaitée des militant·e·s⁸⁸.
- 7.25 La politique du non-compromis prônée par les Grévistes du climat est quant à elle liée au constat d'une inaction des politiques et se retrouve de manière plus large dans les

83 TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 26.

84 OLLITRAULT, Science, 160 ss ; Grève du Climat, Faits, disponible sous : <<https://climastrike.ch/fr/facts>> (6.7.2020).

85 MILMAN OLIVER/SMITH DAVID, 'Listen to the scientists': Greta Thunberg urges Congress to take action, The Guardian, 19.9.2019, disponible sous : <https://www.theguardian.com/us-news/2019/sep/18/greta-thunberg-testimony-congress-climate-change-action> (20.5.2020). En Suisse, l'appel des scientifiques : Appel de chercheurs à la grève climatique mondiale du 15 mars, Le Temps, 20.2.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/opinions/appele-chercheurs-greve-climatique-mondiale-15-mars>> (7.7.2020).

86 ZÜND CÉLINE, L'indispensable sursaut des jeunes pour le climat, Le Temps, 11.1.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/suisse/lindispensable-sursaut-jeunes-climat>>; MILMAN OLIVER/SMITH DAVID, 'Listen to the scientists': Greta Thunberg urges Congress to take action, The Guardian, 19.9.2019, disponible sous : <<https://www.theguardian.com/us-news/2019/sep/18/greta-thunberg-testimony-congress-climate-change-action>> (20.5.2020).

87 HOWE, 93 ss ; OLLITRAULT, Militer, 160 ss. Cette stratégie n'est pas sans écueils ou limites comme l'ont relevé ORESKES/CONWAY, 169 ss, qui soulignent que les contre-mouvements ont tendance à insister sur le caractère non factuel, mais hypothétique des sciences ne pouvant valoir force probante.

88 Cf. *infra*. Au sujet des implications de cette reprise des faits scientifiques en droit, voir en général : NAÏM-GESBERT et SERRES.

mouvements de justice climatique⁸⁹. En conséquence, la radicalité du mouvement s'oppose frontalement à ce que les jeunes dénoncent comme l'hypocrisie des adultes et elle questionne le caractère démocratique d'un système où la participation politique n'est pas égale⁹⁰. Se sentant non représenté·e·s, les militant·e·s du mouvement se considèrent obligé·e·s d'agir par substitution : « [n]ous n'avons pas fait cela parce que c'était notre rêve, mais parce que nous ne voyions personne agir pour notre avenir. Et malgré le soutien affiché de nombreux adultes – y compris de certains des dirigeants les plus puissants de la planète –, nous ne voyons toujours personne le faire »⁹¹. Ainsi, si les moyens d'action principaux de la Grève Climat en Suisse sont restés pendant longtemps la manifestation et la grève⁹², un changement s'est produit en septembre 2019, puisque le collectif a annoncé dans un communiqué de presse vouloir intégrer la désobéissance civile à sa stratégie d'action⁹³. Se déclarant explicitement « pacifique » et prônant des actions « non violentes »⁹⁴, le mouvement explique ce choix d'élargir ses moyens d'actions, « des plus institutionnelles et habituelles aux plus radicales et insolites » par « l'inertie de la démocratie libérale (semi-directe) suisse »⁹⁵. Le communiqué déclare encore « qu'un changement de système paraît de plus en plus inévitable, » faisant référence au système socio-économique et aux « barrières systémiques », à l'encontre desquels seules des actions fortes peuvent amener un changement⁹⁶. Les grévistes du climat ont ainsi bloqué une filiale de UBS à Lausanne en janvier 2020, afin de dénoncer

89 En ce sens, la déclaration d'un prévenu qui estime que : « [j]'ai déjà participé à des manifestations, signé des pétitions, participé à la rédaction de documents et je confirme que ça ne suffit pas à assurer la rapidité nécessaire », TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 33.

90 Thunberg dénonce cette posture qu'elle observe partout dans les instances politiques : « partout où je suis allée, la situation est plus ou moins identique. ... Les promesses vides sont les mêmes. Les mensonges sont les mêmes, et l'inaction est la même. » Thunberg GRETA, Speech at the Global Climate Strike, New York City, The Environment Show, 20.9.2019, disponible sous : <<https://www.environmentshow.com/greta-thunbergs-speeches/>> (1.7.2020).

91 Thunberg GRETA/Neubauer LUISA/Valenzuela ANGELA, Pourquoi nous sommes de nouveau en grève, Le Temps, 5.12.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/opinions/greta-thunberg-sommes-nouveau-greve>> (20.5.2020).

92 Sur l'évolution des moyens d'organisation du mouvement dans le contexte français, voir CHAILLOU / MONTI-LABAUBIE, 44-49 ; GIUGNI, 50.

93 Grève du Climat, Codex d'action, disponible sous : <<https://climatestrike.ch/fr/movement>> (27.5.2020).

94 La décision d'utiliser des actions non violentes est avant tout stratégique, comme le fait remarquer MAGNAUDEIX, car celles-ci « placent l'opresseur dans un dilemme à trancher : soit faire pleuvoir la répression sur quelques protestataires non armés, soit capituler. [...] », 112 ss. À ce sujet également et sur l'usage de la stratégie non violente par les activistes, CERVERA-MARZAL, Désobéir, 118 ss. Les activistes s'inspirent en ce sens des théories de Martin Luther King ou de Gandhi, ce qui permet de révéler les rapports de pouvoirs et construire une identité de citoyen·ne, HAYES/OLLITRAULT, 163 ss.

95 Grève du Climat Vaud, Communiqués, disponible sous : <<https://vaud.climatestrike.ch/2019/09/27/changement-de-cap-pour-la-greve-du-climat-lacte-ii/>> (27.5.2020).

96 *Ibid.*

le « fonctionnement écocide et destructeur » de la place financière suisse⁹⁷. Avec ces actions de désobéissance, et comme l'explique l'un des avocats du Lausanne Action Climat, les activistes se voient avant tout comme des « lanceurs d'alerte » cherchant à amener une prise de conscience à propos d'un « problème qui n'est pas personnel, [mais] global »⁹⁸. Par ailleurs, les grévistes estiment avoir usé de tous les autres moyens légaux à leur portée et qu'il existe de telles inégalités en matière d'accès à l'espace démocratique que le recours à la désobéissance civile en devient nécessaire⁹⁹. Lors du jugement du 13 janvier 2020, ces différents éléments se sont vus mobilisés *in situ* par les activistes lors de leurs auditions pour justifier leur recours à la désobéissance civile. Cet usage retranscrit leurs attentes à l'encontre du système juridique dont ils et elles estiment qu'il est capable d'intégrer ce raisonnement global sur le contexte de la non-durabilité, ainsi que tous les éléments qui en découlent. Une des prévenues déclare ainsi : « moi et les autres activistes avons déjà essayé tous les autres moyens légaux. La loi n'est pas adaptée alors que l'on sait depuis 30 ans où on va »¹⁰⁰. Ils et elles dénoncent ainsi une faillibilité de la loi, telle que conçue et appliquée en matière environnementale, au vu des carences de protection existantes et de l'absence d'améliorations significatives en matière de réduction des atteintes environnementales globales¹⁰¹. Dans cette perspective, leur démarche est avant tout politique et traduit une conception dynamique du droit qui devrait s'interpréter à l'aune des changements sociaux¹⁰².

97 Grève du Climat Vaud, Blocage de l'UBS par la Grève du Climat : la finance suisse détruit le monde !, 14.1.2020, disponible sous : <https://vaud.climatestrike.ch/2020/01/14/blocage-ubs/> (4.6.2020). Et aussi Grève du Climat Vaud, Un militant de la Grève du Climat au tribunal, 30.11.2019, disponible sous : <https://vaud.climatestrike.ch/2019/11/30/un-militant-de-la-greve-du-climat-au-tribunal/> (7.7.2020).

98 Lausanne Action Climat, Transcription de la conférence de presse, disponible sous : <https://www.reseau43.ch/index.php/page/view/id/11897> (3.6.2020).

99 « Je pense que ce qu'on fait est un engagement politique ; juste parce que ça ne se passe pas par les voies institutionnelles, cela ne rend pas cette action moins légitime ou nécessaire [...]. Effectivement les lois se changent. Néanmoins, la situation actuelle est sans précédent dans l'histoire de l'humanité et bien que le système démocratique suisse soit positif sur certains points il est caractérisé par une lenteur qui n'est pas compatible avec la situation actuelle. [...] Cela ne signifie pas que je suis contre un engagement politique institutionnel. Cela ne signifie pas que c'est un moyen unique d'agir », déclaration d'un prévenu dans la décision du TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 27. « Et quand des initiatives populaires sont lancées, il y a des campagnes financées. Ce qui complique l'information. Il est donc nécessaire de faire de telles actions pour apporter un débat sur la place publique. Vous me disiez qu'il n'y a pas que de la désinformation, mais aussi beaucoup d'information et que Greta Thunberg n'a pas commis ce genre d'action [...]. Sur le premier point, je vous répondrai qu'une grande partie de la population n'a pas accès à cette information. Sur le second point, Greta n'a effectivement pas choisi de mener ce genre d'action, mais nous faisons ce que nous pouvons avec les moyens que nous avons vis-à-vis des géants qui nous font face », *Ibid.*, 35.

100 *Ibid.*, 26.

101 En ce sens, ils/elles visent à générer une révision de la loi après en avoir effectué une critique en action permettant d'évaluer son (in)efficacité. Cf. FLÜCKIGER, *Légistique*, 615.

102 « J'ai agi ainsi parce que je crois en la démocratie et ce que nous faisons est nécessaire à la survie de la démocratie », *ibid.*, 30. « La désobéissance civile peut vivifier la démocratie et la faire bouger. », *ibid.*, 32.

2. Extinction Rebellion (XR)

Le second mouvement présent en Suisse et recourant à la désobéissance civile comme moyen d'action pour soutenir ses revendications est Extinction Rebellion¹⁰³. Ce mouvement est une antenne locale du groupe militant organisé de manière décentralisée XR, selon son acronyme stylistique, né le 31 octobre 2018 lors d'une « déclaration de rébellion » contre le gouvernement britannique. Ce mouvement prône explicitement la désobéissance civile comme moyen d'alerter et d'informer l'opinion publique quant à la crise écologique et vise, par un effet de mobilisation critique, à contraindre les autorités politiques à prendre en compte ses demandes, jugées être celles d'une majorité de la population souvent ignorée¹⁰⁴. Ces dernières, dont l'implémentation doit se faire en fonction des contextes locaux, se veulent des invitations à l'avènement d'une nouvelle forme de démocratie inspirée de la justice climatique¹⁰⁵. Les revendications communes du mouvement à l'échelle internationale sont résumées en trois points : une communication transparente à propos de la situation climatique réelle, actuelle et à venir, l'arrêt de la destruction de la biodiversité et la sortie des énergies fossiles d'ici à 2025 et l'instauration d'une démocratie participative avec la mise sur pied d'une assemblée citoyenne pour traiter des questions de justice climatique¹⁰⁶. S'inscrivant dans la tradition des mouvements anticapitalistes et antimondialisation tels qu'*Occupy Wall Street* et faisant siennes ses critiques à l'encontre d'espaces politiques dominés par des intérêts économiques, XR se veut un mouvement représentant politiquement les « *have not* » par

103 « *At the core of Extinction Rebellion's philosophy is nonviolent civil disobedience. We promote civil disobedience and rebellion because we think it is necessary – we are asking people to find their courage and to collectively do what is necessary to bring about change. Alongside protest and civil disobedience actions, we encourage constructive direct actions that offer solutions to the climate and biodiversity crises we face.* » Extinction Rebellion UK, Action group, disponible sous : <<https://rebellion.earth/act-now/resources/action-group/>> (7.7.2020). Extinction Rebellion étant un mouvement international, les textes apparaissant sur les sites web des différentes branches nationales sont souvent des traductions des textes parus en anglais. Les militant·e·s estimant que les versions anglaises font foi, nous recourons parfois à des sources en anglais lorsque certains éléments ne se retrouvent pas sur le site de XR Suisse.

104 Cf. MARTIN, 2019, 94 ss.

105 « Extinction Rebellion estime que le public doit avoir la possibilité de déterminer comment le pays répond à l'urgence à laquelle nous sommes confronté·e·s. Si elle est bien organisée, une assemblée nationale de citoyen·ne·s sur la justice climatique et écologique permettra aux responsables politiques de faire face à l'urgence avant qu'il ne soit trop tard. » Extinction Rebellion Suisse, Assemblées citoyennes, disponible sous : <<https://xrebellion.ch/fr/ca/>> (7.7.2020).

106 Extinction Rebellion, our demands, disponible sous : <<https://rebellion.earth/the-truth/demands/>> (24.5.2020). Et en français, voir <<https://xrebellion.ch/fr/>> (31.3.2021). Relevons en particulier que si les demandes sont similaires, une attention particulière est portée à une mise en œuvre respectueuse des droits de l'homme dans la version française du texte. Les activistes semblent donc se faire une idée particulière de la manière dont les droits humains peuvent venir soutenir et légitimer leurs actes. cf. *infra*.

opposition à la surreprésentation des intérêts des 1%¹⁰⁷. Se sentant pris en otage par une élite dont la richesse repose *in fine* sur la destruction de la planète, les militant·e·s font valoir que le changement ne peut venir que d'une action collective et concertée de tou·te·s, soit d'un mouvement social de masse, dans le prolongement des mouvements de justice climatique au sens large¹⁰⁸. La volonté de combattre le fléau collectif que représente la crise de la non-durabilité, de lutter pour « le droit à la vie »¹⁰⁹ et contre un « suicide » collectif aux allures d'éco-génocide¹¹⁰, explique l'intérêt de XR à vouloir mobiliser une masse critique de la population, et pas seulement au sein des personnes déjà sensibilisées. En résumé, le mouvement XR se caractérise par les traits suivants : une volonté de transversalité dans ses revendications face au constat de la non-durabilité, qui ne sont pas uniquement axées sur la lutte contre le changement climatique, la mise en avant de stratégies militantes basées sur une éthique particulière, et l'usage de la désobéissance civile comme principal moyen d'action.

- 7.27 Travaillant à une refonte du mode de vivre prédominant, et pour venir à bout d'un système qu'il juge « toxique »,¹¹¹ XR a développé une éthique de fonctionnement pour le mouvement qui vise à mettre en place de nouvelles pratiques politiques et sociales

107 Référence explicite au mouvement *Occupy* qui se place du côté de 99% par opposition au 1% de la population se répartissant les richesses dans le monde. Les militant·e·s usent notamment de travaux comme ceux de l'économiste Thomas Piketty pour étayer cet élément, cf. PIKETTY *et al.*

108 Sur les modes d'organisation collectifs, voir MONOD, 78 ss, qui note que les partis politiques traditionnels ont laissé place à une montée des « mouvements » ou « collectifs », lesquels semblent plus à même, « en appelant à un changement de cadre civilisationnel », de répondre à la crise écologique en cours. Sur le déficit démocratique et la place des élites cf. GRIFFITHS Jay and the XR UK Vision team, *Why We Rebel*, disponible sous : <<https://rebellion.earth/the-truth/about-us/>> (25.5.2020). Propos qui rappellent justement l'une des raisons – l'influence des médias et des groupes d'intérêts non démocratiques – qui légitiment le recours à la désobéissance civile pour HABERMAS, 394.

109 Extinction Rebellion, *Our Principles and Values*, disponible sous : <<https://rebellion.earth/the-truth/about-us/>> (4.6.2020). Les activistes de XR se revendiquent du droit à la vie, mais aussi du respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cet argument du droit à la vie se retrouve dans d'autres procès intentés contre des gouvernements, notamment aux États-Unis dans le cas *Juliana v. United States*. Vingt et un enfants et jeunes gens ont ainsi porté plainte en 2015 pour violation de leurs droits fondamentaux, tel que garantis par la constitution américaine, et notamment leur « droit à la vie, à la liberté et à la propriété. » Tous les documents légaux liés à ce cas sont disponibles sous : <<http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>> (16.7.2020). Pour le surplus, cf. *infra*. et BOURG/PAPAUX, 292 ss.

110 XR Suisse, *Bienvenue en république des écocides*, communiqué de presse du 17 février 2020, disponible sous : <<https://xrebellion.ch/fr/blogposts/2020/02/17/prive-on-arrive/>> (7.6.2020). Dans leur appel à la grève climatique du 15 mars 2019, les 262 chercheur·euse·s signataires parlent de « civilisation mortifère ». Appel de chercheurs à la grève climatique mondiale du 15 mars, *Le Temps*, 20.2.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/opinions/appel-chercheurs-greve-climatique-mondiale-15-mars>> (7.7.2020).

111 Extinction Rebellion Suisse, *Nos principes*, disponible sous : <<https://xrebellion.ch/fr/about/>> (24.5.2020).

rendant possible la transition vers un monde durable (appelée culture régénératrice¹¹²). Cette éthique est construite en opposition aux relations destructrices et mercantiles favorisées par le système capitaliste tel que dénoncé par les activistes dans son acception décrite plus haut¹¹³. La société devant réintroduire les valeurs non marchandes comme la « beauté » et la « créativité »¹¹⁴, le mouvement propose des moyens d'action qui se veulent ludiques, symboliques et non violents¹¹⁵. En sont des exemples : l'organisation d'un pique-nique et *sit-in* sur un pont à Lausanne, la coloration en vert de la Limmat à Zurich, ou encore l'appel à effectuer des *die-in* dans les rues marchandes de différentes villes suisses, actions qui constituent toutes des formes de désobéissance civile et sont reçues en droit comme des infractions pénales comme nous le verrons.

Au-delà des revendications concrètes relatives au double problème du changement climatique et de la destruction de la biodiversité, désignée comme « Sixième Extinction » par les membres du mouvement qui eux aussi appellent la population à écouter les scientifiques¹¹⁶, XR se veut donc un mouvement social et culturel dépassant le cadre du politique¹¹⁷. Le mouvement souhaite opérer des changements globaux à des niveaux très

7.28

- 112 *Ibid.* Le *care* en anglais, a aussi une connotation de soin au sens du « souci de/envers » cf. Vacarme, Extinction Rebellion 5/5 – De rage et d'amour, Émission RTS du 14.2.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch/play/radio/vacarme/audio/extinction-rebellion-55-de-rage-et-damour?id=11057136>> (7.6.2020). Le *care* se déploie dans trois domaines différents : le *self-care*, le *people care* et le *planet care*. Si les deux premiers principes sont bien définis et font l'objet de nombreux ateliers de formation au sein du mouvement, comme le remarquent WESTWELL et BUNTING, 549 ss, le principe du soin apporté à la planète demeure très vague, et peu mis en pratique. Cette même critique quant à la difficulté de présenter des solutions concrètes et applicables est présente chez ZIN : bien que le philosophe politique ne cite pas XR, il explique « qu'il ne suffit pas de s'imaginer avoir identifié l'origine de tous nos maux, quelque nom qu'on lui donne (capitalisme, finance, industrie, technologie, croissance, consommation, marché, concurrence, néolibéralisme, individualisme, etc.) pour que cela trouble en quoi que ce soit l'ordre établi dans sa réalité matérielle », 168.
- 113 Sur l'ancrage anticapitaliste du mouvement XR : WALL, 75. Néanmoins, des critiques du mouvement estiment que cet ancrage est discutable dès lors que XR fait avant tout de la lutte contre le changement climatique un enjeu moral WALL, 80.
- 114 Extinction Rebellion, Our vision, disponible sous : <<https://rebellion.earth/the-truth/about-us/>> (4.6.2020).
- 115 Il semblerait qu'il existe une certaine tension au sein du mouvement XR entre d'une part le souhait de former un mouvement de contestation « joyeux » et d'autre part l'expression d'une forme de résignation face à un avenir assombri par les importantes dégradations écologiques en cours et à venir. Cf. DOHERTY BRIAN/HAYES GRAEME, The 'new' climate politics of Extinction Rebellion?, Open Democracy, 27.11.2018, disponible sous : <<https://www.opendemocracy.net/en/new-climate-politics-of-extinction-rebellion/>> (13.7.2020).
- 116 Un collectif de scientifiques et citoyens, Nous déclarons notre soutien à Extinction Rebellion : lettre ouverte du monde académique suisse, Le Temps, 21 octobre 2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/opinions/declarons-soutien-extinction-rebellion-lettre-ouverte-monde-academique-suisse>> (27.5.2020).
- 117 Comme le notent WESTWELL et BUNTING, « alors que les actions et les demandes d'Extinction Rebellion ont reçu beaucoup d'attention de la part des médias, la culture interne du mouvement est moins souvent discutée. Il existe cependant au sein de XR une tentative explicite de développer une culture interne cohérente [...] » (notre traduction, 546).

variés et leurs revendications sont en ce sens générales, et ne visent pas une fin particulière : ils s'inscrivent dès lors parfaitement dans la volonté de lutter contre la non-durabilité, puisque, comme décrit plus haut, il ne peut y avoir d'objectifs qui ne soient des demi-mesures dans cette optique.

- 7.29 Ces différents éléments justifient aux yeux des militant·e·s le recours aux actions de désobéissance civile pour mettre en œuvre leurs revendications (voire leur éthique). Dans ces circonstances, l'urgence de la crise climatique et l'inaction des gouvernements imposent de recourir à ces actions selon XR, car il faut « déranger pour être écouté »¹¹⁸. Parmi ces moyens qui créent la rupture, la désobéissance civile apparaît alors toute choisie, puisqu'« [elle] est précisément là pour inciter, au sein d'une démocratie, à une évolution rapide des normes »¹¹⁹. Face à l'inaction marquée des gouvernements, les activistes de XR estiment « qu'on ne peut pas changer la situation en suivant les règles et qu'il faut désobéir »¹²⁰. La visibilité des actions, mais aussi leur côté perturbateur, viennent « interpeller les gens, les sortir de la normalité et les réveiller face à l'urgence »¹²¹. Les signataires d'une lettre ouverte de soutien à XR évoquent ainsi la « rupture du contrat social »¹²², et par conséquent de leurs devoirs de citoyens envers l'état, ce dernier ayant échoué à les protéger. Les activistes s'inscrivent de la sorte à la suite des théories de la désobéissance civile auxquelles ils et elles empruntent tant des éléments de théorie libérale que républicaine.
- 7.30 Après avoir analysé les concepts mobilisés par les militant·e·s pour justifier leur recours à la désobéissance civile, nous nous intéresserons désormais à ce qu'il reste de ces éléments une fois les activistes traduits en justice, ceux-ci étant révélateurs de certains fonctionnements juridiques. En effet, nous souhaitons observer si et dans quelle mesure la dimension collective et politique de ces actions peut être un élément pris en compte par le·a juge pour effectuer une appréciation dynamique de ces cas. Nous souhaitons également interroger ce qui permettrait de distinguer ces actes des infractions de droit commun, et décrire la manière dont son appréhendées les revendications et les motivations de ces acteurs une fois saisies par le droit.

118 Extinction Rebellion Suisse, Nouvelle occupation d'un pont, Blog, 18.4.2019, disponible sous : <<https://xrebellion.ch/fr/blogposts/2019/04/18/grand-pont-lausanne-fr/>> (25.5.2020).

119 LE BRE PHILIPPE, Extinction Rebellion, ou la légitimité d'une désobéissance civile, blog Le Temps, 22.3.2020, disponible sous : <<https://blogs.letemps.ch/philippe-le-be/2020/03/22/extinction-rebellion-ou-la-legitimite-dune-desobeissance-civile/>> (26.5.2020).

120 Extinction Rebellion Suisse, Rien n'importe plus que la vie sur Terre, Blog, 20.9.2019, disponible sous : <<https://xrebellion.ch/fr/blogposts/2019/09/20/et-vogue/>> (6.6.2020).

121 BOURGET ALBERTINE, Les militants d'Extinction Rebellion, ces « lanceurs d'alerte », L'Illustré, 4.12.2019, disponible sous : <<https://www.illustre.ch/magazine/militants-dextinction-rebellion-lanceurs-dalerte>> (24.5.2020).

122 Nous déclarons notre soutien à Extinction Rebellion : lettre ouverte du monde académique suisse, Le Temps, 21.10.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/opinions/declarons-soutien-extinction-rebellion-lettre-ouverte-monde-academie-suisse>> (28.5.2020).

VI. Droit suisse et désobéissance civile environnementale

Comme nous l'avons vu, il existe donc des théories de la désobéissance civile en philosophie politique. Dès lors, il convient de se demander si du côté du droit la désobéissance civile produit des effets normatifs et, cas échéants, lesquels. Or, si les États de *common law* sont familiers de l'analyse de cette problématique¹²³, en droit continental, et plus particulièrement en Suisse, la désobéissance civile reste un « objet juridique non identifié »¹²⁴. Néanmoins, des mobilisations utilisant ce mode d'action existent de longue date. Malgré l'absence de théorie juridique de la désobéissance civile, les tribunaux sont, au gré des mobilisations citoyennes, confrontés à ce mode d'action et doivent se prononcer. Nous proposons ici de revenir sur l'analyse de différents cas de mobilisation écologique ayant mené des actions de désobéissance civile et de présenter les considérations et réponses qui leur ont été apportées en droit suisse. 7.31

Un bref détour par l'histoire suisse nous indique que l'usage de la désobéissance civile par des mouvements écologistes – parmi d'autres – n'est pas neuf quand bien même la thématique reste peu visible en droit¹²⁵. Relevons que, selon les études qui se sont intéressées à ces mouvements, le recours à ce mode d'action non conventionnel par les activistes est fortement corrélé au contexte politique de l'époque dans laquelle ils/elles s'insèrent¹²⁶. Ainsi, la fermeté avec laquelle les autorités et élites politiques ont répondu aux revendications des militant·e·s du mouvement antinucléaire dans les années 70 peut être mise en lien avec une forme de radicalisation du mouvement. Le débat ayant été plus favorable et équilibré dans les années 80, ce type d'action n'a plus été nécessaire et la discussion s'est à nouveau déplacée vers les espaces politiques institutionnels¹²⁷. Ce n'est finalement que depuis quelques années que les activistes écologistes ont à nouveau recouru à des actions de désobéissance civile comme mode d'action en raison des motifs rappelés plus haut. Dans l'analyse juridique de cette problématique, il convient également de rappeler l'importance d'une lecture historique et politique de ce nouvel usage stratégique de la désobéissance, qui est symptomatique d'une fracture se creusant 7.32

123 En général voir : TURENNE ; pour les États-Unis, p. ex. : Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, arrêt du 29.7.1991, *United States v. Schoon*, 939 F.2d 826 ou les cas cités par WILT. La jurisprudence américaine distingue les possibilités de justifier en droit les actions de désobéissance civile selon qu'elles sont qualifiées de directes ou indirectes et qu'elles sont considérées ou non comme protégées par les droits fondamentaux. Le fameux arrêt de la Cour suprême des États-Unis, arrêt du 22.1.1973, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 ayant mené à la libéralisation de l'avortement est également considéré comme un cas de désobéissance civile en droit américain. Au Royaume-Uni, voir notamment Haute Cour de Justice (GB, Écosse), arrêt du 30.3.2001, *Lord Advocate v. Zelter (Angela) and others*, 2001 SCCR 296 et les cas cités par VANHALA.

124 OST/VAN KERCHOVE, 12.

125 La mobilisation la plus connue en Suisse est celle qui a entouré le projet de construction d'une centrale nucléaire dans le canton d'Argovie, à Kaiseraugst. Cette action est assimilable à un mouvement de désobéissance civile.

126 KUMMER, 51 ss; GIUGNI, 68 ss.

127 KUMMER, 51 ss.

entre autorités, décideurs·euses et une partie de plus en plus importante de citoyen·ne·s qui rejoignent ces mouvements.

- 7.33 Quoi qu'il en soit, du côté des juristes suisses, la notion de désobéissance civile reste peu étudiée et la question de son éventuelle justification juridique est irrésolue en doctrine¹²⁸. La jurisprudence quant à elle ne mentionne explicitement la désobéissance civile qu'à une seule occasion en lien avec une thématique différente, celle de la migration¹²⁹. L'autorité y différencie la désobéissance civile de la résistance, car elle reconnaît que les désobéissant·e·s admettent la légitimité de l'ordre constitutionnel et ne visent pas son renversement¹³⁰. On lit également dans ces développements que ce moyen d'action est utilisé par de nombreux mouvements citoyens pour porter des préoccupations d'intérêt public et est caractérisé par une dimension collective, forme de reconnaissance de la dimension particulière de la désobéissance civile¹³¹. La possibilité que ce moyen offre pour effectuer une critique du système démocratique et de ses implications en matière de droits politiques est mise en avant, au même titre que ses ressorts éthiques. Néanmoins, l'autorité en conclut que le droit suisse ne saurait reconnaître de droit général et abstrait à la désobéissance civile¹³². Ainsi, en dépit des éléments qu'elle observe, l'autorité considère impossible de transposer les considérations politiques et

128 Quelques travaux ont cependant étudié la question, sans toutefois reconnaître une portée normative claire à la désobéissance civile, voir p. ex. : FLEISCH NICOLAS, *Ziviler Ungehorsam oder Gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat?*, thèse, Grüşch 1989; DOBLER PHILIP, *Recht auf demokratischen Ungehorsam : Widerstand in der demokratienahen Gesellschaft – basierend auf den Grundprinzipien des Kritischen Rationalismus*, thèse, Fribourg 1995; HERMANN JOHANNES, *Zivil Ungehorsam und rechtfertigender Notstand – Ziviler Notstand und gerechtfertigter Ungehorsam?*, in : Martino Mona/Kurt Seelmann (éd.), *Grenzen des rechtfertigenden Notstands*, Zurich/Bâle/Genève 2006.

129 JAAC 1989 5. L'essor des procès climatiques entre 2020 et 2022 nuance cette absence. Néanmoins, si le syntagme « désobéissance civile » apparaît plus fréquemment, aucune définition n'en a été donnée et aucune portée claire ne lui a été attribuée.

130 JAAC 1989 5, 53, c. 4.3.

131 « [...] [F]ür diese Aktionen werden zwei Rechtfertigungsgründe vorgebracht: sowohl individueller (Wehrdienstverweigerern) wie kollektiver Ungehorsam (Ökologie- und Friedensbewegung) können sich auf ethische Gebote oder Gerechtigkeitsdefizite begründen. Ein zweiter Rechtfertigungsgrund geht vom Ungenügen unserer direktdemokratischen Einrichtungen aus (Gesetzesinitiative, Finanz-, Planungs- und Verwaltungsreferendum fehlen; Volksrechtsdefizite der lokalen Interessen und der Betroffenen). Die Ungehorsamen werden einwenden, dass die Rechtsordnung ständig und weit gravierender verletzt wird etwa im Straßenverkehr, der Wirtschaftskriminalität und der Steuershinterziehung, ohne dass eine Gefährdung des Rechtsstaates beschworen werde. Außerdem weise unsere rechtsstaatliche Ordnung Mängel auf – etwa der politischen Rechte, des Rechtsschutzes, der Grundrechtsverwirklichung, die oft erst und gerade durch zivilen Ungehorsam aufgezeigt und einer Lösung zugeführt wurden. », *ibid.* 54, c. 4.3.

132 *Ibid.* c. 4.3. La décision indique uniquement qu'aucun droit général à la désobéissance civile n'est susceptible d'être reconnu en Suisse, *a fortiori* lorsque, comme dans le cas d'espèce, la procédure administrative concernant le dossier du requérant est arrivée à son terme. « Gegen die in einem rechtsstaatlichen Verfahren zustande gekommenen rechtskräftigen Verfügungen gibt es grundsätzlich kein Recht auf Widerstand oder auf rechtmäßigen zivilen Ungehorsam (als Rechtfertigungsgründe für den zivilen Ungehorsam werden im vorliegenden Fall Notstand und Nothilfe geltend gemacht) », c. 4.3.

collectives liées à l'usage de la désobéissance civile dans les instruments de droit positif à sa disposition, quand bien même elle semble reconnaître que cette situation n'est pas la plus équilibrée¹³³.

Dans les décisions ultérieures des juridictions suisses, la notion de désobéissance civile n'a plus fait l'objet de développements *per se*¹³⁴. Néanmoins, quand bien même le terme ne fait pas partie de la grammaire juridique suisse, les tribunaux ont été confrontés à de tels actes, sans qu'ils soient formellement désignés comme tels. C'est à partir de ces cas que nous chercherons à étayer et à mettre en exergue les enjeux normatifs de la désobéissance civile pour le droit suisse et questionnons sa capacité à tenir compte du raisonnement et de l'argumentaire des activistes, ainsi que des dimensions qui font de la désobéissance civile un moyen d'action pouvant s'avérer fécond pour l'évolution du droit. Dès lors que les deux focales principales au travers desquelles ces actes sont reçus devant les cours suisses sont celles du droit pénal – *via* les théories des motifs justificatifs – et des libertés fondamentales – en raison des revendications des désobéissant·e·s qui font valoir leur propre interprétation de ces libertés – nous effectuerons notre présentation en deux temps, en commençant par les enjeux pénaux. 7.34

1. En droit pénal

Lorsque des groupes issus de la société civile usent de moyens illicites pour protester contre une loi ou une pratique qui leur apparaissent injustes, inopportunes ou imparfaites, afin de la faire changer ou d'attirer l'attention de la société civile sur le besoin de son évolution, leur premier contact avec le droit intervient le plus souvent par le biais d'un acte d'accusation. Le procès (ou son éventualité) peut devenir un cadre propice à la médiatisation et à la publicisation de la cause des militant·e·s, qui l'intègrent alors à leur stratégie. En résulte une procédure au cours de laquelle les activistes font valoir leur conception du droit et de la justice¹³⁵. Par ailleurs, si l'intervention de la justice pénale implique de nombreux risques pour les militant·e·s écologistes – neutralisation d'une partie de leurs forces vives en raison du prononcé de peines avec ou sans sursis, frais de justice, lenteur de la procédure –, elle a le mérite de forcer la saisie de l'autorité, tout au moins en cas d'actes poursuivis d'office¹³⁶. Or, tel ne peut pas toujours être le cas devant les autorités publiques ou civiles qui nécessitent pour être saisies d'autres ressources ou 7.35

133 Difficulté déjà observée dans d'autres domaines notamment par CHALLE, *cf. infra* note 171.

134 Le syntagme est mentionné dans quelques décisions, mais uniquement comme élément descriptif utilisé par les parties elles-mêmes (et alors utilisé entre guillemets), *cf.* ATAF, 4.10.2016, E-4618/2016; AGVE 1992, 272; ATF 134 IV 216. Comme nous le verrons, le jugement du 13 janvier 2020 du Tribunal de police de Lausanne ne suffit pas réellement à nuancer ce constat. Dans le cadre récent du « procès des 2002 » dans le canton de Vaud, les autorités de première instance ont étayé leur conception de la désobéissance civile, mais sans qu'une cohérence ne se dégage pour l'instant à son sujet.

135 LOCHAK, 8 ss.

136 DOHERTY/HAYES, 3 ss.

encore une qualité pour agir particulière¹³⁷. Dans le champ pénal, on peut ainsi dire que les désobéissant·e·s ont en quelque sorte « le pouvoir de provoquer » un procès¹³⁸. Pour ces différentes raisons, il n'est pas surprenant que la réception matérielle en droit de ces actes de désobéissance civile le soit avant tout par le prisme du droit pénal.

- 7.36 Si l'on examine tout d'abord la typicité des infractions retenues à l'encontre des activistes, on observe qu'ils/elles sont poursuivi·e·s dans la plupart des cas pour contrainte (art. 181 CP¹³⁹), puisque leur action ne constitue pas une manifestation autorisée, violation de domicile (art. 186 CP), si l'action ne se déroule pas sur le domaine public, ou entrave aux services d'intérêt général (art. 239 CP). Cependant, si leurs actes remplissent en effet les éléments constitutifs objectifs de ces infractions, encore faut-il pour les condamner en reconnaître l'illicéité et le caractère coupable.
- 7.37 Ainsi, l'autorité doit ensuite examiner le caractère illicite de l'infraction, c'est-à-dire déterminer si le·a prévenu·e peut bénéficier d'un motif justificatif. Parmi ces motifs, on distingue les motifs justificatifs légaux et les motifs justificatifs extra-légaux¹⁴⁰. Contrairement aux circonstances atténuantes qui visent la culpabilité de l'auteur·e, il est ici question non pas d'excuser un acte, mais de le reconnaître licite¹⁴¹. Les activistes écologistes plaident pour une application des art. 14 CP (acte licite de culpabilité), d'un état de nécessité ou de légitime défense (art. 15 et 17 CP), voire d'un motif extra-légal de protection de sauvegarde d'intérêts légitimes¹⁴². Néanmoins, leur interprétation de ces motifs diverge de celle des tribunaux et cette stratégie de défense n'a que rarement fonctionné. En effet, on considère que la légitime défense ne peut être invoquée que pour sauvegarder des biens juridiques personnels et non les intérêts d'un groupe¹⁴³. Concernant l'art. 17 CP, il ne peut s'appliquer que si les biens juridiquement protégés en cause bénéficient d'un degré de protection supérieur à ceux qui seraient lésés et sont individuels, ce qui n'a pas encore été reconnu en matière environnementale¹⁴⁴. Par ailleurs, si les tribunaux se montrent compréhensifs par rapport à l'intérêt symbolique et

137 Voir en particulier le déni de la qualité pour agir au groupe « Aînés pour le Climat » : ATF 146 I 145.

138 Cette possibilité étant utilisée de manière différente par les activistes en fonction de l'ordre juridique dans lequel ils/elles se trouvent et selon le traitement de leurs cas par les autorités pénales, DOHERTY/HAYES, 3 ss.

139 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

140 BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, art. 14 N 67, qui parlent d'un concept dangereux en raison de son indétermination. CR CP I-MONNIER, art. 14 N 55 ss; PC CP, art. 14 N 36 ss; PK StGB-TRESCHSEL/GETH, art. 14 N 13 ss.

141 BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, art. 14 N 1.

142 À leurs yeux la protection de l'environnement, des générations futures ou de la vie sur Terre par exemple, mais qui nous le verrons ne sont pas en adéquation avec les situations visées par cette notion juridique.

143 CR CP I-MONNIER, art. 15 N 5 ss; PC CP, art. 15 N 13.

144 Un cas typique serait celui d'une femme tuant son époux, car celui-ci menace de la tuer, elle et ses enfants, ATF 125 IV 49. La question se pose dans les cas de contentieux climatique de savoir si la sauvegarde du droit à la vie des activistes ne pourrait pas constituer un tel bien protégé individuel.

médiatique des recourant·e·s à effectuer leur action de désobéissance, ils en condamnent l'usage comme disproportionné et violant le principe de subsidiarité¹⁴⁵. À titre d'exemple, dans l'ATF 129 IV 6¹⁴⁶ concernant une action de blocage de transport de combustibles nucléaires menée par des membres de Greenpeace, le TF a retenu que « dans un État de droit démocratique, les buts politiques et idéaux doivent en principe être poursuivis par des moyens politiques, respectivement par la voie juridique. » Ainsi, la dimension politique et collective de l'action des militant·e·s n'est pas appréhendée, et la simple réalisation de la typicité de l'infraction déteint sur le reste de l'analyse, présumant son illicéité¹⁴⁷.

S'agissant enfin de la culpabilité des auteurs d'un acte de désobéissance civile, la stratégie des militant·e·s de faire valoir l'honorabilité et le civisme de leur action est, elle aussi, en porte à faux avec l'acception actuelle de ces notions dans le domaine juridique. Le CP prévoit pourtant une série de circonstances atténuantes qui permettent d'atténuer la peine encourue (culpabilité, art. 48 ss CP), dont le fait d'agir avec un motif honorable. L'existence d'un motif honorable est « une notion qui s'apprécie d'après les valeurs éthiques reconnues par la collectivité »¹⁴⁸. Ces valeurs doivent pouvoir être qualifiées de « supérieures »¹⁴⁹, à savoir « mériter l'estime, forcer la considération et le respect [et] enfin [être] conformes aux idées d'honneur et de dignité »¹⁵⁰. Or, il va sans dire qu'au vu de l'indétermination de cette notion, les tribunaux se montrent frileux à l'appliquer. Face à des buts politiques, la doctrine et la jurisprudence soulignent même que mobiles politiques et mobiles honorables ne se recoupent pas toujours¹⁵¹, voire que l'un exclurait

7.38

145 En particulier, ATF 129 IV 6, JdT 2005 IV 215, c. 3.5 à 3.7. « Les moyens de discussion sur la politique environnementale choisis par les recourants ne sont pas proportionnés au but visé. L'intensité et la durée des mesures de protestation dépassent le seuil d'influence politique tolérable dans un État de droit démocratique »; ATF 119 IV 301, JdT 1995 IV 147; ATF 108 IV 165, JdT 1983 IV 142; TPol. Arr. la Côte, 20.12.2018, PE18.005962 (antisépécisme).

146 JdT 2005 IV 215.

147 Voir : ATF 119 I 301 et ATF 134 IV 216. Dans ce dernier, le TF indique explicitement que « [d]as Fernziel und das Motiv sind im Unterschied zum Nötigungsmittel und zum Nötigungszweck keine Elemente des Tatbestands der Nötigung. »

148 Sur la distinction entre convictions et mobile honorable cf. ATF 101 IV 387 « Celles-ci [les convictions] représentent la position que tout être humain adopte à l'égard de certaines valeurs d'ordre éthique, social, voire juridique. Elles peuvent présenter un caractère durable, profond ou n'être qu'une réaction devant un cas concret, en relation avec l'infraction. Le mobile est en revanche la cause psychologique d'une manifestation donnée de volonté. Le plus souvent il représente l'expression de sentiments conscients ou inconscients, d'impulsions ou de raisonnements qui ont une incidence médiate ou immédiate sur l'infraction. Les convictions générales ou particulières de l'individu peuvent avoir une relation étroite avec ses mobiles, mais ce n'est pas nécessairement le cas. ».

149 ATF 128 IV 53; ATF 101 IV 387.

150 ATF 101 IV 387.

151 PC CP, art. 48 N 6, les auteurs insistent particulièrement sur ce point. En effet, au sens de la jurisprudence le mobile politique n'est pas « en soi un mobile honorable; il peut l'être, mais peut aussi être éthiquement neutre ou condamnable » (cf. ATF 128 IV 53, c. 3). Voir en outre un arrêt ancien,

l'autre¹⁵². A ce niveau également, trop de clémence envers les actes des désobéissant·e·s est considérée d'un mauvais œil¹⁵³. Pour justifier une telle approche, on lit chez les juristes et une partie des politiques une crainte d'une recrudescence des cas « de justice privée » ou un « délitement de l'État de droit » en l'absence de sanction¹⁵⁴.

- 7.39 La décision rendue par le Tribunal de police de Lausanne le 13 janvier 2020¹⁵⁵ mérite cependant d'être mentionnée, car elle témoigne d'un vacillement de ces lignes de front (ou d'interprétation devrait-on dire). En effet, le tribunal y a admis l'argumentation des activistes du Lausanne Action Climat à la surprise de la doctrine. S'agissant de l'existence du danger tout d'abord, le juge y a considéré de nombreux éléments issus des rapports du GIEC, mis en évidence par les témoignages des expert·e·s appelé·e·s à témoigner¹⁵⁶ et faisant partie intégrante du cadre conceptuel de la non-durabilité tel que développé par les mouvements écologistes. Des exposés des témoins, le juge a retenu

ATF 101 IV 29 qui prévoit qu'« on chercherait en vain dans le Code pénal une disposition qui reconnaîtrait au mobile politique comme tel un caractère particulier d'honorabilité. C'est d'ailleurs normal, tant il est vrai que de semblables mobiles ont parfois sur le plan éthique les valeurs les plus diverses et peuvent aussi bien relever d'un idéalisme altruiste que de l'égoïsme le plus bas. S'il peut en effet paraître admirable de prendre des risques pour libérer ses semblables de l'oppression, on ne saurait souscrire en aucun cas à des actes de violence commis dans le but de s'installer confortablement à la tête d'un autre régime d'oppression, ni à la démarche consistant à lutter par les armes contre le gouvernement d'un État où règnent des institutions permettant d'agir par des moyens démocratiques, pour le seul motif que l'on est incapable de réunir une majorité. »

152 OFK StGB-DONATSCH, art. 48 N 1.

153 Depuis l'arrêt du TF dans l'affaire du Lausanne Action Climat (ATF 147 IV 297) rendu le 26 mai 2021 postérieurement à la rédaction de la première mouture de cette contribution, ce constat peut être nuancé. Les tribunaux semblent considérer de plus en plus fréquemment que des circonstances atténuantes peuvent être retenues en matière climatique. On assiste donc à un processus du droit « en train de se faire » qui permet de souligner sa nature dynamique et les choix qui le sous-tendent.

154 ATF 129 IV 6, JdT 2005 IV 215.

155 TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742. Les faits à l'origine de l'affaire concernent une action de désobéissance civile menée par des militant·e·s écologistes qui ont occupé les locaux de la banque Credit Suisse afin de protester contre les investissements de cette dernière dans les énergies fossiles. Cette décision a été réformée par le TC vaudois, ce que le TF a confirmé dans un ATF 147 IV 297. Un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme est pendant. Dans le canton de Genève, une affaire présentant des similarités a également fait l'objet d'un processus de recours et a débouché sur l'arrêt TF, 28.9.2021, 6B_1298/2020. Dans cette affaire, l'activiste poursuivi a été acquitté devant le TC genevois, mais condamné en première instance, puis par le TF. Le raisonnement du TC genevois est également représentatif de ces vacillements : TC Genève, 14.10.2020, AARP/339/2020.

156 TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, c. 4. 2. Cet élément mérite d'être relevé dans la mesure où la place accordée à l'expertise scientifique sur la question climatique est beaucoup plus centrale que dans les jurisprudences antérieures, signe qu'une partie des revendications et éléments dénoncés par les activistes sont implicitement jugés comme ayant acquis une plus grande légitimité. La possibilité de faire entendre des expert·e·s est par ailleurs un des enjeux qui a mobilisé les activistes dans les procès ultérieurs que ce soit dans le cadre du « Procès des 200 » ou celui

l'existence d'un consensus scientifique (97-99%) sur l'origine anthropique du réchauffement climatique et admet à ce titre l'existence d'un danger pour la vie et la santé des prévenu·e·s résultant notamment des activités financières de la banque en lien avec le support aux énergies fossiles. L'imminence de ce danger découle des faits scientifiques mis en avant par les activistes et exposés plus haut, repris comme éléments probants. Or, le juge a souligné à cet égard que l'Accord de Paris n'est actuellement pas respecté par la Suisse, ce qui plaide en faveur d'un besoin imminent d'actions pour que des mesures adéquates soient mises en œuvre. Le rôle de la place financière suisse dans les émissions de gaz à effet de serre constituant un des plus gros nœuds – et échappant à tout contrôle politique – selon les études fournies, le juge a admis que les activités de la banque en question étaient de nature à constituer un danger imminent dont les prévenu·e·s veulent se défendre. On voit donc une certaine porosité possible et *in casu* effectuée des motifs mis en avant par les mouvements écologistes dans un raisonnement juridique. Sur la notion de subsidiarité, le juge a estimé que le cas qui lui était soumis différait de la jurisprudence antérieure, tout d'abord en raison de l'évolution des connaissances scientifiques liées au changement climatique (18 ans se sont écoulés depuis l'ATF 129 IV 6) et à des enjeux de temporalité différents (besoin de prise de mesures dans les 10 ans à venir). La focale a implicitement été placée sur l'asymétrie des rapports de pouvoir entre les acteurs en cause, en raison de la puissance des lobbies de la finance et des énergies fossiles, à l'égard desquels le gouvernement peine à faire adopter des mesures contraignantes¹⁵⁷. En définitive, de nombreux éléments du cadre conceptuel des écologistes présenté plus haut ont été reconnus comme pouvant avoir une force d'argumentation audible par l'autorité judiciaire. Enfin, le juge, conscient de l'attention médiatique et des critiques formulées en amont de la procédure dans le débat public, a insisté sur le caractère particulier et totalement non violent de l'action sur laquelle il s'est prononcé¹⁵⁸. En ce sens, il a limité la portée que pouvait avoir ce jugement dans l'argumentation d'autres groupes et rassuré les détracteurs·trices de ce mode d'action, tout en apaisant une partie des tensions et des incompréhensions qu'aurait suscité une condamnation auprès de la population favorable à cette action. Néanmoins, ce jugement reste marginal et a été infirmé sur recours. Ainsi, il n'existe pour l'instant aucun cas dans lequel une instance supérieure aurait admis appliquer des motifs justificatifs à un cas de désobéissance civile environnemental en droit suisse.

Dès lors, il nous semble que ces considérations permettent de mettre en avant les difficultés pour le droit pénal de penser l'action politique des citoyen·ne·s autrement que par le prisme de leur illicéité au sens large. On constate également une importante 7.40

de la Zone à défendre de la Colline. Voir p. ex. : Un procès climatique sans climatologues, Le Temps, 25.5.2021, disponible sous : <<https://www.letemps.ch/suisse/un-proces-climatique-climatologues>> (22.3.2022).

157 TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, c. 4. 2.

158 *Ibid.*

césure entre les stratégies de défense des activistes (qui estiment avoir le droit de leur côté ou, pour le moins, agir au bénéfice de motifs justificatifs ou atténuants qui permettraient de les distinguer des criminel·le·s dits « de droit commun ») et la réalité de la pratique et du raisonnement pénal. Ce constat implique aussi que les activistes, s'ils/elles souhaitent éviter la poursuite ou obtenir des acquittements, doivent présenter une défense intelligible pour l'autorité judiciaire et nécessairement recourir à l'aide de personnes maîtrisant les arcanes du droit pénal, tout en acceptant qu'une condamnation soit probable¹⁵⁹. Cependant, le·a juge pénal n'est pas réduit à devoir effectuer une application mécanique de la loi. Au contraire, une marge d'interprétation lui est octroyée, afin de tenir compte des circonstances des cas et permettre une adaptation à l'évolution des normes sociales¹⁶⁰. Nous l'avons vu au travers du cas du jugement de première instance de l'affaire du Lausanne Action Climat, le raisonnement qui doit être appliqué est d'ailleurs plus complexe que le simple fait d'établir un calque entre typicité et illicéité. En d'autres termes, les outils qui rendraient possible la prise en compte de la nature particulière des actes de désobéissance civile existent, mais ne sont en pratique pas utilisés. Partant, en matière pénale, tant la doctrine que la jurisprudence adoptent la même conclusion face aux actes de désobéissance civile, à savoir, les traiter comme des infractions ordinaires.

2. Sous l'angle des droits fondamentaux

- 7.41 Comme précédemment annoncé, une deuxième facette de la réponse juridique aux actions de désobéissance civile relève de l'analyse des libertés fondamentales puisque les militant·e·s écologiques se revendiquent généralement comme agissant du côté du droit, face à des pratiques illicites. Ils/elles font valoir une nouvelle interprétation de la loi ou des droits fondamentaux (existants ou à créer), en particulier du droit à la vie et du droit à un environnement sain¹⁶¹. De plus, leurs actes sont motivés par des considérations politiques ou éthiques et constituent une forme d'expression politique susceptible d'être protégée par les libertés de communication. Dans cette optique, les militant·e·s écologistes révèlent des conflits de droits et de libertés, car l'expression de leur opposition entre en conflit avec d'autres intérêts traduits dans la loi, le plus souvent pénale comme exposé ci-dessus. Notre examen visera donc à déterminer dans quelle mesure l'interprétation des libertés fondamentales soutenue par les activistes est conforme à l'acception qui en est faite par les juristes et à établir si et dans quelle mesure leurs actes peuvent être couverts par une application de ces libertés.

159 Constat qui prévaut plus largement lors du choix du recours au contentieux stratégique comme stratégie d'action, cf. LOCHAK.

160 Les motifs justificatifs extra-légaux sont en ce sens une manière de reconnaître que le droit pénal admet, dans certaines circonstances, une innovation par les·juges, dans le but de rester en accord avec les finalités et principes généraux du droit pénal.

161 CABANES, 147 ss; MICHELOT, 31 ; TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 54.

En droit suisse, l'art. 10 Cst. féd.¹⁶², dont le pendant international est l'art. 2 CEDH¹⁶³, 7.42 consacre le droit à la vie (al. 1) et à la liberté personnelle (al. 2). Ce droit consacre avant tout un devoir de protection de l'État pour la vie des individus et a pour corollaire l'interdiction de la peine de mort¹⁶⁴. Cette disposition joue traditionnellement un rôle important dans le cadre des activités policières de l'État, lorsque ses agents recourent à la force létale dans le cadre d'une opération de police. La liberté personnelle quant à elle englobe les trois dimensions jugées indispensables à la vie des individus : le respect de leur intégrité physique, psychique et de leur liberté de mouvement¹⁶⁵. Elle protège l'épanouissement de la personnalité dans un sens large¹⁶⁶. C'est une garantie subsidiaire en raison de son caractère général. Elle ne trouve à s'appliquer que si un autre droit fondamental plus spécifique n'offre une meilleure protection contre une ingérence¹⁶⁷. Pour le surplus, le champ de protection de cette disposition est similaire à celui prévalant pour l'art. 2 CEDH (« droit à la vie »). Le droit à un environnement sain quant à lui a un statut contesté¹⁶⁸. Dans l'économie générale de la CEDH, il n'est pas consacré explicitement, mais apparaît dans l'analyse des effets de l'art. 8 CEDH (protection de la vie privée et familiale, voire protection du domicile). En droit suisse, la Constitution ne connaît pas non plus de droit à un environnement sain en tant que tel. C'est par le truchement de la jurisprudence européenne en matière de droits fondamentaux que cette notion déploie tout de même certains effets dans l'ordre juridique suisse, sans être exclusivement rattachée à l'une ou l'autre liberté existante¹⁶⁹. La doctrine considère plutôt que ce qui pourrait se rapprocher d'un « droit à un environnement sain » découle de la mise en œuvre de principes constitutionnels comme celui du développement durable (art. 73 Cst. féd.) ou de certains mécanismes de protection consacrés par la législation ordinaire¹⁷⁰. Cependant et sans entrer dans les détails, la jurisprudence tant suisse qu'euro-péenne reste assez claire : toute dégradation de l'environnement ne constitue pas systématiquement une atteinte aux droits consacrés à l'art. 8 CEDH¹⁷¹. Par ailleurs, pour

162 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

163 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

164 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 305 ss.

165 DUBEY, N 1342 et 1344 use de la métaphore suivante pour résumer la place de cette liberté au sein de l'ordre constitutionnel : « la liberté personnelle est à l'ordre constitutionnel ce que les cellules souches sont à un organisme vivant : c'est un droit indifférencié qui a la capacité d'engendrer des droits spécialisés qu'il appartient au juge constitutionnel de provoquer. »

166 *Ibid.*, N 1368.

167 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 345.

168 MARTENET, 137.

169 *Ibid.*, 147 ; FLÜCKIGER, Environnement, 619 qui explique que l'on peut utiliser les différentes facettes des droits fondamentaux, comme celui à la santé, pour garantir une meilleure protection de l'environnement.

170 Droit à l'information environnementale, droit de participation, protection contre les nuisances, etc. À ce sujet : MAGISTRO, 208 ss.

171 CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel, 45 ; CourEDH, arrêt *Fadeïeva c. Russie* du 9.6.2005, requête n° 55723/00, § 68 ; CourEDH, arrêt *Kyrtatos c. Grèce* du 22.5.2003, requête n° 41666/98, § 52 ; CourEDH, arrêt *Dubetska et autres c. Ukraine* du 10.5.2011, requête n° 30499/03, § 105

qu'une action sur cette base puisse être interjetée devant les autorités, encore faut-il pouvoir faire valoir une qualité pour agir particulière¹⁷². Ainsi, la protection juridictionnelle offerte par le droit à un environnement sain ne peut à ce jour être jugée équivalente à celle offerte par une autre liberté fondamentale classique.

- 7.43 Néanmoins, en lien avec les actions de désobéissance environnementale, il n'est pas rare que les militant·e·s se prévalent d'une atteinte à leur droit à un environnement sain et leur droit à la vie, dans la mesure où des détériorations environnementales peuvent indirectement avoir des effets sur la jouissance de leurs libertés et faire peser une menace sur leur santé et leur vie comme nous avons pu le voir avec les grévistes du climat¹⁷³. Or, il existe bel et bien de la part de l'État des obligations positives de protection et de prévention en matière environnementale en vertu de ces droits fondamentaux, sous l'angle notamment de la protection contre les catastrophes naturelles ou des activités dangereuses¹⁷⁴. Ces devoirs se traduisent surtout dans l'obligation de prendre des mesures législatives visant à mettre en place des systèmes d'alertes, de contrôle et de réparation en cas de dommage ou de pertes humaines dues à un dégât environnemental, mais consistent aussi en un devoir d'information de la population sur les risques liés à une exposition à des éléments polluants¹⁷⁵. On peut aussi déduire de la jurisprudence de la CourEDH que la liberté personnelle et le droit à la vie déploient une dimension « horizontale indirecte » et constituent ainsi « un aspect important des obligations positives en matière environnementale [...] qui permet parfois d'invoquer une protection par l'État contre des actes dont l'origine sont des privés »¹⁷⁶. Néanmoins, quand bien même cette défense permet une certaine protection, la marge d'appréciation des États en la matière reste importante¹⁷⁷ et la jurisprudence, bien qu'en expansion, n'ouvre des brèches que ponctuellement¹⁷⁸. Ainsi, une reconnaissance abstraite d'un devoir de protection contre l'urgence climatique globale par cette voie n'est pas encore systématique, bien que la décision rendue dans l'affaire Urgenda aux Pays-Bas offre des

172 Voir arrêt du TF, 5.5.2020, 1C_37/2019; CourEDH, arrêt *Fadejeva c. Russie* du 9.6.2005, requête n° 55723/00, § 69.

173 SGK BV-SCHWEIZER, art. 10 N 17 qui admet que les crises écologiques font peser une menace sur la vie des individus et que l'État doit prendre des mesures de protection; TF, 5.5.2020, 1C_37/2019; TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742. Devant la CourEDH, arrêt *L'Erablière asbl c. Belgique* du 24.2.2009, requête n° 49230/07. Pour des exemples de discours d'activistes à ce sujet cf. *supra*.

174 CourEDH, arrêt *Boudaïeva et autres c. Russie* du 20.3.2008, requête n° 11673/02; CourEDH, arrêt *Ozel et autres c. Turquie* du 17.11.2015, requête n° 4350/05.

175 P. ex. : CourEDH, arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10.1.2012, requête n° 30765/08; CourEDH, arrêt *Roche c. Royaume-Uni* du 19.10.2005, requête n° 32555/96; CourEDH, arrêt *Vilnes et autres c. Norvège* du 5.12.2013, requête n° 52806/09 et 22703/10.

176 PETERMANN, 307 et 308.

177 *Ibid.* 309; CONSEIL DE L'EUROPE, Environnement; CourEDH, arrêt *Luginbühl c. Suisse* du 17.1.2006, requête n° 42756/02; CourEDH, arrêt *Greenpeace E.V. et autres c. Allemagne* du 12.5.2009, requête n° 18215/06.

178 Aussi en ce sens : MARTIN; BOURG/PAPAUX, 289 qui constatent que l'effectivité de ce droit est encore à développer; MARTENET, 137 ss.

perspectives réjouissantes, comme en témoigne l'invocation de cet arrêt et d'un tel droit par les activistes lors du procès de Lausanne le 13 janvier 2020¹⁷⁹.

Par ailleurs, et en lien avec les actions de désobéissance civile en matière environnementale, les activistes estiment que leurs actes de désobéissance peuvent être, sinon un droit en vertu des obligations de protection des États, au moins une forme d'expression protégée par leurs libertés de communication, de réunion ou de conscience. Ils/elles plaident notamment pour que la justice reconnaisse que leurs actions sont une forme de discours politique qui devrait être protégé lui aussi par les droits fondamentaux. Cette stratégie se heurte cependant à une interprétation divergente des autorités judiciaires. En effet, si l'analyse sous l'angle de ces libertés est parfois admise en pratique, l'examen des conditions de restriction de l'art. 36 Cst. féd. conduit plutôt à la justification de la restriction de leurs libertés¹⁸⁰. Ainsi, les auteurs des actions de protestation peuvent être poursuivis pénalement notamment pour contrainte au sens de l'art. 181 CP ou infractions à la LCR en l'absence d'autorisations d'usage du domaine public¹⁸¹, quand bien même, sous l'angle des droits fondamentaux, les flash-mobs, sit-in, etc. sont considérés comme des réunions pouvant bénéficier d'une protection constitutionnelle¹⁸². En effet, la tenue d'une action sur le domaine public ou ses abords peut être considérée comme un moyen de pression illicite entravant la liberté de décision et d'action d'autrui¹⁸³. Or, dans l'analyse effectuée de ces cas par les autorités, la dimension expressive de la mobilisation ne fait pas le poids face à la commission d'une infraction, faisant perdre à une réunion ou dénonciation publique son caractère protégé¹⁸⁴. Notons

179 TORRE-SCHAUB, 310; TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742. Le contentieux climatique n'a eu cesse de s'intensifier depuis le prononcé de la décision Urgenda et on relèvera en particulier également les arrêts suivants : Cour de La Haye, affaire *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell PLC* du 26.5.2021 qui condamne l'entreprise à réduire ses émissions de CO₂ et, en Allemagne, *Verfassungsgericht BvR 2656/18* du 24.3.2021.

180 Voir notamment sur l'articulation avec la liberté d'expression : ATF 134 IV 216, c. 5.3; ATF 127 IV 166; ATF 119 I 301, JdT 1995 IV 147.

181 Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741.01.

182 SGK BV-ERRASS, art. 22 N 15 ss; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observation générale n°37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (art. 21), CCPR/C/GC/37 du 17.9.2020.

183 Voir p. ex. : DONATSCH, 450 ss.

184 En particulier : ATF 134 IV 216; ATF 119 IV 301, JdT 1995 IV 147. Cela découle notamment de la condition de protection des réunions qui doivent être considérées comme « pacifiques ». Cependant, la perte de ce caractère particulier est admise de manière extensive, ce que regrette à juste titre une partie de la doctrine, cf. SGK BV-ERRASS, art. 22 N 38. Errass considère que l'on ne saurait impliquer du caractère illégal d'une réunion ou manifestation qu'elle est alors *a contrario* violente et donc non protégée. Dans ce cas alors « toute action non autorisée, spectaculaire ou inattendue serait alors d'emblée exclue du champ de protection de la liberté de réunion, dont la substance serait totalement vidée », N 38. Par conséquent, cette posture implique également, qu'en cas d'analyse pénale d'un rassemblement, il soit tenu compte des spécificités liées à l'importance et aux conditions d'exercice de la liberté de réunion, ce qui n'est actuellement pas le cas, puisque la jurisprudence considère que si les éléments constitutifs d'une infraction sont remplis, alors la protection est exclue. Il manque ainsi une articulation entre droits fondamentaux et droit pénal.

en particulier que les intérêts publics invoqués pour contrer les actes des militant·e·s mentionnés sont, en général, la protection de l'ordre public, de la sécurité publique ou les droits fondamentaux d'autrui, considérés comme menacés par le recours à des moyens d'action illicites¹⁸⁵. C'est en particulier sous l'angle de la proportionnalité que les restrictions sont admises. La jurisprudence révèle en effet que seul pourrait être admis l'usage d'actes illicites au service d'un autre droit fondamental lorsqu'il s'agit d'une *ultima ratio*. Il est cependant difficile d'imaginer des cas de figure permettant de répondre à cette exigence¹⁸⁶. Ces différentes considérations mettent en lumière une tension existante entre l'interprétation donnée des concepts juridiques par les militant·e·s écologiques qui veulent en faire évoluer les contours, tout en faisant reconnaître la légitimité de leurs revendications et l'acceptation positive de ces droits prévalant dans le champ juridique¹⁸⁷. Elles permettent également de souligner le potentiel interprétatif contenu au sein de ces concepts, présentés comme en apparence immuable¹⁸⁸ et mettent en exergue une volonté de voir certaines réformes effectuées dans la loi existante, jugée inefficace face aux enjeux environnementaux¹⁸⁹. Enfin, ces observations révèlent les rouages d'un système juridique qui peine à penser l'action collective, fonctionnant principalement sur le modèle de l'individualité et dans lequel toutes les libertés se valent.

VII. Conclusion

- 7.45 Au travers de cette contribution, nous avons mis en exergue les différences entre, d'une part, le discours des mouvements écologistes recourant à la désobéissance civile, le cadre conceptuel dans lequel s'inscrivent leurs actions et leur compréhension du droit, et d'autre part la réception concrète de ces notions par l'ordre juridique suisse. De cette analyse découle un certain nombre d'éléments. En premier lieu, étant donné la nature même de la non-durabilité, les militant·e·s sont contraint·e·s d'agir à des échelles variées et avec un éventail de tactiques de plus en plus diversifiées, incluant également le recours à des actions de désobéissance civile, en raison de l'urgence, mais aussi du caractère global de la problématique à combattre. Dans cette optique, le recours à la désobéissance civile se veut une tentative pour les activistes de se réapproprier une force d'action politique face à un problème dont l'identification et les solutions à apporter se révèlent toujours plus complexes. En second lieu, l'utilisation de ce moyen d'ac-

185 P. ex. : ATF 124 I 267, JdT 2000 I 336 ; ATF 119 IV 301.

186 Principalement ATF 127 IV 166, JdT 2005 IV 215.

187 À cet égard, voir aussi dans un autre domaine sur ce phénomène, CHALLE, 546 : « le militant quand il se fait juriste (et réciproquement) doit composer entre deux logiques : d'un côté, la défense d'une cause qui oriente sa perception cognitive et morale de l'action dont il prend connaissance ; de l'autre, la nécessaire anticipation de la réaction du juge souverain en lien avec les représentations qu'il a de celles-ci. » Il existe ainsi une différence flagrante entre ce que l'auteur nomme le jugement « ordinaire », effectué par des non-juristes et le jugement « de droit ».

188 MOOR, 247.

189 À ce sujet, voir : FLÜCKIGER, *Légistique*, 615-616.

tion est aussi une opportunité d'investir le terrain du droit, bien que dans une grammaire distincte, avec pour objectif de forcer ce dernier à amorcer une réflexion sur son attitude face aux enjeux de la crise écologique¹⁹⁰. À cet égard, la désobéissance environnementale envoie le signal fort que le troisième pouvoir ne saurait faire désormais l'économie d'un positionnement sur la question politique de la lutte contre la non-durabilité comme système, son rôle étant de former un réel contre-pouvoir et non pas uniquement de se borner à lire la loi. Par ailleurs, la logique à la fois évanescence et systémique de la non-durabilité se pose en limite contre laquelle butte le droit – y compris lorsqu'il propose d'instituer l'écocide en crime – dès lors que son épistémologie actuelle peine à penser le collectif ou le politique, réduisant toujours le point de départ de toute protection ou réflexion à l'individu. Face à ce constat, la désobéissance civile n'est en rien une panacée, mais elle a le mérite de rappeler aux acteurs juridiques la nature dynamique de l'objet qui les occupe, de même que son origine et sa dimension politique¹⁹¹. Les activistes dénoncent ainsi également par leur pratique une attitude : celle du légalisme, face à une situation de crise environnementale nécessitant une mise en œuvre rapide de protection. En d'autres termes, la désobéissance civile « constitue [...] un acte d'auto-institution démocratique par lequel la collectivité se soulève contre la tendance d'une loi à s'autonomiser des activités sociales dont elle procède »¹⁹². Enfin et en définitive, le jugement rendu dans la cause des activistes du Credit Suisse témoigne que des changements de paradigmes sont possibles, bien qu'encore non partagés ou timidement. De même, cette décision a permis de montrer qu'une alternative de mise en œuvre du droit, plus consciente du rôle social que les juges ont à jouer, n'est pas une chimère¹⁹³. En reconnaissant que le réchauffement climatique est un danger imminent et que les moyens « juridiques mis à disposition des prévenus » pour l'éviter sont insuffisants, le juge a bien convoqué en présence deux réalités trop souvent coupées l'une de l'autre¹⁹⁴. Sans cela, à tout le moins en matière d'écologie, « [l]a perspective d'un rythme de transformation extrêmement rapide laisse prévoir qu'il est infiniment probable que, dans les démocraties modernes, la désobéissance civile jouera un rôle de plus en plus important »¹⁹⁵.

190 HAYES/OLLITRAULT parlent de mise en demeure des juges par les désobéissant·e·s qui doivent se saisir de la question, 118 ; CERVERA-MARZAL, Nouveaux, 123.

191 La désobéissance civile constitue en ce sens une forme d'avertissement sur l'(in)effectivité de certaines lois et leur acceptation, FLÜCKIGER, Légalistique, 615.

192 CERVERA-MARZAL, Nouveaux, 79.

193 Cette décision fait cependant l'objet d'une procédure d'appel au niveau cantonal et sera encore probablement suivie d'une phase d'examen au niveau fédéral.

194 TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, 54.

195 ARENDT, 89.

§ 8 « L'état de nécessité climatique » : entre application concrète, herméneutique et abduction

Alexia Tissières*

« Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. » – Article 35 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793

Table des matières

I.	Avant-Propos	235
II.	Premiers jugements suisses de désobéissance climatique	237
1.	Bref rappel des situations concrètes	237
a)	Affaire du collectif Lausanne Action Climat	237
b)	Affaire genevoise dite des « mains rouges »	237
c)	Jugement lausannois du 11 décembre 2020	238
2.	Etat de nécessité et ses contours généraux	239
a)	Danger imminent	239
b)	Sauvegarde d'un intérêt prépondérant: biens juridiques mis en cause	240
c)	Subsidiarité absolue des moyens utilisés	240
d)	Adéquation des moyens employés à écarter le danger (?)	241
f)	Envoi vers le titre 3	241
3.	Etat de nécessité face à la désobéissance civile climatique tel qu'appréhendé par les tribunaux suisses	242
a)	Rappel du contexte dans lequel se sont inscrits les actes militants	242
b)	Appréhension de l'état de nécessité dans le contexte de la « désobéissance climatique »	243
4.	Etat de nécessité climatique: une lecture critique au sein du monde juridique suisse	247
a)	Danger imminent	248
b)	Adéquation des moyens employés à écarter le danger	249
c)	Subsidiarité absolue des moyens utilisés	251
d)	Paradoxe de la désobéissance licite	252
5.	Envoi vers le Titre III	253
III.	« Etat de nécessité climatique », un débat entre univocité et abduction	254
1.	Limites de l'interprétation: la sémiotique au cœur du juridique	254
2.	Mise en perspective: Interprétation de l'état de nécessité par le Tribunal de police de Lausanne (janvier 2020)	258
a)	Jugement de Renens: un rappel de l'importance du contexte dans l'acte d'interprétation	258
b)	Jugement de Renens: un rappel de l'importance du juge dans l'acte d'interprétation	263
c)	Envoi vers le titre IV	264

* Avocate-stagiaire depuis le 1^{er} mars 2022. La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de Me Parein.

IV.	Enseignements et questionnements	266
1.	Équité au fondement de toute décision	266
2.	Place du 3 ^e pouvoir en <i>continental law</i> : le Tribunal aurait-il outrepassé ses compétences ?	267
3.	Le <i>Jugement de Renens</i> est-il en porte-à-faux avec la démocratie ?	269
4.	Etat de nécessité climatique, une brèche ouverte vers le chaos ?	270
V.	Conclusion	272
1.	Un semblant de nuance	272
2.	Clôture	273

Bibliographie

- ALLARD JULIE/VAN WAEYENBERGE ARNAUD, De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger, RIEJ 61/2 (2008), 109 ss ; ARENDT HANNAH, Juger : Sur la philosophie politique de Kant, Paris 1991 ; ASSIER-ANDRIEU LOUIS, Le droit dans les sociétés humaines, Paris 1996 ; BOLKENSTEYN ARUN, Les opinions séparées des juges en droit genevois, in Hottelier/Hertig/Flückiger (éd.), Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Zurich 2019, 35 ss ; BOURG DOMINIQUE/DEPAY CLÉMENTINE/FAVRE BRIAN (dir.), Désobéir pour la terre : Défense de l'état de nécessité, Paris 2021 ; BOURG DOMINIQUE/BOY DANIEL, Conférences de citoyens : mode d'emploi, Paris 2005 ; BRENCI ALESSANDRO, De la question juridique de principe : La traduction de l'autorité judiciaire suprême ; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2015 ; CÔTÉ PIERRE-ANDRÉ, Fonction interprétative et fonction législative : conceptions théoriques de leurs rapports, in Amselek (éd.), Interprétation et droit, Bruxelles 1995 ; DEPAY CLÉMENTINE, L'état de nécessité licite (art. 17 Code pénal) au service de l'urgence climatique ou, le ressort par lequel le juge pénal se retrouve à juger de la mise en œuvre de l'Accord de Paris, CEDEAT Newsletter 9, 2020 ; DEMOGUE RENÉ, Notions fondamentales du droit privé, Paris 1911 ; DONGOIS NATHALIE *et al.*, Code pénal : Partie générale (art. 1 – 110) : Table pour les études et la pratique, 4^e éd., Bâle 2016 ; ECO UMBERTO, Les limites de l'interprétation [1990], Paris 1992 ; FAVRE CHRISTIAN/PELLET MARC/STOUDMANN PATRICK, Code pénal annoté, Lausanne 2011 ; FLÜCKIGER ALEXANDRE, (Re)faire la loi : Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019 ; GADAMER HANS-GEORGE, Vérité et méthode, Paris 1996 (cité : GADAMER, Vérité) ; GADAMER HANS-GEORGE, L'Art de comprendre : Ecrits I : Herméneutique et tradition philosophique, Paris 1982 (cité : GADAMER, Comprendre) ; GRAA NUMA, Qu'est-ce qu'un « danger imminent » ?, RPS 138 (2020), 285 ss ; HÖSLI ANDREAS/WEBER ROLF H., Klimaklagen gegen Unternehmen, Jusletter du 25.5.2020 ; HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal : Partie générale : Nouvelle édition refondue et augmentée, Zurich 2008 ; HURTADO POZO JOSÉ/GODEL THIERRY, Droit pénal général, 3^e éd., Zurich 2019 ; IPCC, Summary for Policymakers, in Masson-Delmotte *et al.* (éd.), Global Warming of 1.5°C: An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, 2018 (cité : IPCC, SR 1,5°C) ; IPPERCIEL DONALD, Théorie des préjugés selon Descartes et Gadamer, Horizons philosophiques 7/2 (1997) ; JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018 ; JOUZEL JEAN/LARROUTOUROU PIERRE, Pour éviter le chaos climatique et financier, Paris 2017 ; KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016 ; LATOUR BRUNO, La fabrique du droit, Paris 2002 ; MACALUSO ALAIN/MOREILLO LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2^e éd., Bâle 2020 (cité : CR CP I-AUTEUR.E, art. 1 N 1) ; MACALUSO ALAIN/PIQUEREZ GÉRARD, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Zurich 2011 ; MALM ANDREAS, Comment saboter un pipeline, Paris 2020 ; MANDELA NELSON, Long Walk to Freedom, Londres 1995 ; MOOR PIERRE, Juge de paix ou Cour suprême, Plaidoyer, 1996 ; DE MURALT, Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale, Paris 1995 ; NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, et Strafgesetzbuch II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB/JStG-AUTEUR.E, art. 1 N 1) ; OFEV, L'accord de Paris sur le climat, 21.8.2018 ; OFEV *et al.*, 2020 : Changements climatiques en Suisse : Indica-

teurs des causes, des effets et des mesures, État de l'environnement n° 2013, Berne 2020; OST FRANÇOIS, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles 2007; OST FRANÇOIS/VAN DE KERCHOVE MICHEL, *Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation du droit*, in Amselek (éd.), *Interprétation et droit*, Bruxelles 1995; PAPAUX ALAIN, *Introduction à la philosophie du « droit en situation » : De la codification légaliste au droit prudentiel*, Zurich 2006 (cité : PAPAUX, *Introduction*); PAPAUX ALAIN, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction : L'exemple du droit privé international privé*, Paris/Bruxelles/Zurich 2003 (cité : PAPAUX, *Essai*); PERELMAN CHAÏM, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Paris 1979; PETEL MATTHIAS, *La désobéissance civile climatique : menace pour l'Etat de droit ou stratégie légitime face à l'urgence ?*, J.L.M.B. 22 (2020), 1051 ss; RICŒUR PAUL, *Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique*, in Amselek (éd.), *Interprétation et droit*, Bruxelles 1995, 177 ss (cité : RICŒUR, *Herméneutique*); RICŒUR PAUL, *Le Juste*, Paris 1995 (cité : RICŒUR, *Juste*); RIGAUX FRANÇOIS, *La loi des juges*, Paris 1997; TIMSIT GÉRARD, *Les noms de la loi*, Paris 1991; TRECHSEL STEFAN/GETH CHRISTOPHER, *Art. 17 StGB*, in Trechsel/Mark (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, Zurich 2017 (cité : PK StGB-AUTEUR · E, art. 17 N 1); WOHLERS WOLFGANG, *Art. 17 StGB*, in Wohlers/Gothenzi/Schlegel (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Berne 2020 (cité : HK StGB-AUTEUR · E, art. 17 N 1).

Travaux préparatoires

Message concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787 (cité : Message nCP, FF 1999 II 1787); Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de Code pénal suisse, du 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1 (cité : Message CP, FF 1918 IV 1); Message relatif à la révision totale de la Loi sur le CO₂ pour la période postérieure à 2020, du 1^{er} décembre 2017, FF 2018 229 (cité : Message Loi sur le CO₂ avant 2020, FF 2018 229); Loi fédérale sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre (Loi sur le CO₂) du 25 septembre 2020, FF 2020 7607 (cité : Message Loi sur le CO₂, FF 2020 7607).

I. Avant-Propos

Depuis le 13 janvier 2020, date à laquelle furent acquittés douze militants pro-climat par un Tribunal de police¹, la désobéissance civile² n'est plus uniquement l'affaire des chaussées citadines ni de nos instituts financiers : elle a massivement investi les prétoires. À ce jour³, au total, cinq jugements⁴ (dont deux de deuxième instance) ont été

1 TPol Arr. Lausanne VD, 13.1.2020, PE19.000742 (cité : Jugement de Renens). Les considérants du jugement sont disponibles sous : BUSSLINGER BORIS, *Les considérants du jugement du procès de Credit Suisse contre des écologistes sont accessibles*, Le Temps, 29.1.2020, disponible sous : <https://www.letemps.ch> (15.9.2020).

2 Selon BOURG in Bourg/Demay/Favre, 15, la désobéissance civile peut être définie comme « le fait de compromettre intentionnellement un acte illicite [...] en vue d'attirer l'attention du public sur un danger collectif, danger insuffisamment encadré par la loi. Il s'agit ainsi d'une action politique, concernant la cité, ni individualiste ni intéressée, ayant pour dessein de conduire à une évolution du droit comme de l'action publique. ».

3 Cette contribution a, pour l'essentiel, été arrêtée au 20 décembre 2020. Seul l'arrêt topique du Tribunal fédéral et le rejet de la Loi CO₂ dans les urnes ont été pris en compte dans le texte en juillet 2021, aux dépens des autres jugements suisses de désobéissance civile intervenus depuis qui ne se démarquent pas fondamentalement des trois affaires relatives ici.

4 Cf. n 1, 11, 13, 14 et 16 pour les références.

rendus sur la question dans notre pays. Deux acquittements, deux condamnations et une décision plus mitigée, qui condamne certains actes, mais en acquitte d'autres. Ajoutons à cela les centaines de cas qui sont en attente d'être jugés et les nombreuses procédures de recours. Les trois décisions d'acquiescement susmentionnées se fondent sur trois motifs différents, de sorte que la surcharge et l'embarras des tribunaux face à cette question peuvent être actés.

- 8.2 Dans un premier temps, après avoir rappelé les principaux faits de ces affaires (II.1) ainsi que les contours généraux de l'état de nécessité licite (II.2), nous évoquerons l'application qu'en ont fait les juges aux cas d'espèce (II.3) pour enfin survoler les critiques qui ont pu être celles des juristes suisses (II.4). Nous ne concluons pas à la violation ou au respect du Code pénal, ces jugements ayant, à notre sens, précisément rappelé que le droit est une affaire d'argumentation, loin d'une *Rechtswissenschaft* détenant une vérité unique.
- 8.3 Après cette analyse plutôt positiviste, nous nous intéresserons à la décision lausannoise de janvier 2020⁵ – qui est la seule à reconnaître purement et simplement l'état de nécessité – à travers le spectre de l'herméneutique, concept qui sera rappelé en ses termes généraux et juridiques (III.1) avant d'être mis en relation avec ladite décision (III.2). Cette contribution a précisément pour cible la mise en lumière et en relation de certains concepts sémiologiques et philosophiques *via* des faits empiriques.
- 8.4 Nous voyons en ces affaires la révélation de certains traits du paradigme juridico-politique suisse. Nous quitterons alors encore davantage l'approche légaliste pour embrasser pleinement celle de la philosophie, puisque nous ne réfléchirons plus dans le droit, mais sur celui-ci. Après avoir traité de la notion d'équité comme spectre d'une décision (IV.1), nous nous questionnerons sur la place des tribunaux dans nos systèmes de *contidential law* (IV.2) et aborderons la relation ambiguë qu'entretient la désobéissance civile avec la démocratie (IV.3). Finalement, nous traiterons de la question de l'ouverture d'une boîte de Pandore pour les défenseurs du climat (IV.4).
- 8.5 Notre position sera exposée au terme de cette contribution dans un esprit de transparence : assurément, toute recherche d'intégrité requiert la reconnaissance de ses propres préjugés (au sens gadamérien du terme⁶) (V).

5 Elle est régulièrement désignée sous l'appellation de « Jugement de Renens » par les médias, du fait que les débats furent tenus à Longemalle, faute d'une salle de taille suffisante au Tribunal de Montbenon (not. RTS, Jugement de Renens : tournant pour l'état de droit ou bizarrerie, Infrarouge, 22.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> [20.12.2020]).

6 GADAMER, Comprendre, 32 ss ; GADAMER, Vérité, 118 ss.

II. Premiers jugements suisses de désobéissance climatique

1. Bref rappel des situations concrètes

a) *Affaire du collectif Lausanne Action Climat*

Dans l'intention d'informer l'opinion publique des effets climatiques importants et néfastes des choix d'investissements des banques suisses, un groupe d'une vingtaine de personnes, membres du collectif Lausanne Action Climat (ci-après : LAC), a pénétré le hall d'entrée de la filiale du Credit Suisse à Lausanne, le 22 novembre 2018. Ils y ont mimé une partie de tennis en scandant des slogans qui interpellaient l'égérie de la marque, le tennisman professionnel Roger Federer. Ceux ayant dû être sortis de la banque par la police ont été condamnés par ordonnance pénale pour violation de domicile (art. 186 CP⁷) et infractions à la Loi vaudoise sur les contraventions (art. 25 LContr⁸ ad art. 29 et 41 RGP⁹). Ils ont formé opposition et se sont vus déférés devant le Tribunal de police lausannois, assistés de treize avocats. En revanche, ni le Ministère public ni la partie plaignante n'ont assisté aux débats¹⁰.

Le 13 janvier, à la surprise générale, les douze activistes ont été acquittés au nom de l'état de nécessité (art. 17 CP). Sur appel du Procureur général vaudois, ils ont néanmoins été condamnés neuf mois plus tard par la Cour d'appel pénale vaudoise¹¹. Outre les infractions précitées, l'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP) a été retenu. Le 26 mai 2021, le Tribunal fédéral a confirmé la décision vaudoise, hormis la réalisation de l'art. 286 CP, et renvoyé l'affaire à l'instance précédente pour la fixation de la peine¹².

b) *Affaire genevoise dite des « mains rouges »*

Poursuivant le même but que les « tennismen », un mois plus tôt, lors d'une manifestation autorisée à Genève en octobre 2018, un groupe de militants, membres du collectif BreakFree, a apposé des traces de mains à la peinture rouge, dont de la peinture de chantier difficilement lavable, sur le bâtiment du Credit Suisse. Jugé pour dommages à la propriété qualifiés (art. 144 al. 2 CP) en février 2020, un des militants a invoqué l'état de nécessité. Le motif justificatif n'a cette fois pas été retenu par la première instance¹³, confirmant les attentes de la majorité des juristes. La Chambre d'appel pénale genevoise¹⁴ a, en revanche, déjoué tous les pronostics en cassant la décision qu'elle avait à

7 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

8 Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur les contraventions (LContr, RSV 312.11).

9 Règlement général de police de la Commune de Lausanne.

10 Pour une description détaillée des faits, cf. SCHAUFELBERGER *in* Bourg/Demay/Favre, 39 ss.

11 TC VD, 22.9.2020, PE19.00742/PCL (cité : Jugement d'appel vaudois).

12 TF 6B_1295/2020 du 26 mai 2021.

13 TPol Genève GE, 20.2.2020, P/24123/2018 (cité : Jugement du Tribunal de police genevois).

14 CJ GE, 14.10.2020, P/24123/2018, AARP/339/2020 (cité : Jugement d'appel genevois).

connaître pour retenir un état de nécessité corrélé à une erreur sur les faits, soit un état de nécessité putatif. Notre Haute Cour a été saisie tant par le Credit Suisse que par le Ministère public genevois¹⁵.

c) *Jugement lausannois du 11 décembre 2020*

- 8.9 Dans cette affaire¹⁶, le Tribunal de police a eu à juger plusieurs actes d'un seul militant, qui ont toutes eu lieu à Lausanne. La première, qui date de mars 2019, concernait aussi une action « mains rouges ». Toutefois, seule de l'éco-gouache avait été utilisée et le Credit suisse a retiré sa plainte. Le Tribunal ayant retenu l'art. 172^{er} CP – poursuivie sur plainte uniquement – le prévenu a été relaxé. Les deux événements suivants consistaient en des blocages de rues en septembre 2019. Pour ces faits, le jeune militant a été reconnu coupable d'entrave aux services d'intérêt général (art. 239 ch. 1 CP), d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP), d'infractions simples à la LCR¹⁷ (art. 90 al. 1 LCR) et de contravention à la Loi vaudoise sur les contraventions (art. 25 LContr *ad* art. 26 et 41 RGP). Enfin, lors du quatrième épisode, qui ne relève pas de la désobéissance civile, le militant avait été interpellé en présence d'un petit groupe d'individus, tous de noir vêtus et cagoulés, au départ d'une importante manifestation autorisée. Du matériel de casseur, comme des marteaux brise-vitre, avait été retrouvé en leur possession. Bien que le Tribunal n'ait pas reconnu l'intention du prévenu d'en faire usage et que celui-ci ait été plus collaborant que ses comparses, il a été jugé coupable de violence ou menace qualifiée contre les autorités et les fonctionnaires (art. 285 ch. 1 et 2 CP). Ainsi, si l'activiste a été acquitté pour l'action « mains rouges », ses autres activités militantes ont été condamnées à 120 jours-amendes¹⁸ avec sursis, dont 60 rien que pour ce dernier épisode, et à 2'000 francs d'amende. L'état de nécessité plaidé par la défense n'a pas été retenu.
- 8.10 L'audience d'appel au Tribunal cantonal vaudois s'est tenue le 17 juin 2021. Les jours-amendes ont été réduits par trois et l'amende par deux. L'acquiescement pour les faits à l'égard du Credit Suisse a été confirmé, au contraire du sursis retenu par la première instance. La motivation complète de la décision est encore attendue. La défense envisage un recours au Tribunal fédéral¹⁹.

15 ARMANIOS RACHAD, Procès « mains rouges » : Credit Suisse recourt au Tribunal fédéral, *Le Courrier*, 13.11.2020, disponible sous : <<https://lecourrier.ch>> (20.12.2020).

16 TPol. Arr. Lausanne VD, 11.12.2020, PE19.009252/PBR (cité : Jugement lausannois).

17 Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR, RS 741.01).

18 A quoi il nous faut encore ajouter une condamnation à 5 jours-amendes pour un cinquième état de fait qui ne nous intéresse guère ici.

19 HADDOU ROMARIC, Le sursis d'un militant climatique saute en appel, *24Heures*, 23.6.2021, disponible sous : <<https://www.24heures.ch>> (13.7.2021).

2. Etat de nécessité et ses contours généraux

Un acte n'est punissable que s'il est illicite (*rechtswidrig*) ; ainsi « [l']illicéité [...] représente [...] un élément constitutif non écrit de toutes les infractions pénales »²⁰. C'est pourquoi les dispositions justifiant la commission d'actes *a priori* illicites (art. 14 ss CP) se situent dans la partie générale du Code. Il existe en outre des faits justificatifs extra-légaux consacrés par la jurisprudence ou la doctrine, tels que le consentement du lésé ou la sauvegarde d'intérêts légitimes²¹. 8.11

L'état de nécessité licite (*rechtfertigender Notstand*) (art. 17 CP) est le droit d'atteindre au bien juridique d'autrui dans le but d'écarter un (a) danger imminent et d'ainsi protéger un (b) bien juridique supérieur, (c) s'il ne peut être sauvegardé autrement²². Une quatrième condition, celle de (d) l'aptitude des moyens employés à écarter le danger, pose question. Outre ces exigences propres à l'art. 17 CP, tout fait justificatif exige que l'auteur ait eu conscience des faits justifiant son comportement et la volonté d'atteindre le but légitimant sa conduite (élément subjectif)²³. 8.12

a) Danger imminent

L'état de nécessité implique l'exposition d'un bien juridique à un danger, d'origine naturelle ou humaine²⁴, et la probabilité élevée de la survenance d'un dommage²⁵. Qualifié d'imminent (*unmittelbare Gefahr*), le danger doit être actuel et concret²⁶. Il est actuel lorsque l'on n'est pas encore véritablement confronté à une atteinte immédiate, mais qu'il ne serait plus possible de se défendre plus tard ou seulement en prenant des risques beaucoup plus importants²⁷. L'examen de cette première condition doit se faire *ex ante* et conformément à l'avis d'un observateur neutre placé dans la position de l'auteur au moment des faits²⁸, en tenant compte de toutes les circonstances. L'imminence du danger a, par exemple, été reconnue dans le cas d'un tyran domestique tué dans son sommeil²⁹ (danger durable – *Dauergefahr*), mais nié dans celui d'un dérangement de transport de déchets radioactifs par des militants de Greenpeace³⁰. 8.13

20 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 702.

21 HURTADO POZO/GODEL, N 658; DONGOIS *et al.*, 59.

22 HURTADO POZO/GODEL, N 705.

23 ATF 104 IV 1, JdT 1979 IV 98; CR CP I-MONNIER, Intro aux art. 14-18 N 10; DONGOIS *et al.*, 59; BSK StGB/JStG-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 StGB N 24.

24 HURTADO POZO, N 747; CR CP I-MONNIER, art. 17 N 6; HK StGB-WOHLERS, art. 17 N 4.

25 CR CP I-MONNIER, art. 17 N 6; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 3.

26 Art. 17 CP, N 7; ATF 122 IV 1, c. 3a, JdT 1997 IV 2; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 5.

27 ATF 122 IV 1, c. 3b; HURTADO POZO/GODEL, N 710.

28 BSK StGB/JStG-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 StGB N 11.

29 ATF 122 IV 1.

30 ATF 129 IV 16.

b) *Sauvegarde d'un intérêt prépondérant : biens juridiques mis en cause*

- 8.14 Seule la protection de biens juridiques individuels est concernée³¹, mais des biens collectifs peuvent entrer en considération si l'auteur a aussi agi pour protéger des biens individuels³². Le juge doit procéder ensuite à la pondération des intérêts en conflit, « et non à une simple comparaison des biens selon leur valeur »³³. L'acte ne sera licite que si la valeur du bien protégé est supérieure à celle du bien lésé³⁴. Si les biens en cause sont de valeur équivalente, l'acte restera illicite, mais sera excusable (art. 18 CP)³⁵.

c) *Subsidiarité absolue des moyens utilisés*

- 8.15 Aux termes de l'art. 17 CP, le danger doit être impossible à détourner autrement³⁶ (*nicht anders abwendbare Gefahr*). C'est-à-dire que « parmi toutes les possibilités dont il dispose, le titulaire doit choisir celle qui est la moins préjudiciable pour le bien juridique du tiers »³⁷. La subsidiarité est absolue³⁸, en ce sens qu'elle constitue une condition à laquelle aucune exception ne peut être faite³⁹. Cela ne signifie toutefois pas que l'état de nécessité ne peut être retenu pour la seule raison qu'il existait d'autres moyens à mettre en œuvre pour se protéger⁴⁰; il suffit que l'auteur n'ait pu envisager momentanément d'autres solutions⁴¹.
- 8.16 Dès lors, les circonstances entourant l'acte, dont notamment la représentation des faits de l'auteur, jouent un rôle important dans l'examen de cette condition. Cela a été confirmé par la reconnaissance de l'état de nécessité putatif⁴², qui découle de la combinaison des art. 13 et 17 CP. Aux termes de l'art. 13 al. 1 CP, quiconque agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable. En lien avec l'état de nécessité, l'auteur sera ainsi jugé d'après son appréciation des faits s'il croyait en l'existence du danger ou en la subsidiarité de son acte⁴³. L'état de nécessité putatif a, par exemple, été admis dans le cas d'un excès de

31 TF, 31.5.2010, 6B_176/2010, c. 2.1; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 4; BSK StGB/JStG-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 StGB N 17; CR CP I-MONNIER, art. 17 N 12 ss; HURDATO POZO, N 749; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 709.

32 TF, 31.5.2010, 6B_176/2010, c. 2.1.

33 HURTADO POZO, N 752.

34 FAVRE/PELLET/STOUDMANN, art. 17, N 1.3.

35 CR CP I-MONNIER, art. 17 N 14; ATF 122 IV 1.

36 ATF 122 IV 1, c. 3c.

37 HURTADO POZO, N 747; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 10.

38 TF, 31.5.2010, 6B_176/2010; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 7.

39 TF, 8.2.2007, 6S. 529/2006, c. 4.

40 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 711.

41 *Ibid.*

42 ATF 122 IV 1, critique de HEIM in JdT 1997 IV 9; ATF 125 IV 9, c. 2 (« tyran domestique »); confirmé, mais non retenu in ATF 129 IV 6, c. 3.2; ATF 2005 IV 215; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 11.

43 ATF 129 IV 6, c. 3.2, JdT 2005 IV 215; ATF 125 IV 49, c. 2; ATF 122 IV 1, c. 4.

vitesse très important pour un gain de temps dérisoire alors que le danger aurait pu être écarté en faisant appel à une ambulance⁴⁴ ainsi que dans le cas du tyran domestique rappelé ci-dessus⁴⁵.

d) *Adéquation des moyens employés à écarter le danger (?)*

Comme nous l'avons mentionné, cette quatrième condition n'est pas aussi claire qu'elle n'y paraît. En effet, elle n'est presque jamais nommée par la doctrine⁴⁶ ou alors très succinctement et seulement en lien avec la subsidiarité, qui elle fait l'objet de plus amples développements (« [l]'exécution de l'acte typique doit constituer le seul moyen adéquat et propre à préserver le danger »⁴⁷). Cependant, le Tribunal fédéral a clairement souligné⁴⁸ que l'acte incriminé doit être « à même d'atteindre le but visé ». Notre Haute Cour a retenu l'inadéquation de l'occupation d'une ambassade dans le but de modifier la situation politique dans un État étranger. En outre, cette exigence relève de l'examen classique, en trois phases, du principe de proportionnalité (adéquation, nécessité et proportionnalité au sens étroit), lequel est une condition générale de tout fait justificatif⁴⁹. Partant, il s'agit bel et bien d'une des conditions cumulatives de l'art. 17 CP. Nous verrons ci-dessous que son examen dans le contexte de manifestations politiques peut encore poser quelques questions.

f) *Envoi vers le titre 3*

Les mémoires étant rafraîchies sur le contenu de cette notion, nous pouvons passer à l'application qui en a été faite dans le cadre des jugements romands de désobéissance civile. Nous commencerons par rappeler le contexte dans lequel se sont inscrits les faits jugés, celui-ci étant à quelques détails près le même dans les trois affaires. Nous exposerons ensuite comment il a été appréhendé de manière complètement hétérogène par les différentes autorités pour retenir ou au contraire rejeter la défense reposant sur un « état de nécessité climatique ».

44 ATF 106 IV 1, JdT 1980 I 452.

45 ATF 122 IV 1, critique de HEIM in JdT 1997 IV 9.

46 CR CP I-MONNIER, art. 17; PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 17 N 1 ss; BSK StGB/JStG-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 StGB; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, art. 17; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 707 ss; DONGOIS *et al.*, 59 ss;

47 HURTADO POZO, N 747.

48 TF, 20.8.2014, 6B_1056/2013, c. 5; ATF 129 IV 6, c. 3.3, JdT 2005 IV 215; TF, 2.5.2016, 6B_449/2015, c. 4; ATF 127 IV 122; ATF 122 IV 166, c. 2b et 2d; ATF 117 IV 170, c. 3c.

49 DONGOIS *et al.*, 59.

3. Etat de nécessité face à la désobéissance civile climatique tel qu'appréhendé par les tribunaux suisses

a) Rappel du contexte dans lequel se sont inscrits les actes militants

- 8.19 Nous invitons à la lecture de Demay et Loetscher⁵⁰ dans le présent ouvrage pour plus de détails sur les contextes scientifique, social et étatique fondant la motivation des militants.
- 8.20 Afin d'affermir leurs connaissances au sujet de la crise climatique, de son actualité et de ses probables conséquences, les Tribunaux⁵¹ se sont tous référés au Rapport spécial du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (ci-après : GIEC) du 8 octobre 2018⁵². Le GIEC, qui a pour mission de synthétiser la littérature scientifique, technique et socio-économique du monde entier à l'adresse des décideurs⁵³, est une source incontournable pour toute autorité devant se renseigner sur l'état actuel de la science du climat. Actuellement estimé à + 1°C par rapport à l'ère préindustrielle⁵⁴, le climat terrien se dirige vers une température de + 4°C⁵⁵ d'ici 2100. Le Rapport précité s'attelle à exposer les différences, en termes de conséquences, entre une hausse de la température terrestre globale de 1,5 ou 2°C. Un demi-degré peut sembler dérisoire, mais il n'en est rien. La conclusion du GIEC est alors sans appel : chaque année pour freiner la tendance compte⁵⁶.
- 8.21 Fort de ces diagnostics, est issu de la COP21⁵⁷, l'Accord de Paris sur le climat⁵⁸ qui vise à « contenir le réchauffement mondial moyen en dessous de 2°C par rapport à l'ère préindustrielle, l'objectif étant de limiter la hausse de la température à 1,5°C »⁵⁹. Toutefois, les promesses des États sont insuffisantes : même respecté à la lettre, l'Accord mène vers un réchauffement de 3 – 3,5°C, à horizon 2100⁶⁰. Le 6 octobre 2017, la Confé-

50 Cf. N 7.7 ss.

51 Jugement de Renens, c. 4.2; Jugement d'appel Vaudois, c. 6.2; Jugement du T. police genevois, c. B. db; Jugement d'appel genevois, c. C.b.

52 IPCC, SR 1,5°C.

53 JOUZEL/LARROUTUROU, 68.

54 La Suisse est particulièrement touchée puisque sa température moyenne atteint déjà les + 2°C, soit deux fois plus que la moyenne mondiale (OFEV *et al.*). Le constat d'une élévation de la température suisse de + 1,7°C figurait déjà dans la version précédente de ce rapport (2013).

55 IPCC, SR 1,5°C, *op. cit.* : Scénario RCP 8.5 (*business as usual*).

56 IPCC, *IPCC Special Report on Global Warming of 1.5°C*, 5.12.2018, disponible sous : <<https://www.youtube.com>> (16.9.2020).

57 « *Conference of Parties* ». La COP est l'organe suprême de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Elle se tient, en principe, chaque année, la première ayant eu lieu en 1995 à Berlin.

58 Accord de Paris sur le climat, conclu à Paris le 12 décembre 2015, entré en vigueur pour la Suisse le 5 novembre 2017 (RS 0.814.012).

59 OFEV, L'accord de Paris sur le climat, 21.8.2018, disponible sous : <<https://www.bafu.admin.ch>> (4.8.2020).

60 JOUZEL/LARROUTUROU, 151.

dération a ratifié l'Accord de Paris, s'engageant ainsi à réduire de moitié d'ici à 2030 ses émissions par rapport à 1990. Bien que la Loi sur le CO₂⁶¹, qui constitue le fondement de la politique climatique suisse, semblait avoir avancé, après plusieurs mois de blocage sous l'ancienne législature, tous les actes de désobéissance civile jugés ici sont intervenus avant les élections de 2019 et la « vague verte » ayant permis ce pas. C'est donc avec ce contexte de blocage législatif en tête qu'ils doivent être appréciés, contexte par ailleurs réactualisé au vu du rejet de la nouvelle dans les urnes⁶².

Au surplus, ont été produits de nombreux rapports⁶³ concernant l'impact climatique de la place financière, principale cible des actes de désobéissance civile et un des trois secteurs piliers de l'Accord de Paris⁶⁴. Néanmoins et en dépit du constat de l'OFEV selon lequel « le comportement actuel des investisseurs favorise [...] un réchauffement mondial de 4 à 6°C »⁶⁵, le Conseil fédéral privilégie des mesures non contraignantes⁶⁶. 8.22

b) Appréhension de l'état de nécessité dans le contexte de la « désobéissance climatique »

Nous exposerons ici l'appréciation portée par chaque autorité judiciaire sur les conditions de l'état de nécessité en lien avec les actes de désobéissance civile qu'elles ont eu à connaître. 8.23

aa) Danger imminent

La question de savoir si le changement climatique représente un danger a le mérite de pouvoir être rapidement évacuée puisque les cinq jugements s'accordent sur ce point⁶⁷ et que le Tribunal fédéral semble admettre cet avis⁶⁸. 8.24

En revanche, si le caractère imminent semblait ne pas poser de grande question, puisque seul le Tribunal de police genevois avait nié la réalisation de cette condition⁶⁹, le rejet par le Tribunal fédéral de cette qualification rebat les cartes. Les autres autorités inférieures⁷⁰ fondent leur position en faveur de l'imminence, d'une part, sur les consé-

61 Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂ (Loi sur le CO₂, RS 641.71).

62 RTS, Le peuple suisse enterre la loi sur le CO₂ avec 51,6% de non, 13.6.2021, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> (13.7.2021).

63 Principalement RAINFOREST ACTION NETWORK AND AL., Banking on Climate Change : Fossil Fuel Finance Report Card 2017, juin 2017, disponible sous : <<https://ran.org>> (20.12.2020).

64 Art. 2 § 1 let. c de l'Accord de Paris sur le climat.

65 CSSP/SOUTH POLE GROUP, Kohlenstoffrisiken für den Finanzplatz Schweiz, 23.10.2015, (sur mandat de l'OFEV), disponible sous : <<https://news.admin.ch>> (20.12.2020).

66 OFEV, Un premier pas vers des flux financiers compatibles avec le climat, 23.10.2017, disponible sous : <<https://www.bafu.admin.ch>> (20.12.2020).

67 Jugement de Renens, c. 4.2, § 1 ; Jugement d'appel vaudois, c. 6.3, § 1 ; Jugement du T. police genevois, c. 2.2, § 2 ; Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.1, § 5.

68 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.3.2.

69 Jugement du T. police genevois, c. 2.2, § 2.

70 Jugement de Renens, c. 4.2, § 2 ; Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.1, § 7 ; Jugement lausannois, c. 7, § 3.

quences d'ores et déjà visibles de la hausse des températures, et, d'autre part, sur les « changements sociétaux sans précédent »⁷¹ qui doivent être entrepris pour respecter l'objectif de l'Accord de Paris. Le Jugement de Renens et le Jugement d'appel genevois prennent en outre en compte les risques d'emballlement climatique⁷². Ce dernier, qui est le plus prolix tant dans ses sources que dans son argumentaire, reconnaît en particulier le danger présenté par les investissements carbonés du Credit Suisse⁷³. Enfin, le dernier Jugement lausannois souligne la complexité du phénomène climatique puisque « ce qui est décidé maintenant en 2020, se reportera sur la température qu'il fera en 2040 »⁷⁴. Dès lors, le danger imminent se concrétiserait tant dans le risque d'atteinte immédiate que par le fait qu'il ne soit plus possible de freiner la hausse des températures ultérieurement.

- 8.26 Le Tribunal fédéral considère pour sa part qu'une telle interprétation de la notion d'imminence dépasse considérablement celle qu'il en a faite dans sa jurisprudence par le passé⁷⁵. Son argumentaire donne un poids tout particulier à l'interprétation historique et précise succinctement qu'une « interprétation téléologique et systématique de la norme ne permet pas d'arriver à un résultat différent »⁷⁶. L'autorité fédérale rejette également l'argument de l'état de nécessité putatif, selon lequel les activistes étaient de bonne foi convaincus qu'ils n'avaient d'autre choix d'agir comme ils l'ont fait, au motif qu'« on ne perçoit [...] pas de quel danger imminent au sens de l'art. 17 CP les recourants auraient entendu se prémunir »⁷⁷ puisqu'ils ont agi « afin d'alerter l'opinion publique sur une problématique »⁷⁸.

bb) Adéquation des moyens employés à écarter le danger

- 8.27 Le Jugement de Renens n'examine pas cette condition en tant que telle, même s'il reconnaît, dans l'analyse de la subsidiarité, l'effet certain de l'action sur la réaction de la banque ainsi que son retentissement important dans les médias et plus généralement au sein du public. Au contraire, la Cour d'appel vaudoise souligne ne pas voir « comment une violation de domicile suivie d'une manifestation non autorisée [...] auraient

71 Jugement d'appel vaudois, c. 6.3 ;

72 Jugement de Renens, c. 4.2, § 3 ; Jugement d'appel genevois, c. Cb. En bref, il y a emballlement climatique lorsqu'un effet du réchauffement climatique agit en retour sur ses causes de manière à l'amplifier (exemple : la fonte du permafrost, conséquence du réchauffement, libère à son tour du CO₂, cause du réchauffement).

73 Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.3.

74 Jugement lausannois, c. 5.a ; BOURG *in* Bourg/Demay/Favre, 21 : « [...] nos décisions ne devraient pas être calées sur l'état actuel du climat et de la planète – elles ne le sont même pas ! –, mais sur son état prévisible dans vingt à trente ans ! ».

75 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.3.

76 *Ibid.*, c. 2.3.4.

77 *Ibid.*, 2.6.2.

78 *Ibid.*

pu conduire à une réduction des émissions de CO₂ en Suisse ou ailleurs »⁷⁹. Elle est rejointe indirectement par le Tribunal de police lausannois qui rejette l'aptitude des blocages de rue à toucher l'opinion publique. Quant à la Cour de justice genevoise, elle adopte un angle osé, mais intéressant. En substance, son raisonnement est le suivant⁸⁰ : vu la stratégie du Conseil fédéral de privilégier des mesures librement consenties et de la reconnaissance par ce dernier du rôle que tient le « risque réputationnel » (*sic*) dans la politique des instituts financiers, l'acte du militant s'inscrivait « dans la droite ligne de mise en œuvre préconisée par les autorités fédérales »⁸¹. De plus, la Cour reconnaît l'effet qu'ont eu les dommages à la propriété sur l'évolution de la banque qui a pris certaines mesures dès 2019⁸².

Notre Haute Cour n'examine pas cette condition de l'état de nécessité, au motif « qu'en l'absence de danger imminent tel que défini par la loi et la jurisprudence, on ne sait si le péril envisagé par les recourants aurait pu être détourné autrement »⁸³. 8.28

cc) *Subsidiarité absolue des moyens utilisés*

Si le Jugement de Renens ne s'attarde pas sur la condition d'aptitude, il examine⁸⁴, en revanche, longuement celle de la subsidiarité en analysant les alternatives licites, telles que les manifestations autorisées, une prise de contact avec la banque, les moyens politiques institutionnels et la voie judiciaire. C'est à la suite du constat que tous ces moyens ont d'ores et déjà été employés sans grand succès qu'il a admis cette condition de l'art. 17 CP. En particulier, concernant le recours aux voies politiques invoqué par le Tribunal fédéral dans un cas de militantisme environnemental⁸⁵, l'autorité lausannoise rappelle l'ancienneté de cet arrêt⁸⁶ et le changement de compréhension relatif à l'urgence de la situation qui a été opéré depuis. Au surplus⁸⁷, elle souligne la lenteur du système politique et les « déclarations d'intention inoffensives, voire lénifiantes » du gouvernement helvétique malgré « l'urgence climatique avérée ». Dans le même sens, la Cour genevoise constate que « près de trente ans après les premiers appels à la mobilisation et à 8.29

79 Jugement d'appel vaudois, c. 6.3, § 7.

80 Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.3.

81 *Ibid.*

82 Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.4 ; not. BUSSLINGER, Le Tribunal fédéral tranchera sur la désobéissance climatique, *Le Temps*, 24.09.2020, disponible sous : <<https://letemps.ch>> (20.12.2020), où le Credit Suisse énonce avoir créé une fonction dédiée à la durabilité depuis août 2020 et ne plus financer de nouvelles centrales à charbon depuis 2019. Cette dernière année est également celle à partir de laquelle, elle s'est dotée d'une stratégie de gestion des risques climatiques. Pour rappel, toutes les actions de désobéissance civile concernant la banque ont été faites avant le 15 mars 2019, voire le 22 novembre 2018 pour celles qui ont bénéficié d'un acquittement.

83 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.5.

84 Jugement de Renens, c. 4.2, § 3-8.

85 ATF 129 IV 6, c. 3.1, JdT 2005 IV 215.

86 Jugement de Renens, c. 4.2, § 6.

87 *Ibid.*, c. 4.2, § 7.

l'action urgente, on cherche en vain le mot « urgent » dans le Message relatif à l'Accord du Paris »⁸⁸. Néanmoins, et c'est là où les deux acquittements diffèrent fondamentalement, cette dernière laisse la question de la subsidiarité indécise pour retenir un état de nécessité putatif : « l'appelant [...] s'est de bonne foi convaincu qu'il n'y avait d'autre choix que d'agir comme il l'a fait »⁸⁹.

- 8.30 Pour sa part, l'autorité d'appel du canton de Vaud a noté les agissements des autorités en matière climatique, tels que la récente Loi sur le CO₂ ou l'objectif de neutralité carbone d'ici 2050 pour preuve que la voie politique était encore féconde. Elle a également pris en compte le fait que, selon la climatologue entendue en première instance, il n'est encore pas trop tard pour prendre des mesures. Pour les juges cantonaux vaudois, les prévenus avaient la possibilité d'utiliser d'autres moyens légaux, tels que les initiatives populaires, les référendums, les interventions dans les médias ou encore les manifestations autorisées. Aussi concluent-ils que la désobéissance civile n'était pas nécessaire, sans examiner une éventuelle erreur sur les faits de la part des activistes (art. 13 CP).
- 8.31 Pour les mêmes raisons⁹⁰ que celles évacuant l'analyse de l'adéquation des moyens, le Tribunal fédéral n'examine pas la condition de la subsidiarité en rapport avec l'art. 17 CP⁹¹. Néanmoins, il traite de cette question en lien avec le fait justificatif extra-légal de la sauvegarde des intérêts légitimes et conclut que, même dans l'hypothèse où l'action était nécessaire et proportionnée pour alerter l'opinion publique sur la problématique des investissements de la place financière dans les énergies fossiles, question laissée ouverte, une « kyrielle d'autres méthodes, licites, auraient pu être employées pour atteindre cet objectif, en particulier des manifestations autorisées, des marches, des interventions médiatiques ou culturelles »⁹².

dd) Sauvegarde d'un intérêt prépondérant

- 8.32 Enfin, pour ce qui est des intérêts sauvegardés, si la Cour d'appel vaudoise a reconnu que le réchauffement climatique était un « danger pour les biens et l'intégrité, notamment physique, des individus qui y sont exposés »⁹³, elle ne s'est pas étendue plus longuement sur cette condition. Naturellement, le Jugement de Renens et le Jugement d'appel genevois retiennent tous deux⁹⁴ que les biens protégés (notamment la vie et l'intégrité corporelle des prévenus) étaient prépondérants au bien juridique sacrifié (le patrimoine de la banque, respectivement sa liberté de disposer comme elle l'entend de ses locaux).

88 Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.1.

89 *Ibid.*, c. 2.5.3.4.

90 Cf. N 8.27 et N 8.28.

91 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.5.

92 *Ibid.*, c. 2.7.

93 Jugement d'appel vaudois, c. 6.3, § 1.

94 Jugement de Renens, c. 4.2, § 9 ; Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.2.

Cette question semblait également en périphérie du débat sur l'application de l'état de nécessité, mais c'était sans compter sur le récent arrêt du Tribunal fédéral. En effet, ce dernier fait de cette condition le second pilier de son raisonnement à l'encontre de l'état de nécessité en déniait le caractère concret des périls climatiques : « de tels périls peuvent frapper indistinctement chacun, en tout lieu et en tout temps, sans qu'il soit possible d'identifier un bien juridique spécifiquement menacé »⁹⁵. 8.33

ee) Ouverture

Il est intéressant de relever que, bien que le dernier jugement ait acquitté l'action « mains rouges » sur la base d'un défaut de plainte et qu'il n'ait pas reconnu l'état de nécessité dans le cadre des blocages de rues, il ne semble pas entièrement fermé à une telle possibilité en ce qui concerne les agissements envers la place financière. Il revient en effet sur l'« action des tennismen », qu'il qualifie de lanceurs d'alerte⁹⁶, en évoquant l'idée selon laquelle ce type d'actions symboliques pourraient constituer la limite⁹⁷. Il souligne ainsi très clairement la différence entre les blocages de rue et l'affaire du LAC du fait que ces premiers occupent la voie publique pendant des heures, qu'ils sont « très chronophage pour d'importantes forces de police »⁹⁸ et que leur efficacité, notamment sur l'opinion publique, serait moindre que celle des actions contre le Credit Suisse. 8.34

4. Etat de nécessité climatique : une lecture critique au sein du monde juridique suisse

Ces jugements sont assurément d'actualité. Et comme toute actualité, les critiques et avis à son propos se font plutôt à chaud par le biais de canaux informels. Celles et ceux prenant le temps de rédiger une contribution juridique à l'attention de leurs pairs, et non à vocation purement politique⁹⁹ ou du public seulement, sont bien minoritaires. Cette section est alors inspirée de ce que nous avons pu lire ou entendre lors d'interviews ou de tribunes dans les médias, de conférences n'ayant pas été suivies de publication ou encore simplement dans les couloirs des universités et des tribunaux que nous côtoyons quotidiennement. Nous citons ainsi en bloc¹⁰⁰ ce qui est paru sur le sujet à 8.35

95 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.5.

96 Jugement lausannois, c. 7.

97 *Ibid.*

98 *Ibid.*

99 PAPAUX *in* Bourg/Demay/Favre, 297 ss, critique les mésinterprétations et les mésusages du droit qui ont pu être ceux d'avocats, intervenant dans le débat public avec leur double casquette de praticiens du droit et de politiciens, tant en faveur qu'en défaveur des militants.

100 NANTERMOD PHILIPPE, Procès Credit Suisse : à vaincre sans péril ..., *Le Temps*, 13.1.2020, disponible sous : <<https://www.letemps.ch>> ; RTS, Philippe Nantermod : « Ce n'est pas le rôle du tribunal de dire s'il y a urgence climatique », 13.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; RTS, Acquittement des activistes du climat : interview de Raphaël Mahaim, *Forum*, 13.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; RTS, Acquittement des activistes du climat : interview d'Etienne Grisel, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; RTS, Le grand débat – Climat : fallait-il acquitter les activistes?, *Forum*, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; RTS, Le Ministère public

notre connaissance et de la part de juristes pour ensuite nous en détacher et garder les écrits de la doctrine proprement dite. Nous exposerons les différentes critiques en suivant toujours la systématique de l'art. 17 CP, comme elle a été rappelée ci-dessus, et terminerons par quelques remarques d'ordre plus général.

a) *Danger imminent*

- 8.36 Il semblerait que la qualification du réchauffement climatique en tant que danger soit unanimement admise. Quant au caractère imminent, comme mentionné en amont, il divise davantage sans engendrer de longs débats non plus, à tout le moins jusqu'à la parution de l'arrêt fédéral. Payer admet cette interprétation, même s'il la qualifie d'extensive¹⁰¹. Nussbaumer¹⁰² la justifie par la menace, relatée le 30 janvier 2020¹⁰³, que constitue le glacier du Weisshorn pour une partie de la population, en rappelant la possibilité donnée par l'art. 17 CP d'agir pour sauvegarder les intérêts de tiers. S'il est intéressant de souligner les conséquences actuelles et locales du réchauffement climatique ainsi que la protection de tiers, ce cas précis ne peut être utilisé. En effet, l'imminence du danger s'analyse à l'aune des connaissances de l'auteur au moment des faits et non à la date du jugement. Or, même à considérer que le Weisshorn menaçait déjà en 2018, il faudrait en outre que les militants en aient eu connaissance puisque l'art. 17 CP suppose un élément subjectif. D'autres faits similaires, antérieurs à l'action militante et connus de ses participants, pourraient néanmoins être mobilisés de la sorte.

vaudois annonce un recours à l'acquiescement des 12 activistes climatiques : interview de Xavier de Haller, Forum, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; RTS, Philippe Colelough, le juge qui a acquitté les activistes du climat : interview de Xavier de Haller et Vassilis Venizelos, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; TAGES-ANZEIGER, « Das Lausanner Urteil lässt aufhorchen », Interview de Niklaus Oberholzer, 15.1.2020 ; RTS, Activistes du climat acquittés, Mise au point, 20.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; FELLRATH/FRANCIOLI, L'état de nécessité climatique : un concept peu convaincant, Le Temps, 24.1.2019, disponible sous : <<https://www.letemps.ch>> ; RTS, Le Tribunal de police de Genève condamne un activiste pro-climat : interview de Leïla (*sic*) Batou, 20.2.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; RTS, Procès climatique à Genève : Interview de Yaël Hayat, 18.2.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; BORLOZ EMMANUEL, Militants du climat : les enjeux d'un procès hautement symbolique, 24 Heures, 14.9.2020, disponible sous : <<https://www.24heures.ch>> ; RTS, Le militant pro-climat qui dénonçait les investissements de Crédit Suisse a été acquitté : interview d'Alain Macaluso, Forum, 14.10.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> ; Conférence « Urgence climatique et état de nécessité » du Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne, 18.2.2020 ; Conférence de presse d'Extinction Rebellion, « Vers une répression des mouvements pour le climat ? », Théâtre de Vidy, 3.6.2020 ; toutes consultées le 20.12.2020.

101 PAYER ANDRÈS, Klimawandel als strafrechtlicher Notstand : Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/llb vom 13. Januar 2020, *sui generis* 2020, N 12 ss.

102 NUSSBAUMER ARNAUD, L'acquiescement des activistes du climat à Lausanne, *LawInside*, 21.2.2020, disponible sous : <<http://www.lawinside.ch/875/>> (11.3.2021).

103 *Ibid.* L'auteur estime que le danger existait sûrement déjà à la date du jugement.

Il convient encore de mentionner Graa¹⁰⁴ qui plaide pour une interprétation restrictive du danger imminent conformément à la méthode historique, sans exclure tout caractère évolutif¹⁰⁵. Aucune référence aux jugements de désobéissance civile n'est faite dans sa publication, mais on peut imaginer qu'elle n'est pas sans lien étant donné sa parution en août 2020. 8.37

Dès lors, sans relever de l'unanimité, le caractère actuel et concret du dérèglement climatique semblait largement admis, compte tenu de ses conséquences d'ores et déjà palpables, mais aussi et surtout de l'imminence de son inévitabilité. Cette position n'a toutefois pas convaincu notre Haute Cour qui a épilogué longuement sur ce prérequis de l'art. 17 CP, en rejoignant l'opinion de Graa préalablement exposée. L'autorité judiciaire fédérale précise qu'il n'est ici pas « question d'examiner ou de remettre en cause les recherches scientifiques sur le réchauffement climatique »¹⁰⁶. L'énonciation selon laquelle il n'est pas nécessaire d'examiner le dérèglement climatique et les travaux scientifiques y relatifs pour déterminer si ce phénomène peut être qualifié juridiquement de danger imminent ne manque pas de déconcerter. 8.38

b) Adéquation des moyens employés à écarter le danger

Pour analyser la condition d'aptitude, il faut identifier ces dernières. Payer¹⁰⁷ distingue un objectif à court terme d'alerte de l'opinion publique et un objectif ultime de limitation du réchauffement climatique, en précisant que seul ce dernier est pertinent. Dès lors, la condition d'aptitude ne serait pas remplie puisqu'« il ne suffit pas de dire qu'une campagne de sensibilisation pourrait faire avancer d'une fraction de pour mille la solution du problème climatique mondial – une telle argumentation n'a pas de limites »¹⁰⁸. 8.39

Cependant, il nous semble que le Tribunal fédéral lui-même ne paraît pas parfaitement au clair sur lequel des deux objectifs précités doit entrer en ligne de compte dans le contexte des manifestations politiques. S'il avait bel et bien analysé l'occupation d'une ambassade par rapport uniquement à l'objectif ultime de modifier la situation dans le pays étranger en 1983¹⁰⁹, il n'en va pas de même d'une situation similaire jugée en 2014¹¹⁰ ni de l'affaire des militants de Greenpeace¹¹¹. En effet, dans ces deux derniers arrêts, la Cour de droit pénal rejette l'état de nécessité au motif qu'il existait d'autres alternatives **pour informer la population**. Il apparaît ainsi que l'aptitude et la subsidiarité sont analysées au regard de l'objectif à court terme d'alerter l'opinion publique, quand 8.40

104 GRAA, 315.

105 *Ibid.*, 316.

106 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.3.

107 PAYER, *op. cit.*, N 17.

108 *Ibid.*

109 ATF 109 IV 156, c. 3, JdT 1983 IV 121.

110 TF, 20.8.2014, 6B_1056/2013.

111 ATF 129 IV 6.

bien même le lien entre ce but et son aptitude à *in fine* écarter le danger n'est qu'indirect. Le Jugement des Renens, qui certes commet une erreur en omettant d'analyser l'aptitude de la « partie de tennis » à écarter le danger, s'inspire en fin de compte de la jurisprudence fédérale sur ce point. Cette dissonance se retrouve par ailleurs au c. 2.7 de l'arrêt du Tribunal fédéral concernant les pseudos-tennismen¹¹². Ce passage porte certes sur l'analyse de la sauvegarde des intérêts légitimes, mais les conditions d'aptitude et de subsidiarité y sont les mêmes qu'à l'art. 17 CP. La Cour énonce tout d'abord que l'action des recourants se devait d'être « l'unique moyen possible pour défendre les intérêts légitimes visés, **soit la baisse des émissions de CO2 et la préservation du climat** [nous soulignons] »¹¹³. Elle analyse pourtant les moyens à disposition des activistes **pour alerter l'opinion publique**, concluant qu'une kyrielle d'autres méthodes existent.

- 8.41 À notre sens, il serait plus pertinent d'ajouter un troisième objectif à ceux énoncés par Payer, intermédiaire cette fois-ci : celui de limitation des gaz à effet de serre résultant spécifiquement des financements de la place financière suisse. Cela peut paraître très abstrait, attendu le lien de causalité requis pour une telle analyse, mais l'idée fait gentiment son chemin dans les procès en responsabilité civile¹¹⁴. Dans ce sens, les prévenus ont souligné que toutes les grandes avancées faites par Credit Suisse dans sa politique environnementale avaient eu lieu après novembre 2018¹¹⁵, de sorte que, sans parler de causalité, on peut au moins noter une corrélation indéniable entre les actions militantes et l'évolution de la stratégie de la banque. C'est précisément sur cette base que la Chambre d'appel genevoise a analysé la condition de l'aptitude¹¹⁶.
- 8.42 Un tel objectif intermédiaire permettrait de ne pas rester à la surface en analysant un but premier – celui de conscientisation du public – plutôt éloigné de l'écartement du danger, sans tomber non plus dans l'aberration de se demander si **un** seul acte, même licite, pouvait nous protéger du dérèglement mondial du climat, où il va de soi que la réponse sera éternellement négative. Cela permettrait également de limiter l'utilisation de l'art. 17 CP à de la désobéissance civile concernant des entités qui ont un impact considérable et avéré sur le réchauffement mondial du climat, telles les *carbon majors*¹¹⁷, en mettant ainsi à l'abri les plus petites entités ou les particuliers (et leur voiture).
- 8.43 Il nous faut encore rappeler que l'analyse de la condition d'aptitude doit se faire *ex ante*. La question n'est donc pas de savoir si l'action militante a réussi, mais bien si on pouvait raisonnablement penser, au moment de l'acte, qu'elle aboutirait. Le fait que la banque

112 TF 6B_1295/2020 du 26 mai 2021.

113 *Ibid.*, c. 2.7.

114 HÖSLI/WEBER, N 35.

115 Cf. n. 74.

116 *Ibid.*

117 Les *carbons majors* sont un groupe de cent entreprises qui serait à lui seul responsable de 71% des gaz à effet de serre émis au niveau mondial depuis 1988 (GRIFFIN PAUL, The Carbon Major Database, CDP Carbon Majors Report 2017).

ait par la suite réagi ne serait alors qu'une confirmation de l'impact que peuvent avoir ce type d'actions. Les prévenus doivent, néanmoins, rendre vraisemblable qu'ils avaient conscience de leur possible impact au moment d'agir, par exemple en présentant des actions antérieures similaires ayant abouti. L'autorité d'appel genevoise a par ailleurs fondé son argumentaire principal sur le risque que comportait l'action « mains rouges » pour la réputation de la Banque¹¹⁸. L'évolution effective de ses investissements n'intervient que dans un deuxième temps, en tant que corroboration de cette thèse¹¹⁹.

En analysant les moyens à disposition des militants pour alerter l'opinion publique et non pour défendre les intérêts légitimes visés, le Tribunal fédéral effectue un saut qualitatif inexpliqué, se gardant ainsi bien d'énoncer les autres méthodes qui permettraient effectivement « la baisse des émissions de CO2 et la préservation du climat » – aucune n'étant, à elle seule, suffisante, naturellement¹²⁰ (cf. N 8.42) – et surtout d'analyser l'aptitude de l'action de désobéissance à avoir un impact sur les investissements fossiles, et donc le bilan carbone, du Credit Suisse à l'instar de la juridiction d'appel genevoise. 8.44

Enfin, à ceux qui estimeraient impensable qu'une caricature de Federer ait un réel impact sur les activités d'une banque et, à plus large échelle, sur les émissions de gaz à effet de serre¹²¹, Petel souligne « qu'il aurait été difficile de prévoir que le refus de Rosa Parks de céder sa place à un homme blanc dans le bus allait devenir un acte déterminant dans le mouvement des droits civiques aux États-Unis »¹²². 8.45

c) *Subsidiarité absolue des moyens utilisés*

La condition de la subsidiarité est assurément celle faisant le plus débat. Il n'est alors pas surprenant que la Cour de justice genevoise ait préféré retenir un état de nécessité putatif permettant d'esquiver la question de l'efficacité d'autres moyens d'action. À ceux qui craindraient que l'erreur sur les faits ait pour conséquence de rendre licite des actions violentes, nous rappelons que la limite se situe toujours dans la proportionnalité des moyens, qui doit être examinée même en cas d'erreur¹²³. C'est précisément ce qu'a fait le juge lausannois dans l'affaire des blocages de rues puisqu'il a reconnu la bonne foi du militant tout en dénonçant le caractère disproportionné de ses actions¹²⁴. Tous les actes ne sont donc pas permis du seul fait que leur auteur est convaincu de leur efficacité et subsidiarité. 8.46

118 Jugement d'appel genevois, c. 2.5.3.4.

119 *Ibid.*

120 Cf. N 8.42.

121 Paradoxalement, les activistes ayant invoqué l'état de nécessité écrivent aujourd'hui que leur action n'a eu aucun effet sur la « réalité matérielle des émissions mondiales de gaz à effet de serre » (cf. SIMEUNOVIC/MENDEZ/RENARD in Bourg/Demay/Favre, 37), mettant ainsi à mal leur propre défense.

122 PETEL, 1045 ss.

123 CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, art. 13 N 30.

124 Jugement lausannois, c. 7, § 3.

- 8.47 Si nous ne sommes pas entièrement convaincus de l'état de nécessité putatif, qui paraît davantage être une pirouette pour éviter l'épineuse question des moyens alternatifs d'agir, nous ne sommes pas non plus enclins à suivre l'argumentaire de la Cour d'appel pénale vaudoise. Cette dernière¹²⁵ s'est reposée sur la déclaration du Conseil fédéral d'août 2019 en faveur de la neutralité carbone, sur le Message relatif à la Loi sur le CO₂¹²⁶ paru le 30 janvier 2018 ainsi que sur ladite loi dont la nouvelle venait d'être adoptée,¹²⁷ mais pour laquelle un référendum était en cours¹²⁸. À l'inverse du Message – dont la valeur est fortement contestable tant que rien n'est concrétisé, ce qui est corroboré par le récent rejet de la loi par le peuple – ni l'objectif de neutralité carbone ni le moyen pour y parvenir n'étaient sur la table politique suisse au moment des agissements activistes. L'examen de l'état de nécessité ne peut se faire *ex post*. Les juges devaient alors se placer en novembre 2018 pour juger des actes de désobéissance civile. À cette date, le parlement bloquait fortement dans sa mission de concrétisation de l'Accord de Paris et le Gouvernement ne prévoyait aucune mesure contraignante envers la place financière. En n'analysant pas les faits à la lumière du contexte dans lequel ils ont eu lieu, le Tribunal cantonal s'est dérobé, lui aussi, de l'examen de la subsidiarité. Nous ne pouvons que constater à quel point le pouvoir judiciaire se trouve emprunté quand il s'agit de juger des moyens alternatifs¹²⁹ à disposition des militants pour lutter contre la menace climatique.

d) *Paradoxe de la désobéissance licite*

- 8.48 La défense de la désobéissance civile par l'état de nécessité repose sur un paradoxe. Selon cette dernière¹³⁰, les manifestations licites ne sont pas suffisamment médiatisées pour avoir un réel impact sur la population et les voies institutionnelles ont besoin d'être mises sous pression par la société civile pour avancer sur le thème du climat. Pour dépasser ces deux barrières, des actions illicites sont nécessaires. Alors pourquoi plaider leur licéité? Le Tribunal de police lausannois, en décembre 2020, a très clairement relevé cette question et la crainte qui s'en suit: « On pourrait d'ailleurs se demander si la désobéissance civile, rendue licite par un Tribunal, dès ce moment, serait toujours de la désobéissance avec l'impact médiatique recherché par les militants. On peut aussi se demander, si l'on cautionnait ce genre de désobéissance civile, jusqu'où les tenants de

125 Jugement d'appel vaudois, c. 6.3, § 4.

126 Message Loi sur le CO₂ avant 2020, FF 2018 229.

127 Message Loi sur le CO₂, FF 2020 7607.

128 LE MATIN, Le référendum contre la loi sur le CO₂ a abouti, 12.1.2021, disponible sous: <<https://lematin.ch>> (12.3.2021).

129 Contre l'argument avançant que la population suisse dispose de multiples moyens de démocratie semi-directe, BOURG *in* Bourg/Demay/Favre, 22, rappelle que les votations populaires ne réussissent que rarement: « La raison est simple: les initiatives échouent quasi systématiquement contre le mur de la contre-propagande des milieux économiques, dans un pays où le financement de la vie politique ne donne lieu à aucun contrôle public ... ».

130 Cf. N 7.35 ss.

la nécessité de désobéir civilement repousseraient encore la limite, si l'on se rappelle que le but est de « faire le buzz ». Cette inquiétude n'est pas infondée quand on voit le désintéret médiatique après cinq affaires seulement. En effet, un seul journaliste était présent à l'audience en décembre 2020, contre plus d'une dizaine en début d'année à Renens.

Dans la même idée d'une évolution des mouvements climatiques vers des actions de moins en moins symboliques, Malm, maître de conférences en Géographie à l'université de Lund, en Suède, estime que la « désobéissance parfaitement civile »¹³¹ est insuffisante. En analysant différents épisodes historiques, tels la lutte contre l'esclavage, le mouvement des droits civiques aux États-Unis ou encore la lutte contre l'apartheid, il constate que la violence fait à chaque fois partie de l'histoire menant au changement de paradigme¹³². Il s'étonne alors que le mouvement pour le climat n'ait pas encore atteint ce stade¹³³.

5. Envoi vers le Titre III

Enfin, il a souvent été avancé que la meilleure solution aurait été d'**exempter les militants de peine** sur la base de l'art. 52 CP. Il faut à ce titre rappeler que la gravité de l'acte doit être examinée à la lumière du cas typique que réprime l'infraction¹³⁴. Ainsi, dans le cas d'une occupation d'une ambassade¹³⁵, le Tribunal fédéral a considéré, qu'au regard de l'intervention policière nécessaire pour évacuer les manifestants, on ne pouvait pas considérer que la culpabilité et les conséquences de l'acte relevaient d'un « cas bagatelle ». Partant, un tribunal appliquant cet article aux « tennismen du Credit Suisse » s'écarterait nécessairement, aussi, de la jurisprudence fédérale.

Nous clôturons ainsi notre examen centré sur l'art. 17 CP et son application par les diverses autorités judiciaires romandes. Force est de constater que les avis sont fortement divisés, et ce à tous les stades de l'analyse des conditions de l'état de nécessité. Pour mieux comprendre ce clivage, nous délaissions le Code pénal et partons à la rencontre de la philosophie du droit, avec, pour point central, le Jugement de Renens, puisqu'il est le seul, *in fine*, à retenir un état de nécessité licite.

131 MALM, 142.

132 Il mentionne respectivement la Révolution haïtienne et la Guerre de Sécession, Malcolm X et le MK, commandé par Nelson Mandela, dont le sabotage fut le principal *modus operandi*. Contrairement aux militants climatiques, ce dernier n'avait pas érigé le principe de la non-violence en doctrine, mais en simple tactique « qu'on devrait abandonner quand elle ne serait plus efficace », *in MANDELA*, 322.

133 Cf. N 8.83. Les militants de la partie de tennis dans les locaux de la succursale du Credit Suisse à Lausanne partagent et corroborent cet avis (cf. SIMEUNOVIC/MENDEZ/RENARD *in* Bourg/Demay/Favre, 27 ss, 38) : « [...] chaque défaite sur l'échiquier institutionnel fournissant un encouragement de plus à construire un militantisme plus radical et confrontationnel. ».

134 CR CP I-KURTH/KILLIAS, art. 52 CP.

135 TF, 20.8.2014, 6B_1056/2013, c. 6.2.

III. « Etat de nécessité climatique », un débat entre univocité et abduction

1. Limites de l'interprétation¹³⁶ : la sémiotique au cœur du juridique

- 8.52 Fut un temps¹³⁷ où le langage était perçu comme un simple vecteur de la pensée « qui correctement formulé, ne donn[ait] lieu [...] à aucune interprétation »¹³⁸. Pour l'herméneutique normative – par opposition à l'herméneutique philosophique – la compréhension du texte ne dépend « [ni] du contexte dans lequel elle s'élabore [...] ni de la culture de son interprète »¹³⁹. Ainsi, non seulement la démarche d'interprétation est-elle accidentelle (*claris non fit interpretatio*), mais, dans les rares cas où elle a lieu, elle suivra des méthodes, prétendant alors à l'objectivité du résultat.
- 8.53 Le légalisme instaure la loi comme finalité du droit, en lui conférant un quasi-monopole¹⁴⁰. De leur côté, jurisprudence et doctrine sont relayées au rang de « témoignages externes, accidentels »¹⁴¹. Au cœur de cette pensée se trouve en outre la figure logique du syllogisme pour lequel l'application de la loi s'avère n'être qu'un « processus logique de la subsomption du singulier sous l'universel »¹⁴², « qu'une opération interprétative neutre »¹⁴³. S'inspirant des apprentissages platoniciens et cartésiens (métaphysique de l'univocité¹⁴⁴), ce courant de pensée présuppose l'univocité du texte légal¹⁴⁵ et rejette le juge au rang d'« automate qui ne peut parler que de manière anonyme, au nom de la loi »¹⁴⁶. Partant, le légalisme s'inscrit nécessairement dans le cadre de l'herméneutique normative. Le Code au sommet des sources du droit, la démarche syllogistique et les méthodes d'interprétation œuvrent de cette façon à l'élaboration d'une *prétendue* science du droit, d'une *Rechtswissenschaft*.
- 8.54 En totale contradiction intervient l'herméneutique philosophique, pour laquelle l'acte d'interprétation s'opère avant toute compréhension du texte, « dans la mesure où le discernement du sens d'un texte juridique et son application à un cas concret ne sont pas deux actes séparés, mais un processus unitaire »¹⁴⁷. Est ainsi abandonnée l'illusion d'un « sens autorisé, défini, original et final »¹⁴⁸. Néanmoins, cela ne signifie pas que toutes les interprétations sont acceptables¹⁴⁹. Le sens dépendra tant du contexte, litté-

136 Du titre du livre d'Eco.

137 Eco, 26.

138 PAPAUX, Introduction, 161.

139 *Ibid.*, 163 ; Eco, 26 et 28.

140 PAPAUX, Introduction, 6.

141 BRENCI, 378.

142 GADAMER, Comprendre, 61.

143 BRENCI, 353.

144 DE MURALT.

145 GADAMER, Vérité, 169.

146 ALLARD/VAN WAEYENBERGE, 109.

147 GADAMER, Vérité, 151.

148 Eco, 8.

149 *Ibid.*, 8 et 41.

ralement *con-texte* (avec le texte), que du savoir de l'interprète¹⁵⁰. À quoi s'ajoutent encore les limites de l'interprétation, particulièrement nombreuses en droit¹⁵¹. Cette conception dynamique du texte délaisse la déduction comme seul procédé du savoir pour la figure logique de l'abduction¹⁵². Au-delà de la déduction, qui appréhende le cas comme « simple espèce d'un général demeurant [...] *absolu* »¹⁵³ (au sens de « séparé des » *pragmatas*), l'abduction permet « d'embrasser *simultanément* les faits et le droit »¹⁵⁴. En ce sens, le juge œuvre à concrétiser, parfaire la loi qui est, par essence, insuffisante¹⁵⁵, puisque générale et abstraite, face au cas particulier et concret¹⁵⁶. De ce fait, s'installe un véritable dialogue (*dia-logos*, pensée qui va de l'un à l'autre) entre fait et droit :

« Du côté des faits de la cause en procès, le même enchaînement factuel peut être interprété de plusieurs manières [...] ; et telle façon d'en lire l'enchaînement est déjà orientée par la présomption selon laquelle tel enchaînement narratif place le cas considéré sous telle règle de droit. Quant à la règle de droit, elle présente elle-même une structure ouverte qui la met sous la dépendance des interprétations antérieures adoptées dans des cas semblables ; mais l'idée même de cas semblables, présupposée par la règle du précédent, résulte de l'interprétation du degré de ressemblance ou de dissemblance avec les cas précédents »¹⁵⁷.

Tout comme l'interprétation n'est ni accidentelle ni arbitraire¹⁵⁸ grâce aux limites herméneutiques ou juridiques, l'abduction n'est pas univoque sans opter toutefois pour un caractère équivoque. Elle « comprend simultanément des ressemblances et des dissemblances, du « même » et de l'« autre » »¹⁵⁹. En redessinant l'équilibre des sources du droit, cette perspective adopte, pour finalité du droit, le juste¹⁶⁰. 8.55

150 PAPAUX, Introduction, 169.

151 PAPAUX, Introduction., 170 : « Les contraintes qui encadrent le travail herméneutique du juriste sont trop connues pour être détaillées ici. Mentionnons concernant le juge : sa très longue formation, donc une culture juridique très structurée et partagée par ses pairs, son activité en collège, les voies de recours, la position du tribunal dans la hiérarchie judiciaire, le pouvoir d'examen plus ou moins limité, etc. ».

152 ECO, 248 s.

153 PAPAUX, 381.

154 *Ibid* ; ECO, 41 : « Plus qu'un paramètre servant à valider l'interprétation, le texte est un objet que l'interprétation construit dans la tentative circulaire de se valider en se fondant sur ce qu'il construit. » ; ce mouvement de va-et-vient dans l'acte d'interprétation, mis en évidence par Heidegger, est nommé « cercle herméneutique » (GADAMER, Vérité, 103 ss ; ECO, 41.).

155 Aristote, 1137 b 25.

156 *Ibid.*, 1137 b 10 ss.

157 RICŒUR, Herméneutique, 180.

158 GADAMER, Vérité, 170.

159 BRENCI, 370 ; PAPAUX, Essai.

160 ARISTOTE, 1137 b 10 ss.

- 8.56 L'ordre juridique suisse est profondément légaliste, comme le démontre l'art. 1 CC, la doctrine du texte clair et, surtout, **la présentation**¹⁶¹ du droit par le Tribunal fédéral. Celle-ci revêt un raisonnement objectif, rigoureux, parfaitement syllogistique, couvrant ainsi la véritable pensée juridique qui est, elle, tout en nuance, hésitations, doutes et abductions¹⁶². Néanmoins, certaines formulations traduisent une évolution. L'expression « pluralisme pragmatique »¹⁶³ souligne en filigrane que ce sont les circonstances qui guident le processus d'interprétation. Dès lors, les méthodes ne sont que de « simples » directives¹⁶⁴, qui « [raréfient] la gamme [des] choix personnels [de l'interprète] »¹⁶⁵, sans l'épuiser. De ce fait, l'intention du législateur ne sera, dans l'acte d'interprétation, qu'un argument parmi d'autres devant être « soumis à la < pesée > »¹⁶⁶. Comme le résume Timsit, le sens est à la fois « prédéterminé » par l'auteur et « codéterminé » par le lecteur¹⁶⁷. En conséquence, il y a une collaboration obligée entre l'auteur d'un texte législatif et son lecteur dont la qualité influera directement sur la qualité du sens et donc du droit¹⁶⁸. Le législateur détient le choix de la marge de manœuvre laissée à l'interprète, grâce à l'emploi de termes vagues ou de textes plus précis. Toutefois, la loi, par sa nature générale, ne peut « [prendre] en considération que les cas les plus fréquents »¹⁶⁹. Un texte se voulant univoque sera alors en permanence dépassé « par la vie du droit »¹⁷⁰. C'est pourquoi, Ricœur observe que « ce que l'on a appelé avec regret le flou ou le vague du texte littéraire ne fait pas figure de faiblesse, mais de force [pour] l'entreprise judiciaire »¹⁷¹. Les *open textures* redonnent place au droit vivant, à la *lex animata* qui se trouve en tension « entre le texte donné [...] et [...] le sens que prend son application à l'instant concret de l'interprétation »¹⁷². Dans le paradigme de l'abduction, on redécouvre que « le droit (*jus*) n'est tel c'est-à-dire juste qu'en situation »¹⁷³. Le juge n'est plus une simple « bouche de la loi », mais réinvestit son rôle essentiel de juridiction (*juris-dictio*), puisque sans diction du droit dans le cas d'espèce, il n'y a que le texte et pas de norme.
- 8.57 Nous entendons déjà l'objection selon laquelle cette vision tend à un **gouvernement des juges**, peur ayant précisément mené au légalisme. À cela, nous répondrons qu'au vu de

161 BRENCI, 381 ss.

162 ECO, 65 : « C'est indéniable, les êtres humains pensent en se fondant sur des jugements d'identité et de ressemblance ».

163 Not. ATF 136 III 283.

164 PAPAUX, Introduction, 173 ; OST/VAN DE KERCHOVE, 135 ss.

165 OST/VAN DE KERCHOVE, 145.

166 *Ibid.*, 178 ; l'interprétation historique, telle que relatée par GRAA, est donc essentielle, mais n'est pas qu'une partie du tout dans l'appréhension de la norme.

167 TIMSIT.

168 CÔTÉ, 199.

169 ARISTOTE, V, 14.

170 PAPAUX, Introduction, 194.

171 RICŒUR, Herméneutique, 182.

172 GADAMER, Vérité, 150.

173 PAPAUX, Introduction, 2.

l'insuffisance intrinsèque de la loi, qui ne peut être que générale¹⁷⁴, de l'incommensurabilité entre celle-ci et le cas¹⁷⁵ et de son recours au langage naturel¹⁷⁶, impliquant inévitablement un acte d'interprétation, la médiation du juge fait partie de la quintessence du droit. De là, cacher cette fatalité derrière la recherche cartésienne – illusoire – d'un degré de certitude quasi-scientifique dans l'application du droit grâce à la démarche déductive s'avère, à nos yeux, bien plus hasardeux. Effectivement, le « fait que l'appréciation de la clarté du texte a quelque chose d'éminemment subjectif »¹⁷⁷ n'est plus avoué. Ce n'est pas parce que le texte est clair que l'on s'accorde sur son sens, mais plutôt parce qu'on s'accorde sur le sens que le texte est clair¹⁷⁸. Autrement dit, ce n'est plus *claris non fit interpretatio*, mais *interpretatio fit claris*. Aussitôt que nous nous trouvons dans le paradigme de la doctrine du texte clair, le raisonnement abductif réellement entrepris par le magistrat est travesti en une *prétendue* déduction. Le juge n'explique plus quelles sont les ressemblances et différences du cas pertinentes par rapport au *social pattern* de la loi. Il prétend à une identité plutôt qu'à une similarité¹⁷⁹, cette dernière n'étant « ni donnée, ni inventée, mais [bel et bien] construite »¹⁸⁰. C'est pourquoi, en garde-fou contre le risque d'arbitraire des juges, existe précisément (et notamment¹⁸¹) l'obligation de motiver. Celle-ci sera assurément plus efficace dès lors que nous reconnaitrons le raisonnement d'abduction. Ne pouvant plus se tapir sous la métaphysique de l'univocité, la réflexion oscillant entre le « même » et « l'autre » devra être révélée. À ce rempart de motivation, il nous faut ajouter les vertus aristotéliennes de prudence et d'équité. La première s'adresse au législateur et « vise la justesse du choix de l'action ; elle consiste en un jugement de bonne adéquation des moyens aux fins dans l'exercice des vertus morales : ni trop ni trop peu. [...] Si la vertu de prudence a permis d'établir une norme apte à circonscrire d'une manière générale le bien pour les citoyens [...] encore est-elle insuffisante [...]. La concrétisation du juste jusque dans le détail du cas à traiter [...] requiert une vertu supplémentaire : la vertu d'équité »¹⁸². La seconde vertu s'adresse ainsi à l'autorité judiciaire.

C'est sur ce rappel de vertus vieilles de vingt-trois siècles au moins que nous finissons nos prolégomènes sur le rôle central de l'interprétation en droit, laquelle « n'est donc pas un acte qui peut occasionnellement s'ajouter à la compréhension : comprendre, c'est toujours interpréter »¹⁸³. Nous passons à nouveau à l'actualité de l'affaire du LAC dont

8.58

174 ARISTOTE, V, 14 ; GADAMER, *Vérité*, 168 ss.

175 ARISTOTE, V, 14.

176 PAPAUX, Introduction, 138.

177 CÔTÉ, 196.

178 CÔTÉ, 196 ; dans le même sens, PERELMAN, 36.

179 BRENCI, 378.

180 RICŒUR, *Herméneutique*, 187.

181 Cf. N 8.54.

182 PAPAUX, Introduction, 58 ss.

183 GADAMER, *Vérité*, 148.

le jugement relève, à notre avis, davantage de la métaphysique de l'abduction que de celle de l'univocité.

2. Mise en perspective : Interprétation de l'état de nécessité par le Tribunal de police de Lausanne (janvier 2020)

a) Jugement de Renens : un rappel de l'importance du contexte dans l'acte d'interprétation

- 8.59 Dans la partie II.3.b de ce travail, nous avons rappelé le raisonnement du Jugement de Renens quant à l'état de nécessité¹⁸⁴. Nous avons également déjà exposé les contextes climatique, politique et social entourant les actes des activistes¹⁸⁵. Nous n'y revenons pas, mais préférons, dans cette section, des éléments qui nous apparaissent décisifs pour comprendre le virage momentané qui a pu être entrepris dans l'interprétation de l'état de nécessité. Ces facteurs n'ont pas tous été pris en compte, du moins explicitement par le Tribunal – qui s'est tenu à une présentation légaliste – ce qui ne signifie pas encore qu'ils n'aient pas exercé une certaine influence – voire une influence certaine – dans sa décision.
- 8.60 Un élément de contexte important dans l'interprétation d'une disposition est assurément son histoire. Nous entendons par là tant les travaux parlementaires que tous les écrits philosophiques, politiques et doctrinaux relatifs à l'institution avant qu'elle ne soit du droit écrit. Néanmoins, « une loi ne demande pas à être comprise historiquement, mais doit se concrétiser dans sa valeur juridique à travers l'interprétation [...], de façon nouvelle et différente à chaque instant, c'est-à-dire dans chaque situation concrète »¹⁸⁶; **l'interprétation historique** n'est donc qu'un des éléments de la pesée¹⁸⁷, comme le reconnaît par ailleurs le Tribunal fédéral par le concept de pluralisme pragmatique¹⁸⁸.
- 8.61 Pour certains, assurément, le Jugement de Renens a fait fi du contexte historique. Dans sa contribution, parue huit mois après la décision précitée, Graa¹⁸⁹ expose les développements historiques de l'état de nécessité en Suisse et conclut à une interprétation restrictive de cette notion. Même s'il admet qu'« on ne saurait [...] refuser à un texte légal tout caractère évolutif », il enjoint de se montrer très prudent et « de constamment conserver à l'esprit les réflexions patiemment mûries »¹⁹⁰ depuis le droit romain.

184 De plus, les considérants du jugement ont été rendus publics : cf. n 1.

185 Cf. N 8.19 ss.

186 GADAMER, Vérité, 150.

187 DEMAY *in* Bourg/Demay/Fravre, 220, qui met l'accent sur l'interprétation conforme aux droits fondamentaux.

188 ATF 134 II 308 ; cf. N 8.56.

189 GRAA, 285 ss.

190 *Ibid.*, 316.

Si en France, l'état de nécessité tire son origine dans la décision de 1898 du « bon » juge Magnaud qui « en avait fait l'argument principal de la relaxe d'une pauvrete [ayant] volé un pain pour nourrir son enfant »¹⁹¹, cette institution était déjà présente dans le Code pénal allemand de 1871¹⁹². **Création prétorienne** d'un côté, vision plus legaliste de l'autre, le concept de l'état de nécessité et ses contours restent néanmoins largement en main des magistrats. Graa souligne lui-même le rôle important joué par le Tribunal fédéral dans la circonscription de cette notion¹⁹³. 8.62

L'état de nécessité n'est pas une *open texture* au sens strict, telle que les notions de « bonne foi » ou d'« intérêts prépondérants », puisque des conditions distinctes doivent être réunies pour sa réalisation. Il n'en demeure pas moins que **le pouvoir judiciaire dispose d'une importante marge d'appréciation**. C'est donc au fur et à mesure des arrêts de principe du Tribunal fédéral que cette institution a pris corps et que se sont formés les scenarii sociaux illustrant la catégorie légale abstraite. Malgré le Message de 1918 précisant que l'état de nécessité peut « être admis dans un assez grand nombre de cas »¹⁹⁴, notre Haute Cour a opté pour une attitude plutôt restrictive¹⁹⁵. 8.63

Néanmoins, s'il est vrai que la casuistique donnée en exemple par les pères du Code pénal suisse ou ressortant de la jurisprudence fédérale relève davantage de situations de la vie quotidienne ou dans lesquelles l'existence d'un individu est en danger¹⁹⁶, les juges de Mon Repos ont reconnu la possibilité d'admettre l'art. 17 CP en lien avec des manifestations politiques¹⁹⁷, même s'ils ne l'ont jamais admis dans un cas particulier. Nous comprenons ainsi que l'état de nécessité n'est pas seulement voué à des situations types, telles que le naufragé qui doit tuer son compagnon pour survivre sur un reste flottant du navire. 8.64

Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à connaître d'affaire de désobéissance civile relative au réchauffement climatique. L'arrêt se rapprochant le plus de l'affaire du collectif Lausanne Action Climat concerne le risque d'accident nucléaire et date de 2002¹⁹⁸. Conscient du caractère dynamique du droit¹⁹⁹, le Magistrat lausannois a estimé que la situation qu'il avait à connaître était trop dissemblable pour recevoir le même traitement²⁰⁰. En effet, si le danger nucléaire peut paraître abstrait et non immédiat, le réchauffement climatique est, comme nous l'avons déjà mentionné, des plus actuel et concret. Cette 8.65

191 BOURG *et al.*, 387. Néanmoins, GRAA démontre que l'idée d'une situation de nécessité trouve déjà ses origines en droit romain, en particulier chez Ulpien et, dans une moindre mesure, Cicéron.

192 GRAA, 289.

193 *Ibid.*, 308 ss.

194 GRAA, 308 ss.

195 Not. ATF 125 IV 49; ATF 122 IV 1; ATF 106 IV 1; ATF 132 IV 29; ATF 104 IV 229; ATF 107 IV 94.

196 GRAA, 285 ss.

197 ATF 129 IV 6, c. 3.1.

198 ATF 129 IV 6.

199 PAPAUX *in* Bourg/Demay/Favre, 299.

200 Jugement de Renens, c. 4.2.

reconnaissance implique une connaissance fine du phénomène, notamment de son inertie et des boucles de rétroaction.

- 8.66 Le Jugement de Renens a, *in fine*, pris en compte l'interprétation historique dans son raisonnement en reconnaissant une situation sans précédent qui justifiait un traitement différent. Dans un raisonnement du *même* et de l'*autre* (proprement abductif), l'*autre* a semblé assez important au Juge pour qu'il s'écarte partiellement de la jurisprudence fédérale. Nous disons bien partiellement, car, premièrement, le Tribunal fédéral avait déjà reconnu, de manière abstraite, la possibilité d'admettre l'art. 17 CP en lien avec des manifestations politiques et, deuxièmement, le dérèglement climatique, compris dans toutes ses subtilités, n'est pas si éloigné de la définition classique du danger imminent.
- 8.67 N'ayant pas de précédent suffisamment similaire auquel se référer, le Tribunal lausannois a ainsi eu à interpréter la notion d'état de nécessité au regard du cas concret et du contexte sociétal actuel. En effet, l'évolution de la société influe sur les notions juridiques qui exercent à leur tour une influence sur la première. Le **poinds de l'axiologie dans l'interprétation du droit** s'illustre clairement *via* le droit de vote des femmes. Alors qu'en 1991, le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures refusait toujours l'accès aux urnes à la moitié de sa population, le Tribunal fédéral a interprété la constitution cantonale : il « **fit dire au texte** légal et plus précisément à **l'expression** « Suisse » le **contenu** « Suisses et Suissesses » »²⁰¹, au motif que « [l]e juge doit s'efforcer d'interpréter une disposition dans un sens qui correspond au mieux aux circonstances et aux conceptions du moment »²⁰². La conception que nous avons du réchauffement climatique a considérablement évolué au fil de ces dernières années. Si nous pouvions nous réjouir, à la fin du xx^e siècle, de la 1^{re} COP, force est de constater, 25 ans plus tard, l'échec²⁰³ de notre société thermo-industrielle à préserver son habitat. C'est au regard tant des différents discours scientifiques²⁰⁴ que de la sensibilité croissante de notre société sur cette question (axiologie actuelle) que le Juge a pu qualifier le dérèglement climatique de danger imminent au sens de l'art. 17 CP.
- 8.68 Par ailleurs, dans le paradigme de la métaphysique de l'abduction, le texte législatif n'est plus seul pertinent dans la recherche de la solution du cas. Il est relayé au rang de moyens au même titre que les autres composantes de l'ordre juridique, à savoir la jurisprudence, la doctrine et, dans une moindre mesure, **le droit comparé**. Il est probable

201 PAPAUX, Introduction, 189.

202 ATF 116 Ia 359, JdT 1992 I 105.

203 UNITED NATIONS, António Guterres (UN Secretary-General) at the Climate Action Summit 2019, 23.9.19, disponible sous : <<https://www.youtube.com>> (30.9.2020).

204 HUGLO CHRISTIAN, L'état de nécessité – Droit pénal climatique, 9.4.2020, (cité : état de nécessité), disponible sous : <<https://www.lapenseeecologique.com>> (16.9.2020) où l'avocat environnementaliste soulève que sur « 59 pages du jugement, près de 40 concernent des témoignages relatifs à la preuve de l'urgence climatique ».

que les jurisprudences des juridictions étrangères²⁰⁵ reconnaissant un état de nécessité climatique²⁰⁶ n'aient pas été sans effet sur la décision lausannoise, bien que ce raisonnement comparatif, s'il a eu lieu, soit resté dans l'esprit du Juge. De surcroît et plus pertinent pour les positivistes, le non-respect, par la Confédération, de ses propres engagements pris dans le cadre de l'**Accord de Paris**, a soutenu l'interprétation des conditions de l'imminence du danger et de la subsidiarité de l'acte dans le sens retenu le 13 janvier 2020²⁰⁷. Autrement dit, lorsque le gouvernement lui-même désobéit et met en danger sa population, l'indiscipline citoyenne change de couleur dans le prisme de l'illicéité.

Enfin, au vu de l'*addendum* ponctuant le jugement²⁰⁸ et mettant en évidence ô combien 8.69 l'application de la loi rétroagit sur son interprétation²⁰⁹, l'**idiosyncrasie du cas** constitue le cœur de ce verdict d'acquiescement²¹⁰. Au-delà de toutes les conditions abstraites de l'art. 17 CP, c'est bien le caractère bénin et amusant de la manifestation qui justifie la relaxe des douze prévenus²¹¹.

Tout bien considéré, c'est bien le contexte, soit le Message législatif très large concernant 8.70 l'art. 17 CP, l'absence de jurisprudence fédérale suffisamment pertinente pour aiguiller l'application de la loi dans le cas, l'état extrêmement préoccupant du climat, l'évolution des consciences sur ce point, les jugements étrangers reconnaissant de plus en plus un état de nécessité climatique, et enfin, mais surtout, le non-respect par la Suisse de ses propres engagements et la particularité du cas, qui a permis un virage, certes non confirmé, dans l'interprétation de ce motif justificatif. En délaissant subtilement le paradigme cartésien, le jugement des douze réinterprète le texte de l'état de nécessité à la lumière des contextes tant scientifique, axiologique que juridique. Il admet ainsi « le jeu [...] de l'interprétation mutuelle entre la loi et les faits »²¹² et laisse toute la particularité du cas illuminer la loi pour que l'un dans l'autre, le juste soit dit en situation²¹³. C'est précisément ce que nous nommons l'équité²¹⁴.

205 Cf. LEPAGE *in* Bourg/Demay/Favre, 204 s.

206 Par exemple: Maddison Prom Court, arrêt du 8.9.2008, *R c. Oawk*; Washington Supreme Court, arrêt du 5.9.2019, *Ward c. Washington*; REAL MEDIA, Crown Court acquittal for divestment direct action – Full Cour report, 19.5.2019, disponible sous : <<https://www.realmedia.press>> (30.9.2020).

207 MAHAHM *in* Bourg/Demay/Favre, 118 ss.

208 Jugement de Renens, c. 4.3.

209 CÔTÉ, 194.

210 HUGLO *in* Bourg/Demay/Favre, 243 : « Il est difficile d'y voir autre chose qu'un jugement d'équité, totalement attaché aux circonstances de l'espèce. »

211 Jugement de Renens, c. 4.3 : « [...] l'état de nécessité licite retenu dans cette cause, l'est en raison de la nature même des actes jugés. ».

212 RICŒUR, Herméneutique, 180.

213 PAPAUX, Introduction, 138.

214 DEMOGUE, 120 : « Tandis que le droit représente le juste dans ses exigences collectives, l'équité le complète en tenant compte des circonstances particulières » ; HUGLO *in* Bourg/Demay/Favre, 243 : « Il est difficile d'y voir autre chose qu'un jugement d'équité, totalement attaché aux circonstances de l'espèce ».

- 8.71 Au contraire, le Tribunal fédéral semble, dans son dernier arrêt sur l'état de nécessité, faire fi du contexte dans son acte d'interprétation. Il se contente de subsumer le cas sous la loi, interprétée abstraitement. Le cas n'irradie aucunement la loi et le juste est dit hors situation²¹⁵. Premièrement, le Tribunal fédéral donne la prééminence à l'interprétation historique pour élaborer la notion de danger imminent, choix pour le moins surprenant au vu du caractère tout à fait contemporain de la problématique du climat. Deuxièmement, il s'inspire de cas précédents relevant de violences domestiques ou des travaux parlementaires en lien avec l'interruption non punissable de grossesse. Il insiste longuement sur le caractère actuel et concret que doit revêtir le danger compte tenu de ces derniers – soit de manière abstraite – mais n'explique que succinctement pourquoi le dérèglement climatique ne répond pas à cette imminence. Si les *leading cases* et débats politiques doivent être pris en considération dans l'interprétation de la notion de danger imminent, il sied également de relever le caractère tout à fait exceptionnel et particulier du changement climatique, dont l'inertie est telle que nos actes actuels déterminent notre climat futur. Le Tribunal fédéral refuse²¹⁶ de qualifier le changement climatique de « danger permanent et durable pouvant se concrétiser à tout moment »²¹⁷ au motif que les catastrophes naturelles « peuvent frapper indistinctement chacun, en tout lieu et en tout temps, sans qu'il soit possible d'identifier un bien juridique spécifiquement menacé »... À la lecture de cette formulation – tout à fait discordante –, l'on comprend que les catastrophes climatiques elles-mêmes, touchant des personnes et des biens tant juridiques que matériels déterminés, sont des dangers imminents justifiant des actes illicites pour s'en protéger, mais que le détraquement du climat, **imminent de par son inévitabilité et son temps long**, accélérateur et multiplicateur de ces mêmes catastrophes touchant la population mondiale – dont la Suisse, dans une mesure importante – et une multitude de biens juridiques, dont les plus fondamentaux, n'est pas un danger actuel et concret pour lequel des moyens importants, éventuellement illicites, mais proportionnés, peuvent être mis en œuvre à son encontre. Autrement dit, le danger est si grand que l'on n'en prend plus la mesure. Le Tribunal fédéral, contrairement aux instances inférieures, évite soigneusement les questions des boucles de rétroactions, de l'inertie climatique et des nombreuses catastrophes naturelles en cours en Suisse et ailleurs, notions essentielles pour comprendre l'imminence du dérèglement climatique. Nous notons par ailleurs que l'arrêt utilise le terme « urgence climatique » – mais qu'est-ce que l'urgence sinon une certaine imminence ?
- 8.72 L'idée n'est pas ici de dire que le Tribunal fédéral aurait nécessairement dû admettre l'état de nécessité, mais de rappeler que « [le droit] n'est figé que par habitude et non en

215 Il s'agit là précisément d'un oxymore, le juste ne pouvant être tel qu'en situation (Cf. N 8.56), « la loi n'étant que générale et abstraite, elle ne peut garantir que la solution de son application dans un cas est nécessairement juste » (PAPAUX *in* Bourg/Demay/Favre, 303 s.)

216 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.4.

217 ATF 125 IV 49, cas du tyran domestique (cf. N 8.16) dans lequel le Tribunal fédéral avait élargi la portée de l'état de nécessité et en particulier de l'imminence du danger.

soi ; tout y est choix ; dès lors, rien ne s'oppose à la qualification de l'urgence climatique comme état de nécessité, sinon l'absence de volonté politique [...] qu'il conviendrait toutefois d'assumer »²¹⁸ afin de permettre un débat juridique plus transparent et qualitatif.

b) *Jugement de Renens : un rappel de l'importance du juge dans l'acte d'interprétation*

Ainsi que nous l'avons préalablement exposé, sont constitutifs du sens d'un texte non seulement le contexte, mais également la personne de l'interprète. Ce dernier aspect tend également à être enseveli sous la présentation du droit, ce que nous constatons notamment par la rareté des opinions dissidentes et divergentes dans la pratique²¹⁹. Le Jugement de l'affaire du LAC a eu le mérite de rappeler ce composant fondamental de l'acte d'interprétation²²⁰. De fait, les médias²²¹ se sont ouvertement questionnés sur la personne du juge. Néanmoins, ici, nous traiterons du rôle de l'interprète en menant notre réflexion à un niveau plus général.

Premièrement, avec le Jugement de Renens, est réapparue la notion d'*auctoritas*, autorité au sens premier qui fait autorité, induit la confiance²²². Cette notion s'oppose à celle de *potestas*²²³, laquelle se comprend comme une autorité au sens de puissance, de pouvoir. L'argument d'autorité (*auctoritas*) est restauré par ceux qui reconnaissent que le Juge avait ses raisons au vu du dossier, du jugement et des débats qu'ils n'ont pas lus, respectivement auxquels ils n'ont pas assisté²²⁴. À ne pas s'y méprendre, l'*auctoritas* ne signifie nullement une position sacrée du juge, incritiquable. Au contraire, une fois reconnu le caractère argumentatif du droit, la critique des jugements par la doctrine est primordiale (toujours avec le complexe de faits en ligne de mire).

Deuxièmement, le groupe lausannois n'était pas le seul à jouer une partie de tennis dans les locaux d'une succursale de Credit Suisse le 22 novembre 2018 puisqu'il faisait écho à deux autres manifestations similaires se tenant le même jour à Bâle et à Genève. À chaque action, des dizaines de militants sont condamnés, sans qu'ils ne soient jugés en

218 PAPAUX *in* BOURG/DEMAI/FAVRE, 299 et 303.

219 BOLKENSTEYN, 35 ss. Soulignons à ce propos que le Jugement d'appel vaudois fait exception puisque la Juge Fonjallaz s'est prononcée publiquement contre la condamnation des militants à l'art. 286 CP.

220 PAPAUX *in* BOURG/DEMAI/FAVRE, 305 : « [...] ce qui laisse apparaître un rôle positif de la désobéissance civique sur le plan de notre représentation du phénomène juridique : la réhabilitation du choix comme ressort ultime du droit ».

221 RTS, Philippe Colelough, le juge qui a acquitté les activistes du climat : interview de Xavier de Haller et Vassilis Venizelos, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> (16.9.2020) ; LE MATIN, Philippe Nantermod, les grandes et les petites causes, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.lematin.ch>> (16.9.2020).

222 GADAMER, 121 ss.

223 BRENCI, 196 ss.

224 RTS, Acquittement des activistes du climat : interview d'Etienne Grisel, 14.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> (17.9.2020) ; RTS, Procès climatique à Genève : Interview de Yaël Hayat, 18.2.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> (17.9.2020).

même temps (notamment s'ils ne relèvent pas de la même autorité). D'où la possibilité que se tiennent des dizaines de procès ayant pour objet des faits identiques. Pourtant, les jugements seront différents, si ce n'est dans le verdict, du moins dans la motivation²²⁵. Mais en matière de désobéissance civile, il s'agit là de la pointe de l'iceberg uniquement. À ce titre, nous reviendrons sur le risque de surcharge judiciaire²²⁶. Enfin, à ceux qui brandissent le souci d'égalité de traitement, nous répondons qu'il s'agit précisément du rôle du Tribunal fédéral que nous développerons dans un court instant²²⁷.

- 8.76 Troisièmement, puisque l'interprète « s'investit dans la recherche du sens [...] avec tout son savoir »²²⁸, il est certain que l'audition des témoins, notamment de la climatologue Sonia Seneviratne, a eu une influence sur la décision du Juge²²⁹. Il a ainsi pu prendre connaissance du contexte climatique de manière bien plus vivante que ne le permettent les rapports scientifiques complexes et difficilement intelligibles pour un profane. Au contraire, la Juge unique du Tribunal de police genevois et la Cour d'appel vaudoise ont refusé tous les témoins requis par la défense. Il sied alors de rappeler l'impossibilité, pour le Tribunal fédéral, de recueillir de telles preuves directement (art. 99 LTF).

c) *Envoi vers le titre IV*

- 8.77 Par le développement de concepts herméneutiques mis en relation avec la décision de reconnaissance de l'état de nécessité, nous espérons avoir pu mettre en lumière le fait que le Jugement de Renens, loin de l'arbitraire, relève plutôt d'une autre métaphysique, celle de l'abduction, que celle que nous côtoyons quotidiennement, celle de l'univocité.
- 8.78 Le fait que la Cour d'appel et le Tribunal fédéral²³⁰ n'aient pas suivi le même raisonnement n'est pas en soi un échec. L'abduction, par la pesée des éléments – lorsqu'elle n'est pas déguisée en déduction – mène précisément à la discussion. Par ailleurs, l'*auctoritas* des instances judiciaires se renforce au fur et à mesure qu'augmente le nombre de magistrats les composant (allant jusqu'à cinq au Tribunal fédéral pour les questions juridiques de principe²³¹). À terme, le Tribunal fédéral, « par la seule vertu procédurale d'être la dernière instance »²³², tranche et met fin à la confrontation des argumentations juridiques, sous la forme précisément d'un **arrêt** retenant « la version qu'[il] juge, c'est-à-dire choisit, comme la plus pertinente ... pour l'heure »²³³.

225 Comme nous avons pu le voir avec l'analyse des cinq jugements en première partie de cette contribution.

226 Cf. N 8.84.

227 Cf. N 8.79.

228 PAPAUX, Introduction, 169.

229 HUGLO in Bourg/Demay/Favre, 243 : « il semble que ce qui a fait basculer la décision du tribunal est sans doute l'extraordinaire qualité des témoignages recueillis sur l'urgence climatique [...] ».

230 Jugement d'appel vaudois et TF 6B_1295/2020 du 26 mai 2021.

231 Art. 20 al. 2 LTF.

232 PAPAUX in Bourg/Demay/Favre, 311.

233 *Ibid.*

Notre Haute Cour a fondamentalement pour mission de « **dire ultimement et unaniment le droit** »²³⁴. Comme le soutient Moor, « [c]ette tâche [dire le droit], tout juge l'assume par le fait même qu'il doit rendre la justice en étant lié au droit. Mais une cour suprême est seule à même de l'assumer pleinement [...] parce que, située au sommet de la hiérarchie, il lui appartient de contrôler, non seulement la correcte application des règles établies, mais aussi **les essais d'évolution, d'adaptation, d'innovation des échelons inférieurs**. [nous soulignons] »²³⁵. Comme le soulignent en filigrane ces derniers mots, l'évolution du droit se fait au niveau des cours inférieures grâce à leur pouvoir d'appréciation illimité (d'autant plus que nous ne connaissons pas la règle du *binding precedent*²³⁶). Au contraire, le Tribunal fédéral se restreint, à tout le moins dans la doctrine positiviste légaliste²³⁷, à évaluer la « con-formité » de la décision au droit fédéral (avec un pouvoir d'appréciation limité, respectivement absent, sur les faits et l'opportunité). Partant, si l'autorité inférieure s'en tient à la jurisprudence établie, le Tribunal fédéral se limitera à constater le respect du droit. Il pourra esquiver la question de l'opportunité d'une évolution jurisprudentielle. À l'inverse, si l'instance inférieure innove dans son interprétation, elle laisse au Tribunal fédéral la liberté de conclure au respect ou à la violation du droit fédéral. Dans le premier cas, la Cour suprême admettra la nouvelle interprétation et « [arrêtera] à l'occasion du cas, une règle générale et abstraite »²³⁸. Dans le second cas, elle confirmera certes son ancienne interprétation, mais sans avoir fait l'impasse sur la question d'une possible évolution – quoique déguisée en application formelle de la loi²³⁹.

Dans le paradigme aristotélicien de l'abduction, la Cour suprême ne détient pas le « vrai sens » d'une norme. Tout au plus, a-t-elle le sens le plus « vrai-semblable »²⁴⁰ (qui semble vrai). Ainsi que le souligne Côté, en citant un juge de la Cour Suprême américaine : « ce n'est pas parce que la Cour suprême exprime toujours la vérité qu'elle a le dernier mot ;

234 BRENCI, 393 ; ATF 135 III 397 : « [...] Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral ».

235 MOOR, 52 ss.

236 Le *binding precedent* est une règle ou un principe juridique, énoncé par une instance supérieure, qui doit obligatoirement être suivi par les instances qui lui sont inférieures. Cette règle est surtout présente dans les systèmes de *common law*.

237 PAPAUX in Bourg/Demay/Favre, 302 : « N'est-ce pas cette dimension collective du juridique que tente de réhabiliter le droit de l'environnement ? Le juridique le plus originel, savoir la mesure et non la « conformité », le respect de la mesure et non la servitude de la forme, sauf à confondre la fin et le moyen. ».

238 BRENCI, 435.

239 TF, 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.4 : « [...] l'interprétation historique et téléologique de l'art. 17 CP, de même que l'étude de la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral, **exclut** de considérer que les recourants auraient commis les infractions en question pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique leur appartenant ou appartenant à un tiers. [nous soulignons] ». Le Tribunal fédéral se déresponsabilise ainsi du résultat de l'interprétation en masquant ses choix derrière des méthodes présentées comme univoque.

240 PAPAUX, Introduction, 6.

c'est plutôt parce qu'elle a le dernier mot qu'elle est toujours dans le vrai²⁴¹ ! »²⁴². Le pouvoir d'interprétation des tribunaux va au-delà du cas puisque « [d]ire le droit, c'est parler à nouveau du droit dans son entier »²⁴³. Pour cela, le magistrat doit faire preuve d'équité. Cet aspect, éclairé par l'affaire des « tennismen », amène également la question de la séparation des pouvoirs. Ce principe démocratique fondamental divise : il est paru bafoué pour certains²⁴⁴ et renforcé pour d'autres²⁴⁵. Au chapitre suivant, nous ébaucherons donc une réflexion sur ces notions pour ensuite nous arrêter sur une des phrases du jugement ayant fait couler beaucoup d'encre.

IV. Enseignements et questionnements

1. Équité au fondement de toute décision

- 8.81 Comme nous l'avons vu²⁴⁶, l'équité fonctionne de concert avec la prudence du législateur. Tandis que les légalistes se rattachent au cadre strict d'une loi pour définir la volonté du législateur, nous chercherons cette prudence à travers le droit pris dans son entier. C'est dans un tel processus de pensée élargie que le Juge de Lausanne a tenu compte de l'Accord de Paris et des droits fondamentaux des prévenus.
- 8.82 S'inspirant de la conception aristotélicienne, Ricœur entrevoit, dans la justice, une double finalité : « la **finalité courte** de [l'acte de juger] est de trancher un conflit – c'est-à-dire de mettre fin à l'incertitude –, sa **finalité longue** est de contribuer à la paix sociale [nous soulignons] »²⁴⁷. Le risque que le Jugement de Renens amène une situation anarchique où chacun se permettrait de violer la loi pour sa cause qu'il estime supérieure a été soulevé de nombreuses fois²⁴⁸. En revanche, la question de savoir ce qu'il adviendrait en cas de condamnation systématique de la désobéissance civile non-violente a été refoulée.
- 8.83 À cet égard, Malm ouvre des perspectives peu souhaitables, mais tout à fait plausibles, celles de la désobéissance civile violente : « imaginons [...] que d'ici quelques années, les enfants de la génération Thunberg et nous tous nous réveillons un matin en constatant que le *business-as-usual* est toujours là, [...] – rien d'impensable. [...] Qu'est-ce qu'on fait maintenant ? [...] On en conclut qu'on n'a plus rien qu'à apprendre à mourir [...], et à se

241 Par quoi il faut entendre précisément une vérité judiciaire, par opposition à « la vérité ».

242 CÔTÉ, 198.

243 LATOUR, 277.

244 Not. RTS, Philippe Nantermod : « Ce n'est pas le rôle du tribunal de dire s'il y a urgence climatique », 13.1.2020, <<https://www.rts.ch>> (16.9.2020).

245 Not. RTS, Procès climatique à Genève : Interview de Yaël Hayat, 18.2.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch>> (17.9.2020).

246 Cf. N 8.70.

247 RICŒUR, *Juste*, 10.

248 Au contraire de ceux qui s'en inquiètent, BOURG *in* Bourg/Demay/Favre, 23, y voit ici le but même de la désobéissance civile, rappelant le jugement du juge Magnaud (cf. N 8.62) : « Mais alors, quel chaos, a-t-on vociféré, si toutes les mères piégées par l'extrême pauvreté se mettent à voler ! Justement, telle est la dynamique : créer une situation intenable pour susciter l'énergie d'en sortir. ».

laisser glisser dans le cratère vers trois, quatre, huit degrés de réchauffement ? Ou bien, y a-t-il un autre stade, au-delà de la manifestation pacifique ? »²⁴⁹. Si les militants, ayant usé de voies légales, puis de voies illégales, mais bénignes et proportionnées, ne reçoivent aucune réponse de la part des institutions, pouvons-nous espérer qu'ils ne passeront pas à un stade supérieur et proportionnel avec la menace sur le Vivant qui, elle aussi, ne fait qu'augmenter ?

Ensuite, d'ordre plus pragmatique, mais non moins inquiétant, se pose la question de la surcharge de l'institution judiciaire. Des centaines de procédures sont pendantes et la volonté d'agir des militants ne faiblit pas. Selon Bettex, ancien bâtonnier vaudois et avocat d'un des prévenus, si les citoyens actuellement condamnés pour des actes de désobéissance civile venaient à exécuter leurs jours-amendes en établissement pénitentiaire, ils occuperaient une cellule à plein temps durant onze ans²⁵⁰. Le système pénitentiaire suisse peut-il réellement se permettre une telle charge supplémentaire ? 8.84

En entendant la voix de ces femmes et hommes effrayés par l'avenir, le jugement lausannois aurait peut-être contribué, sur le long terme, à la paix sociale, comme le veut la finalité longue de l'acte de juger et l'équité qui enlace le contexte dans son ensemble. Nous ne plaiderons pas pour un blanc-seing de la désobéissance civile, loin de là – serait-elle alors encore désobéissance ? Nous appelons, en revanche, de nos vœux, à l'image de la Convention d'Aarhus²⁵¹, la mise en place d'un dialogue entre la société civile et le monde politique pour qu'une réelle avancée soit entreprise face à la menace du changement climatique. Acquitter ou condamner les militants ne résoudra rien²⁵². Si le politique – au sens large – ne réagit pas à ces appels, la désobéissance, voire l'insurrection, s'intensifiera. 8.85

2. Place du 3^e pouvoir en *continental law* : le Tribunal aurait-il outrepassé ses compétences ?

Les partisans du paradigme de l'univocité placent le juge « en bas de la chaîne qui va de la production de la norme à son application » et nient « [son pouvoir] sur le droit et dans la société »²⁵³. Il leur est donc impensable, car crucial (au sens premier du terme), de reconnaître une prérogative de construction du sens de la norme au pouvoir judiciaire. 8.86

249 MALM, 31 ss ; BOURG/DEMAY/FAVRE, 10, mettent également en garde contre la possibilité d'une bifurcation de la désobéissance civile vers une forme de contestation plus violente : « La victime collatérale du légalisme obtus d'une part et de la désobéissance apolitique d'autre part sera alors la démocratie. ».

250 BETTEX à la Conférence de presse d'Extinction Rebellion, « Vers une répression des mouvements pour le climat ? », Théâtre de Vidy, 3.6.2020.

251 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (RS 0.814.07).

252 BOURG in BOURG/DEMAY/FAVRE, 18 : « Quand les alertes ne sont pas entendues, ce sont les accidents qui contraignent la loi à évoluer. ».

253 *Ibid.*, 110 s.

C'est sans surprise qu'au moment où cette faculté réapparaît, ils y voient une violation de la séparation des pouvoirs²⁵⁴. À l'opposé, dans le paradigme de l'abduction, est reconnu le rôle du magistrat dans la production de la norme. Ainsi que l'affirme Rigaux, « [...] plus on s'élève dans la hiérarchie judiciaire, plus le juge s'approche de l'exercice d'une fonction quasi législative »²⁵⁵. Le droit étant en tension entre les pouvoirs législatifs et judiciaires, la séparation des pouvoirs prend toute son épaisseur dans l'acte d'interprétation de la loi.

8.87 La deuxième perspective semble s'étendre. Allard et Van Waeyenberge constatent une recrudescence du poids de la fonction de juger dans nos démocraties²⁵⁶ qui découlerait notamment d'une « autonomisation croissante des juges »²⁵⁷ face au pouvoir législatif. Les exemples en lien avec des problématiques environnementales se multiplient. En 2016, la Cour suprême de Colombie²⁵⁸ a enjoint au gouvernement de créer un programme d'arrêt de la déforestation en Amazonie et de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Plus récemment, dans l'affaire *Urgenda*²⁵⁹ (2019), l'État des Pays-Bas a été prié par la Cour suprême de respecter un certain objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre²⁶⁰. Pour les auteurs précités, « [c]ela entérine la fin de la position < souveraine > autrefois reconnue au législateur »²⁶¹. Dans toutes ces affaires, la saisine du pouvoir judiciaire provient de citoyens ou d'associations défendant leurs intérêts. Cela marque une autre cause de la « démocratie contentieuse »²⁶² : l'insatisfaction du citoyen face à ses représentants politiques²⁶³, que Bourg nomme la crise de la démocratie représentative²⁶⁴. Afin de dépasser l'inertie des parlements face à la crise climatique, le peuple se tourne vers l'*auctoritas* du juge. En sa qualité de contre-pouvoir²⁶⁵, l'appareil judiciaire présente certains avantages sur le législatif :

- D'abord, le juge a l'obligation de statuer. Contrairement à « un Parlement [qui] peut [...] utiliser toutes les astuces procédurales ou juridiques pour enterrer un problème, le juge ne peut se dérober »²⁶⁶.

254 Vision sclérosée selon PAPAUX in Bourg/Demay/Favre, 301 ss.

255 RIGAUX, 246 s.

256 ALLARD/VAN WAEYENBERGE, 109, en citant MARTENS : « on est encore en démocratie, mais celle-ci est de moins en moins représentative et de plus en plus juridictionnelle. ».

257 ALLARD/VAN WAEYENBERGE, 112.

258 Cour suprême de la Colombie, Décision C-035/16 du 8.2.2016.

259 Cour suprême des Pays-Bas, affaire n°19/00135.

260 PAPAUX in Bourg/Demay/Favre, 301 : « Les Pays-Bas ont-ils perdu leur qualité de démocratie par la défaite du gouvernement face à des associations environnementalistes dans l'affaire < Urgenda > ? C'est bien peu comprendre à la démocratie comme vivante et au droit comme dynamique de la prétendre ».

261 ALLARD/VAN WAEYENBERGE, 113.

262 OST, XII.

263 ALLARD/VAN WAEYENBERGE, 109.

264 BOURG/BOY, 33 ss.

265 DEMAY.

266 HUGLO, État de nécessité.

- Ensuite, le juge est face à un débat contradictoire, à armes égales.
- Enfin, mais non des moindres, le juge a l'obligation de motiver sa décision. Pour Huglo, « [c]'est la grande différence avec un Parlement qui est soumis aux lobbies, aux pressions et aux variations politiques de toutes sortes qu'il est inutile de développer, car ils sont tous trop connus »²⁶⁷.

Cette dernière remarque prend un poids tout particulier dans le système logicien de l'abduction. C'est précisément « la contrainte argumentative [qui] limite fortement la toute-puissance supposée des juges. La décision n'étant plus soutenue par une hiérarchie formelle des normes, elle doit être rationnellement convaincante, non plus par sa forme, mais par sa qualité narrative et argumentative »²⁶⁸. Là où l'acte judiciaire d'ordre déductif cache le pouvoir du juge, le soustrayant ainsi à tout contrôle²⁶⁹, l'abduction restaure la responsabilité du magistrat²⁷⁰ en l'empêchant de se couvrir sous l'autorité de la loi. Tout bien considéré, si l'ontologie cartésienne revendique une séparation des pouvoirs stricte, ceux-ci étant plongés dans des silos hermétiques, la métaphysique d'origine aristotélicienne, se conjugue davantage avec la notion de *check and balances*²⁷¹ pour laquelle les différents pouvoirs collaborent dans un dialogue²⁷² en tension²⁷³. 8.88

3. Le Jugement de Renens est-il en porte-à-faux avec la démocratie ?

Nous aimerions nous pencher sur une phrase malheureuse du Jugement qui intervient en conclusion de l'analyse de la subsidiarité de l'action : « En termes plus généraux, le temps politique, lent de par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique »²⁷⁴. Koller, journaliste du journal *Le Temps*, dénonce le manque de circonlocution qui « [donne] raison à tous ceux qui dénoncent l'avènement prochain d'une dictature verte »²⁷⁵. Petel justifie : « Au niveau du raisonnement juridique, cette démonstration est centrale puisque la désobéissance n'est licite²⁷⁶ que si elle est l'unique alternative effective ».

267 HUGLO, Climat. Justice, Fabrique du droit, (cité : climat), <<https://lapenseeecologique.com/>> (16.9.2020).

268 ALLARD/VAN WAAYENBERGE, 123. Nous déplorons précisément l'absence de cette qualité dans l'argumentation du Tribunal fédéral sur l'état de nécessité climatique qui se contente d'analyser la « con-formité » de l'acte à la loi.

269 *Ibid.*, 128 ; Cf. N 8.57.

270 *Ibid.*, 111 et 128.

271 Cf. not. PAPAUX in Bourg/Demay/Favre, 301 ss.

272 Cf. N 8.54.

273 Définition : « Grande application, effort continu », Centre national de Ressources Textuelles et lexicales, disponible sous : <<https://www.cnrtl.fr>> (16.9.2020).

274 Jugement de Renens, c. 4.2, § 6

275 KOLLER, Urgence climatique et nécessité démocratique, *Le Temps*, 2.2.2020, disponible sous : <<https://letemps.ch>> (17.9.2020). Cette formulation du Jugement de Renens a également été critiquée par DEMAY/FAVRE in Bourg/Demay/Favre, 295.

276 Nous voyons bien, dans cette formulation, le paradoxe de la défense de la désobéissance civile par l'état de nécessité que nous avons exposé ci-dessus, N 8.48 ss.

- 8.90 Nous estimons au contraire que l'énoncé aurait pu être nuancé sans que le raisonnement juridique n'en pâtisse. En effet, si la démocratie représentative est en crise face à l'urgence climatique, « les élus n'ayant aucune légitimité à ruiner la liberté individuelle, la préservation de l'indépendance de chacun fondant au contraire leur légitimité »²⁷⁷, il n'en va pas de la démocratie dans son essence²⁷⁸. Celle-ci peut revêtir diverses formes. Bourg, philosophe et professeur honoraire à l'Université de Lausanne, prône²⁷⁹ entre autres, pour dépasser cette contradiction de fond entre intérêts collectifs et individuels, une démocratie participative (via des conférences citoyennes) qui serait complémentaire à la démocratie représentative. Ce n'est qu'une illustration de la manière dont le Jugement de Renens aurait pu nuancer cette affirmation dogmatique précitée. En considérant la désobéissance civile proportionnée et nécessaire dans le contexte d'une situation institutionnelle momentanément « en panne »²⁸⁰, il soulignerait en outre que l'acquittement ne serait plus justifié dès lors que la démocratie reprendrait sa fonction de protection du bien commun, malgré la pérennité du danger²⁸¹.
- 8.91 Cette notion de limite de la justification de l'acquittement dans le temps, nous mène précisément à notre cinquième et dernière partie. Tournée vers l'avenir cette fois, nous nous demanderons si l'acquittement des douze militants constitue une carte blanche pour les futures actions de même genre.

4. Etat de nécessité climatique, une brèche ouverte vers le chaos ?

- 8.92 La question de savoir si le Jugement de Renens ouvre des perspectives non souhaitables est celle ayant le plus contribué à animer le débat. Nous y voyons l'aveu que, malgré une doctrine légaliste, la pratique est, elle, bien consciente de l'inscription des décisions judiciaires dans une continuité et de leur influence sur le droit, au-delà des cas d'espèce.
- 8.93 Le doute s'est installé : si l'art. 17 CP permet la désobéissance civile, à tout le moins pour la cause climatique, alors chaque action du même acabit bénéficiera-t-elle de la même relaxe ? Que tous soient rassurés. Même si le verdict de première instance avait été

277 BOURG/BOY, 48.

278 Cf. DEMAY/FAVRE in Bourg/Demay/Favre, 249 ss, qui plaident pour une réhabilitation macropolitique du droit et rappellent la place légitime de la désobéissance civique en démocratie en se fondant sur la conception arendtienne de ce moyen d'action.

279 *Ibid.*

280 ROUX in Bourg/Demay/Favre, 60 : « Et la désobéissance civile [...] continuera à être la respiration de la démocratie quand, [...] comme le disait Paul Ricœur, « la démocratie est devenue trop formelle et manque de conviction ». ».

281 Il sied de préciser que « la désobéissance civique s'avère affaire de citoyen, amoureux de sa démocratie et cherchant en cela précisément à l'améliorer » (PAPAUX in Bourg/Demay/Favre, 308) et que « la cause écologique permet au rebours un approfondissement de nos institutions en les interrogeant » (*Ibid.*, 301), ce qui se constate notamment par la revendication des mouvements climat d'instaurer des assembles citoyennes tirées au sort.

repris par notre Haute Cour, l'abduction, fondement effectif de la réflexion juridique, permettrait toujours une réponse adéquate et prudente. En tant que raisonnement constitué de « même » et d'« autre », chaque magistrat et chaque autorité judiciaire en corps devront se positionner sur la prépondérance des ressemblances ou des dissemblances entre l'affaire du LAC et la cause qu'ils auront à juger²⁸². Rien que les blocages routiers, signature du mouvement Extinction Rebellion, comportent de multiples dissemblances permettant de conclure différemment²⁸³ : ils se déroulent sur la voie publique et non dans un lieu privé (les infractions en cause sont donc différentes) ; ils bloquent certaines artères de la ville alors que la manifestation au sein du Credit Suisse n'a pas empêché la banque de vaquer à ses activités²⁸⁴ ; ils réunissent parfois une centaine de personnes et durent plusieurs heures tandis que les militants du LAC n'étaient qu'une vingtaine pour une heure de manifestation tout au plus ; de grands dispositifs policiers sont mobilisés tant pour déplacer les manifestants que pour éviter le blocage d'autres lieux au contraire des tennismen qui n'ont nécessité l'intervention « que » d'une quinzaine de policiers et policières. À ceux qui se demandent si une action en tous points similaire à celle du 22 novembre 2018 pourrait encore laisser une liberté d'appréciation au juge, nous rappelons que le rythme de telles actions fait aussi partie de la proportionnalité. Il reviendra précisément au sentiment d'équité des magistrats saisis d'en juger.

Après avoir mentionné l'importance de l'interprétation de la loi dans l'acte de juger et de la mission critique indispensable de la doctrine, il nous faut souligner le rôle de cette dernière dans l'interprétation des jugements. Surpris par une décision, le public se tourne aussitôt vers les savants du droit, vers l'avis de personnes autorisées²⁸⁵. L'*intentio lectoris*²⁸⁶ de la doctrine a eu de ce fait un poids non négligeable dans la réception de ce jugement comme « boîte de Pandore ». Nous estimons que s'il avait été immédiatement prôné, dans les médias, l'idiosyncrasie du cas au regard de l'abduction, comme l'a précisément fait le juge dans son *addendum*, le message aurait été donné à la population qu'aucun blanc-seing n'était donné pour quelque infraction que ce soit, peu importe la cause. 8.94

282 PAPAUX *in* Bourg/Demay/Favre, 299 : « D'autre part, que le juge n'est pas Jupiter, partant que tout jugement n'est pas à même de faire jurisprudence, qu'en droit l'espérance aucunement ne garantit l'extension par analogie de tel arrêt aux occurrences à venir ».

283 Ce qui se constate précisément dans le Jugement de Renens.

284 Jugement de Renens, c. 2.

285 BRENCI, 404 ss : « comme le retient Gadamer, dans un acte de *connaissance* et de *reconnaissance* d'un savoir : *connaissance* que l'autre est supérieur en jugement, lequel l'emporte ; *reconnaissance*, c'est-à-dire un acte de la raison, qui, consciente de ses limites, accorde à l'opinion de l'autre une plus grande perspicacité. ».

286 Eco, 19 ss.

- 8.95 En somme, nous voyons dans ces jugements²⁸⁷ le corollaire d'une démocratie quelque peu rouillée qui faillit à son devoir de protection de ses citoyens. Partant, ils perdront leur raison d'être aussitôt que le législatif sera à nouveau en acte, dans un dialogue constructif et non défensif avec le pouvoir judiciaire et la société civile.

V. Conclusion

1. Un semblant de nuance

- 8.96 Avant de clore cet écrit, nous souhaiterions apporter de la nuance au lecteur nous ayant suivi jusqu'ici. Il est évident que nous nous plaçons du côté de la nouvelle herméneutique et du droit à la pluralité des sources. Néanmoins, il ne faut pas comprendre ici un total rejet du légalisme. En effet, celui-ci, malgré ses nombreux défauts, comporte bien quelques avantages. Premièrement, il facilite l'entrée des futurs juristes dans la matière complexe qu'est le droit. Il est ainsi utile aux premières années d'enseignement. En revanche, il devrait être, selon nous, davantage remis en question dans la suite du cursus et ne pas être présenté comme la seule alternative valable. Les figures de la loi au sommet et du syllogisme suffisent pour résoudre quelques casus, mais sont trop simplistes pour refléter l'entier de la pratique. Voilà que nous arrivons alors à son deuxième avantage. Nous avons avancé que la loi s'interprète à chaque application de la loi. Il nous faut néanmoins admettre que les juges ne sauraient débattre éternellement du sens qu'il leur faut donner à une loi appliquée quotidiennement à des cas tous plus ou moins similaires. Le fonctionnement de la justice s'en verrait considérablement compliqué, voire endigué. Les figures du légalisme sont alors ici d'une aide considérable. En revanche, dès lors que nous nous trouvons face aux « *hard cases* », comme il en va des jugements discutés tout au long de cette contribution, le légalisme ne saurait embrasser la complexité du cas. C'est ici qu'interviennent les notions d'herméneutiques et d'abduction que nous avons expliquées plus haut puisque qu'il « n'y a pas la loi *et* le juge, mais le juge *en* la loi »²⁸⁸.
- 8.97 Pour résumer, ce n'est pas tant le légalisme en tant que tel que nous souhaitons rejeter ici, mais bien le légalisme utilisé comme excuse pour la condamnation des militants. « La loi est claire, la désobéissance civile doit être condamnée, même si l'on veut bien parfois admettre que la loi est mal faite ». Cette position nous semble être un argumentaire bien trop simpliste, une fuite en avant face à la complexité des questions soulevées par les activistes du climat. Elle ferme la porte à une discussion plus profonde et réfléchie qui nous permettrait à toutes et tous d'évoluer sur cette controverse.

287 Tant les acquittements au nom de l'état de nécessité que les actions en justice contre les États.

288 PAPAUX *in* Bourg/Demay/Favre, 310.

2. Clôture

Cette contribution est aussi notre mémoire universitaire, travail qui, à nos yeux, nécessite intelligence critique de la part de son auteur. Ainsi, quoi de mieux que de s'atteler à la critique des jugements²⁸⁹ à l'écriture desquels nous avons contribué en qualité de greffière *ad hoc* ? La tâche n'a pas toujours été aisée. Nous avons naturellement oscillé entre défense fervente du Jugement de Renens et doutes importants quant à sa juridicité. Nous souhaitions alors en comprendre tous ses tenants et aboutissants, avec les clés qui sont les nôtres, tant du point de vue du droit en acte que de la philosophie du droit. Nous espérons avoir su faire preuve de recul face à la décision malgré le fait que nous y adhérons largement. 8.98

Grâce au travail de recherches et de critiques des jugements, dans la première partie, nous avons pu comprendre qu'ils ont tous certaines qualités et bien quelques défauts. Aucun n'est dépourvu de failles sur les plans de la réflexion juridique et de la cohérence interne. Mais c'est grâce à l'appréhension de l'herméneutique, que nous avons saisi pourquoi et à quel point la justice porte la signature de ceux qui la rendent et du contexte dans lequel elle s'inscrit. Humaine, comme les juges, elle est emplie de doutes et d'argumentations plus ou moins solides, malgré ce qu'essaient de nous faire croire le courant légaliste et sa pensée syllogistique – qui appauvrissent par ailleurs certainement les argumentaires. C'est à nos yeux le grand mérite de ces jugements : ils ramènent dans la société, dans la communauté juridique et en chacun de nous un débat de fond sur notre vision du droit, de nos institutions ainsi que sur la (re)définition de nos valeurs sociétales. Il nous apparaît que c'est peut-être davantage cela qui dérange et bouscule, plus que les acquittements eux-mêmes. 8.99

Le droit relève de l'ordre de l'argumentaire et non de la science. Il est mouvant à la lumière de l'axiologie. Parfois en avance sur la société, souvent un peu en retard. Mais il est certain qu'il ne pourra pas fermer les yeux sur les nombreux désastres environnementaux et les catastrophes qui s'en suivent dans l'attente que les législateurs et les gouvernements se réveillent. Il est également un pouvoir qui n'a pas à rester en retrait²⁹⁰. D'autant plus qu'il est moins soumis aux pressions des lobbyistes, des élections et de la scène internationale que les deux autres piliers de l'État. Il est alors le pouvoir du temps long et peut-être, en cela, bien plus adapté à la réponse de la société au dérèglement climatique. Toutefois, seul il ne peut rien. Nous nous sommes donc penchés sur la question de la séparation des pouvoirs ainsi que sur celle de la démocratie. Nous estimons que ces hésitations au sein des tribunaux sont la preuve d'une démocratie saine, de juges qui réfléchissent activement sur les questions qui leur sont posées et usent du 8.100

289 Nous faisons référence ici au Jugement de Renens ainsi qu'au récent jugement lausannois.

290 PAPAUX *in* Bourg/Demay/Favre, 319 : « Comme tout choix en démocratie, il dépend de la volonté politique, dont les tribunaux ne sont pas les dépositaires premiers, mais pas non plus les perroquets serviles ».

pouvoir qui est le leur dans les limites de l'interprétation. Nous sentons également le dialogue qui s'instaure entre les juges puisque chaque jugement cite et commente (indirectement) les précédents. Ce flou judiciaire est caractéristique d'une société qui change, qui redéfinit ses valeurs et qui tend – trop lentement, certes – davantage vers la justice climatique. Ainsi, même si le contour actuel de nos institutions peut être questionné face à l'urgence climatique, notre démocratie, elle, est loin d'être raturée et peut être vivifiée par le débat et la discussion qu'ouvrent ce type de décision, tant au sein des juristes que du public.

§ 9 Pollution environnementale internationale : la responsabilité pénale personnelle de l'auteur physique et sociale de l'entreprise. Territorialité et conflits de juridictions

Laurent Moreillon* et Mathilde von Wurstemberger**

Table des matières

I.	Introduction	276
II.	Infractions en droit suisse	276
	1. Code pénal	277
	2. Lois fédérales	277
III.	Droit supranational	278
	1. Nations Unies	278
	2. Conseil de l'Europe	280
	3. Union européenne	281
IV.	Imputation personnelle (personne physique) et sociale (responsabilité de l'entreprise) en droit suisse	282
	1. Généralités	282
	2. Imputation personnelle : la règle de l'article 29 CP	283
	3. Imputation de l'entreprise	284
V.	Territorialité	285
VI.	Conflits de juridictions	288
	1. Conflits procéduraux	288
VII.	Conclusion	291

Bibliographie

DONGOIS NATHALIE/BICHOVSKY AUDE, Aspects pénaux de la protection de l'environnement, in Sifonios/Braun/Lukic (éd.), Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités, CEDIDAC (vol. 82), Lausanne 2009, 63 ss; DUPUIS MICHEL *et al.* (éd.), Petit commentaire CP, Bâle 2017 (cité : PC CP, art. 1 N 1); HIRSIG-VOUILLOZ MADELEINE, Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), PJA 2007, 1376 ss; KROLIK CHRISTOPHE, Le traité de Lisbonne et l'environnement, Revue européenne de droit de l'environnement 2008, 171 ss; MOREILLON LAURENT, Quelques réflexions sur le principe « *ne bis in idem* », in Wohlers (éd.), Festschrift für Andreas Donatsch, Daniel Jositsch, Christian Schwarzenegger, Zurich 2017, 173 ss; MOREILLON LAURENT/VON WURSTEMBERGER MATHILDE, La reconnaissance mutuelle des décisions pénales et le principe *ne bis in idem*, RPS 137 (2019), 121 ss; VILLARD KATIA, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, Zurich 2017.

* Laurent Moreillon, Docteur en droit, avocat, Professeur et ancien Doyen à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

** Mathilde von Wurstemberger, Master of Law, Doctorante, chargée de recherche au Centre de droit pénal de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

Travaux préparatoires

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la navigation maritime sous pavillon suisse, du 22 février 1952, FF 1952 I 257 (cité : Message Navigation maritime, FF 1952 I 257) ; Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787 (cité : Message CP, FF 1999 II 1787).

I. Introduction

- 9.1 La globalisation des rapports économiques, l'économie de rendement et de résultat à grande échelle, les flux migratoires volontaires et forcés conduisent l'humanité vers ce qui pourrait être un désastre écologique et climatique.
- 9.2 Les prédictions des spécialistes demeurent sombres. Un monde de sur-technologie ne réussit plus à préserver l'évolution terrestre, atmosphérique et maritime.
- 9.3 Ce qui était, jusqu'à présent, essentiellement réduit à une pollution locale ou régionale devient progressivement l'exception. De nombreuses pollutions, qu'elles touchent directement la Suisse ou qu'elles aient lieu hors du territoire suisse, interpellent climatologues, écologistes, sociologues, économistes, biologistes, médecins, psychologues et juristes.
- 9.4 Nous aborderons essentiellement, dans cette étude axée sur le droit pénal, les aspects internationaux de la pollution. Nous prendrons principalement, comme exemples, des cas de pollutions atmosphériques et maritimes.
- 9.5 Bien que la pollution ait lieu souvent à des dizaines de milliers de kilomètres de la Suisse, en quoi les Tribunaux suisses peuvent-ils être concernés ? Qui poursuivre ? L'agent commettant ou omettant ? A son défaut, l'entreprise qui a permis la pollution peut-elle être poursuivie ?
- 9.6 Enfin, comment résoudre les épineuses questions de prise en compte de jugements, étrangers, traitant, exhaustivement ou partiellement, l'infraction environnementale ayant eu des effets tant à l'étranger qu'en Suisse ? Tel est l'objet de cette étude.

II. Infractions en droit suisse

- 9.7 Les infractions environnementales, en droit suisse, sont réparties, pour ce qui est du droit fédéral, à la fois dans le Code pénal suisse du 21 décembre 1937¹ (CP) et dans des lois fédérales spéciales.

1 RS 311.0.

1. Code pénal

Une pollution environnementale porte atteinte, nécessairement, à divers biens juridiques protégés. On pensera à la vie, à l'intégrité corporelle, au patrimoine ou encore à la menace d'un danger collectif ou d'un danger affectant la santé publique. 9.8

Nous citerons les dispositions principales à titre illustratif. 9.9

S'agissant des crimes et délits contre la vie ou l'intégrité corporelle, on pensera aux articles 111 et 117 CP (meurtre, respectivement homicide par négligence), 122, 123 et 125 CP (lésions corporelles intentionnelles ou par négligence), 129 CP (mise en danger de la vie d'autrui). De même, on songera à des crimes et délits créant un danger collectif, à l'image des articles 221 et 222 CP (incendie intentionnel et par négligence), à l'article 227 CP (inondation et écroulement), ainsi qu'à l'article 229 CP (violation des règles de l'art de construire). Enfin, les articles 230^{bis} ss CP répriment les crimes et délits contre la santé publique. Notons en particulier l'article 234 CP (contamination d'eau potable). 9.10

2. Lois fédérales

Il existe plusieurs lois fédérales en matière de protection de l'environnement. On citera les principales. 9.11

En premier lieu, la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement² (LPE), la Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux³ (LEaux), la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage⁴ (LPN), la Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts⁵ (LFo), la Loi fédérale du 19 décembre 1980 sur le Parc national suisse dans le canton des Grisons⁶ (Loi sur le Parc national), la Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages⁷ (LChP), la Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche⁸ (LFSP), ainsi que la Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse⁹. 9.12

On précisera que le tronc commun à ces lois fédérales est qu'elles envisagent non seulement les infractions commises par intention, mais le plus souvent par négligence. Quant aux sanctions, les infractions poursuivies sous l'angle de ces lois renvoient à l'application de la partie générale du Code pénal, ce qui permet au Juge de prononcer une amende, une peine pécuniaire avec ou sans sursis, un sursis partiel, une peine privative de liberté avec sursis ou ferme ainsi que, à titre de mesure, une confiscation. 9.13

2 RS 814.01.

3 RS 814.20.

4 RS 451.

5 RS 921.0.

6 RS 454.

7 RS 922.0.

8 RS 923.0.

9 RS 747.30.

- 9.14 Sur ce dernier point, on rappellera que, conformément aux articles 69 ss CP, la confiscation, mesure à caractère réel¹⁰, peut être prononcée alors qu'aucune personne déterminée n'est punissable. La plupart des lois fédérales ne contiennent pas des dispositions sur ce type de mesures. Toutefois, la jurisprudence admet que, par renvoi de l'article 333 al. 1 CP, la confiscation peut être prononcée. Pour le Tribunal fédéral au demeurant, une économie financière réalisée, grâce à la commission d'une infraction, représente une valeur patrimoniale qui peut être confisquée¹¹. On peut imaginer ainsi une confiscation portant sur des produits et des installations qui ont provoqué l'atteinte à l'environnement ainsi que le bénéfice tiré de l'atteinte à l'environnement (bénéfice direct et dividendes). Demeure actuellement ouverte l'étendue de la confiscation, sur le point de savoir si elle porte sur le chiffre d'affaires, le revenu brut ou net en cause¹².

III. Droit supranational

1. Nations Unies

- 9.15 La Suisse est partie à de nombreuses conventions érigées sous l'égide de l'ONU en matière de protection de l'environnement. On citera, par exemple¹³ :
- la Convention du 2 février 1971 relative aux zones humides d'importance internationale et particulièrement comme habitat de la sauvagine¹⁴ (oiseaux aquatiques sauvages) ;
 - la Convention du 23 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel¹⁵ ;
 - la Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction¹⁶ ;
 - la Convention du 23 juin 1979 sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage¹⁷ ;
 - la Convention du 13 novembre 1979 de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU) sur la pollution atmosphérique transfrontière à

10 HIRSIG-VOUILLOZ, 1377.

11 Voir notamment DONGOIS/BICHOVSKY, 63 ss, et les références.

12 Voir notamment DONGOIS/BICHOVSKY, 63 ss, et les références citées ; TF, 24.6.2013, 6B_724/2012, c. 7.2 ; TF, 9.2.2012, 1B_716/2011, c. 2.2 ; TPF, 10.9.2015, BB.2015.29, c. 5.3.

13 DONGOIS/BICHOVSKY, 69 et les références citées.

14 RS 0.451.451.

15 RS 0.451.41.

16 RS 0.453.

17 RS 0.451.46.

longue distance (CPATLD, Convention de Genève) ratifiée par la Suisse en 1983 et complétée par huit Protocoles¹⁸ également ratifiés par la Suisse¹⁹.

- la Convention du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination²⁰ (Convention de Bâle) ;
- la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique²¹ (CDB).

S'agissant de la pollution maritime, l'ONU a développé plusieurs Conventions, soit : 9.16

- la Convention internationale du 12 mai 1954 pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, entrée en vigueur pour la Suisse le 12 avril 1966²² ;
- la Convention internationale du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, complétée par un Protocole de 1973²³ et entrée en vigueur pour la Suisse le 14 mars 1988²⁴ ;
- la Convention de Londres du 29 décembre 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, entrée en vigueur pour la Suisse le 30 août 1979 et complétée de plusieurs amendements²⁵ ;
- la Convention internationale du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, amendée en 1984, 1991 et 1992 et modifiée par son protocole de 1978, entré en vigueur pour la Suisse le 15 mars 1988²⁶ (Convention MARPOL 73/78) ;
- la Convention internationale du 30 novembre 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 octobre 1996²⁷.

On évoquera encore d'autres conventions, en particulier :

9.17

- la Convention du 10 décembre 1982 des Nations Unies sur le droit de la mer, entrée en vigueur pour la Suisse le 31 mai 2009²⁸ (Convention de Montego Bay) ;

18 RS 0.814.322 ; RS 0.814.321 ; RS 0.814.323 ; RS 0.814.328 ; RS 0.814.324 ; RS 0.814.325 ; RS 0.814.326 ; RS 0.814.327.

19 Voir Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 27 juin 1981: N 9.24.

20 RS 0.814.05.

21 RS 0.451.43.

22 RS 0.814.288.1.

23 RS 0.814.289.1.

24 RS 0.814.289.

25 RS 0.814.287.

26 RS 0.814.288.2.

27 RS 0.814.290.

28 RS 0.747.305.15.

- la Convention de Vienne du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d’ozone, entrée en vigueur pour la Suisse le 22 septembre 1988 avec ses Protocoles²⁹ ;
- la Convention du 25 février 1991 sur l’évaluation de l’impact sur l’environnement dans un contexte transfrontière, entrée en vigueur pour la Suisse le 10 septembre 1997³⁰ ;
- la Convention-cadre du 9 mai 1992 sur les changements climatiques, entrée en vigueur pour la Suisse le 21 mars 1994³¹ et complétée par son Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997, en vigueur pour la Suisse depuis le 16 février 2005³² ;
- ou encore la Convention de Stockholm du 22 mai 2001 sur les polluants organiques persistants, entrée en vigueur pour la Suisse le 17 mai 2004³³.

2. Conseil de l’Europe

- 9.18 Au sein du Conseil de l’Europe également, la conservation de l’environnement naturel et culturel européen est une préoccupation première. On citera, en particulier, la Convention du 4 novembre 1998 sur la protection de l’environnement par le droit pénal³⁴. Cette Convention n’est toujours pas entrée en vigueur au sein du Conseil de l’Europe et la Suisse ne l’a ni signée ni ratifiée.
- 9.19 Cette Convention, une fois entrée en vigueur, aurait le mérite d’harmoniser le droit pénal des **États** membres et de faciliter la coopération judiciaire.
- 9.20 De manière résumée, les dispositions de cette Convention sont réparties en quatre sections, et concernent principalement la terminologie (art. 1^{er}, définitions des termes « illécitités » et « eaux » aux fins de la présente Convention), les mesures à prendre au niveau national (art. 2 à 11), les mesures à prendre au niveau international (art. 12) ainsi que les dispositions finales (art. 13 à 21).
- 9.21 Pour ce qui concerne les sanctions pénales, la matière est réglée à la section 2 qui vise aussi bien les actes intentionnels (art. 2) que par négligence (art. 3). La Convention vise d’autres infractions à caractère pénal ou administratif (art. 4), telles que le rejet, l’émission ou l’introduction illicites d’une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l’atmosphère, le sol ou les eaux (art. 4 par. 1 let. a) ou encore le fait de provoquer de manière illicite des altérations nuisibles dans les éléments naturels d’un parc national, d’une réserve naturelle, d’une zone de conservation de l’eau ou d’autres zones protégées (art. 4 par. 1 let. b). La Convention prévoit une disposition visant l’établissement de la compétence des **États** concernés (art. 5), les sanctions réprimant les atteintes à

29 RS 0.814.02.

30 RS 0.814.06.

31 RS 0.814.01.

32 RS 0.814.011.

33 RS 0.814.03.

34 STE n° 172.

l'environnement (art. 6), les mesures de confiscation (art. 7), la remise en état de l'environnement (art. 8), la responsabilité des personnes morales (art. 9), la coopération entre les autorités (art. 10) ainsi que les droits pour des groupes (groupe, fondation, association) de participer aux procédures relatives aux infractions établies en conformité avec la Convention (art. 11).

3. Union européenne

Le droit de l'Union européenne (UE) est cité à titre indicatif. On le sait, la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Tout au plus est-elle concernée, sur le plan procédural, dans la mesure où elle est partie aux Accords de Schengen³⁵ (CAAS). On le verra ci-dessous, l'article 54 CAAS exprime le principe de reconnaissance, dans tout l'Espace Schengen, des décisions à caractère pénal rendues par l'un ou l'autre des États membres. 9.22

Pour le reste, dans la foulée des Traités d'Amsterdam³⁶ et de Nice³⁷, le Traité de Lisbonne³⁸ a permis de réaffirmer les principales dispositions contenues dans les Traités européens relatifs à l'environnement en les étendant à d'autres domaines. 9.23

La matière relève des articles 11, 191 et 193 TFUE³⁹. Ainsi, l'Union est compétente pour intervenir dans tous les domaines de la pollution environnementale, à l'image de la pollution de l'air et de l'eau, de la gestion des déchets et des changements climatiques. Les quatre objectifs assignés à la politique environnementale de l'UE sont énumérés à l'art. 191 TFUE : (1) la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, (2) la protection de la santé des personnes, (3) l'utilisation prudente et rationnelle des ressources humaines, enfin (4) la promotion sur le plan international des mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, en particulier la lutte contre le changement climatique⁴⁰. Plus précisément, l'Union européenne a la compétence exclusive pour la conservation des ressources biologiques de la mer (art. 3 par. 1 let. d TFUE). Quant aux domaines de la pêche et de l'agriculture, il s'agit de compétences partagées avec les États membres (art. 4 par. 2 let. d TFUE). On signalera plusieurs instruments à titre indicatif : 9.24

- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 27 juin 1981⁴¹ ;
- Directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux⁴². Cette Directive, a

35 JOL 239 du 22.9.2000, 0019-0062 ; RS 0.362.31.

36 JO C 340 du 10.11.1997, 0001-0144.

37 JO C 080 du 10.3.2001, 0001-0087.

38 JO C 202 du 7.6.2016.

39 JO C 326 du 26.10.2012, 0001-0390.

40 KROLIK, 172.

41 JO L 171 du 27.6.1981, 13-24.

42 Directive 2004/35/CE du 21.4.2004, JO L 143 du 30.4.2004, 56-75.

pour but d'établir un cadre de responsabilité fondé sur le principe du pollueur-payeur (art. 1). Plus précisément, le principe fondamental qui ressort de cet instrument est 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 (par. 2 du préambule) ;

- Directive 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal⁴³. Cette Directive établit des mesures en relation avec le droit pénal afin de protéger l'environnement de manière plus efficace (art. 1). Elle contient des dispositions spécifiques sur la responsabilité et les sanctions à l'encontre des personnes morales (art. 6 et 7) ;
- Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions⁴⁴. Cette Directive a été édictée à la suite de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 2007⁴⁵ qui a annulé la Décision-cadre 2005/667/JAI visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, et vient ainsi combler le vide juridique créé par cet arrêt. À ce titre, les États membres doivent veiller à ce que les rejets de substances polluantes par des navires, y compris les rejets de moindre importance visés à l'article 3 par. 1 de la Directive 2005/35/CE soient considérés comme des infractions s'ils ont été commis intentionnellement, témérement ou à la suite d'une négligence grave (art. 4 par. 1).

IV. Imputation personnelle (personne physique) et sociale (responsabilité de l'entreprise) en droit suisse

1. Généralités

- 9.25 Dans le cadre de la gestion d'une entreprise, en particulier d'une entreprise d'une certaine taille, il est rapidement paru nécessaire, en droit suisse, de réprimer l'auteur physique direct, à supposer qu'il soit déterminable, mais également l'agent, le responsable, soit l'organe de l'entreprise.
- 9.26 Dans un premier temps, la jurisprudence a introduit une responsabilité d'inspiration purement prétorienne. Puis, avec l'entrée en vigueur en 2007 de la nouvelle partie générale du Code pénal suisse, cette jurisprudence a été en partie « codifiée » à l'article 29 CP. Enfin, le droit suisse connaît, depuis le début des années 2000, l'imputation sociale, soit

43 Directive 2008/99/CE du 19.11.2008, JO L 328 du 6.12.2008.

44 Directive 2009/123/CE du 21.10.2009, JO L 280/52 du 27.10.2009.

45 CJCE (actuelle CJUE), arrêt du 23.10.2007, *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, C-440/05, I-9097.

la responsabilité pénale de la personne morale (art. 102 al. 1 et 2 CP). Ce type d'imputation n'est pas nouveau en tant que tel puisque, dans la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif⁴⁶ (DPA), la responsabilité *de jure* de l'entreprise avait déjà été introduite (art. 6 DPA).

2. Imputation personnelle : la règle de l'article 29 CP

Le législateur a introduit une norme générale d'imputation dont le principe est relativement simple : si le devoir en cause incombe à une entreprise, sa violation sera imputée à la personne qui a agi⁴⁷. Il s'agit d'inscrire dans le CP le principe général de la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, l'article 29 CP précise que lorsque le devoir particulier incombait uniquement à la personne morale, à la société ou à l'entreprise en raison individuelle, il doit être imputé à une personne physique lorsque cette dernière a agi en qualité d'organe d'une personne morale ou de membre d'un tel organe, en qualité d'associé, en qualité de collaborateur d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise en raison individuelle disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé, en qualité de dirigeant effectif qui n'est ni un organe ou un membre d'un organe, ni un associé ou un collaborateur. 9.27

Ainsi, la personne qui dirige la société, en utilisant comme homme de paille des membres de l'administration statutaire, des directeurs ou des fondés de pouvoir, est dorénavant visée par l'article 29 CP⁴⁸. La punissabilité du dirigeant effectif n'exclut pas celle des hommes de paille dont la culpabilité ne peut toutefois pas être présumée⁴⁹. L'imputation suppose que la personne physique agisse dans l'exercice de la position qui lui a été déléguée et de ses pouvoirs, indépendamment du point de savoir si la personne a agi dans l'intérêt ou non de l'entreprise⁵⁰. Cette disposition vise non seulement les omissions proprement dites, mais également les omissions improprement dites ou délits de commission par omission, lorsque la personne physique avait une obligation particulière d'empêcher l'infraction commise par d'autres organes ou collaborateurs, pour autant que la personne concernée ait connu les faits pertinents et qu'elle ait accepté la situation, au moins par dol éventuel, sous réserve de délits étendant la punissabilité à la négligence⁵¹. À ce titre, l'unique membre du Conseil d'administration d'une société anonyme peut être reconnu pénalement responsable pour n'avoir pas empêché des exportations illicites d'armes⁵². Pour le Tribunal fédéral, l'administrateur d'une société anonyme n'encourt pas de responsabilité pénale du seul fait de la fonction qu'il 9.28

46 RS 313.0.

47 Message CP, FF 1999 II 1787, 1820; CR CP I-CASSANI, art. 29 N 3 ss.

48 ATF 107 IV 175, c. 1a, JdT 1983 IV 9; ATF 100 IV 38, c. 2c et d; CR CP I-CASSANI, art. 29 N 24.

49 TF, 28.11.2001, 6P.101/2001, c. 5a, SJ 2002 I 129; PC CP, art. 29 N 10 et les références citées.

50 PC CP, art. 29 N 11.

51 TF, 6P.101/2001 du 28.11.2001, c. 5b, SJ 2002 I 129; PC CP, art. 29 N 12.

52 ATF 96 IV 155, c. II/4a, JdT 1974 IV 104, PC CP, art. 11 N 16 et les références citées.

exerce en vertu des statuts, mais en fonction de la place qu'il occupe en réalité au sein de l'entreprise⁵³.

3. Imputation de l'entreprise

- 9.29 Le législateur a introduit, le 1^{er} octobre 2003, le principe de la responsabilité pénale de l'entreprise. La matière est réglée à l'article 102 al. 1 et 2 CP.
- 9.30 L'article 102 al. 2 CP prévoit une responsabilité primaire de l'entreprise. Elle vise les crimes et délits commis en son sein, ce qui exclut les contraventions⁵⁴. Concrètement, l'entreprise est punie, indépendamment de la punissabilité effective des personnes physiques qui ont participé à l'infraction. Elle est cependant limitée à certaines infractions spécifiques à l'image, notamment, de la corruption ou du blanchiment d'argent (art. 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies}, al. 1, 322^{octies} et 305^{bis} CP). Il paraît difficile d'imaginer une responsabilité primaire de l'entreprise en cas d'infraction environnementale. On pourrait tout au plus penser à une infraction de blanchiment d'argent si l'entreprise a dissimulé le produit de l'infraction (notamment une économie faite grâce à la pollution émise) ou qu'elle a bénéficié de pratiques et de tarifs avantageux pour avoir écoulé un produit interdit, ou encore qu'elle a, pour empêcher la confiscation, transféré les valeurs litigieuses sur des comptes, en particulier « *offshore* ». Mais le cas paraît plutôt académique et rare en pratique.
- 9.31 Reste dès lors l'application de l'article 102 al. 1 CP. L'entreprise n'est cependant punissable que dans la mesure où il est impossible, à la suite d'une infraction, d'identifier en son sein l'auteur physique, ceci en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Cette disposition consacre le principe de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise⁵⁵.
- 9.32 Enfin, s'agissant du montant de l'amende, le droit suisse le fixe à 5 millions, ce qui est extrêmement modeste compte tenu de la gravité des pollutions, notamment atmosphériques, terrestres et maritimes. Tout au plus, c'est par le biais de la confiscation que l'autorité pénale pourra frapper lourdement l'entreprise cas échéant, selon le principe « le crime ne doit pas payer ».
- 9.33 Rappelons que le droit pénal administratif est concerné. Toutes les lois de protection de l'environnement renvoient aux articles 6 et 7 DPA à l'exception de la Loi sur le parc national⁵⁶. Toutefois, selon l'article 7 DPA, l'entreprise ne répond que d'une amende à hauteur de CHF 5000 lorsqu'il est impossible d'imputer l'infraction à une personne physique. Là également, le droit suisse est fortement démuné.

53 ATF 105 IV 172, c. 4a, JdT 1981 IV 17; PC CP, art. 11 N 16.

54 PC CP, art. 102 N 9.

55 PC CP, art. 102 N 9 ss et les références citées.

56 DONGOIS/BICHOVSKY, 80 et les références citées.

V. Territorialité

En droit suisse, les questions de compétence juridictionnelle des Tribunaux suisses sont réglées, pour le droit pénal, aux articles 3 à 8 CP, dispositions générales qui s'appliquent à toute Loi fédérale concernée par le renvoi de l'article 333 al. 1 CP. 9.34

La question est relativement simple lorsque la pollution affecte, directement, le territoire suisse puisque l'article 3 CP, combiné avec l'article 8 CP, fonde la compétence des autorités de poursuite pénale suisses dès l'instant où un « *résultat* » y est produit. Et, en matière de pollution, il n'y a guère de place pour des délits de pure mise en danger abstraite ou purement formels, avec certaines exceptions notamment lorsqu'une pollution, par hypothèse aérienne, pourrait affecter la population, mais que le danger a pu être détourné. 9.35

Il en va de même lorsque la pollution est transnationale. Par hypothèse, si elle affecte un territoire donné (à l'image par exemple de la France) et atteint le territoire suisse (par exemple, pollution d'une rivière frontière entre les deux États). Là, il n'y a guère de difficultés sous réserve du partage de compétences tant au stade de l'ouverture de la procédure que de l'exécution d'un jugement. Au stade de l'ouverture de la procédure, il y aura souvent des discussions entre les autorités judiciaires des deux États concernés qui définiront s'il faut mener de front deux enquêtes ou si l'un des États doit déléguer la poursuite à l'État par hypothèse le plus concerné, car plus touché par ladite pollution que le second. Au stade du jugement se posent les problèmes d'exécution du jugement comme ceux relatifs au principe *ne bis in idem*. Nous examinerons ces questions *infra*⁵⁷. 9.36

Plus problématique est la question de la compétence des autorités suisses en présence d'une pollution qui ne touche pas le territoire suisse dès lors qu'elle a eu lieu sur un territoire étranger ou en dehors de l'espace territorial. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter : 9.37

- La pollution a lieu dans un État étranger où elle affecte son territoire (voir N 9.38 ss). Par hypothèse, cette infraction peut être commise par un navire ou un aéronef immatriculé en Suisse appartenant à une société domiciliée en Suisse, mais l'auteur de cette infraction est inconnu. En pareil cas, dès lors que la société est domiciliée en Suisse, ce serait par le jeu des articles 102 al. 1 et 7 CP que l'acte pourrait lui être reproché. On pourrait même également envisager l'application de l'article 29 CP à l'égard de l'organe de cette société ;
- La pollution est le fait d'un auteur (personne physique) suisse et a lieu dans un territoire étranger au moyen d'un navire ou aéronef immatriculé à l'étranger (voir N 9.42) ;
- La pollution a lieu en dehors des eaux territoriales. Elle crée une pollution en haute mer. Aucun État n'est visé ou touché par cette pollution (voir N 9.43).

⁵⁷ Voir N 9.47 ss.

- 9.38 S'agissant du premier cas, l'article 102 al. 1 CP règle en partie la question. S'il n'a pas été possible d'identifier l'auteur de l'infraction (qu'il soit ressortissant suisse ou étranger au demeurant), les autorités suisses pourraient être compétentes pour poursuivre la société en vertu de l'art. 102 al. 1 CP dès lors que celle-ci est domiciliée en Suisse. À ce titre, et s'agissant d'une pollution maritime, l'article 4 al. 2 et 3 de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse règle en partie la question. Cette disposition déclare applicables le CP ainsi que le droit fédéral, à toutes infractions commises à bord d'un navire suisse, sans égard au lieu où le navire se trouvait lorsqu'elles ont été commises. En particulier, s'agissant de pollution à l'étranger, en haute mer (ou en Suisse) commise par un navire battant pavillon suisse, ce sont les autorités de poursuite de Bâle-Ville⁵⁸ qui sont compétentes (art. 15 de Loi fédérale précitée). Comme mentionné précédemment, on peut d'ailleurs considérer que la société à laquelle appartient le navire en question étant domiciliée en Suisse est également régie par ce droit. Ainsi, l'article 102 al. 1 CP permettrait directement un rattachement au droit suisse dans la mesure où l'article 4 al. 3 de la Loi fédérale précise que les dispositions pénales de cette loi s'appliquent indépendamment que les infractions aient été commises en Suisse ou hors de Suisse.
- 9.39 Sur ce point, la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse érige en infractions la mise en péril d'un navire (art. 128), la pollution des mers (art. 129a), la contravention aux règles nautiques (art. 130), la mauvaise navigabilité (art. 131), les contraventions aux règles de navigabilité (art. 132), ainsi que le défaut d'assistance (art. 133). Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'art. 4 al. 2 de cette loi fédérale rajoute à cet arsenal juridique les infractions du CP, et ainsi que celles résultant d'autres lois fédérales suisses. Ainsi selon l'art. 4 al. 2 et 3, les autorités pénales suisses sont compétentes en cas d'infractions commises à bord d'un navire battant pavillon suisse, et ce, peu importe l'endroit où le navire en question se trouvait, lors de la commission de ces infractions. En d'autres termes, les autorités pénales suisses sont compétentes même si ces infractions, dans notre exemple une pollution des mers au sens de l'art. 129a de la loi fédérale en question, sont commises dans les eaux territoriales (pour autant que la loi de l'État riverain ne soit pas déclarée impérative, art. 4 al. 1) ou en haute mer. Ces principes de compétence relèvent en outre de l'art. 228 de la Convention de Montego Bay et de l'art. 4 par. 1 de la Convention MARPOL auxquelles la Suisse est partie. Il s'agit là d'une expression du principe d'universalité auquel il convient de se rallier compte tenu de la gravité et de l'étendue de telles atteintes comme de la nécessité de poursuivre des comportements proscrits par la communauté internationale. À noter que toujours en vertu de cette Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, la poursuite de telles infractions n'est pas soumise à l'exigence de la double incrimination en vertu de l'article 4 al. 2 et 3 précité. On précisera que, selon l'article 4 al. 4 de cette loi, l'auteur ne pourra plus être puni en Suisse s'il a été acquitté à l'étranger

58 Bâle étant le port d'enregistrement unique des navires suisses en vertu de l'art. 2 al. 2 de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse.

par un jugement entré en force, s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine a été remise ou est prescrite ; enfin, s'il n'a exécuté qu'une partie de cette peine, celle-ci sera imputée sur la peine à prononcer en Suisse.

Cette expression du principe de l'universalité ne connaît aucun pendant en matière de pollution atmosphérique. À ce titre, la LPE et l'Ordonnance fédérale du 16 décembre 1985 sur la protection de l'air⁵⁹ (OPair) demeurent muettes sur la question. Tout au plus, la partie générale du Code pénal (art. 3 à 8 CP) est applicable en vertu du renvoi général de l'art. 333 CP. On peut donc en déduire qu'en cas de pollution atmosphérique commise à l'étranger, les autorités pénales suisses sont compétentes si l'acte a été commis par un ressortissant suisse (ou une société domiciliée en Suisse ou à l'aide d'un engin immatriculé en Suisse) et que l'infraction est également réprimée dans l'État qui a été affecté par la pollution. En revanche, si celle-ci a lieu dans un espace non soumis à une juridiction étatique, il n'y a plus de compétence donnée aux autorités de poursuite pénale suisses. 9.40

On précisera encore à ce titre que la compétence résultant de l'article 7 CP (principe de la personnalité active) vise aussi bien une personne physique de nationalité suisse qu'une personne morale battant pavillon suisse⁶⁰. 9.41

Dans le deuxième cas, nous sommes en présence d'une pollution commise à l'étranger par un navire ou un aéronef immatriculé à l'étranger. Dans cette hypothèse, la compétence des autorités suisses pourrait entrer en ligne de compte, par le jeu des articles 7 et 29 CP, si l'infraction est commise par un ressortissant suisse, qu'il soit employé de la société ou capitaine responsable du vaisseau directement. Cette personne, de nationalité suisse, pourrait être poursuivie et jugée en Suisse notamment si l'État concerné abandonne sa compétence et délègue la poursuite de l'infraction aux autorités suisses ou si elle ne peut être extradée à l'étranger à raison de la commission de cette infraction (art. 7 CP). En pareil cas toutefois, la poursuite et le jugement pénal en Suisse sont soumis au respect de l'exigence de la double incrimination. Cela signifie que, hors de tout territoire suisse ou étranger, l'acte commis ne peut être poursuivi par les autorités suisses. 9.42

Dans le troisième cas, la pollution a lieu hors de tout territoire national (en haute mer). En principe, la poursuite ne serait possible que pour autant que l'acte soit incriminé à l'endroit où il a été commis. Or, comme il n'y a pas d'État, il n'y a naturellement pas de Code pénal et donc pas de double incrimination à examiner. Cependant, comme déjà vu ci-dessus, s'agissant de navigation maritime spécifiquement, l'article 4 al. 3 de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse permet la poursuite et le jugement des tous les auteurs d'infractions (qu'ils soient ressortissants suisses ou étrangers) perpétrées sur le navire, aux conditions du droit suisse, et ce, indépendamment du lieu 9.43

59 RS 814.318.142.1.

60 VILLARD, 322 qui admet la compétence du siège de la société ; voir également les références citées par VILLARD.

où ces infractions ont été commises. Cette disposition consacre ainsi le principe d'universalité qu'il convient de saluer⁶¹.

VI. Conflits de juridictions

1. Conflits procéduraux

- 9.44 Toute pollution, quelle qu'elle soit, justifie l'ouverture d'une enquête. C'est évidemment le principe de la légalité des poursuites qui prévaut.
- 9.45 En cas de pollution transnationale, et comme expliqué plus haut, lorsqu'il y a collision de deux droits de procédure et de droit pénal étranger, il appartient aux autorités des États concernés de prendre contact pour déterminer, ensemble, si la délégation de la poursuite à un État s'impose. À défaut, chaque État est libre d'ouvrir une enquête, de poursuivre et de juger. À noter que selon l'article 3 CP, lorsque l'auteur a déjà été jugé, à l'étranger et pour le même acte, le Juge suisse en tient compte dans son jugement et impute la peine subie ou à subir sur la peine qu'il entend prononcer.
- 9.46 Plus délicate est la question lorsqu'un jugement a été rendu. Notamment et surtout si un jugement simplifié (« *plea bargain* ») a été négocié et définitivement approuvé par un Tribunal étranger compétent. Quel est l'effet du jugement sur le droit suisse ?
- 9.47 La question qui se pose est celle de savoir si un jugement rendu à l'étranger est opposable à une procédure pénale ouverte en Suisse à raison des mêmes faits et des mêmes personnes. Le principe *ne bis in idem* est consacré à l'article 11 CPP, qui s'inspire à ce titre de l'article 8 Cst.⁶² La matière est également traitée, en droit supranational, aux articles 4 Protocole n° 7 CEDH⁶³ et 14 par. 7 du Pacte ONU II⁶⁴. Cela étant, qu'il s'agisse du CPP, de la Constitution fédérale ou de règles supranationales, la solution est identique. Le principe *ne bis in idem* s'applique en droit national. Nul ne peut en effet être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions d'un même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État⁶⁵.
- 9.48 Ainsi les dispositions précitées ne concernent pas la recevabilité d'un jugement étranger dans le cadre d'une procédure, pour une pollution environnementale, ouverte en Suisse.

61 Voir Message Navigation maritime, FF 1952 I 257, 268 : pour le Conseil fédéral : « [l'actuel art. 4 al. 1.] dispose qu'en haute mer, le droit fédéral (public et privé) est en vigueur sans partage à bord des navires suisses ». A ce titre, l'art. 4 de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse déroge aux règles usuelles de compétences des art. 3 à 8 CP en dépit du renvoi de l'art. 333 CP (Message Navigation maritime, FF 1952 I 257, 269).

62 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

63 STE n° 117, RS 0.101.07.

64 RS 0.103.2.

65 ATF 137 I 363.

Tout au plus, le Juge suisse peut tenir compte du jugement étranger, pour autant que ce dernier respecte les principes de l'ordre public international et national et que la sanction soit imputée sur la peine à prononcer en Suisse avec la peine déjà prononcée à l'étranger, qu'elle soit en cours d'exécution ou exécutée. 9.49

Plus délicate est la question lorsque la pollution a pris naissance, à l'étranger, dans un État dit de Schengen, et qu'elle a eu des effets en Suisse. Qu'en est-il lorsqu'un jugement a déjà été rendu à l'étranger ? 9.50

Selon l'article 54 CAAS, « une personne qui a été définitivement jugée par une partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante de condamnation ». 9.51

Cette disposition est tempérée par l'article 55 CAAS qui dispose qu'un État contractant peut, à l'image de la Suisse d'ailleurs, lors de la ratification de la CAAS⁶⁶, préciser qu'il n'est pas lié par l'article 54 CAAS dans l'une ou l'autre des hypothèses suivantes : lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout ou en partie sur son propre territoire, étant précisé qu'en pareil cas l'exception ne s'applique pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de la partie contractante où le jugement a été rendu ; lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sécurité de l'État ou d'autres intérêts également essentiels de cette partie contractante. Enfin, lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par un fonctionnaire de cette partie contractante en violation des obligations à sa charge. 9.52

Ainsi, l'article 54 CAAS consacre le principe *ne bis in idem* dans le cadre supranational des relations entre les États membres des Accords de Schengen. La disposition, de droit autonome, ne peut pas être interprétée selon la jurisprudence et les pratiques nationales. Seule la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est applicable à ce titre. 9.53

Plusieurs arrêts de la CJUE ont circonscrit la portée de l'article 54 CAAS. 9.54

En premier lieu, l'interprétation doit être *formelle*. Ainsi, il n'y a pas lieu de tenir compte des particularités de chaque système des États membres. L'article 54 CAAS définit un principe juridique autonome face aux droits de chaque État membre. La suppression graduelle des contrôles aux frontières communes doit être compensée par un renforcement de la coopération entre les États, en particulier en matière de police, de sécurité et de justice. Ainsi, dans cet état d'esprit, toute personne qui a été définitivement jugée par un État signataire de la CAAS ne peut l'être de nouveau, pour les mêmes faits, par une autre partie contractante, qu'il ait été acquitté ou condamné, à condition que, dans ce 9.55

66 RS 0.362.31.

dernier cas, la sanction ait été exécutée, soit en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'État de condamnation⁶⁷.

- 9.56 Pour la CJUE, la solution est la même qu'il s'agisse d'une décision de non-lieu, d'un acquittement ou d'une transaction pénale⁶⁸.
- 9.57 En second lieu, il faut procéder à une interprétation *matérielle*. En présence d'une décision de non-lieu, il convient de déterminer l'objet de celle-ci. Lorsqu'un État clôt une enquête pénale au motif que des poursuites pénales ont été engagées dans un autre État membre à l'encontre du même prévenu et à raison des mêmes faits, le non-lieu rendu dans le premier État n'a aucun effet matériel. En pareil cas, l'on est en présence d'un simple dessaisissement auquel l'article 54 CAAS demeure inapplicable⁶⁹.
- 9.58 De même, lorsque l'autorité de poursuite pénale, dans l'un des États membres de l'Espace de Schengen, décide de l'ouverture d'une procédure et la clôt par la suite sans qu'une instruction n'ait été menée jusqu'au bout, l'article 54 CAAS ne saurait être applicable faute d'instruction matérielle⁷⁰.
- 9.59 En troisième lieu, il s'agit de définir ce qu'on entend par *faits matériels* au sens de cette disposition. Pour la CJUE, il faut ainsi comprendre l'ensemble des faits indissociablement liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique de ceux-ci ou de l'intérêt juridiquement protégé dans les États concernés. Dans ce contexte, l'exportation et l'importation de produits stupéfiants entre deux pays, actes poursuivis par des États différents, doivent être considérés comme étant des faits identiques au sens de l'article 54 CAAS⁷¹. Concrètement il n'est même pas exigé que les quantités de drogue, dans le cas d'une exportation ou d'une importation litigieuse dans l'Espace Schengen, soient identiques⁷².
- 9.60 Cette dernière jurisprudence nous paraît importante dans le cas particulier. En effet, une pollution transfrontalière, peut correspondre par analogie à une exportation ou à une importation illicite de substances (à l'instar des stupéfiants). Dès lors, celui qui, pour la même pollution, se fait condamner à l'étranger pourra exciper du jugement étranger et exiger la cessation des poursuites ouvertes contre lui à raison des mêmes faits et de la même personne dans l'État touché subséquent par la pollution. On précisera toutefois que la notion de *personne* doit être interprétée dans un sens extrêmement strict. La personne morale ne se confond pas avec l'auteur physique de la pollution commise au sein de la société qui l'a engagée. Ainsi, à l'étranger, et par hypothèse, si seule la personne morale a été condamnée, celle-ci pourra alléguer l'article 54 CAAS. En

67 CJCE (actuelle CJUE), arrêt du 11.2.2003, *Gözutok et Brugge*, C-187/01 et C-385/01, I-1345.

68 CJCE (actuelle CJUE), arrêt du 11.2.2003, *Gözutok et Brugge*, C-187/01 et C-385/01, I-1345.

69 CJCE (actuelle CJUE), arrêt du 10.3.2005, *Miraglia c. Italie*, C-469/03, I-2009.

70 CJUE, arrêt du 22.12.2008, *Vladimir Turansky*, C-491/07.

71 CJCE (actuelle CJUE), arrêt du 9.3.2006, *Van Esbrock c. Belgique*, C-436/04, I-2333.

72 *Ibid.*

revanche, si, en Suisse, l'on ouvre une poursuite contre la personne physique, soit l'organe, le directeur ou la personne qui a laissé faire l'acte qui a conduit à la pollution, l'article 54 CAAS ne sera pas applicable⁷³.

Reste la question du « *plea bargain* » à l'étranger. Qu'en est-il en matière de transaction pénale s'il apparaît que la société, respectivement ses agents physiques, ont pu négocier (à la baisse) une sanction générale qui ne tient guère compte de la pollution subséquente qui a eu lieu, par hypothèse, en Suisse ? La Suisse peut-elle, « *stricto sensu* », se démarquer des solutions retenues par la CJUE ? La question est controversée. La pratique suisse semble opter plutôt pour un « *recontrôle* » de la décision rendue à l'étranger pour déterminer si, dans ces aspects et surtout factuellement, elle a bien envisagé toutes les infractions concernées⁷⁴. On pourrait soutenir en effet que, pour ce qui concerne les effets subséquents de la pollution, qui affecte la Suisse, les faits ne seraient plus les mêmes. 9.61

Cela étant, s'il s'avère que l'État étranger a envisagé toutes les incriminations possibles, le « *plea bargain* » devrait déployer plein effet en Suisse. Reste cependant la question d'infractions spécifiques en droit suisse. On doit partir de l'idée que le Juge étranger n'a peut-être pas pu examiner, si la matière lui a été déléguée, la portée des dispositions topiques de droit fédéral suisse (CP, lois fédérales spéciales). Dès lors, même si la pollution en tant que telle viole des Lois fédérales particulières telles que la LPE, LEaux, OPair, il paraît difficile d'envisager une nouvelle poursuite en Suisse. En revanche, si, par certains aspects, la pollution, en Suisse, a porté atteinte à d'autres biens juridiques protégés (la vie ou l'intégrité corporelle, le patrimoine) ou, particulièrement, un danger collectif ou la santé publique, rien n'empêche, à notre sens, qu'une nouvelle poursuite soit ouverte à la fois contre la société et contre la personne auteur physique de l'infraction, à moins que la Suisse, en déléguant la poursuite à l'État étranger, ait déterminé à l'égard de ce dernier la liste des infractions susceptibles d'avoir été commises. 9.62

VII. Conclusion

En matière de pollution environnementale internationale, la compétence du Juge pénal suisse est complexe et se décline différemment selon le type d'atteinte. Elle est universelle en haute mer, lorsque le navire bat pavillon suisse. Elle demeure impunissable dans les autres cas, sous réserve de double incrimination lorsque le territoire d'un État étranger est affecté. Même si la Suisse a signé et ratifié quantité de conventions internationales, le Juge pénal suisse sera parfois fort démuné dans la poursuite et le jugement (peines et confiscation) de telles infractions. 9.63

73 MOREILLON, 148 et 149. Pour la jurisprudence du TF, par analogie et ce bien avant l'entrée en vigueur des Accords de Schengen, qui n'ont rien changé sur la question, voir ATF 118 IV 269, JdT 1995 IV 18, c. 2 et ATF 122 I 257, JdT 1998 I 247, c. 3.

74 MOREILLON/VON WÜRSTEMBERGER, 138-140.

§ 10 La responsabilité pénale des entreprises dans la commission des infractions environnementales

Marc Silvant*

Table des matières

I.	Introduction	296
II.	Infractions au droit pénal de l'environnement	297
1.	Droit international	297
a)	Cadre international	297
b)	Droit européen	297
2.	Droit national	300
a)	Code pénal	300
b)	Lois spéciales	301
III.	Responsabilité pénale de l'entreprise	302
1.	Responsabilité pénale subsidiaire fondée sur le droit pénal général	303
a)	Conditions générales	304
b)	Conditions spécifiques	307
c)	Sanctions	310
d)	Faits ayant une dimension internationale	310
2.	Responsabilité pénale fondée sur le droit pénal administratif	312
a)	Conditions	313
b)	Sanction	316
3.	Articulation entre les deux fondements de responsabilité pénale	316
IV.	Défaut de responsabilité pénale de l'entreprise	321
1.	Déchets	321
a)	Exploitation et stockage de déchets sans autorisation	322
b)	Déchets spéciaux éliminés comme des déchets industriels normaux	323
c)	Réutilisation de matériaux pollués destinés à la décharge	324
d)	Déchets revendus sous forme de copeaux de bois	325
e)	Déchets agricoles incinérés sur le domaine	326
2.	Contamination des eaux	326
a)	Contamination d'un ruisseau suite à un désherbage au glyphosate (Roundup)	327
b)	Déversement d'eaux mercurielles dans les canalisations publiques	328
c)	Activités agricoles polluant des cours d'eau	329
d)	Activité d'une entreprise d'auto-démolition polluant une rivière	329
V.	Confiscation	330
1.	Applicabilité en droit pénal de l'environnement	332
2.	Rentabilité des infractions à l'environnement	333
3.	Avantages de la confiscation	333
VI.	Conclusion	335

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de Me Parein.

Bibliographie

ASTROLOGO ANNAMARIA/DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, La responsabilità penale e amministrativa delle imprese: regime disapplicato o effetto preventivo raggiunto?, RPS 133 (2015), 441 ss; ATAT KORIN, La responsabilité pénale des personnes morales: Droit de l'Union européenne et modèles européens, thèse, Lausanne/Bâle 2018; BERETTA ALLISON, Sanctionner en vertu des art. 6 et 7 DPA, Jusletter du 8.7.2019; BICHOVSKY AUDE/JENNY FABIAN, La confiscation dans le droit pénal de l'environnement, RPS 122 (2004), 68 ss; BOSS PHILIPPE VLADIMIR, Le droit pénal à l'aide de l'efficacité du droit européen: l'exemple du droit pénal européen de l'environnement, thèse, Lausanne/Genève/Bâle/Zurich 2008; CASSANI URSULA, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, in Chappuis/Winiger (éd.), Responsabilité civile – Responsabilité pénale: Journée de la responsabilité civile 2014, Genève 2015, 103 ss (cité: CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise); CASSANI URSULA, Sur qui tombe le couperet du droit pénal? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise, in Thévenoz/Bovet (éd.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Genève 2009, 53 ss (cité: CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal?); DILLON SYBILLE, Umweltstrafverfahren in der Praxis: Teil 1, in Ackermann/Hilf (éd.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht: 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2017, 127 ss; DONGOIS NATHALIE/BICHOVSKY AUDE, Aspects pénaux de la protection de l'environnement, in Chappuis/Sifonios/Oberson (éd.), Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités, Lausanne 2009, 63 ss; DYENS ALEXANDRE, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse: Étude critique des art. 3 et 8 CPS, thèse, Lausanne/Bâle 2014; EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Berne 2012; EPINEY ASTRID, Umweltrecht der Europäischen Union, 4^e éd., Baden-Baden/Vienne 2019; FAURE MICHAEL, The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States, RECIEL 26/2 (2017), 139 ss (cité: FAURE, The Development); FAURE MICHAEL, The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe, VELJ 35/2 (2017), 321 ss (cité: FAURE, The Revolution); FORSTER MATTHIAS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse, Saint-Gall/Berne 2006; GARBARSKI ANDREW MICHAEL, L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif: éléments de droit matériel et procédure, RPS 128 (2010), 409 ss; GARBARSKI ANDREW MICHAEL/MACALUSO ALAIN, L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, PJA 28/2 (2019), 194 ss (cité: GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP); GARBARSKI ANDREW MICHAEL/MACALUSO ALAIN, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 17/7 (2008), 833 ss (cité: GARBARSKI/MACALUSO, Responsabilité de l'entreprise); GRIFFEL ALAIN/RAUSCH HERIBERT, Kommentar zum Umweltschutzgesetz (inkl. Ergänzungsband), Zurich 2011, ad art. 61; HEINE GÜNTER, Reform des Umweltstrafrechts: internationale Entwicklung und nationaler Stand, DEP 2011, 95 ss (cité: HEINE, Reform); HEINE GÜNTER, Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, Recht 2005, 1 ss (cité: HEINE, Straftäter Unternehmen); HETTICH PETER/JANSEN LUC/NORER ROLAND (éd.), Commentaire de la loi sur la protection des eaux et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau, Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité: Comm. LEAUX-AUTEUR.E, art. 1 N 1); HILF MARIANNE JOHANNA, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht: Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in Ackermann/Hilf (éd.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht: 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2017, 89 ss; HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Expertise «Droit pénal de l'environnement» sur mandat de l'OFEV, Berne 2016; JENNY GUIDO/KUNZ KARL-LUDWIG, Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996; JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, 2^e éd., Berne 2016 (cité: UWG-AUTEUR.E, art. 1 N 1); KELLER PETER M./ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/FAHRLÄNDER KARL LUDWIG (éd.), Kommentar NHG/Commentaire LPN, 2^e éd., Zurich 2019 (cité: Comm. LPN-AUTEUR.E, art. 1 N 1); KNOBEL ANNA/ANDEREGG MARTIN, Die Einziehung im Dienst der Umwelt, DEP 2016, 201 ss; LÜTOLF SANDRA HILDA, Strafbarkeit der juristischen Person, thèse, Zurich 1997; MACALUSO ALAIN, Commentaire de l'arrêt du TF 6B_256/2007 du 15.10.2007 (droit pénal administratif), forum-pénale 1/2 (2008), 106 ss (cité: MACALUSO, Commentaire); MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale des per-

sonnes morales et de l'entreprise : éléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS, thèse, Lausanne 2004 (cité : MACALUSO, La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise); MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, art. 111-392 CP, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR.E, art. 1 N 1); MOOR PIERRE/FAVRE ANNE-CHRISTINE/FLÜCKIGER ALEXANDRE (éd.), Loi sur la protection de l'environnement (LPE), Berne 2010 (cité : LPE-AUTEUR.E, art. 1 N 1); MOREILLON LAURENT *et al.* (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, Bâle 2021 (cité : CR CP I-AUTEUR.E, art. 1 N 1); NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Vermögensziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70f. StGB), thèse, Lucerne/Zurich 2008; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, Bâle 2019 (cité : BSK StGB I-AUTEUR.E, art. 1 N 1); PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, Droit de l'environnement : vers un droit économique au service de l'environnement, Genève/Zurich/Bâle 2012; PIETH MARK, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, PJA 26/8 (2017), 1005 ss (cité : PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland); PIETH MARK, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft für Straftaten in ausländischen Tochterunternehmen, in Frankhauser *et al.* (éd.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung: Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, 1135 ss (cité : PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft); PIETH MARK, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter du 19.2.2018 (cité : PIETH, Plädoyer für die Reform); ROTH ROBERT, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in Berthoud (éd.), Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui, Travaux de la journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, 77 ss; RAUSCH HERIBERT, in Haller (éd.), Umweltrecht: Ein Lehrbuch, Zurich/Bâle/Genève 2004; SCHMID NIKLAUS, in Schmid Niklaus (éd.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 2^e éd., Zurich 2007, ad art. 70-72 (cité : SCHMID, Kommentar Einziehung); SCHMID NIKLAUS, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, Recht 2003, 201 ss (cité : SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens); STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht: Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7^e éd., Berne 2013; STRATENWERTH GÜNTER, Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda, RPS 126/1 (2008), 1 ss; STUTZ HANS WALTER, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, DEP 2020, 245 ss; TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (éd.), Schweizerische Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018 (cité : StGB Praxiskommentar-AUTEUR.E, art. 1 N 1).

Travaux préparatoires

Message du CF du 21 avril 1971 concernant le projet de Loi fédérale sur le droit pénal administratif, FF 1971 I 1017 (cité : Message DPA, FF 1971 I 1017); Message du CF du 31 octobre 1979 concernant la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE), FF 1979 III 741 (cité : Message LPE, FF 1979 III 741); Message du CF du 30 juin 1993 concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), FF 1993 III 269 (cité : Message CP, FF 1993 III 269); Message du CF du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787 (cité : Message CP, FF 1999 1787); Message du CF du 23 juin 2004 concernant la modification du Code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 3745 (cité : Message CO, FF 2004 3745); Message du CF du 1^{er} février 2006 concernant la Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), FF 2006 2741 (cité : Message LAUFIN, FF 2006 2741); Message du CF du 20 juin 2014 concernant la Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525 (cité : Message Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525).

I. Introduction

- 10.1 Depuis la Révolution industrielle, les êtres humains n'ont cessé de produire des biens et des services au détriment de l'environnement. Bon nombre de catastrophes écologiques ont été causées par des entreprises. Nous pensons particulièrement à l'explosion d'usines de pesticides à Bhopal en Inde en 1984¹, à l'explosion à la centrale nucléaire de Tchernobyl en Ukraine en 1986, à l'incendie des usines chimiques du complexe Schweizerhalle près de Bâle en 1986² ou encore au désastre du naufrage de l'Erika au large des côtes françaises en 1999. Les situations dans lesquelles une responsabilité pénale des entreprises peut être engagée en matière d'infractions à l'environnement ne sont donc pas anecdotiques.
- 10.2 L'objet de ce travail porte sur les réflexions autour des infractions environnementales dans le cadre des responsabilités pénales envisageables de l'entreprise, plus particulièrement l'application des art. 102 al. 1 CP³ et 7 DPA⁴. Nous nous intéresserons spécifiquement aux situations dans lesquelles il est possible de punir une entreprise sur le plan pénal à la suite d'infractions environnementales commises en son sein.
- 10.3 D'après un récent rapport d'INTERPOL⁵, quelque 360 millions de déchets plastiques ont été produits dans le monde en 2018, dont environ 8 tonnes se sont retrouvées à dériver dans les océans, alors que le marché mondial du recyclage de ces déchets devrait dépasser, selon les estimations, les 50 milliards USD en 2022⁶. Le secteur attire les organisations criminelles internationales, ce qui fait émerger une nouvelle forme de criminalité à l'ère de la prise de conscience environnementale.
- 10.4 Pour commencer, nous mentionnerons les infractions pénales spécifiques à l'environnement pour lesquelles des entreprises sont susceptibles d'être punies. Nous ferons également un tour d'horizon des infractions environnementales au-delà des frontières suisses, spécifiquement dans les pays européens, afin de permettre une comparaison.
- 10.5 Puis, l'examen des conditions des art. 102 al. 1 CP et 7 DPA, ainsi que l'articulation entre ces deux fondements de responsabilité nous permettront de déterminer si le droit pénal de l'environnement en matière de responsabilité et de poursuite des entreprises est adéquat dans le système actuel ou si, au contraire, il est déficient.
- 10.6 Ensuite, afin d'illustrer la problématique, nous avons pris le parti de choisir différentes situations spécifiques auxquelles une entreprise risque d'engager sa responsabilité

1 PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, 1006.

2 LÜTOLF, 8.

3 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0).

4 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0).

5 INTERPOL, Strategic Analysis Report: Emerging criminal trends in the global plastic waste market since January 2018, disponible (uniquement en anglais) sous : <<https://www.interpol.int/fr/15.4.2021>>.

6 *Ibid.*, 10.

pénale, liées notamment à la problématique des déchets ainsi que la contamination des eaux. Ces analyses de cas en lien avec les infractions liées à l'environnement et la jurisprudence pertinente nous permettront de faire un état des lieux.

Finalement, nous traiterons d'une solution, plus ou moins efficace, proposée en doctrine, pour lutter contre cette forme de criminalité, soit la confiscation des valeurs patrimoniales (art. 69 ss CP). 10.7

II. Infractions au droit pénal de l'environnement

1. Droit international

a) *Cadre international*

Concernant le droit international pénal en matière d'environnement, la Suisse est partie à plusieurs conventions⁷. Nous avons décidé d'en mentionner quelques-unes : la Convention du 23 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel⁸ ; la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique⁹ ; la Convention du 2 février 1971 relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau¹⁰ ; la Convention du 23 juin 1979 sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage¹¹ ; la Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction¹² ; la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination¹³ (Convention de Bâle). 10.8

b) *Droit européen*

Au niveau du Conseil de l'Europe, une seule convention, la Convention du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal¹⁴, contient des dispositions pénales¹⁵. Dans son préambule, cette convention liste les raisons pour lesquelles un droit pénal environnemental commun devrait être mis en œuvre¹⁶. Malheureusement, malgré son adoption par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1998, elle n'est toujours 10.9

7 DONGOIS/BICHOVSKY, 70.

8 RS 0.451.41.

9 RS 0.451.43.

10 RS 0.451.45.

11 RS 0.451.46.

12 RS 0.453.

13 RS 0.814.05.

14 Convention du 4 novembre 1998 du Conseil de l'Europe sur la protection de l'environnement par le droit pénal, STE n° 172.

15 DONGOIS/BICHOVSKY, 69.

16 On relèvera que les personnes morales sont également concernées par la Convention, cf. not. art. 9.

pas entrée en vigueur, car il faut qu'au moins trois États l'aient ratifiée pour que ce soit le cas (art. 13 al. 3). Or, à l'heure actuelle, seule l'Estonie l'a ratifiée¹⁷ et la Suisse, de son côté, ne montre aucune intention de le faire dans un avenir proche¹⁸.

- 10.10 En droit européen communautaire, la protection de l'environnement est une compétence partagée entre les États membres et l'Union européenne (art. 4 § 2 let. e TFUE¹⁹)²⁰. Les principes de protection de l'environnement se trouvent aux art. 191 ss TFUE²¹ et la protection pénale de l'environnement est au cœur des préoccupations de l'Union européenne²². La politique de celle-ci doit contribuer notamment à la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, ainsi qu'à l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles (art. 191 § 1 TFUE)²³. Nous y retrouvons donc les principes de précaution et d'action préventive, ainsi que le principe du pollueur-payeur²⁴.
- 10.11 Pour mettre en œuvre ces principes, plusieurs directives ont été adoptées²⁵. Nous citerons la Directive 2009/123/CE²⁶ concernant l'harmonisation des règles sur les rejets de substances polluantes par les navires pour protéger l'écosystème marin et imposer des sanctions²⁷. Une deuxième directive importante, la Directive 2008/99/CE²⁸, oblige notamment les États membres à qualifier certains types de comportements d'infractions pénales et à les sanctionner en conséquence, en vue d'améliorer le respect effectif du droit communautaire de l'environnement²⁹. En outre, cette dernière impose aux États membres de prévoir des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives pour la commission des actes visés par la directive, sans toutefois préciser la nature et le niveau de ces sanctions³⁰. Nous relèverons également des dispositions sur la responsabilité des personnes morales à l'art. 6 § 3 de la Directive 2008/99/CE³¹.

17 DONGOIS/BICHOVSKY, 70.

18 Pour plus de détails, cf. HILF, 108 ss.

19 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), JO C 202 du 7.6.2016, 47 ss.

20 ATAT, N 618.

21 *Ibid.*, N 620.

22 *Ibid.*, N 608.

23 BOSS, 70.

24 DONGOIS/BICHOVSKY, 70.

25 BOSS, 71 s.

26 Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infraction, JO L 280 du 27.10.2009, 52 ss.

27 ATAT, N 649.

28 Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 328 du 6.12.2008, 28 ss.

29 EPINEY, 388 N 154.

30 *Ibid.*, 388 N 158.

31 *Ibid.*, 388 N 159.

Cependant, la mise en œuvre de la Directive 2008/99/CE est plutôt hétérogène et problématique, dans le sens où les États membres peuvent choisir de transposer la plupart des dispositions dans leur droit national, d'y incorporer des sanctions pénales, ou de se contenter de n'y incorporer qu'une faible partie de la directive³². Il en résulte que les sanctions infligées à l'encontre des personnes morales sont loin d'être suffisantes dans beaucoup d'États membres³³. En Autriche par exemple, seules les atteintes à l'environnement ayant entraîné une pollution prolongée et dont le coût de l'élimination dépasse les EUR 50 000 sont punissables³⁴. En Allemagne, la pollution de l'eau est définie comme tout rejet de substances qui peuvent réduire la capacité naturelle de régénération, ce qui implique que la mort des poissons n'est pas un élément constitutif nécessaire à la réalisation de l'infraction³⁵. Au Portugal et au Danemark, pour qu'une sanction pénale soit prononcée, il faut que la pollution de l'environnement, telle que la pollution de l'eau, ait entraîné un danger concret pour les êtres humains³⁶. Nous constatons donc que des solutions très différentes ont été mises en œuvre au niveau national³⁷. 10.12

Dans la plupart des pays européens, le droit pénal environnemental est qualifié de « dépendant administrativement »³⁸. En effet, le droit administratif prévoit en grande partie des normes auxquelles les personnes physiques et les personnes morales doivent obéir³⁹. Le droit pénal se limite souvent à une disposition à la fin d'une loi administrative particulière, punissant celui qui viole ses dispositions d'une sanction spécifique⁴⁰. Certains États ont fait le choix d'insérer les dispositions pénales dans leur législation environnementale, alors que d'autres les ont directement intégrées dans leur Code pénal⁴¹. En droit suisse, la plupart des infractions à l'environnement se trouvent dans des lois administratives (cf. N 10.21). 10.13

32 FAURE, *The Development*, 144.

33 ATAT, N 611.

34 § 180 et 181 Strafgesetzbuch (Autriche), version du 28.8.2020.

35 § 324 Strafgesetzbuch (Allemagne), version du 10.7.2020. Cf. le cas récent en Haute-Engadine où une enquête pénale a été ouverte suite à une pollution dans une rivière où des centaines de poissons sont morts (<[https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/kapo/aktuelles/medi en/2020/Seiten/202008312.aspx](https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/kapo/aktuelles/medi%20en/2020/Seiten/202008312.aspx)> [6.4.2021]).

36 § 186 Bekendtgørelse af straffeloven (Danemark), version du 17.10.2019 et art. 280 Código Penal (Portugal), version du 23.8.2017.

37 HEINE, *Reform*, 104.

38 FAURE, *The Revolution*, 327.

39 *Ibid.*, 328.

40 *Ibid.*

41 Pour des exemples, cf. Boss, 92.

2. Droit national

a) Code pénal

- 10.14 Le Code pénal suisse ne contient pas de titre propre au droit pénal de l'environnement⁴². L'on y retrouve cependant quelques infractions susceptibles de porter atteinte à l'environnement dans la partie spéciale⁴³, mais nous ne pouvons qu'être déçus en examinant le Code pénal suisse d'un point de vue écologique⁴⁴.
- 10.15 Tout d'abord, sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer notamment certains crimes et délits contre la vie ou l'intégrité corporelle : les art. 117, 122, 123, 125, 129 CP⁴⁵.
- 10.16 Certains crimes et délits créant un danger collectif peuvent porter atteinte à l'environnement en tant que bien juridique protégé, notamment l'incendie intentionnel ou par négligence (art. 221 ou 222 CP), l'explosion (art. 223 CP), l'inondation, l'écroulement (art. 227 CP), la violation des règles de l'art de construire (art. 229 CP) ou encore la suppression ou l'omission d'installer des appareils protecteurs (art. 230 CP)⁴⁶. Nous trouvons également des infractions plus récentes comme le danger imputable à l'énergie nucléaire, à la radioactivité et aux rayonnements ionisants (art. 226^{bis} CP), dont les actes préparatoires sont également punissables (art. 226^{ter} CP), mais aussi la mise en danger par des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes (art. 230^{bis} CP)⁴⁷.
- 10.17 Parmi les crimes et délits contre la santé publique, nous trouvons notamment la propagation d'une épizootie (art. 232 CP), d'un parasite dangereux (art. 233 CP), la contamination d'eau potable (art. 234 CP), ainsi que l'altération de fourrage (art. 235 CP) et la mise en circulation de ces derniers (art. 236 CP)⁴⁸.
- 10.18 Plusieurs auteurs plaident pour une insertion des diverses infractions environnementales directement dans le Code pénal suisse, en raison entre autres, de l'importance et de la gravité de ces infractions⁴⁹.

42 HILF, 91.

43 DONGOIS/BICHOVSKY, 65.

44 HEINE, Reform, 99.

45 DONGOIS/BICHOVSKY, 64.

46 *Ibid.*, 65; HILF, 91.

47 HILF, 92.

48 DONGOIS/BICHOVSKY, 64; HILF, 92.

49 HEINE, Reform, 112; HILF/VEST, 257. Déjà en 1996 JENNY/KUNZ critiquaient le système et proposaient d'insérer des infractions au droit de l'environnement directement dans le Code pénal suisse, 171 ss.

b) *Lois spéciales*

En principe, les infractions en matière de protection de l'environnement relèvent de la compétence de la Confédération et des cantons, ces derniers conformément à leur compétence pénale prévue à l'art. 335 CP⁵⁰. Les cantons ont donc le droit de créer leurs propres dispositions pénales cantonales pour compléter le droit pénal fédéral environnemental⁵¹. Les normes pénales cantonales peuvent être plus efficaces, car l'amende maximale peut être considérablement plus élevée que celle du droit pénal fédéral⁵². Il s'agit de dispositions de droit pénal annexées aux lois administratives spéciales⁵³. 10.19

Au niveau du droit fédéral, il existe une dizaine de lois fédérales en matière de protection de l'environnement contenant des dispositions pénales⁵⁴. La loi principale est la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement⁵⁵ (art. 60 à 61a LPE)⁵⁶. 10.20

Nous pouvons citer également la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et le paysage⁵⁷ (art. 24 ss LPN), la Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées⁵⁸ (art. 26 LCITES), la Loi fédérale du 19 décembre 1980 sur le Parc national suisse dans le canton des Grisons⁵⁹ (art. 8 Loi sur le Parc national), la Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂⁶⁰ (art. 42 ss Loi sur le CO₂), la Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux⁶¹ (art. 70 ss LEaux), la Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain⁶² (art. 35 LGG), la Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts⁶³ (art. 42 ss LFo), la Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages⁶⁴ (art. 17 ss LChP), ainsi que la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche⁶⁵ (art. 16 ss LFSP), qui contiennent toutes des infractions pénales. D'autres lois spéciales contiennent également des dispositions pénales, telles que la Loi fédérale du 15 septembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations 10.21

50 HILF, 90.

51 STUTZ, 280.

52 *Ibid.*; p. ex. art. 64 al. 1 de la Loi vaudoise du 11 décembre 2008 sur les ressources naturelles du sous-sol (LRNSS-VD, RSV 730.02), qui dispose que celui qui contrevient à ladite loi est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 500 000.

53 HILF, 90.

54 DILLON, 128 s.; DONGOIS/BICHOVSKY, 65 ss; HILF, 91.

55 RS 814.01.

56 DONGOIS/BICHOVSKY, 65; HILF, 91.

57 RS 451.

58 RS 453.

59 RS 454.

60 RS 641.71.

61 RS 814.20.

62 RS 814.91.

63 RS 921.0.

64 RS 922.0.

65 RS 923.0.

dangereuses⁶⁶ (art. 49 ss LChim), la Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels⁶⁷ (art. 63 ss LDAI), la Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture⁶⁸ (art. 172 ss LAgr) ou encore la Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire⁶⁹ (art. 88 ss LENu)⁷⁰.

- 10.22 En règle générale, ces lois fédérales relatives à la protection de l'environnement contiennent des dispositions pénales concernant des contraventions et des délits, rarement des crimes⁷¹. Hilf critique en particulier le fait que la majorité de ces infractions ne soient pas qualifiées de crime, surtout lorsqu'elles sont commises de manière qualifiée⁷².

III. Responsabilité pénale de l'entreprise

- 10.23 En matière de responsabilité pénale de l'entreprise, il existe actuellement trois régimes. En effet, un régime de responsabilité pénale de l'entreprise est ancré dans la législation accessoire (art. 7 DPA) depuis 1975, la capacité pénale de l'entreprise en droit pénal administratif étant reconnue depuis longtemps par le TF⁷³. Plus récemment, en 2003, deux régimes de responsabilité pénale de l'entreprise ont été intégrés au CP : une responsabilité primaire (art. 102 al. 2 CP), ainsi qu'une responsabilité subsidiaire (art. 102 al. 1 CP)⁷⁴.
- 10.24 L'une des raisons pour lesquelles la responsabilité pénale des entreprises a été mise en œuvre dans le CP fait suite à une catastrophe écologique⁷⁵. Effectivement, le 1^{er} novembre 1986, un incendie d'environ 1200 tonnes de produits chimiques et agricoles est survenu dans des entrepôts appartenant à Sandoz SA à la *Schweizerhalle* près de Bâle. L'incendie, en plus des fumées toxiques se dispersant dans l'air, a provoqué une pollution dans le Rhin en raison du déversement d'eaux d'extinction contaminées⁷⁶. L'incident aurait pu être évité, notamment si l'installation avait disposé d'un bassin de rétention⁷⁷.
- 10.25 Les poursuites ont été abandonnées principalement en raison d'un manque de preuves suffisantes s'agissant de la cause de l'incendie ainsi que de la culpabilité pénale⁷⁸. En

66 RS 813.1.

67 RS 817.0.

68 RS 910.1.

69 RS 732.1.

70 HILF, 91.

71 *Ibid.*, 92.

72 *Ibid.*

73 ATF 41 I 216; ATF 64 I 53; GARBARSKI, 417.

74 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 116.

75 PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft, 1142 et les rapports cités.

76 LÜTOLF, 7.

77 *Ibid.*; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 13.

78 LÜTOLF, 7 s.

effet, seul le chef de la sécurité de l'usine (qui a écopé d'une amende de CHF 500 pour avoir donné l'ordre d'« inonder » la zone) et le chef du service incendie de l'usine (condamné à payer une amende de CHF 200 pour avoir suivi cet ordre) ont été poursuivis⁷⁹.

D'ailleurs, la responsabilité pénale des entreprises est parfois citée la « *lex Schweizerhalle* »⁸⁰. Pourtant, de manière ironique, cette responsabilité n'est aujourd'hui justement pas applicable à de telles situations, car la LPE et la LEaux déclarent le DPA applicable (*cf.* art. 62 LPE et 73 LEaux)⁸¹. 10.26

Cette disposition est beaucoup critiquée en doctrine⁸², particulièrement en droit pénal de l'environnement⁸³. Elle n'est que très peu utilisée en pratique⁸⁴ et est qualifiée d'insuffisante par de nombreux auteurs qui plaident pour une révision de la norme⁸⁵. En effet, nous déduisons les limites de cette norme par la difficulté d'application en pratique, ainsi que par la rareté de la jurisprudence⁸⁶. 10.27

1. Responsabilité pénale subsidiaire fondée sur le droit pénal général

D'après l'art. 102 al. 1 CP, un délit ou un crime (environnemental) au sens du Code pénal ou d'une loi spéciale est attribué à l'entreprise lorsque l'acte est commis dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts et qu'il ne peut être attribué à une personne physique déterminée en raison de la mauvaise organisation de l'entreprise⁸⁷. 10.28

L'art. 102 al. 4 vise quatre formes d'entreprises. Premièrement, les personnes morales de droit privé (art. 102 al. 4 let. a CP), soit les associations (art. 60 ss CC⁸⁸) et les fondations (art. 80 ss CC) qui ont la personnalité juridique, la société anonyme (art. 620 ss CO⁸⁹), la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 CO) et la société coopérative (art. 828 ss CO)⁹⁰. Deuxièmement, les personnes morales de droit public (art. 102 al. 4 let. c CP), sauf les corporations territo- 10.29

79 *Ibid.*, 8.

80 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 13.

81 *Ibid.*

82 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 71.

83 DONGOIS/BICHOVSKY, 81; HEINE, Reform, 95; HILF/VEST, 70 ss.

84 ASTROLOGO/DE ROSSA GISIMUNDO, 445 s.; GARBARSKI, 425; HILF, 107.

85 Not. CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 71; HILF, 111 ss; PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, 1014. Pour plus de critiques, *cf.* STRATENWERTH, 1.

86 ASTROLOGO/DE ROSSA GISIMUNDO, 447.

87 HILF, 93.

88 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210).

89 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO, RS 220).

90 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 114.

riales⁹¹. Troisièmement, sont visées les sociétés (art. 102 al. 4 let. c CP), soit les sociétés qui n'ont pas la personnalité juridique et qui ne sont pas comprises dans la let. a, notamment la société en nom collectif et en commandite simple, et la société simple⁹². Finalement, les entreprises en raison individuelle (art. 102 al. 4 let. d CP)⁹³ sont également concernées.

- 10.30 L'entreprise doit être considérée, selon la doctrine majoritaire⁹⁴, comme étant une conception économique et non, comme le recommandent d'autres auteurs⁹⁵, comme une entité juridique renvoyant à des dispositions de droit privé ou public, sans condition de durabilité ou d'unité économique découlant de la loi⁹⁶. Sous cet angle, la notion d'entreprise est une conception pénale propre à l'art. 102 CP⁹⁷. L'approche économique permet de comprendre l'entreprise comme un concept loin des critères de forme (p. ex. la personnalité juridique)⁹⁸. De ce fait, on peut imputer une infraction qui serait commise dans l'exercice d'activités commerciales, par une entité qui, de prime abord, ne serait pas considérée comme étant une entreprise au sens de la définition communément acceptée en droit suisse⁹⁹.
- 10.31 Dans le cadre des infractions à l'environnement, seule la responsabilité subsidiaire de l'entreprise de l'art. 102 al. 1 CP est envisageable. L'art. 102 al. 2 CP ne saurait trouver application¹⁰⁰. En effet, la responsabilité primaire de l'art. 102 al. 2 CP est prévue pour une liste exhaustive d'infractions¹⁰¹ dont aucune ne concerne l'environnement¹⁰².

a) Conditions générales

- 10.32 Aux termes de l'art. 102 al. 1 CP, on ne peut imputer une infraction à une entreprise que si elle a été commise au sein de l'entreprise et dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts. Ce sont des conditions objectives de punissabilité qui sont communes aux deux types de responsabilités (primaire et subsidiaire)¹⁰³.

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*, 115.

94 CR CP I-MACALUSO, art. 102, N 4; ROTH, 83.

95 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 370; StGB Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, art. 102 N 4.

96 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 115.

97 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 4.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*, N 7.

100 DONGOIS/BICHOVSKY, 80.

101 Organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP), blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), corruption active (art. 322^{ter} CP), octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} CP), corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} al. 1 CP) et corruption privée active (art. 322^{octies} CP).

102 DONGOIS/BICHOVSKY, 79.

103 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 27.

aa) *Commission d'une infraction*

L'infraction commise par une entreprise peut être uniquement un délit ou un crime, 10.33
l'art. 105 al. 1 CP écartant expressément les contraventions¹⁰⁴. Le problème est que la
grande majorité des infractions en droit pénal de l'environnement se trouvent dans des
lois spéciales et sont des contraventions¹⁰⁵. De ce fait, l'applicabilité de l'art. 102 al. 1 CP
est impossible pour ces infractions¹⁰⁶.

Pour autant, les délits et les crimes contenus dans des lois spéciales peuvent être imputés 10.34
à une entreprise. En effet, l'art. 102 al. 1 CP, en tant que disposition de la partie
générale du Code pénal, permet par le biais de l'art. 333 al. 1 CP d'appliquer la respon-
sabilité pénale de l'entreprise aux quelques infractions environnementales prévues dans
le Code pénal, mais aussi aux nombreuses infractions prévues par des lois spéciales (y
compris les infractions qui doivent être poursuivies et appréciées par les autorités admi-
nistratives fédérales¹⁰⁷)¹⁰⁸. Ceci dans la mesure où ces lois fédérales, dont le DPA dans
son champ d'application, ne contiennent pas d'autres dispositions en matière de respon-
sabilité pénale des entreprises (principe de subsidiarité)¹⁰⁹. Ce régime vaut également
pour les infractions environnementales cantonales dans le cadre de l'art. 335 al. 2 CP¹¹⁰.

Ainsi, une entreprise pourra être recherchée pour la majorité des infractions en matière 10.35
d'environnement qui se trouvent dans le Code pénal suisse¹¹¹ ainsi que les délits et les
crimes contenus dans les différentes lois spéciales¹¹².

ab) *Au sein de l'entreprise*

Afin de considérer que l'infraction a été commise au sein de l'entreprise, il est néces- 10.36
saire d'établir que la personne ayant commis l'infraction avait un lien hiérarchique ou
organisationnel assez étroit avec celle-ci¹¹³. Pour pouvoir procéder à la délimitation en
question, l'auteur de l'infraction doit être impliqué dans l'organisation de la société
(contractuellement, en vertu du droit des sociétés ou en tout cas *de facto*)¹¹⁴. Cela inclut

104 *Ibid.*

105 Not. art. 61, 61a LPE, art. 24a LPN, art. 26 al. 1 et 4 LCITES, art. 8 Loi sur le Parc national, art. 42, 43, 44 Loi sur le CO₂, art. 71 LEaux, art. 43 LFO, art. 18 LChP, art. 17 LFSP, art. 50 LChim, art. 64 LDAI, art. 173 LAgr, art. 88 ss LENU.

106 DONGOIS/BICHOVSKY, 80.

107 Cf. art. 2 DPA.

108 HILF, 93.

109 *Ibid.*

110 CR CP I-MACALUSO, art. 102, N 64.

111 Exception faite not. pour les art. 235 ch. 2 et 236 ch. 2 CP.

112 HILF, 93.

113 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 28.

114 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 65.

les organes, les actionnaires ou les employés d'une entreprise, quelle que soit leur position hiérarchique¹¹⁵.

- 10.37 Les tiers qui n'ont aucun lien contractuel, en vertu du droit des sociétés, ou factuel avec l'entreprise, sont exclus. Ce qui se déroule en dehors de la sphère d'influence de l'entreprise ne peut engager sa responsabilité¹¹⁶.

ac) Dans l'exercice d'activités commerciales

- 10.38 L'entreprise ne pourra être responsable pénalement que si l'infraction a été commise dans l'exercice d'activités commerciales, plus précisément des activités en lien avec la vente de biens ou la fourniture de services dans un but lucratif¹¹⁷.
- 10.39 Par conséquent sont exclues les activités des personnes morales qui ne constituent pas, par principe, des activités commerciales, telles que les activités des associations sportives (d'une manière générale) et des associations culturelles. De même, les activités qui sont de nature purement récréative (p. ex. une sortie d'entreprise) ne sont pas des activités commerciales¹¹⁸.

ad) Dans l'exercice d'activités conformes aux buts de l'entreprise

- 10.40 L'infraction qui met en œuvre la responsabilité pénale de l'entreprise doit avoir été commise dans l'exercice d'activités conformes à ses buts, en particulier ses activités à but lucratif¹¹⁹. De ce fait, le comportement pénalement répréhensible doit constituer « un moyen illicite d'atteindre son but licite ou encore un incident illicite survenant dans la recherche de ce but licite »¹²⁰. Les actes purement privés qui sont commis par l'agent les commettant ne sont donc pas concernés¹²¹.
- 10.41 Comme les buts ne définissent pas uniquement un périmètre, mais aussi une direction, l'auteur doit être guidé par l'idée que son comportement, qui se base uniquement sur les activités typiques, bénéficie également à l'entreprise. Ce qui est pertinent, ce n'est pas le but statutaire, mais le but réel. Un avantage réel pour l'entreprise n'est pas nécessaire¹²².

115 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 66 et les références citées.

116 *Ibid.*, N 68.

117 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 32.

118 *Ibid.*, N 33.

119 StGB Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, art. 102 N 12.

120 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 34.

121 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 123.

122 StGB Praxiskommentar-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, art. 102 N 12.

b) Conditions spécifiques

ba) Non-imputabilité à une personne physique

La responsabilité pénale vise tout d'abord la personne physique, même si l'infraction a été commise par les représentants d'une entreprise, dans l'exercice d'activités commerciales et conformes à son but¹²³. 10.42

On poursuivra l'entreprise uniquement lorsqu'il est impossible d'identifier un auteur individuel spécifique¹²⁴. L'auteur n'a pas besoin d'avoir été condamné ou poursuivi pour respecter la condition de l'imputabilité de l'infraction¹²⁵. Il s'agit pour l'accusation de déterminer qu'une personne physique non identifiée paraisse avoir commis une infraction, qui suppose une commission intentionnelle ou par négligence¹²⁶. 10.43

Ce critère de non-imputabilité à une personne physique est critiquable à plusieurs égards. Afin d'échapper à sa responsabilité, il suffit à l'entreprise coupable d'infraction contre l'environnement de choisir une personne déterminée en tant que responsable¹²⁷. En effet, et particulièrement dans le domaine de la criminalité environnementale, la responsabilité pénale de l'entreprise dépend presque uniquement du fait qu'une personne physique responsable ne puisse être identifiée, que l'entreprise ait ou non respecté les normes de conformité¹²⁸. Il n'est donc pas étonnant qu'en pratique, seul un très faible nombre d'entreprises sont elles-mêmes poursuivies¹²⁹. 10.44

bb) Défaut d'organisation

Le système pénal est basé sur le principe de la culpabilité. Cependant, la personne morale ne peut commettre de faute, car contrairement à la personne physique, il lui manque la capacité de conscience et de volonté¹³⁰. De ce fait, la faute de l'entreprise se base sur un défaut de son organisation, dont la conséquence est que l'infraction ne peut être imputée à une personne physique déterminée (art. 102 al. 1 CP)¹³¹. La faute reprochée à la personne morale est donc une faute personnelle, propre à l'entreprise et non une faute commise par des personnes physiques à l'intérieur de celle-ci¹³². 10.45

123 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 106.

124 CR CP I-MACALUSO, art. 102, N 43.

125 *Ibid.*

126 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 75.

127 DONGOIS/BICHOVSKY, 80.

128 HILF, 96.

129 Cf. exemple de HILF, 96. De plus, dans tous les cas présentés (cf. N 10.102 ss), une personne physique est systématiquement identifiée.

130 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 119.

131 *Ibid.*; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 47.

132 GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP, 195.

- 10.46 Le défaut d'organisation doit être considéré comme une forme de faute¹³³ et non comme une infraction *sui generis*, comme le soutiennent certains auteurs¹³⁴. Si l'on devait considérer l'art. 102 CP comme étant une infraction autonome, celle-ci constituerait une contravention, la peine prévue étant une amende¹³⁵. Cette conception n'est pas dénuée de conséquences pratiques. Premièrement, à moins d'une disposition légale contraire, la tentative (art. 22 CP) et la complicité (art. 25 CP) ne seraient pas punies (art. 105 al. 2 CP)¹³⁶. Deuxièmement, la publication du jugement (art. 105 al. 3 *in fine* CP) serait impossible¹³⁷. Troisièmement, le délai de prescription de cette infraction autonome ne serait que de trois ans (art. 103 CP *cum* art. 109 CP)¹³⁸. Quatrièmement, les griefs en cas d'appel seraient restreints (art. 398 al. 4 CPP)¹³⁹. Finalement, si l'on suit cette approche, on ne comprend pas pourquoi on ne pourrait pas prendre en compte l'intention et la négligence (art. 12 CP), propre aux personnes physiques¹⁴⁰. En somme, cette approche laisse entendre que l'entreprise devrait répondre de manière causale de ce reproche de manque d'organisation, ce qui serait contradictoire avec le principe *nulla poena sine culpa*¹⁴¹.
- 10.47 Finalement, notre Haute Cour a tranché cette controverse dans un arrêt de 2019¹⁴². En effet, le Tribunal fédéral a considéré l'art. 102 CP comme étant une norme d'imputation et non une infraction *sui generis*¹⁴³. Dans le cas d'espèce, l'infraction reprochée aurait été prescrite si l'on considérait que l'art. 102 CP était une infraction *sui generis*, donc une contravention (art. 103 CP) la peine prévue étant une amende (art. 102 CP) qui se prescrit par trois ans (art. 109 CP)¹⁴⁴. Le Tribunal fédéral retient dans son interprétation que l'art. 102 CP se trouve dans la partie générale du Code pénal suisse et non dans la partie spéciale, et que par conséquent, ce n'est pas une infraction autonome¹⁴⁵. Finalement, selon les juges de Mon-Repos, il est clair que dans les travaux législatifs, rien ne laisse entendre que le législateur aurait voulu créer une nouvelle infraction¹⁴⁶.

133 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 118; GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP, 200; PIETH, Plädoyer für die Reform, 5 s.

134 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 18 ss et les références citées.

135 GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP, 199.

136 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 117.

137 *Ibid.*

138 GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP, 199.

139 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 117.

140 GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP, 197.

141 *Ibid.*, 196.

142 ATF 146 IV 68; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 2.

143 ATF 146 IV 68, c. 2.3.4.

144 *Ibid.*, c. 2.3.3.

145 *Ibid.*

146 *Ibid.*, c. 2.3.5.

Le reproche du manque d'organisation est la cause du défaut d'imputabilité à une personne physique et non la cause de la commission de l'infraction¹⁴⁷. Ainsi, ce n'est pas une responsabilité pour faute au sens strict du terme¹⁴⁸. 10.48

Concernant les mesures d'organisation, il faut analyser les actes d'organisation qui auraient dû être mis en place afin de déterminer des responsabilités individuelles et les comparer aux mesures effectivement réalisées¹⁴⁹. Ces mesures comprennent notamment des délimitations précises, claires et transparentes des tâches de chaque employé, des mesures de surveillance, des procédures et des règles déterminées concernant les tâches à effectuer, etc.¹⁵⁰. 10.49

En fin de compte, la question réellement décisive, à savoir si l'entreprise (ou finalement sa direction) a respecté toutes les réglementations ou, plus précisément, si elle a pris les mesures de diligence nécessaires et raisonnables pour prévenir les dommages environnementaux typiques, n'est pas pertinente¹⁵¹. Même les omissions flagrantes de prendre des mesures raisonnables pour prévenir une infraction laisseront l'entreprise impunie tant qu'il n'y aura pas de déficit organisationnel en matière de personnel. À l'inverse, le manque de transparence reproché au personnel de l'entreprise, en dépit du respect scrupuleux de toutes les normes de protection de l'environnement applicables, peut conduire à la sanction de l'entreprise¹⁵². 10.50

bc) Lien de causalité

Pour imputer la responsabilité pénale à l'entreprise, il est nécessaire qu'il existe un lien de causalité entre le défaut d'organisation et la non-imputabilité à une personne physique déterminée. Le défaut d'organisation doit être la conséquence directe et immédiate de l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée¹⁵³. C'est la théorie de la probabilité, suivie par la majorité de la doctrine¹⁵⁴ et par le Tribunal fédéral¹⁵⁵. 10.51

Il existe une autre théorie, défendue par une minorité de la doctrine, soit la théorie de l'augmentation du risque¹⁵⁶. D'après cette dernière, il faudrait prouver que le manque d'organisation du personnel nécessaire aurait éliminé ou réduit de manière significative 10.52

147 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 120; GARBARSKI/MACALUSO, L'art. 102 CP, 200.

148 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 119.

149 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 47.

150 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 120; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 48.

151 HILF, 94.

152 HILF, 94.

153 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 49.

154 FORSTER, 225.

155 ATF 135 IV 56, c. 2.1; ATF 130 IV 7, c. 3.2; ATF 127 IV 34, c. 2a.

156 FORSTER, 225; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 49.

le risque que l'acte soit individuellement non imputable (ou inversement aurait augmenté de manière significative la chance que l'acte soit individuellement imputable)¹⁵⁷.

c) *Sanctions*

- 10.53 À titre de sanction, l'art. 102 al. 1 *in fine* CP prévoit une amende contre l'entreprise jusqu'à concurrence d'un montant de CHF 5 000 000. Cette amende est l'unique sanction possible pour une entreprise¹⁵⁸. Le montant de l'amende est déterminé en fonction de la gravité de l'infraction, des déficiences organisationnelles, du dommage causé et d'après la capacité économique de l'entreprise (art. 102 al. 3 CP). L'amende n'est pas calculée selon un système de taux journalier¹⁵⁹.
- 10.54 La publication du jugement (art. 68 CP), la confiscation d'objets dangereux (art. 69 CP), ainsi que la confiscation des valeurs patrimoniales (art. 70 ss CP) sont également des mesures envisageables¹⁶⁰. Comme on le verra, la confiscation des valeurs patrimoniales est une mesure adéquate, mais souvent peu utilisée en pratique¹⁶¹.
- 10.55 Bon nombre d'auteurs jugent la sanction de l'amende comme étant inefficace¹⁶². Des alternatives comme la création d'un casier judiciaire d'entreprise ont été avancées¹⁶³. Cependant, cette proposition a été rejetée par le Parlement¹⁶⁴. D'autres estiment que la norme n'est pas efficace et qu'il faudrait une refonte profonde de la disposition en y insérant directement les infractions, comme à l'art. 102 al. 2 CP¹⁶⁵.

d) *Faits ayant une dimension internationale*

- 10.56 La protection de l'environnement est nécessaire en ce qui concerne l'air, l'eau ou le sol, et la population animale ou végétale, soit tous les milieux environnementaux. En ce qui concerne la question des biens juridiques à protéger, ceux-ci ne sont pas soumis à une limitation légale nationale, tout comme la santé humaine ou la propriété, qui sont protégées indépendamment de leur affectation territoriale en Suisse ou à l'étranger¹⁶⁶.

157 FORSTER, 225.

158 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 78.

159 HILF, 95.

160 *Ibid.*; MACALUSO, La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, 210; SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens, 221.

161 BICHOVSKY/JENNY, 69; cf. N 10.146 ss.

162 Not. ASTROLOGO/DE ROSSA GISIMUNDO, 462; DONGOIS/BICHOVSKY, 80; HILF, 95; PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, 1014.

163 HILF, 113; Message Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525, 5649 ss. Cf. ég. art. 1 Avant-projet de Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5685.

164 BO 2016 CN 390.

165 HILF/VEST, 71 ss; MACALUSO, Commentaire, 111; PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, 1014.

166 HILF, 97.

De par le principe de territorialité, non seulement le lieu de commission de l'acte et du résultat, mais également le lieu de défaillance organisationnelle de l'entreprise, déclenchent la compétence des autorités suisses¹⁶⁷. 10.57

D'après l'art. 8 CP, l'infraction est réputée commise en Suisse si un résultat se produit en Suisse ou si l'auteur agit en Suisse. Par conséquent, pour que la compétence territoriale des autorités suisses soit admise, il suffit que le résultat de l'infraction se produise en Suisse¹⁶⁸. Concernant la responsabilité subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP, il est problématique de fonder un rattachement territorial sur la localisation d'une infraction de base commise par un auteur physique inconnu¹⁶⁹. Cependant, il n'y a pas de rapport intrinsèque entre le lieu de commission de l'infraction et l'identification de l'auteur physique. Certes, si l'auteur physique n'est pas identifié, la localisation du lieu de l'acte sera plus ardue, mais l'impossibilité d'identifier un auteur physique ne bloque pas nécessairement la localisation du lieu de commission de l'infraction de base¹⁷⁰. 10.58

On relèvera encore que l'impossibilité d'identifier l'auteur physique n'a pas de conséquence au niveau de la localisation du résultat de l'infraction de base. Le lieu de survenance du résultat établit une circonstance de rattachement en localisant l'infraction de base¹⁷¹. 10.59

Le rattachement territorial se détermine donc en fonction du lieu de commission de l'acte et du lieu de résultat. Cependant, dans le contexte de la responsabilité pénale de l'entreprise, il faut également prendre en compte l'entreprise comme un «acteur pénal», dont le défaut d'organisation fonde également un for, donc un rattachement¹⁷². 10.60

Le lieu du défaut d'organisation se détermine à l'endroit où l'entreprise aurait dû prendre des mesures qui s'imposaient à elle¹⁷³. En règle générale, c'est le siège social de l'entreprise qui détermine la situation du lieu. En principe, si le siège social est en Suisse la juridiction suisse s'applique¹⁷⁴. Demeurent réservées les situations dans lesquelles la direction effective de l'entreprise n'est pas pratiquée en son siège, mais dans un autre lieu (p. ex. à l'étranger), ce dernier lieu sera déterminant¹⁷⁵. 10.61

Partant, dans le cas d'une entreprise suisse qui commet une infraction à l'environnement en Suisse, étant donné qu'il n'y a pas d'élément d'extranéité, la compétence revient aux autorités suisses (art. 3 *cum* 8 CP). Dans l'hypothèse où une entreprise suisse com- 10.62

167 PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, 1014.

168 DYENS, N 1354.

169 *Ibid.*, N 1357.

170 *Ibid.*, N 1359.

171 *Ibid.*, N 1360.

172 *Ibid.*, N 1363.

173 *Ibid.*, N 1364; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 431.

174 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 431.

175 DYENS, N 1364.

met une infraction à l'environnement à l'étranger, par exemple si la pollution de l'air ou de l'eau (au-delà des frontières suisses) se produit à l'étranger (p. ex. en Allemagne) via des usines opérant en Suisse¹⁷⁶, l'entreprise pourra être poursuivie par les autorités suisses, car l'infraction a été commise en Suisse (art. 8 CP). Cependant, dans cet exemple, il y a un résultat en Suisse et à l'étranger. Il s'en suit qu'il y aurait un lieu de résultat national et étranger, puisque l'infraction est elle-même réalisée en Allemagne et en Suisse¹⁷⁷. Pour terminer, dans le cas d'une entreprise ayant son siège à l'étranger, lorsque seule l'infraction de base est localisable en Suisse, les autorités suisses sont également compétentes d'un point de vue territorial¹⁷⁸.

2. Responsabilité pénale fondée sur le droit pénal administratif

- 10.63 Les objectifs principaux du droit pénal administratif sont de traiter de manière homogène des questions relevant du droit pénal accessoire, d'adapter les règles de procédure aux normes de la CEDH¹⁷⁹ et de donner à l'administration, qui est plus à même de traiter des questions précises, des enquêtes permettant de mettre en œuvre une procédure simple et rapide¹⁸⁰.
- 10.64 L'introduction de l'art. 7 DPA permet surtout aux autorités administratives de se voir épargner l'identification parfois compliquée, coûteuse, mais aussi longue, de l'auteur de l'infraction. De plus, l'entreprise concernée devrait être épargnée par les enquêtes souvent peu appréciées dans le cadre de ses propres activités commerciales¹⁸¹.
- 10.65 Le champ d'application de l'art. 7 DPA se réfère aux infractions du droit pénal administratif fédéral, qui doivent être poursuivies et jugées conformément au DPA et aux infractions pour lesquelles l'art. 7 DPA est expressément applicable par la loi¹⁸².
- 10.66 Un grand nombre de lois spéciales font référence à cette disposition, notamment la LPE ou la LEaux¹⁸³. Nonobstant ces références au DPA, dans le domaine du droit pénal de l'environnement, il n'existe pas d'autres dispositions spéciales sur la responsabilité des entreprises, ni même sur la responsabilité pénale des entreprises¹⁸⁴.

176 HILF, 97.

177 *Ibid.*, 97 s.

178 DYENS, N 1366.

179 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, RS 0.101).

180 GARBARSKI, 412.

181 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 62 s.

182 HILF, 98.

183 *Ibid.*, 98 s.; pour être exhaustives, à l'exception de la Loi sur le Parc national, toutes les lois spéciales citées précédemment renvoient au DPA.

184 HILF, 98 s.

a) *Conditions*

Selon l'art. 7 DPA, il est possible de poursuivre une entreprise qui a commis une infraction si elle encourt une amende de CHF 5000 au plus et que les mesures d'instruction pour identifier une personne physique déterminée (art. 6 DPA) seraient disproportionnées par rapport à la peine encourue¹⁸⁵. 10.67

Contrairement à l'art. 102 al. 1 CP, l'art. 7 DPA est une responsabilité sans faute, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise n'ait pas identifié une personne physique déterminée à cause de son manque d'organisation¹⁸⁶. 10.68

aa) *Commission d'une infraction*

Une faute personnelle doit être commise afin de déclencher la responsabilité pénale¹⁸⁷. Cependant, comme pour l'art. 102 al. 1 CP, il est difficilement concevable d'établir la condition de l'élément subjectif d'une infraction alors même qu'aucun auteur n'a été identifié¹⁸⁸. Une partie de la doctrine estime donc que l'art. 7 DPA présuppose que l'on puisse démontrer qu'au moins un auteur physique a commis une faute dans l'entreprise¹⁸⁹. 10.69

ab) *Amende encourue de moins de CHF 5000*

L'amende encourue dans le cas particulier ne doit pas dépasser un montant plafond de CHF 5000 (art. 7 al. 1 DPA). L'infraction en question n'a pas nécessairement besoin d'être une contravention¹⁹⁰. L'infraction peut donc être, en théorie, un délit ou un crime¹⁹¹. 10.70

Pour déterminer le montant de l'amende, il faut prendre en compte la gravité de l'infraction et de la faute, d'autres éléments d'appréciation n'étant pas nécessaires (art. 8 DPA). 10.71

Parmi les nombreuses lois administratives fédérales contenant des dispositions pénales, une partie d'entre elles a augmenté le montant limite de CHF 5000¹⁹². Ce montant est décuplé dans la Loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers¹⁹³ 10.72

185 GARBARSKI, 417.

186 CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, 121.

187 GARBARSKI, 421; Message DPA, FF 1971 I 1017, 1029.

188 GARBARSKI, 421 s.

189 *Ibid.*, 422; *contra* UWG-SPITZ, art. 26 N 39.

190 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 77; GARBARSKI, 419.

191 GARBARSKI, 419.

192 *Ibid.*, 420.

193 RS 956.1.

(art. 49 LFINMA¹⁹⁴) et même vingtplé dans la Loi fédérale sur la TVA¹⁹⁵ (art. 100 LTVA)¹⁹⁶.

- 10.73 On constate donc que la volonté primaire du législateur de sanctionner les « infractions bénignes »¹⁹⁷ est devenue désuète¹⁹⁸. Dans un rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques, on parle même de montants qui « fleurent bon le Moyen Âge »¹⁹⁹.

ac) Mesures d'instruction disproportionnées

- 10.74 L'entreprise peut être condamnée, non pas sur la base d'une infraction ou d'une faute particulière, mais sur le fait qu'il serait disproportionné de rechercher un éventuel auteur physique en raison du montant envisagé de l'amende²⁰⁰. Le champ d'application de l'art. 7 DPA s'étend donc à la phase précédant le début d'enquêtes (trop) approfondies²⁰¹. Cette condition est motivée uniquement pour des raisons d'économie de procédure²⁰².
- 10.75 L'autorité de poursuite n'est pas autorisée à abandonner une enquête qui permettrait de mettre à jour une éventuelle responsabilité individuelle. Elle doit d'abord essayer sérieusement de déterminer l'auteur de l'infraction. Avant de punir l'entreprise, si des investigations simples permettent de trouver un auteur individuel ou de rechercher la responsabilité du garant ou du chef d'entreprise, l'autorité de poursuite doit procéder à un minimum d'actes d'enquête²⁰³.
- 10.76 On relèvera que cette condition doit être évaluée au début des mesures d'enquête. Cette disposition est contraire au Code pénal suisse, selon lequel le comportement des personnes physiques poursuivies est sanctionné *a posteriori*, c'est-à-dire après le début des mesures d'enquêtes²⁰⁴. En effet, étant donné que toute responsabilité pénale doit repo-

194 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA, RS 956.1).

195 Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA, RS 641.20).

196 GARBARSKI, 420.

197 Message DPA, FF 1971 I 1017, 1029.

198 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 77; du même avis GARBARSKI, 420.

199 Rapport explicatif de la Commission affaires juridiques du Conseil des États du 13.8.2015 concernant la Motion 14.4122, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr>> (15.4.2021), 2.

200 GARBARSKI, 423; cf. p. ex. TF, 13.8.2019, 6B_596/2019, c. 2.3 et 2.4. Dans cette affaire, le TF a considéré qu'étant donné le montant envisagé de l'amende, *in casu* CHF 800, il était disproportionné de procéder à des mesures d'enquête supplémentaires, car cela aurait engendré une quantité considérable de personnel, de temps et d'argent.

201 HILF, 99.

202 ASTROLOGO/DE ROSSA GISIMUNDO, 459.

203 TPF, 26.4.2018, SK.2018.47, c. 5.11.3; TF, 15.10.2007, 6B_256/2007, c. 4; MACALUSO, Commentaire, 110.

204 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 68.

ser sur une faute, notion qui est étrangère à l'art. 7 DPA, il est douteux que cette forme de responsabilité soit encore compatible avec la garantie de la présomption d'innocence, car l'entreprise est punie avant le début d'investigation trop importante²⁰⁵.

ad) Auteur non identifiable

Afin de pouvoir appliquer l'art. 7 DPA, l'auteur de l'infraction ne doit pas pouvoir être 10.77
 identifié au sens de l'art. 6 al. 1, 2 ou 3 DPA²⁰⁶. En effet, principalement pour des motifs d'opportunité, si l'autorité de poursuite administrative ne veut pas rechercher l'auteur individuel de l'infraction (art. 6 al. 1 DPA), l'employeur ou le chef d'entreprise garant (art. 6 al. 2 DPA) ou un organe devant répondre à la place de cet employeur ou de ce chef d'entreprise (art. 6 al. 3 DPA), on appliquera l'art. 7 DPA²⁰⁷. Cependant, l'administration qui instruit doit faire un minimum d'investigations et agir sérieusement avant de décider de poursuivre l'entreprise à la place d'un auteur physique²⁰⁸.

L'art. 7 DPA n'est applicable que lorsqu'aucun des auteurs visés par l'art. 6 DPA n'a été 10.78
 trouvé. Selon certains auteurs de doctrine, le fait qu'une partie des personnes physiques soient recherchées par le biais de l'art. 6 DPA ne bloque pas l'application de l'art. 7 DPA²⁰⁹.

Tant la formulation que l'objectif de la disposition montrent clairement qu'il ne s'agit 10.79
 pas d'une disposition sur la responsabilité véritablement liée aux sociétés, qui prévoit une sanction de la société sur la base d'une accusation portée contre elle (faute d'organisation). Il s'agit plutôt d'une responsabilité qui vise à « substituer » la société au paiement de l'amende ou à la place de la personne non identifiée²¹⁰, ce qui ressort clairement de la note marginale de l'art. 7 DPA²¹¹.

On relèvera que cette construction juridique, selon laquelle il n'y a pas de participation 10.80
 à l'acte punissable, mais qu'une culpabilité est tout de même attribuée à une entreprise, autrement dit que l'entreprise n'est pas fautive, mais elle se voit imputer la faute d'un autre, est étrangère au Code pénal suisse. On trouve cette construction uniquement dans le droit pénal accessoire²¹².

205 GARBARSKI, 423.

206 *Ibid.*, 419.

207 *Ibid.*, 417.

208 TPF, 26.4.2018, SK.2018.47, c. 5.11.3.

209 GARBARSKI, 419; UWG-SPIZ, art. 26 N 17 et les références citées; le TF paraît plutôt être en faveur d'une recherche de tous les auteurs selon l'art. 6 DPA avant d'appliquer l'art. 7 DPA, cf. TF, 15.10.2007, 6B_256/2007, c. 4.

210 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 63; dans le même sens HILF, 99; BERETTA, 8 s.

211 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 63; la note marginale dispose: « III. Infractions commises dans une entreprise, par un mandataire, etc. ».

212 Message Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525, 5656.

b) *Sanction*

- 10.81 La sanction attachée à l'art. 7 DPA est une amende d'un montant maximum de CHF 5000. Comme mentionné (cf. N 10.72), le montant plafond a été relevé dans diverses lois fédérales administratives²¹³.
- 10.82 La responsabilité solidaire des entreprises dans le DPA est conçue pour les cas bagatelle, c'est pourquoi elle n'est applicable qu'en cas d'amende égale ou inférieure à CHF 5000²¹⁴.
- 10.83 Ce montant n'est pas vraiment dissuasif²¹⁵. Il paraît ridicule pour une entreprise de taille moyenne et est insignifiant pour une grande entreprise²¹⁶.

3. Articulation entre les deux fondements de responsabilité pénale

- 10.84 Pour rappel, les infractions du droit pénal accessoire et du droit pénal administratif sont régies par la partie générale du Code pénal suisse, à moins que des lois spéciales n'en disposent autrement (art. 333 al. 1 CP *cum* art. 2 DPA)²¹⁷.
- 10.85 L'art. 102 al. 1 CP s'applique *ex lege* exclusivement aux délits (environnementaux) et aux crimes (environnementaux), mais pas aux contraventions (environnementales) (art. 105 al. 1 CP)²¹⁸. Le champ d'application de l'art. 7 DPA par rapport aux délits est controversé en doctrine²¹⁹. En présence d'un crime, ce problème de délimitation ne se pose pas en pratique. Compte tenu de la gravité de l'infraction qui a été manifestement perpétrée, on ne peut guère s'attendre à des mesures d'enquête disproportionnées. En fait, l'application de l'art. 7 DPA aux crimes est plus ou moins exclue²²⁰.
- 10.86 Si une infraction à l'environnement prévue dans une loi spéciale n'est pas imputable à une personne physique au sens de l'art. 6 DPA, on doit se demander quelle disposition appliquer entre l'art. 7 DPA et l'art. 102 CP²²¹. Autrement dit, l'articulation entre l'art. 102 al. 1 CP et l'art. 7 DPA est problématique uniquement lorsqu'il est impossible d'imputer l'infraction (délit ou crime) à une personne physique déterminée²²². En effet, une entreprise peut également être sanctionnée par une autorité administrative en appliquant l'art. 102 al. 1 CP, s'il n'est pas possible d'identifier la personne physique responsable de l'infraction pénale en raison d'un manque d'organisation²²³.

213 GARBARSKI, 420.

214 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 68.

215 HEINE, Reform, 102.

216 BICHOVSKY/JENNY, 74.

217 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 77.

218 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69; HILF, 101; MACALUSO, Commentaire, 109.

219 HILF, 101.

220 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69 s.; *contra* GARBARSKI, 431.

221 GARBARSKI, 426; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 73.

222 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 70.

223 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69; GARBARSKI/MACALUSO, Responsabilité de l'entreprise, 845.

Deux articulations sont envisageables selon la doctrine : soit par une application alternative automatique²²⁴, soit par une application parallèle²²⁵. La première solution postule que l'art. 7 DPA s'applique aux contraventions, alors qu'en matière délictuelle et criminelle, c'est l'art. 102 al. 1 CP qui trouve application en tant que *lex posterior*²²⁶. La deuxième solution propose qu'étant donné que, dans certaines situations délictuelles ou criminelles, les conditions d'application de l'art. 7 DPA et de l'art. 102 al. 1 CP sont similaires, l'autorité de poursuite dispose d'un vrai choix entre les deux normes²²⁷. 10.87

Les partisans de l'articulation alternative automatique argumentent leur point de vue en soutenant que l'art. 7 DPA a été instauré pour des raisons d'économie de procédure et qu'il est douteux de laisser à l'autorité administrative de poursuite le libre choix entre les deux formes de responsabilité²²⁸. D'après ces auteurs et selon le Message du Conseil fédéral, l'art. 7 DPA est réservé aux « cas tout à fait mineurs »²²⁹ et donc non applicable aux délits²³⁰. Cependant, cet argument n'est pas réellement pertinent, car il ne tient pas compte du fait que des délits peuvent également être des cas bagatelle pour lesquels la peine ne dépasse pas CHF 5000 et qu'il serait disproportionné de trouver la personne responsable²³¹. 10.88

La doctrine majoritaire soutient au contraire une application parallèle des art. 7 DPA et 102 al. 1 CP dans certains cas de figure²³². 10.89

Premièrement, l'art. 7 DPA est une *lex specialis* par rapport aux normes du Code pénal suisse²³³. En effet, de par les art. 2 DPA et 333 al. 1 CP, l'application des dispositions générales du Code pénal suisse n'est pas possible. Le fait que l'art. 7 DPA permette de rechercher l'entreprise lorsque la sanction dans le cas d'espèce ne dépasse CHF 5000 et que cela engendrerait des mesures d'instruction disproportionnées, est une exception au CP. Cependant, le législateur n'a jamais voulu paralyser le droit pénal accessoire par l'adoption de la nouvelle partie générale du CP. Partant, lorsque les conditions de l'art. 102 al. 1 CP sont réunies, dans ce cas de figure, l'art. 7 DPA pourra être appliqué²³⁴. 10.90

224 FORSTER, 259; HEINE, *Straftäter Unternehmen*, 8 s.; HILF, 101 s.

225 CASSANI, *Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?*, 77; EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69; GARBARSKI, 428 s.; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 74.

226 CASSANI, *Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?*, 79.

227 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 74.

228 FORSTER, 258 s.; HEINE, *Straftäter Unternehmen*, 8.

229 Message CP, FF 1999 1787, 1949.

230 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69; FORSTER, 258 s.

231 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69.

232 CASSANI, *Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?*, 80; GARBARSKI, 428 s.

233 CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 74.

234 *Ibid.*

- 10.91 Deuxièmement, la nature de l'infraction n'est pas déterminante pour l'application de l'art. 7 DPA. C'est la sanction concrète envisagée dans le cas d'espèce qui est déterminante, peu importe donc qu'il s'agisse d'une contravention, d'un délit ou d'un crime²³⁵.
- 10.92 Troisièmement, les deux dispositions ne répondent pas aux mêmes conditions d'application. En effet, la notion de « mesures d'instruction disproportionnées » de l'art. 7 DPA est étrangère à l'art. 102 al. 1 CP. Par conséquent, l'autorité de poursuite qui applique l'art. 102 al. 1 CP doit déployer tous les efforts possibles pour rechercher un auteur physique. Les mesures d'investigation que doit entamer l'autorité de poursuite pour appliquer l'art. 102 al. 1 CP sont donc plus larges que celles de l'art. 7 DPA²³⁶. De ce constat, avec certaines infractions, l'autorité de poursuite peut appliquer l'art. 7 DPA, étant donné que la condition des « mesures d'instruction disproportionnées » est réalisée. Dans ce cas de figure, on aurait affaire à une application alternative (exclusive) de l'art. 7 DPA en tant que *lex specialis*. Autrement dit, face à des difficultés concernant l'enquête pour découvrir un auteur physique déterminé, l'autorité fait le choix de ne pas déployer des efforts disproportionnés et, par conséquent, ne peut sanctionner l'entreprise que sur la base de l'art. 7 DPA²³⁷.
- 10.93 Finalement, particulièrement en droit pénal de l'environnement, le DPA est applicable pour juger des infractions qualifiées de délits²³⁸. Dans certaines situations où l'art. 7 DPA est expressément applicable à un délit environnemental, l'art. 102 al. 1 CP peut également trouver application²³⁹. En effet, la condition de la non-imputabilité à une personne physique en raison d'un manque d'organisation de l'art. 102 al. 1 CP se vérifiera forcément à nouveau avec la condition des mesures d'instruction disproportionnées nécessaires à la recherche d'une personne physique de l'art. 7 DPA²⁴⁰. Dans cette constellation, l'autorité de poursuite a un véritable choix quant à la base légale applicable²⁴¹.
- 10.94 Pour résumer, en matière de contravention, l'art. 7 DPA est seul applicable, l'art. 102 al. 1 CP étant expressément exclu (art. 105 al. 1 CP). En cas de crime, vu la gravité de l'infraction, il est peu probable que des mesures d'enquête soient disproportionnées, ce qui

235 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 77; GARBARSKI, 429 s.

236 MACALUSO, Commentaire, 110. On peut cependant nuancer cette différence d'exigences au vu de la jurisprudence actuelle, qui tend à des exigences plus accrues quant aux moyens à mettre en œuvre pour rechercher un auteur physique, cf. TPF, 26.4.2018, SK.2018.47, c. 5.11.3; TF, 15.10.2007, 6B_256/2007, c. 4.

237 GARBARSKI, 430.

238 Art. 60 cum 62 LPE, art. 24 cum 24b LPN, art. 26 al. 2 cum 27 LCITES, art. 70 cum 73 LEaux, art. 42 cum 44 LFo, art. 17 cum 19 LChP, art. 16 cum 18 LFSP, art. 49 cum 51 LChim, art. 63 cum 65 LDAL, art. 172 cum 174 LAgr.

239 GARBARSKI, 430 s.

240 GARBARSKI, 431; contra BERETTA, 5 s.

241 GARBARSKI, 431; CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 74.

exclut l'application de l'art. 7 DPA²⁴². Garbarski considère que l'application de l'art. 7 DPA est tout de même envisageable, théoriquement, en matière de crime dans certains cas²⁴³. Le problème se pose surtout en matière de délit. En effet, dans certains cas de figure, on peut hésiter à appliquer l'art. 7 DPA ou l'art. 102 al. 1 CP.

Afin d'illustrer la problématique, nous avons choisi de présenter un cas fictif: un employé d'une grande entreprise de génie civil détruit, par négligence (art. 24 al. 2 LPN), sur un chantier un site protégé évocateur du passé (art. 24 al. 1 let. a LPN). L'employé en question, à cause d'un défaut d'organisation de l'entreprise, ne peut être identifié. Les autorités administratives compétentes pour instruire du dossier (art. 24b LPN *cum* 6 et 7 DPA) estiment la peine pour le délit en question à une amende de CHF 5000. Cependant, avant le début d'investigations trop importantes pour rechercher l'auteur physique, l'autorité administrative compétente, au vu du montant envisagé de l'amende, estime que des mesures d'instruction seraient disproportionnées. 10.95

Par l'application alternative automatique des art. 7 DPA et 102 al. 1 CP, il n'y a pas de problème. L'infraction *in casu* étant un délit et l'art. 7 DPA étant réservé aux contraventions, on appliquera l'art. 102 al. 1 CP. Par contre, par l'application parallèle des art. 7 DPA et 102 al. 1 CP, la solution est différente. Effectivement, l'art. 24b LPN déclare le DPA applicable. Étant donné qu'aucun auteur n'a été trouvé au sens de l'art. 6 DPA et que la sanction envisagée *in casu* est d'un montant de CHF 5000, l'autorité peut estimer qu'au vu du montant envisagé de l'amende pour ce délit, des mesures d'instruction seraient disproportionnées. Par conséquent, l'art. 7 DPA pourra trouver application. Pourtant, c'est également à cause d'un manque d'organisation de l'entreprise qu'on ne peut pas imputer le délit à un auteur physique. En effet, le délit a été commis au sein de l'entreprise, dans l'exercice d'activités commerciales et conformes aux buts de celle-ci. Par conséquent, l'autorité de poursuite ne devrait-elle pas appliquer l'art. 102 al. 1 CP ? Dans cette constellation, l'autorité de poursuite disposerait d'un véritable choix quant à la base légale à appliquer entre l'art. 7 DPA et l'art. 102 al. 1 CP. 10.96

Une autre question pose problème, celle de la primauté ou non de la loi spéciale par rapport aux dispositions du CP. En effet, les dispositions de la partie générale du CP (not. art. 102 al. 1 CP) sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci n'en disposent autrement (art. 333 al. 1 CP). L'art. 2 DPA prévoit que les dispositions de la partie générale du CP sont applicables aux actes réprimés par la législation administrative fédérale, à moins que le DPA ou une loi administrative spéciale n'en dispose autrement. Dans l'exemple ci-dessus, l'art. 24b LPN dispose que les art. 6 et 7 DPA sont applicables. Faut-il pour autant en déduire l'exclusion de l'application de l'art. 102 al. 1 CP ? Pour être cohérent, la réponse est négative. En effet, les art. 7 DPA et 102 al. 1 CP ne s'excluent pas mutuellement, mais s'appliquent de manière 10.97

242 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 69 s.

243 GARBARSKI, 431.

complémentaire²⁴⁴. L'art. 7 DPA ne constitue pas une dérogation à l'art. 102 al. 1 CP, mais contient un élément supplémentaire (« mesures d'instruction disproportionnées ») que le CP ne connaît pas du tout²⁴⁵. En fait, l'argument selon lequel la note marginale de l'art. 7 DPA « Dérogations au Code pénal suisse » confirme que l'art. 7 DPA est une *lex specialis* par rapport à l'art. 102 al. 1 CP ne tient pas, car la dérogation consiste simplement dans le fait que l'art. 7 DPA constitue une condition que le CP ne connaît pas du tout²⁴⁶.

- 10.98 Aucun auteur ne conteste que les conditions des deux normes ne soient pas les mêmes²⁴⁷, mais dans certains cas, elles peuvent se regrouper, notamment en matière de délits à l'environnement. Par conséquent, une application parallèle de l'art. 7 DPA et de l'art. 102 al. 1 CP est possible²⁴⁸.
- 10.99 Néanmoins, l'inverse n'est pas forcément vrai. En effet, le seul motif selon lequel la recherche d'une personne physique déterminée engendrerait des mesures d'instruction disproportionnées au sens de l'art. 7 DPA ne permet pas d'affirmer que l'infraction n'a pu être imputée à une personne physique déterminée au sens de l'art. 102 al. 1 CP, cette condition de « mesures d'instruction disproportionnées » étant étrangère à l'art. 102 al. 1 CP²⁴⁹.
- 10.100 On relèvera encore que si une infraction de degré contraventionnel est commise au sein d'une entreprise, qu'aucun auteur physique n'a été identifié et que l'amende envisagée est d'un montant de plus de CHF 5000²⁵⁰, personne ne sera condamné ! En effet, l'art. 7 DPA est seul applicable en matière de contravention, l'art. 102 al. 1 CP étant exclu (art. 105 al. 1 CP).
- 10.101 Cette question controversée est restée ouverte par le Tribunal fédéral²⁵¹ et n'a pas été traitée dans l'avant-projet²⁵². Cependant, le Conseil fédéral²⁵³ semble préconiser l'application alternative automatique sans réelles explications²⁵⁴. Quoiqu'il en soit, la situation

244 GARBARSKI, 430 s. ; Comm. LPN-HILF, art. 24b N 2 ; HILF/VEST, 64 ; *contra* BSK StBG I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 13.

245 HILF/VEST, 64.

246 HILF, 100.

247 GARBARSKI, 431.

248 *Ibid.*, 430 s.

249 *Ibid.*, 431 ; GARBARSKI/MACALUSO, Responsabilité de l'entreprise, 845.

250 Exception faite pour les lois spéciales ayant augmenté le montant limite, *cf.* N 10.72.

251 TF, 15.10.2007, 6B_256/2007, c. 2.2.4.

252 Message CP, FF 1999 1787, 1943 ss.

253 Message Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525, 5655 s. ; Message LAUFIN, FF 2006 2741, 2802 ; Message CO, FF 2004 3745, 3862 ss.

254 CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, 79 s. ; GARBARSKI, 428 ; GARBARSKI/MACALUSO, Responsabilité de l'entreprise, 844.

concernant le DPA est plus que floue et désuète. D'ailleurs, un projet de révision du DPA est prévu²⁵⁵.

IV. Défaut de responsabilité pénale de l'entreprise

Pour illustrer les situations dans lesquelles une entreprise peut typiquement commettre des infractions à l'environnement, nous avons choisi de traiter quelques cas tirés de la pratique²⁵⁶. Cependant, très peu d'entreprises ont été jugées depuis l'introduction de l'art. 102 al. 1 CP²⁵⁷. 10.102

Même si pour la totalité des cas traités une personne physique a été désignée et par conséquent l'entreprise n'a pas été reconnue responsable, nous avons tout de même choisi d'aborder la casuistique, ne serait-ce que pour avoir une idée des sanctions infligées, nonobstant les conséquences parfois désastreuses engendrées sur l'environnement par ces infractions. De plus, cela permet d'illustrer la difficulté pratique d'engager des poursuites et de punir une entreprise face à des infractions environnementales. 10.103

Nous avons choisi de traiter de la problématique des déchets ainsi que celle de la contamination des eaux, qui sont les lois spéciales (environnementales) sur la base desquelles les condamnations en matière de droit pénal de l'environnement sont les plus importantes²⁵⁸. 10.104

De l'avis de certains auteurs de doctrine²⁵⁹, l'insertion de certaines infractions à l'environnement directement à l'art. 102 al. 2 CP (responsabilité primaire de l'entreprise) permettrait de répondre à cette lacune. Cet avis mérite la réflexion face à ces cas. 10.105

1. Déchets

Plusieurs problématiques peuvent résulter des déchets comme, par exemple, toutes les questions liées aux mouvements transfrontaliers²⁶⁰. Nous avons choisi de traiter ici de celles liées au stockage, au recyclage ainsi qu'à l'élimination des déchets. 10.106

255 Motion CARONI, BO 2015 E 1050.

256 Les cas traités ci-après sont tirés de la jurisprudence fédérale et cantonale, ainsi que de la pratique des poursuites pénales dans les cantons de Saint-Gall et Zurich, cf. KNOBEL/ANDEREGG, 205.

257 Message Loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525, 5650.

258 Selon les statistiques des condamnations pénales des adultes de l'OFS de 2006 à 2019, environ 300 condamnations par année pour des délits ou des crimes à la LEaux et une centaine concernant des infractions à la LPE (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal.assetdetail.13407162>> [6.4.2021]).

259 HILF/VEST, 73 s.; PIETH, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, 1014.

260 à ce propos consulter DILLON, 134 s.; ég. DONGOIS/BICHOVSKY, 75 ss.

- 10.107 Tous les produits ont une destinée de déchet et donc un impact sur l'environnement. Le déchet se définit comme étant « un bien meuble dont le détenteur se défait ou dont l'élimination est commandée par l'intérêt public (art. 7 al. 6 LPE) »²⁶¹.
- 10.108 Dans la plupart des cas traités, les déchets polluent en contaminant les sols. La définition légale de « contamination des sols » se trouve à l'art. 7 al. 4^{bis} LPE²⁶². On parle d'atteinte à l'état naturel des sols par toutes modifications physiques, chimiques ou biologiques (art. 7 al. 4^{bis} LPE).
- 10.109 Les contaminations physiques du sol comprennent l'érosion, le compactage (p. ex. par les véhicules de récolte) et la perte de sol (p. ex. en relation avec l'extraction de matériaux). La pollution chimique ou biologique du sol résulte de l'apport direct ou indirect de substances étrangères. On entend par « direct » principalement la surfertilisation et les produits agrochimiques. Les apports « indirects », se réfèrent quant à eux essentiellement à la pollution atmosphérique, à savoir l'accumulation sous forme de métaux lourds dans le sol²⁶³.

a) Exploitation et stockage de déchets sans autorisation

- 10.110 Afin d'exploiter et de stocker des déchets, une autorisation doit être obtenue par l'autorité cantonale, car il est interdit de stocker définitivement les déchets ailleurs que dans une décharge contrôlée (art. 60 al. 1 let. m et 61 al. 1 let. g LPE). Les déchets concernés sont définis dans l'autorisation (art. 30e al. 1 et 2 LPE). Le stockage définitif est défini comme l'abandon ou le dépôt de déchets de façon permanente à un endroit précis²⁶⁴.
- 10.111 Dans un arrêt datant de 2018²⁶⁵, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'un associé unique et gérant d'une société Sàrl de traitement, de recyclage et de revalorisation de déchets provenant notamment de chantiers, suite à diverses infractions à la LPE²⁶⁶ et à la loi neuchâteloise concernant le traitement de déchets²⁶⁷. Dans ce cas, le gérant de la société a décidé de construire un centre d'exploitation dans une commune neuchâteloise. Pour obtenir l'autorisation d'exploitation sur le terrain dont il était locataire, il lui était nécessaire d'aménager le site. Le Service de l'énergie et de l'environnement de la commune a constaté à plusieurs reprises que l'entreprise n'avait pas aménagé le site en conséquence, malgré plusieurs courriers. De plus, lors d'une séance sur les lieux, il a été constaté que le terrain en question avait été recouvert par des déchets

261 PETITPIERRE-SAUVAIN, 130.

262 RAUSCH, N 656.

263 RAUSCH, N 657.

264 TF, 22.5.2018, 6B_10/2018, c. 2.1; Message LPE, FF 1979 III 741, 800; LPE-FLÜCKIGER, art. 30e N 2.

265 TF, 22.5.2018, 6B_10/2018.

266 Art. 60 al. 1 let. m et art. 61 al. 1 let. g LPE.

267 Cf. art. 35 de la Loi neuchâteloise du 13 octobre 1986 concernant le traitement des déchets (LTD-NE, RSN 805.30).

qui provenaient de cette société. Le Service a dénoncé l'entreprise pour exercice illégal d'activités de tri, de recyclage et de stockage de déchets. Finalement, le gérant de la société a été condamné à une peine pécuniaire de 50 jours-amendes à CHF 45 le jour, avec sursis pendant trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 1000²⁶⁸.

Dans ce cas, l'entreprise aurait pu être condamnée à payer une amende sur la base de l'art. 7 DPA si l'on n'avait pas pu imputer l'infraction à une personne physique déterminée (art. 6 DPA), *in casu* l'associé gérant (art. 6 al. 3 DPA). 10.112

Par ailleurs, le stockage de déchets peut également prendre d'autres formes que celle d'une décharge à ciel ouvert. Dans une affaire appenzelloise de 2009, notre Haute Cour a reconnu qu'un chemin remblayé par des déchets provenant de gravats est considéré comme étant bel et bien un stockage définitif de déchets²⁶⁹. 10.113

b) Déchets spéciaux éliminés comme des déchets industriels normaux

Certains déchets sont classés comme étant spéciaux, car leur élimination exige la mise en œuvre de mesures particulières pour être respectueuse de l'environnement (art. 30f al. 1 LPE)²⁷⁰. Par conséquent, les déchets doivent être désignés comme tels (art. 60 al. 1 let. n LPE) et doivent suivre des prescriptions spéciales concernant leurs mouvements (art. 60 al. 1 let. p LPE). 10.114

Dans le canton de Lucerne, un responsable de la gestion des flux de substances et des laboratoires d'une entreprise a remis des déchets spéciaux pour élimination à une entreprise sans autorisation. Il était responsable de l'évacuation des boues fines résultant du traitement de collecteurs routiers. Afin d'économiser des frais, ces déchets ont été déposés dans une décharge pour matériaux inertes, alors qu'ils auraient dû être étiquetés, transportés et traités comme des déchets dangereux (art. 60 al. 1 let. n et p LPE). En effet, le prix d'élimination pour les déchets inertes s'élevait à CHF 65 par tonne contre CHF 144 par tonne pour les déchets spéciaux²⁷¹. Les juges de Mon-Repos ont confirmé la peine pécuniaire du responsable du laboratoire qui a été condamné par l'autorité inférieure à 30 jours-amendes à CHF 160 le jour, avec sursis²⁷². 10.115

Dans cet arrêt, le responsable tente de plaider sa cause en « diluant » sa responsabilité. En effet, il affirme ne pas avoir pris la décision finale d'éliminer les déchets dans la décharge pour substances inertes, mais que c'est la société qui a finalement choisi cette option²⁷³. Si cet argument avait été retenu, on aurait pu envisager une responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 7 DPA (art. 62 al. 1 LPE), ce pour autant qu'on n'ait pas réussi 10.116

268 TF, 22.5.2018, 6B_10/2018, c. a.

269 TF, 10.7.2009, 6B_259/2009, c. 2.4, DEP 2009 547; GRIFFEL/RAUSCH, art. 61 LPE N 10.

270 PETITPIERRE-SAUVAIN, 130.

271 TF, 18.4.2016, 6B_78/2016, c. 2.6.

272 *Ibid.*, c. b.

273 *Ibid.*, c. 2.5.

à déterminer quelle personne physique a pris cette décision. *In casu*, le recourant était le responsable de l'élimination (art. 6 al. 1 DPA) et donc la faute lui a été attribuée²⁷⁴.

- 10.117 Dans un cas similaire²⁷⁵, une entreprise produisait des déchets dangereux lors de la production de divers produits chimiques et avait convenu avec une entreprise d'élimination de déchets de prendre ses déchets pour élimination comme des déchets industriels normaux. La classification des déchets à éliminer n'avait pas été suffisamment clarifiée par l'une ou l'autre des entreprises. S'ils avaient été éliminés correctement, les déchets auraient dû être marqués comme déchets dangereux et accompagnés d'un bordereau d'expédition approprié. En outre, les déchets dangereux ne peuvent être acceptés pour l'élimination que par des entreprises disposant d'une autorisation spécifique (art. 30f al. 2 lit d LPE). L'entreprise d'élimination n'était pas en possession d'un tel permis. En application de l'accord conclu, l'entreprise ayant produit les déchets dangereux a transféré 4000 tonnes de déchets dangereux à l'entreprise d'élimination de déchets sur une période cinq ans. Au cours de l'enquête, 650 tonnes de ces déchets ont été trouvées dans une décharge qui n'était pas adaptée aux déchets dangereux. Ils ont ensuite été correctement éliminés. L'entreprise produisant des déchets dangereux a payé CHF 100 000 pour les frais d'élimination, l'entreprise d'élimination CHF 20 000 et il n'y a, à ce jour, pas de trace d'environ 800 tonnes de ces déchets. Pour l'élimination des déchets en tant que déchets industriels, l'entreprise qui produisait des déchets dangereux a payé à l'entreprise d'élimination de déchets CHF 300 par tonne. La fourchette de prix pour l'élimination d'une tonne de déchets dangereux se situerait probablement entre CHF 450 et CHF 550²⁷⁶.
- 10.118 La procédure pénale a été abandonnée à l'époque à la suite de la réparation (art. 53 CP), les deux directeurs ayant chacun versé CHF 1000 à une fondation caritative. L'entreprise qui produisait des déchets dangereux a été obligée de payer une créance compensatrice (art. 71 CP) de CHF 90 000 et le directeur général a versé la somme de CHF 10 000²⁷⁷.
- 10.119 Dans cet autre cas, une responsabilité pénale de l'entreprise (art. 7 DPA) n'a pas pu être déclenchée étant donné que les responsables, des personnes physiques (art. 6 al. 2 DPA), ont été identifiés.

c) Réutilisation de matériaux pollués destinés à la décharge

- 1.120 Parfois, les matériaux qui sont excavés d'un chantier peuvent être contaminés. Dès lors, ce sont des déchets qui doivent être stockés dans une décharge contrôlée (art. 30e al. 1 *cum* art. 61 al. 1 let. g LPE).

274 *Ibid.*

275 KNOBEL/ANDEREGG, 222 s.

276 *Ibid.*, 222.

277 KNOBEL/ANDEREGG, 222 s.

La réhabilitation et l'agrandissement d'une installation sportive publique a produit environ 600 m³ de matériaux d'excavation contaminés. La municipalité, en tant que commanditaire, souhaitait que le matériel soit échantillonné. Cependant, avant que cela ne puisse se faire, le matériel avait déjà été enlevé. Les enquêtes ont révélé que la société de génie civil mandatée avait remis le matériel à une société de transport, qui aurait exporté le matériel. La société de génie civil a fourni à la municipalité un certain nombre de bons de livraison pour le prouver. Par la suite, il s'est avéré cependant que ces exportations n'avaient jamais eu lieu. Au moins 450 m³ de matériaux d'excavation contaminés ont été utilisés par le directeur de la société de transport comme remblai pour un nouvel immeuble d'habitation²⁷⁸. 10.121

Pour l'élimination prétendument correcte de 584 m³ de matériaux contaminés dans une décharge pour matériaux inertes, la société de transport a facturé à la société de génie civil CHF 49 194,15. Cette facture a été réglée. Comme les déblais contaminés n'ont jamais été mis en décharge pour matériaux inertes, mais qu'ils ont été déposés comme remblai à l'extérieur d'une décharge autorisée de manière illégale, l'entreprise de transport a obtenu un avantage monétaire illicite²⁷⁹. La société de transport a été obligée de verser à l'État CHF 49 194,15 à titre de créance compensatrice (art. 71 CP). En outre, le directeur général de la société de transport a reçu une peine pécuniaire avec sursis de 60 jours-amendes à CHF 200 le jour pour violation de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux et des art. 61 al. 1 let. g, k et o LPE. De plus, il a été puni d'une amende de CHF 5000²⁸⁰. 10.122

Dans cette autre casuistique, vu le montant envisagé de l'amende dans le cas d'espèce (CHF 5000), une responsabilité sous l'angle de l'art. 7 DPA aurait pu être engagée. Cependant, le directeur de la société ayant été identifié comme étant le responsable (art. 6 al. 2 DPA), cela exclut derechef l'application de l'art. 7 DPA. 10.123

d) Déchets revendus sous forme de copeaux de bois

Il est strictement non autorisé de vendre des substances, ainsi que leurs déchets, qui peuvent constituer une menace pour l'environnement ou, indirectement, pour l'homme (art. 26 cum art. 60 al. 1 let. b LPE). De plus, le vendeur qui met des substances en vente doit informer l'acheteur des possibles effets néfastes sur l'environnement et/ou sur l'homme (art. 27 cum art. 60 al. 1 let. c et 61 al. 1 let. d LPE). 10.124

Une entreprise accepte d'acheter des déchets de bois pour les transformer en copeaux de bois. Ces copeaux sont ensuite vendus comme combustible à des clients qui disposent d'un chauffage aux copeaux de bois. En raison des immissions d'odeurs émises par une entreprise ayant acheté ces copeaux pour son chauffage, une enquête est menée. Le ministère public, lors d'une perquisition découvre que le bois de chauffage utilisé 10.125

278 *Ibid.*, 223.

279 *Ibid.*

280 *Ibid.*

était en réalité des déchets. Ceux-ci n'auraient pas dû être brûlés dans des systèmes de chauffage conventionnels à copeaux de bois²⁸¹.

- 10.126 Le directeur général de l'entreprise, qui a vendu les déchets sous forme de copeaux de bois, a été reconnu comme étant responsable et coupable d'infraction à l'environnement par négligence (art. 60 al. 2 LPE), selon l'art. 60 al. 1 let. b et c LPE. Il a été condamné à une peine pécuniaire avec sursis de 20 jours-amendes, à CHF 160 le jour. De plus, il a dû payer une amende de CHF 8000²⁸².
- 10.127 Encore illustrées dans cette casuistique, les infractions à l'environnement sont commises, pour la plupart, afin d'économiser de l'argent. En outre, ici c'est le directeur général de l'entreprise qui a été condamné, soit une personne physique. Par conséquent, une responsabilité pénale de l'entreprise (art. 7 DPA *cum* art. 62 LPE) est ainsi exclue.

e) Déchets agricoles incinérés sur le domaine

- 10.128 Certains types de déchets doivent être incinérés dans une installation spécifique. On ne peut pas s'en débarrasser en les incinérant à sa guise, hormis les déchets naturels provenant des forêts, des champs et des jardins pour autant que leur incinération n'entraîne pas d'immissions excessives (art. 30c al. 2 *cum* art. 61 al. 1 let. f LPE).
- 10.129 Dans une affaire vaudoise²⁸³, un exploitant agricole a été condamné notamment pour infraction à l'art. 30c al. 2 LPE (art. 61 al. 1 let. f LPE) pour avoir incinéré des déchets sur son domaine sans passer par les voies d'évacuation officielles²⁸⁴. Dans ce cas, l'exploitant agricole a été condamné, en sa qualité de chef d'entreprise (art. 6 al. 2 DPA), car il a omis de donner des instructions à son personnel quant à l'incinération des déchets. Il était responsable de l'exploitation et aurait dû, de par sa position, faire respecter les dispositions légales²⁸⁵.
- 10.130 Encore une fois, l'art. 7 DPA (art. 62 LPE) ne trouve ici pas application, car une personne physique, en l'espèce le chef de l'exploitation (art. 6 al. 2 DPA), a été désignée.

2. Contamination des eaux

- 10.131 Les eaux potables sont protégées pénalement par deux lois, d'une part par l'art. 234 CP, d'autre part par les art. 70 à 73 LEaux. Une question de concours peut donc entrer en jeu²⁸⁶.

281 KNOBEL/ANDEREGG, 224 s.

282 *Ibid.*, 225.

283 ATF 142 IV 315.

284 *Ibid.*, c. 2.3.2.

285 *Ibid.*, c. 2.4.

286 DONGOIS/BICHOVSKY, 65.

L'objet de la protection pénale de l'eau potable est toute l'eau susceptible d'être consommée, par les humains ou les animaux domestiques, dans un avenir proche²⁸⁷. Cette définition englobe par exemple « l'eau d'un abreuvoir pour le bétail, l'eau stockée dans un réservoir naturel ou artificiel, une fontaine publique ou même un petit étang alpin »²⁸⁸. 10.132

Pour que l'eau potable soit contaminée, il faut y faire entrer une substance nuisible pour la santé²⁸⁹. La majorité de la doctrine, ainsi que la jurisprudence considèrent qu'il s'agit d'une infraction de mise en danger abstraite²⁹⁰. L'art. 234 al. 2 CP réprime la négligence. Concernant un éventuel concours avec la loi fédérale sur la protection des eaux, l'art. 72 LEaux dispose que l'art. 234 CP prime. Par contre, lorsqu'une infraction à la LEaux remplit simultanément les conditions d'une infraction au Code pénal, mais qu'il n'y a pas de contamination de l'eau potable, il y a concours parfait²⁹¹. 10.133

a) Contamination d'un ruisseau suite à un désherbage au glyphosate (Roundup)

L'utilisation de certains produits toxiques par des professionnels n'est pas sans conséquence et peut entraîner des effets néfastes pour l'environnement. En effet, le fait d'introduire intentionnellement et de manière illicite des substances de nature à polluer les eaux ou d'épandre des substances hors des eaux favorisant ainsi un risque de pollution pour celles-ci, est pénalement répréhensible (art. 6 cum 70 al. 1 let. a LEaux). 10.134

Dans une affaire jurassienne datant de 2009²⁹², un horticulteur-paysagiste indépendant a été condamné pour infraction à l'art. 70 al. 1 let. a LEaux à une peine pécuniaire de 20 jours-amendes à CHF 30 le jour avec sursis pendant deux ans, ainsi qu'à une amende de CHF 390. Le professionnel en question avait utilisé des substances interdites, créant ainsi un risque concret de pollution pour le ruisseau situé à proximité immédiate²⁹³. Dans ce cas, le dol éventuel a été retenu à juste titre, car le professionnel en question aurait dû savoir qu'il utilisait des produits néfastes et dangereux pour l'environnement aquatique, de par sa formation notamment²⁹⁴. Il ne pouvait pas non plus se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité (art. 21 CP), car les autorités lui ont envoyé un courrier lui rappelant la réglementation en matière de protection des eaux²⁹⁵. 10.135

287 ATF 98 IV 204, c. 1a; BSK StGB II-ACKERMANN, art. 234 N 9; Comm. LEaux-ANDEREGG, art. 72 N 14; CR CP II-RODIGARI, art. 234 N 7.

288 CR CP II-RODIGARI, art. 234 CP N 7 et les références citées.

289 *Ibid.*, N 16.

290 ATF 78 IV 170, c. 1, JdT 1953 IV 79; BSK StGB II-ACKERMANN, art. 234 CP N 5; DONGOIS/BICHOVSKY, 64; CR CP II-RODIGARI, art. 234 CP N 3; *contra* STRATENWERTH/BOMMER, § 31 N 22 et 23 qui considèrent l'infraction comme étant de mise en danger concret.

291 Comm. LEaux-ANDEREGG, art. 72 N 8.

292 TC JU, RJJ 2009 217.

293 *Ibid.*, c. 3.2.1.3.

294 *Ibid.*, c. 3.2.1.1.

295 *Ibid.*, c. 3.2.1.2.

- 10.136 Pour pouvoir envisager une responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 7 DPA (art. 73 LEaux), il aurait fallu, par hypothèse, que l'horticulteur ait plusieurs employés à son service. Il aurait également été nécessaire que l'un d'eux ait déversé le glyphosate sans que l'on puisse savoir lequel des employés a commis l'acte illicite sans entamer des procédures d'investigations trop importantes.

b) Déversement d'eaux mercurielles dans les canalisations publiques

- 10.137 Les activités industrielles peuvent créer des situations à risque pour l'environnement. Le fait d'épandre des substances hors des eaux, les laissant ainsi s'infiltrer dans les eaux est strictement interdit et puni (art. 6 *cum* 70 al. 1 let. a LEaux).
- 10.138 Une société vaudoise exploitait une installation mobile de traitement thermique de déchets contaminés au mercure. Pour l'essentiel, le procédé de traitement consistait à chauffer les déchets dans un four afin de laver à l'eau les effluents gazeux qui s'en émanaient. À plusieurs reprises, de graves manquements à des prescriptions légales, notamment à la LEaux²⁹⁶ et à la LPE²⁹⁷, ont été constatés. À cause d'un manque de place, des dizaines de milliers de litres d'eau qui contenaient des quantités importantes de mercure, dont la valeur moyenne dépassait largement les limites légales (*cf.* Annexe 3.2. ch. 36 OEaux), ont été déversés à travers des canalisations ou encore dans le champ situé à côté du bâtiment de l'entreprise, sur les consignes du directeur et du chef d'exploitation. À l'occasion d'un nettoyage de cuves contenant des boues mercurielles, le chef d'exploitation et un employé ont déversé les eaux de rinçages dans des conduites qui terminaient leur course dans un cours d'eau situé à proximité de l'exploitation, polluant ainsi les caniveaux des eaux claires. Le responsable du laboratoire de la société a également effectué un à deux nettoyages de cuves. Encore à cause d'un manque de place, une quantité d'environ 29 000 litres d'eaux mercurielles, dont seuls 6000 respectaient les normes de rejet en vigueur, ont été déversés dans les canalisations publiques des eaux usées, ceci toujours sur instructions du directeur. Suite à ces importants dysfonctionnements, un administrateur de la société a pris la décision de mettre l'installation à l'arrêt. Quelque temps plus tard, la société est tombée en faillite. Le responsable du laboratoire a été reconnu, par les instances inférieures, coupable d'infraction intentionnelle à la LEaux²⁹⁸ et à la LPE²⁹⁹. Le Tribunal fédéral a cassé cette décision en libérant le responsable de toute infraction à la LPE³⁰⁰. Cependant, il reste coupable de l'infraction prévue à l'art. 70 al. 1 let. a LEaux, ayant admis les faits³⁰¹.

296 Art. 70 al. 1 let. a LEaux.

297 Art. 60 al. 1 let. e LPE.

298 Art. 70 al. 1 let. a LEaux.

299 Art. 60 al. 1 let. e LPE.

300 TF, 18.1.2002, 6S. 531/2001, c. 4, DEP 2002 114.

301 *Ibid.*, c. 2c.

Dans cette affaire, on aurait pu envisager une responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 7 DPA si on n'avait pas pu imputer ces infractions à l'employé (art. 6 al. 1 DPA) et au chef d'entreprise (art. 6 al. 2 DPA), car des mesures d'instruction auraient été disproportionnées pour rechercher un auteur au vu des circonstances. 10.139

c) Activités agricoles polluant des cours d'eau

Les activités agricoles sont susceptibles de créer également des situations pénalement répréhensibles. En effet, celui qui, en sa qualité de détenteur d'une installation contenant des liquides de nature à polluer les eaux, n'aura pas, installé les appareils et aménagé les constructions nécessaires à la protection des eaux ou ne les aura pas maintenus en état de fonctionner sera puni (art. 22 *cum* 70 al. 1 let. b LEaux). Le fait d'introduire des substances qui sont susceptibles de polluer les eaux est aussi réprimé (art. 6 *cum* 70 al. 1 let. a LEaux). 10.140

Le propriétaire d'une exploitation agricole vaudoise a laissé s'écouler du purin dans les eaux d'une rivière, provoquant ainsi une pollution et entraînant la mort de plusieurs animaux³⁰². En ordonnant des travaux pour la réfection de la fosse à purin, le propriétaire n'a pas tenu compte du fait que la fosse pouvait être haute, et que par conséquent, elle pouvait déborder et s'écouler dans les eaux claires. De plus, il a donné l'ordre à l'un de ses employés de brasser la fosse à purin, ce qui a fait déborder la substance qui s'est ainsi retrouvée dans les eaux claires³⁰³. Par ces différents comportements, le propriétaire a été condamné, de par sa position de chef d'entreprise et de garant (art. 6 al. 2 DPA), pour la violation de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux. 10.141

Dans ce cas, on aurait pu, éventuellement, envisager une responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 7 DPA, si on n'avait pas pu déterminer qui avait pris la décision d'aménager le tuyau de la fosse à purin de cette manière, et si on n'avait pas pu déterminer qui avait fait déborder la fosse à purin. Pour cela, il aurait fallu que l'autorité de poursuite, dans le cas présent, ait déterminé qu'au vu du montant de l'amende (en l'espèce CHF 1000), des mesures d'enquêtes auraient été disproportionnées et ainsi l'exploitation aurait pu être punie et ainsi condamnée à payer l'amende. 10.142

d) Activité d'une entreprise d'auto-démolition polluant une rivière

Les activités d'une entreprise aux abords d'un cours d'eau peuvent créer une situation de pollution pénalement répréhensible. En effet, le fait de créer un risque de pollution pour les eaux en introduisant intentionnellement et de manière illicite dans celles-ci, directement ou indirectement, des substances de nature à les polluer est interdit (art. 6 *cum* 70 al. 1 let. a LEaux). De plus, le détenteur d'une installation qui contient des 10.143

302 TF, 2.6.2016, 6B_70/2016, c. 2.1.

303 *Ibid.*, c. 2.3.1.

liquides sujets à polluer les eaux doit ainsi installer des appareils et aménager les constructions de manière à protéger l'eau pour éviter de créer un risque de pollution (art. 22 *cum* 70 al. 1 let. b LEaux).

- 10.144 Dans le canton de Vaud, un entrepreneur avait vendu son entreprise d'auto-démolition et de récupération du fer et métaux qui se situait en bordure d'une rivière, mais, malgré la vente, il avait continué de faire des affaires avec l'acheteur de son ancienne entreprise en lui livrant notamment des épaves, qu'il lui rachetait après traitement. À la suite d'un rapport d'expertise, des concentrations de métaux supérieures à la norme (*cf.* Annexe 1 OSites) ont été constatées dans la zone d'écrasement des véhicules. De plus, de par leurs activités, les deux acolytes étaient pleinement conscients que leur activité comportait un risque sérieux pour l'environnement³⁰⁴. En première instance, les deux entrepreneurs ont été reconnus coupables d'infraction à l'art. 60 al. 1 let. a LPE ainsi qu'aux art. 70 al. 1 let. a et b LEaux et condamnés à payer une amende de CHF 1000³⁰⁵. Cependant, ils ont été relaxés de l'infraction à la LPE en deuxième instance et finalement condamnés à payer une amende de CHF 500³⁰⁶.
- 10.145 Une responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 7 DPA aurait pu être envisagée dans ce cas, si l'auteur de l'infraction n'avait pas pu être identifié. En effet, si des mesures d'investigations disproportionnées au vu de la peine envisagée, en l'espèce une amende de CHF 1000, avaient dû être mises en place afin de rechercher une personne physique pour lui imputer l'infraction, l'art. 7 DPA aurait pu trouver application.

V. Confiscation

- 10.146 Afin de lutter contre la criminalité des entreprises en matière d'environnement, la confiscation (art. 69 à 73 CP) paraît être une solution adéquate³⁰⁷. La confiscation, de l'avis unanime, est fondée sur l'idée que le crime ne doit pas payer³⁰⁸. Les dispositions relatives à la confiscation ont donc pour but d'écrémer les avantages économiques tirés d'une infraction et de les compenser³⁰⁹. De façon générale, le juge peut prononcer la confiscation même lorsqu'aucun auteur déterminé n'est punissable³¹⁰. Ce qui nous intéresse particulièrement dans le domaine des infractions à l'environnement est la confiscation des biens au sens des art. 70 et 71 CP³¹¹.

304 TF, 5.9.2005, 6P.87/2005, c. 7.3.

305 *Ibid.*

306 *Ibid.*

307 BICHOVSKY/JENNY, 73; DONGOIS/BICHOVSKY, 81; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 356; SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens, 221.

308 ATF 141 IV 305, c. 6.5; BSK StGB I-BAUMANN, art. 70-71 N 3.

309 KNOBEL/ANDEREGG, 207 et les références citées.

310 DONGOIS/BICHOVSKY, 81.

311 KNOBEL/ANDEREGG, 206.

D'un point de vue systématique, la confiscation appartient au Titre 3 de la Partie générale du CP sous « Peines et mesures », section 2 « Autres mesures ». Une distinction importante est faite entre la confiscation d'objets dangereux (art. 69 CP) et la confiscation des biens (art. 70 CP)³¹². La confiscation est une mesure qui vise des choses et des valeurs patrimoniales. Ce n'est donc pas une sanction *in personam*, mais une mesure *in rem*³¹³. Étant donné le caractère réel de la mesure, même si l'auteur de l'infraction n'a pas pu être identifié ou poursuivi, alors que les conditions de la confiscation sont réunies, le juge doit confisquer³¹⁴. 10.147

Le juge ordonne la confiscation des valeurs patrimoniales qui représentent le gain d'une infraction, ou si les avoirs étaient destinés à inciter à commettre une infraction ou à la récompenser (art. 70 al. 1 CP). Si le montant ne peut être déterminé avec précision, le juge peut faire une estimation (art. 70 al. 5 CP)³¹⁵. 10.148

Les conditions de la confiscation sont donc essentiellement l'existence d'une infraction, un avoir obtenu à la suite de celle-ci et un lien suffisant entre l'avoir et l'infraction³¹⁶. Toutes les infractions (contraventions, délits ou crimes) du droit fédéral et cantonal peuvent être considérées comme infractions pénales³¹⁷. Le terme « avoir » couvre donc tous les avantages économiques qui peuvent être réalisés, soit par une augmentation de l'actif ou une diminution du passif, soit par une non-augmentation du passif ou une non-diminution de l'actif³¹⁸. 10.149

En principe, la confiscation est effectuée « en nature », c'est-à-dire que les avoirs obtenus par une infraction sont soustraits du total des avoirs de la personne concernée et confisqués³¹⁹. Si ces avoirs n'existent plus ou si l'auteur de l'infraction n'a bénéficié que d'économies, le mécanisme de la créance compensatrice (art. 71 CP) s'applique, même contre un tiers³²⁰. Elle sera toujours prononcée contre un tiers de mauvaise foi. En revanche, contre le tiers de bonne foi, elle ne peut être prononcée que si ce dernier n'a pas fourni de contre-prestation adéquate et pour autant que la mesure n'apparaisse pas d'une rigueur excessive à son égard³²¹. Le tribunal reconnaît une créance compensatrice par l'État d'un montant équivalent aux valeurs patrimoniales à confisquer (art. 71 al. 1 CP)³²². Cette indemnisation permet d'éviter que la personne qui utilise les biens acquis 10.150

312 *Ibid.*

313 ATF 129 IV 305, c. 4.2.1; CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 69 N 7.

314 BICHOVSKY/JENNY, 71.

315 KNOBEL/ANDEREGG, 207 s.

316 *Ibid.*

317 *Ibid.*, 208; SCHMID, Kommentar Einziehung, art. 70-72 N 23.

318 ATF 119 IV 17, c. 2c).

319 KNOBEL/ANDEREGG, 208.

320 BICHOVSKY/JENNY, 71 s.; KNOBEL/ANDEREGG, 208.

321 CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 71 N 17.

322 BICHOVSKY/JENNY, 72.

soit placée dans une meilleure position que celle qui les a conservés³²³. Le droit de confisquer des biens expire après sept ans (art. 70 al. 3 CP). Par conséquent, les avoirs acquis par le biais d'une infraction peuvent toujours être confisqués, même si l'infraction sous-jacente est déjà prescrite³²⁴.

- 10.151 Dans un arrêt de principe³²⁵, le Tribunal fédéral nous dit que l'économie qui est réalisée par une infraction est une valeur qui peut être confisquée³²⁶. Par conséquent, vu que la confiscation est une mesure strictement *in rem*, qu'elle ne vise que l'acte et non l'auteur, la seule exigence est une connexité entre l'infraction commise et l'objet ou les valeurs patrimoniales à confisquer. Partant, une entreprise peut donc se voir appliquer les dispositions sur la confiscation, par exemple dans des cas de pollution où il serait trop ardu de déterminer les éventuels auteurs responsables³²⁷.
- 10.152 Pourtant, cet outil est malheureusement encore trop peu utilisé dans le cas d'infractions environnementales³²⁸. Une des raisons qui peut être avancée est la probabilité relativement faible de détection des infractions environnementales³²⁹. En effet, les polluants, dont la plupart proviennent de sources disparates, ont des effets différents dans le sol, l'air ou l'eau et leurs atteintes sur l'environnement ne sont souvent détectables qu'avec un retard considérable³³⁰.

1. Applicabilité en droit pénal de l'environnement

- 10.153 Aucune loi de protection de l'environnement, mis à part l'art. 24c LPN, ne dispose de règles sur la confiscation³³¹. C'est un silence qualifié du législateur, découlant de l'art. 333 al. 1 CP, qui dispose que les dispositions générales du Code pénal sont applicables aux autres infractions prévues dans d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions sur la matière³³².
- 10.154 Ainsi, la confiscation s'applique également aux violations des dispositions pénales, en particulier des art. 60 ss LPE et aux art. 70 ss LEaux, ainsi qu'aux nombreuses infractions du droit de l'environnement (art. 104 et 105 *cum* 69 ss CP)³³³.

323 Message CP, FF 1993 III 269, 303, qui se réfère à l'ATF 104 IV 228.

324 KNOBEL/ANDEREGG, 208.

325 ATF 119 IV 10, c. c)bb), JdT 1995 IV 133.

326 DONGOIS/BICHOVSKY, 82.

327 BICHOVSKY/JENNY, 73 s.

328 *Ibid.*, 73; KNOBEL/ANDEREGG, 201.

329 KNOBEL/ANDEREGG, 213.

330 *Ibid.*

331 DONGOIS/BICHOVSKY, 82.

332 DONGOIS/BICHOVSKY, 82; BICHOVSKY/JENNY, 68.

333 KNOBEL/ANDEREGG, 211.

2. Rentabilité des infractions à l'environnement

Illustrée précédemment³³⁴, une des raisons, si ce n'est la principale, pour laquelle une entreprise ou des personnes physiques décident de commettre des infractions à l'environnement, est la question de l'économie des frais³³⁵. 10.155

Il est intéressant de noter que le cercle des délinquants environnementaux typiques ne comprend pas les délinquants ayant un trouble mental ou social. Ce sont surtout des citoyens ordinaires qui sont conscients des dommages environnementaux qu'ils causent dans leur vie quotidienne ou professionnelle³³⁶. 10.156

L'infraction est souvent commise au sein d'une entreprise et associée à des avantages économiques considérables³³⁷. En particulier dans le secteur de l'élimination des déchets, compte tenu des coûts d'élimination parfois élevés, il existe de grandes incitations à économiser³³⁸. Étant donné que les auteurs tentent souvent d'économiser des coûts en agissant d'une manière dangereuse pour l'environnement, de nombreuses infractions à l'environnement présentent des caractéristiques de criminalité économique³³⁹. L'aspect de la rentabilité semble être déterminant pour le passage à l'acte. Le délinquant est moins intéressé par la question de savoir si son acte est punissable que par le prix qu'il serait amené à payer en étant condamné³⁴⁰. 10.157

3. Avantages de la confiscation

Comme les auteurs d'infractions à l'environnement agissent le plus souvent de manière rationnelle et pour des motifs économiques, les sanctions financières sont au premier plan. La confiscation de tous les avantages économiques infligée à l'auteur le frappe généralement plus durement que la sanction elle-même³⁴¹. Plus l'on s'attend à ce que les infractions ne soient pas rentables financièrement, plus l'auteur est disposé à s'abstenir de commettre l'infraction³⁴². Si les avantages matériels de l'infraction étaient laissés entre les mains de l'auteur, il y aurait un risque que l'application de la peine perde son effet par rapport à l'importance du profit illicite³⁴³. 10.158

La confiscation des valeurs patrimoniales est également possible à l'égard des personnes morales, car elle peut être ordonnée sans tenir compte de la responsabilité pénale et de 10.159

334 Cf. N 10.102 ss.

335 BICHOVSKY/JENNY, 69.

336 KNOBEL/ANDEREGG, 214.

337 *Ibid.*

338 *Ibid.*

339 *Ibid.*, 215; ATAT, N 607.

340 KNOBEL/ANDEREGG, 215.

341 *Ibid.*; BICHOVSKY/JENNY, 73.

342 JENNY/KUNZ, 90 s.; KNOBEL/ANDEREGG, 215.

343 NADELHOFER DO CANTO, 8.

la faute d'une personne spécifique³⁴⁴. En effet, si un employé d'une société commet une infraction à l'environnement dans le cadre de ses activités commerciales, le gain d'objets dangereux ou de valeurs patrimoniales peut être soustrait à la société elle-même³⁴⁵.

- 10.160 N'est pas non plus déterminant le fait de connaître l'identité de l'auteur de l'infraction, étant donné qu'il suffit que les éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés³⁴⁶.
- 10.161 Partant, en tant que mesure *in rem* et non *in personam*, la confiscation peut en principe être ordonnée à l'encontre de toute personne, c'est-à-dire également contre des entreprises. Il n'est pas exigé que la personne, dont la confiscation doit être ordonnée, se soit rendue passible de poursuites, mais seulement que les biens proviennent d'une infraction pénale³⁴⁷.
- 10.162 Des procédures distinctes contre la société concernée ne sont pas nécessaires³⁴⁸. Selon l'opinion dominante, la confiscation est ordonnée soit à titre de complicité dans le cadre d'une procédure pénale contre l'auteur réel de l'infraction, soit, si cette procédure n'a pas lieu pour des raisons juridiques ou factuelles, dans le cadre d'une procédure de confiscation indépendante³⁴⁹ contre la personne morale³⁵⁰.
- 10.163 La confiscation peut être exclue dans certaines circonstances, notamment si un tiers a acquis les biens (art. 70 al. 2 CP)³⁵¹. La seule question contestée est celle de savoir si l'entreprise doit être considérée comme un tiers, protégé par l'art. 70 al. 2 CP, en ce qui concerne les avantages tirés des infractions de ses employés³⁵². La doctrine majoritaire³⁵³ considère que dans cette constellation, la société n'est pas un tiers de bonne foi protégé par l'art. 70 al. 2 CP, mais plutôt un bénéficiaire direct grevé d'une confiscation³⁵⁴.
- 10.164 La confiscation à des tiers est exclue conformément à l'art. 70 al. 2 CP, si ce dernier a acquis le bien en ignorant les motifs de la confiscation et dans la mesure où il a fourni une contrepartie équivalente pour celui-ci ou si la confiscation constitue une contrainte disproportionnée. Dans le contexte de la responsabilité pénale des personnes morales, l'élément d'ignorance des motifs de la confiscation est particulièrement problématique³⁵⁵.

344 BICHOVSKY/JENNY, 73 s.; KNOBEL/ANDEREGG, 216.

345 BICHOVSKY/JENNY, 74; KNOBEL/ANDEREGG, 216.

346 CJ GE, ISJ 1997 186 ss, c. III.4; BICHOVSKY/JENNY, 74.

347 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 357.

348 KNOBEL/ANDEREGG, 216.

349 Cf. art. 37 CPP *cum* art. 376 à 378 CPP.

350 KNOBEL/ANDEREGG, 216; NADELHOFER DO CANTO, 165; SCHMID, Kommentar Einziehung, art. 70-72 N 138 ss.

351 KNOBEL/ANDEREGG, 216.

352 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 357.

353 FORSTER, 280 s.; KNOBEL/ANDEREGG, 216; SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens, 221; avis nuancé NADELHOFER DO CANTO, 186.

354 KNOBEL/ANDEREGG, 216; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 357.

355 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 360.

D'après Niggli et Gfeller, il faut suivre une approche fonctionnelle (*funktionale Betrachtungsweise*) pour déterminer la bonne ou la mauvaise foi de l'entreprise. Cet avis pragmatique mérite la réflexion. En effet, dans les sociétés unipersonnelles, la connaissance de l'actionnaire unique est identique à celle de la société. Dans le cas de sociétés plus complexes, il est possible de déterminer s'il y avait une personne dans la société qui, outre l'initiateur, était au courant ou aurait dû être au courant de la situation, mais qui ne l'a pas fait en violation de ses devoirs de surveillance. La question de savoir s'il y avait quelqu'un qui aurait dû être au courant de l'infraction peut être déterminée par analogie avec l'art. 6 al. 2 DPA. S'il peut être établi qu'une entreprise a enfreint ses obligations de contrôle interne, elle ne peut pas se fier à sa bonne foi³⁵⁶. 10.165

VI. Conclusion

Le système pénal suisse relatif à la punissabilité et la responsabilité de l'entreprise concernant des infractions environnementales est assez faible. En effet, les infractions au droit de l'environnement existent, mais sont disséminées dans diverses lois spéciales. De plus, les sanctions liées sont plutôt faibles face aux dégâts engendrés sur l'environnement. 10.166

Vu le nombre d'actes législatifs, nous pouvons constater une réelle volonté de protéger l'environnement, que ce soit au niveau international ou au niveau national. Cependant, il ne suffit pas d'adopter des lois, il faut également les mettre en œuvre et les utiliser. Des moyens juridiques sont à disposition. Nous pouvons discuter de l'efficacité des sanctions, mais le problème est avant tout une question de volonté de poursuivre et de politique criminelle. En effet, la jurisprudence est plus qu'inexistante en ce qui concerne la question de la responsabilité pénale de l'entreprise dans des cas d'infractions environnementales. 10.167

Concernant l'application d'une responsabilité pénale à l'entreprise, l'art. 102 al. 1 CP est d'application extrêmement restreinte, voire quasi impossible en pratique pour plusieurs raisons. Cependant, le problème principal reste, à notre avis, la condition de non-imputabilité à une personne physique. En effet, il suffit à une entreprise de désigner une personne physique responsable pour que l'art. 102 al. 1 CP ne soit pas applicable. 10.168

Pour les mêmes raisons, l'art. 7 DPA ne trouve que rarement application. En effet, il suffit à une entreprise de dénoncer une personne physique responsable à l'autorité de poursuite administrative pour qu'elle échappe à sa responsabilité (art. 6 DPA). 10.169

De plus, les sanctions envisagées pour ces infractions, souvent dans les cas étudiés des amendes d'un montant plutôt faible, sont loin d'être dissuasives pour les auteurs qui les commettent. La rentabilité économique découlant de ces infractions étant plutôt appré- 10.170

356 BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 360.

ciable pour les entreprises. C'est pourquoi, il est aujourd'hui plus que nécessaire de clarifier la situation et d'adapter les normes en vigueur.

- 10.171 Par cette casuistique, un constat est fait, les entreprises passent par les mailles du filet pénal. En effet, les condamnations d'entreprises face aux différentes infractions environnementales ne sont que trop rares (voire inexistantes), malgré le fait qu'il existe des cas d'infractions commis en leur sein. Le système pénal est insuffisant sur ce point, une réforme est la bienvenue.
- 10.172 La confiscation des valeurs patrimoniales est, en ce sens, une solution adéquate et efficace pour priver les entreprises de leurs avoirs gagnés de manière illégale. Cette mesure à caractère réelle permet de priver l'entreprise d'éventuels avoirs obtenus frauduleusement. Malheureusement, cette mesure n'est pas utilisée autant qu'elle le devrait.
- 10.173 L'intégration d'infractions à l'environnement directement à l'art. 102 al. 2 CP, soit par la responsabilité primaire de l'entreprise, est une solution qui se révélerait adéquate en termes de prévention générale. Les entreprises pourraient être susceptibles de mettre en place des mesures plus efficaces pour prévenir les infractions environnementales en sachant qu'elles risquent, concrètement, une sanction.
- 10.174 Pour conclure, la responsabilité pénale des entreprises n'est pas réellement efficace, particulièrement en matière d'infractions à l'environnement. Au fond, une entreprise trouvera toujours un moyen d'invoquer un manque d'organisation et de faire succomber la faute à une personne physique. Nous le constatons dans la pratique par le manque de condamnations des entreprises et par les peines infligées. Une refonte profonde de ces dispositions devient aujourd'hui plus que nécessaire.

§ 11 Le *littering* en droit suisse : quelles obligations, quelles sanctions ?

Justine Cosson*

« Pauvres touristes, qui arpez nez en l'air les centres historiques, vous ne connaîtrez jamais que tours de cathédrales et frontons de palais ! Les vrais connaisseurs regardent à la bonne hauteur, ils marchent les yeux au sol. Ils savent que le tissu urbain n'est pas architectural d'abord, mais social, et que sa trame est faite d'indices à interpréter : un mégot, une canette, un préservatif, une fleur séchée, une mitaine d'enfant ... Au bout de la piste, un peuple entier, avec mille histoires d'amour, de solitude ou d'amitié. Et comme toujours, la quête est plus belle encore que le but. »
– Steinauer J., *Postface*, in Michel Simonet, *Une rose et un balai*, 6^e éd., Fribourg 2016. –

Table des matières

I.	Introduction	339
II.	Perception du <i>littering</i> dans la LPE	341
1.	Définitions utiles	341
a)	Définition du déchet	341
b)	Notion de déchet urbain	342
c)	Déchets relevant du <i>littering</i>	344
d)	Enjeu du déchet urbain valorisable : sa réutilisation ou son recyclage	346
2.	Obligations liées à l'élimination des déchets relevant du <i>littering</i>	347
a)	Principes fondamentaux	347
b)	Obligations du consommateur	348
c)	Obligations de la collectivité publique	351
d)	Obligations des commerçants, des fabricants et des importateurs	353
e)	Tableau récapitulatif	360
3.	Financement de l'élimination des déchets relevant du <i>littering</i>	362
4.	Dispositions pénales	363
a)	Titre 5 de la LPE	363
b)	Initiative parlementaire Bourgeois n°13.413 : mesures à renforcer contre l'abandon des déchets	365
c)	Vol d'un objet soumis à la réutilisation	367
III.	Pénalisation du <i>littering</i> en droit cantonal	367
1.	Compétences cantonales	367

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de la Prof. Anne-Christine Favre.

2.	Typicité de l'infraction	368
3.	Peine : l'amende d'ordre	369
IV.	Réflexion conclusive	370
1.	De l'inévitable à l'évitable	370
2.	Vers une responsabilité accrue des pollueurs	372

Bibliographie

- BRUNNER DUNIA, Vers une économie circulaire des emballages de boissons en verre en Suisse : limites et apport du cadre réglementaires, DEP 2020, 367 ss et 685 ss ; DUPUIS MICHEL *et al.* (éd.), Petit commentaire CP, Bâle 2017 (cité : PC CP, art. 1 N 1) ; FAVRE ANNE-CHRISTINE/MEYER LIA/ENGEL OLIVIER, L'élimination des déchets urbains et l'évacuation des eaux-claires et usées, ainsi que leur financement, RDAF 2012 I, 239 ss ; FEHRADVICE & PARTNERS AG (éd.), Littering in der Schweiz – Studie zur Wirksamkeit von Massnahmen unter Berücksichtigung verhaltensökonomischer Erkenntnisse, Zurich 2014 ; MOOR PIERRE/FAVRE ANNE-CHRISTINE/FLÜCKIGER ALEXANDRE (éd.), Loi sur la protection de l'environnement (LPE), Berne 2010 (cité : LPE-AUTEUR.E, art. 1 N 1) ; FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le littering ou la mode des mots en vogue contre la vague des déchets sauvages, Umwelt Umfeld Umbruch – Streiflichter für Monika Kölz, Zurich 2007, 25 ss (cité : FLÜCKIGER, Le littering) ; FLÜCKIGER ALEXANDRE, La loi Damoclès, in Bovay/Nguyen (éd.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor : théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire, Berne 2005, 233 ss (cité : FLÜCKIGER, La loi Damoclès) ; FLÜCKIGER ALEXANDRE, La distinction juridique entre déchets et non-déchets, DEP 1999, 90 ss (cité : FLÜCKIGER, Déchets) ; FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le régime juridique des plans : l'exemple du plan de gestion des déchets, thèse, Berne 1996 (cité : FLÜCKIGER, Le régime juridique des plans) ; GOSSWEILER ADRIAN, Le droit de l'environnement suisse Jurisprudence de 2011 à 2015, DEP 2017, 755 ss ; GRIFFEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zurich 2001 ; INERIS (éd.), Étude des filières de recyclage des mégots de cigarettes, France 2019 ; KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016 ; MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR.E, art. 1 N 1) ; MÉTILLE SYLVAIN, Mesures techniques de surveillance et respect des droits fondamentaux, en particulier dans le cadre de l'instruction pénale et du renseignement, thèse, Bâle 2011 ; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I : Les fondements, 3^e éd., Berne 2012 ; OFEV (éd.), Aide à l'exécution relative au financement de l'élimination des déchets urbains selon le principe de causalité, Berne 2018 (cité : OFEV, Déchets urbains) ; OFEV (éd.), Le littering a un coût, Coût du nettoyage par fractions de déchets en Suisse, Berne 2011 (cité : OFEV, Le littering a un coût) ; OFEV (éd.), Le plastique dans l'environnement suisse, État des connaissances sur les impacts environnementaux des plastiques (micro- et macroplastiques), Berne 2020 (cité : OFEV, Le plastique dans l'environnement suisse) ; OFEV (éd.), Les matières plastiques dans l'environnement, Fiche n°8, Emballages plastiques, Berne 2020 (cité : OFEV, Emballages plastiques) ; OFEV (éd.), Rapport sur la gestion des déchets 2008, Politique suisse de gestion des déchets 2005-2007 : données et perspectives, Berne 2008 (cité : OFEV, Rapport gestion déchets 2008) ; PIQUEREZ GÉRARD, Traité de procédure pénale suisse, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006 ; SAUTEUR ALAIN, La valorisation des déchets urbains, thèse, Genève/Bâle/Zurich 2007 ; STEINAUER JEAN, Postface, in Simonet (éd.), Une rose et un balai, 6^e éd., Fribourg 2016, 130 ss ; STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I : Introduction à l'étude des droits réels/Possession et registre foncier/Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages, 6^e éd., Berne 2019 ; VALLOTTON ANDRÉ, Introduction au monde de l'exécution des peines : De la peine à son exécution, Zurich 2019 ; VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT/KELLER HELLEN (éd.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : Komm. USG-AUTEUR.E, art. 1 N 1).

Travaux préparatoires

Message relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 juin 1993, FF 1993 II 1337 ss (cité : Message LPE, FF 1993 1337); Initiative parlementaire, mesures à renforcer contre l'abandon des déchets (littering), rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national, du 25 janvier 2016, FF 2016 1121; Initiative parlementaire, mesures à renforcer contre l'abandon des déchets (littering), avis du Conseil fédéral, du 13 avril 2016, FF 2016 3647; Message concernant la loi sur les amendes d'ordre, du 17 décembre 2014, FF 2015 909 (cité : Message LAO, FF 2015 909).

I. Introduction

Ces dernières années, la protection de l'environnement est devenue une préoccupation collective majeure, de sorte à mobiliser désormais les actions citoyennes de toute part : marches et « grèves » pour le climat, *clean-up-day*, ateliers zéro déchet, etc. Les initiatives pour sauver la planète bleue se multiplient ; nous souhaitons tous vivre dans un environnement sain et propre. Pourtant, ce sont nos actes collectifs qui contribuent à sa dégradation. La question des déchets est probablement la moins visible et la plus insidieuse des problématiques environnementales si l'on songe notamment au problème des plastiques et leur contamination des sols ou des eaux publiques, dont nous découvrons tout juste l'ampleur¹. Notre sujet porte pourtant sur une partie bien visible des déchets, que l'on appelle *littering* : il s'agit de l'action consistant à jeter volontairement ou à abandonner négligemment de petites quantités de déchets urbains sur la voie publique, sans utiliser les poubelles ou points de collecte, soit les infrastructures prévues à cet effet². Ce geste, presque anodin, dégrade l'esthétique et la qualité de notre environnement, est une source majeure de pollution³ et occasionne des dépenses de nettoyage importantes. En 2010, les frais de ramassage et de nettoyage générés par le *littering* s'élevaient à 192 millions de francs pour l'ensemble de la Suisse⁴, auxquels s'ajoutent encore des coûts indirects non comptabilisés servant à financer les campagnes d'information, les mesures de prévention, les contrôles par des patrouilles de sécurité et l'élimination dans les usines d'incinération⁵.

1 OFEV, Le plastique dans l'environnement suisse.

2 FLÜCKIGER, Le littering, 25 ; OFEV, Le littering a un coût, 8 ; <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/dechets/info-specialistes/politique-des-dechets-et-mesures/littering.html>> (22.8.2020).

3 <<https://www.cieau.com/connaitre-leau/la-pollution-de-leau/impact-megots-cigarette-resources-eau/>> (22.8.2020). Par exemple, les filtres de cigarettes sont composés de matières plastiques et chargés en substances toxiques ; or, au niveau mondial, 66% des mégots finissent dans la nature et il leur faut en moyenne 12 ans pour se dégrader totalement, chaque mégot pouvant ainsi polluer jusqu'à 500 litres d'eau. OFEV, Emballages plastiques, 1 : les emballages plastiques, qui représentent environ 40% de la consommation totale de matières plastiques en Suisse, se dégradent très lentement et polluent les eaux et les sols.

4 OFEV, Le littering a un coût, 9.

5 *Ibid.*, 11 et 13.

- 11.2 Le *littering*, tel que l'on peut l'observer aujourd'hui, est lié aux nouveaux modes de consommation (repas pris à l'extérieur, vente à l'emporter, nombreuses manifestations incluant des stands de restauration rapide, etc.) qui engendrent de nombreux déchets, notamment d'emballages, abandonnés sur le domaine public, mais aussi à l'incivilité qui se généralise et se concrétise par exemple par des mégots et des masques jetés partout⁶. Les consommateurs sont d'ailleurs bien souvent pointés du doigt. Jeter par terre, quelle incivilité ! Et pour cause, lorsque le consommateur se trouve à l'origine d'un déchet, il doit le disposer dans un point de collecte approprié. Cette obligation découle du droit fédéral, qui institue des obligations directes et indirectes à la charge du consommateur, afin d'éviter les déchets sauvages, mais surtout de permettre un traitement adéquat de ceux-ci. Or, il ne faut pas oublier que ce sont la collectivité publique et les commerçants qui ont l'obligation *a priori* d'aménager les points de collecte. Il est par conséquent impossible d'analyser la problématique du *littering* en s'intéressant uniquement à la responsabilité du consommateur et nous nous attacherons donc à considérer également celle de la collectivité publique et des entreprises.
- 11.3 Les déchets du *littering* sont souvent abordés comme des déchets inévitables et les obligations de prévention de ces déchets ne sont que peu développées. Pourtant, la loi suisse impose une hiérarchie des principes fondamentaux à respecter en matière de déchets. Elle a, sur ce point, le mérite d'être claire et ambitieuse : la production de déchets doit d'abord, dans la mesure du possible, être limitée. Cette priorité, qui semble avoir été oubliée, constituera la trame de notre réflexion.
- 11.4 L'objectif de cette contribution est de passer en revue les possibilités qu'offre le droit suisse pour limiter et punir le *littering*, d'analyser dans quelle mesure ces outils juridiques sont mis en œuvre, et de proposer des améliorations. Nous commencerons par qualifier juridiquement les déchets relevant du *littering* (cf. N 11.5 ss), puis nous nous concentrerons sur les différentes obligations, issues de la LPE⁷ et de ses ordonnances d'application, liées à l'élimination (cf. N 11.22 ss) et au financement (cf. N 11.64 ss) de ces déchets, ce qui permettra de montrer que l'imputation d'obligations directes en matière de *littering* n'est pas aisée. Nous nous intéresserons ensuite à la pénalisation des comportements liés au *littering* en droit suisse, d'abord au regard de la LPE (cf. N 11.68 ss), puis plus particulièrement en droit cantonal (cf. N 11.79 ss). Nous discuterons enfin de l'efficacité du système actuel dans une perspective d'amélioration du cadre réglementaire et des mesures de mise en œuvre (cf. N 11.87 ss).

6 *Ibid.*, 8 ; <<https://www.igsu.ch/fr/littering/causes-du-littering/>> (22.8.2020).

7 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

II. Perception du *littering* dans la LPE

1. Définitions utiles

a) Définition du déchet

Le droit fédéral ne contient aucune disposition traitant directement du *littering*. Pour aborder cette thématique, il convient de se référer au chapitre 4 de la LPE, traitant des déchets, et par conséquent de vérifier que les emballages, mégots et journaux abandonnés dans l'espace public peuvent bel et bien être qualifiés de déchets au sens de la législation environnementale. Le droit suisse de l'environnement définit les déchets comme les choses meubles dont le détenteur se défait ou dont l'élimination est commandée par l'intérêt public (art. 6 al. 7 LPE). Cette définition met en lumière deux conceptions différentes de la notion de déchet, l'une subjective et l'autre objective⁸. 11.5

La notion subjective du déchet se réfère à la volonté du détenteur de se défaire d'une chose meuble, qui s'exprime par un acte concret en ce sens⁹. Le détenteur est défini par la jurisprudence comme la personne ayant un pouvoir de disposition sur la chose, soit la maîtrise en fait de cette dernière¹⁰. Cette notion est ainsi plus large que celles de propriétaire (ce dernier a la maîtrise en droit : il peut user, jouir et disposer de l'objet¹¹) ou de possesseur (celui-ci a la volonté de posséder l'objet en plus de sa maîtrise de fait¹²) en droit privé, et ne correspond pas forcément à la personne qui est à l'origine des déchets. L'action de « se défaire » implique l'abandon de la maîtrise de l'objet et la renonciation à toute utilisation ultérieure de celui-ci, qui doivent être reconnaissables par un tiers¹³. Le déchet dans son sens subjectif dépend donc du comportement du détenteur¹⁴, raison pour laquelle la doctrine alémanique utilise le terme de *Wahlabfall*¹⁵ (déchet choisi¹⁶). 11.6

La définition objective du déchet suppose un intérêt public prépondérant à son élimination, soit une cause impérative, par exemple la mise en danger de l'environnement¹⁷. En conséquence, une chose meuble peut être qualifiée de déchet contre la volonté de son détenteur, ce qui porte atteinte à la garantie constitutionnelle de la propriété (art. 26 11.7

8 FLÜCKIGER, Déchets, 94 ; GOSSWEILER, 12.

9 Message LPE, FF 1993 1337, 1381.

10 ATF 118 Ib 407, c. 3c ; ATF 119 Ib 492, c. 4b)cc ; Cette définition est reprise par la doctrine : FLÜCKIGER, Le régime juridique des plans, 197 ; GRIFFEL, 198 ; Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 50.

11 STEINAUER P.-H., 58.

12 *Ibid.*, 104 ss.

13 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 36 ss ; SAUTEUR, 45.

14 FLÜCKIGER, Déchets, 96.

15 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 37.

16 Traduction par l'auteur.

17 FLÜCKIGER, Déchets, 94.

Cst.¹⁸). Dans ce cas, la doctrine parle de *Zwangsabfall* (déchet forcé)²⁰. Conformément à l'art. 36 Cst., cette restriction à un droit fondamental exige, outre la base légale et l'intérêt public donnés par la LPE, le respect du principe de la proportionnalité²¹. La doctrine alémanique résume les conditions à cette qualification objective de déchet en trois points : la mise en danger concrète de l'environnement, l'impossibilité d'éviter ce danger sans une élimination correcte et le fait que la chose meuble ne soit plus utilisable dans son but initial²². L'évaluation du danger doit se faire en considération du but de la LPE (art. 1 al. 1 LPE), raison pour laquelle le danger ne recouvre que les risques d'atteintes définies à l'art. 7 al. 1 LPE²³. Certains auteurs y ajoutent l'ordre public, c'est-à-dire des valeurs de police comme la sécurité et la santé publiques²⁴.

- 11.8 Les emballages de boissons et de repas, les mégots et les journaux abandonnés sur la voie publique constituent des déchets ; le fait que l'acte d'élimination soit effectué de manière illicite est sans incidence à cet égard. À l'instar de Flückiger²⁵, nous considérons qu'il s'agit de déchets au sens subjectif, en ce sens que le détenteur qui abandonne purement et simplement de tels objets sur la voie publique renonce clairement à sa maîtrise de fait et à leur utilisation ultérieure. Il s'agit d'un acte de déréliction²⁶. Même si l'on admettait que le détenteur en a été dessaisi contre sa volonté, par exemple parce qu'il les aurait oubliés, et vu que ces objets ne sont manifestement en la possession de personne, il s'agirait alors de choses perdues, sans maître, susceptibles d'être occupées²⁷, et dont la collectivité publique deviendrait le nouveau détenteur. Pour cette dernière, il existerait un intérêt public évident à éliminer ces matières, qui tomberaient alors sous le coup de la définition objective du déchet²⁸.

b) Notion de déchet urbain

- 11.9 Le droit suisse de l'environnement distingue deux grandes catégories de déchets ; les déchets urbains et les « autres déchets ». L'objectif de cette distinction est essentiellement de déterminer la responsabilité de leur élimination, qui incombe aux cantons

18 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

19 FLÜCKIGER, Déchets, 95 ; SAUTEUR, 35.

20 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 35 ; FLÜCKIGER, Le régime juridique des plans, 197 ; FLÜCKIGER, Déchets, 95.

21 Pour plus de détails sur le principe de la proportionnalité et ses sous-principes, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 814 ss.

22 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 35 ; SAUTEUR, 35.

23 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 35 ; SAUTEUR, 36 s.

24 FLÜCKIGER, Déchets, 95 s. ; SAUTEUR, 38.

25 FLÜCKIGER, Déchets, 98 et 128.

26 STEINAUER P.-H., 144.

27 *Ibid.*, 120 ss.

28 FLÜCKIGER, Déchets, 98 et 128 ; Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 39.

pour les premiers (art. 31b LPE) et au détenteur pour les seconds (art. 31c LPE)²⁹. Le financement de l'élimination, qui est à distinguer de l'obligation d'élimination, est en principe toujours à la charge du détenteur (art. 32 LPE), en vertu du principe du pollueur-payeur ou principe de causalité. Dans le cas des déchets urbains, dont l'élimination incombe aux cantons, le principe de causalité est mis en œuvre par un système de taxes (art. 32a LPE)³⁰.

Les déchets urbains au sens strict sont composés, selon la loi, des déchets produits par les ménages, des déchets provenant d'entreprises comptant moins de 250 postes à plein temps et dont la composition est comparable à celle des déchets ménagers en termes de matières contenues et de proportions, et des déchets provenant d'administrations publiques et dont la composition est comparable à celle des déchets ménagers en termes de matières contenues et de proportions (art. 3 let. a OLED³¹). 11.10

Les déchets urbains s'entendent aussi dans un sens plus large en vertu du titre de l'art. 31b LPE (« élimination des déchets urbains »)³². En effet, cet article précise que les déchets de la voirie et des stations publiques d'épuration des eaux usées ainsi que les déchets dont le détenteur ne peut être identifié ou est insolvable doivent également être éliminés conformément au monopole cantonal. Ces déchets ne relèvent pas pour autant du champ d'application de l'art. 32a LPE ; cela signifie que les frais qui leur sont corrélés restent à la charge de la collectivité publique et sont à financer par l'impôt (art. 32 al. 2 LPE). 11.11

Les « autres déchets » se définissent *a contrario*, c'est-à-dire qu'ils englobent tous ceux qui ne tombent pas dans la catégorie des déchets urbains au sens large. Cette notion fait référence aux « déchets spécifiques aux entreprises »³³ et comprend essentiellement les déchets de chantier³⁴. 11.12

Finalement, l'intérêt de la distinction entre déchets urbains et non urbains est également celui du tri ; les déchets urbains peuvent être mélangés, sauf lorsqu'ils relèvent d'ordonnances de valorisation spécifiques (emballages de boissons (OEB³⁵), appareils électroniques (OREA³⁶) et piles (ORRChim³⁷)), auxquels cas il existe des obligations d'élimination directes ou indirectes à charge du détenteur (art. 31b al. 1 *in fine* et 31c 11.13

29 ATF 125 II 508, c. 5a et 6b (arrêt *Heer*) ; Komm. USG-TSCHANNEN, art. 31b N 1 et 9 ; SAUTEUR, 55, LPE-FLÜCKIGER, art. 31c N 2.

30 FAVRE/MEYER/ENGEL, 246.

31 Ordonnance du 4 décembre 2015 sur la limitation et l'élimination des déchets (OLED, RS 814.600).

32 SAUTEUR, 55.

33 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 41 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 31c N 4.

34 SAUTEUR, 62.

35 Ordonnance du 5 juillet 2000 sur les emballages pour boissons (OEB, RS 814.621).

36 Ordonnance du 14 janvier 1998 sur la restitution, la reprise et l'élimination des appareils électriques et électroniques (OREA, RS 814.620).

37 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).

LPE), impliquant un tri. L'OLED a cependant largement renforcé les obligations de valorisation matière des déchets urbains, en invitant les cantons à l'organisation de collectes séparées de bon nombre d'autres déchets urbains (voir la liste évoquée à l'art. 13 OLED). On retient donc de ce qui précède que l'élimination des déchets mélangés, pour lesquels il n'existe pas d'obligation de tri, relève toujours du monopole de la collectivité publique.

c) *Déchets relevant du littering*

- 11.14 Les déchets relevant de ce que l'on appelle le *littering* sont essentiellement des objets à usage unique liés aux nouveaux modes de consommation (*take-away*) ou à la vie en plein air. Ils se concrétisent le plus souvent par des emballages de boissons (35,3%) et de repas à emporter (20,4%), mais également des cigarettes (28,6%), des journaux et prospectus (9,6%), ainsi que divers petits déchets (restes de repas, mouchoirs en papier, etc.) (6%)³⁸, jetés sur la voie publique ou dans les espaces verts. Concernant les emballages de boissons, qui forment donc la catégorie de détritiques abandonnés qui coûtent le plus cher à nettoyer, on peut préciser qu'ils sont composés essentiellement d'un mélange de canettes en aluminium, de bouteilles en PET et de bouteilles en verre³⁹.
- 11.15 Les déchets du *littering* sont clairement à distinguer des déchets de voirie⁴⁰, qui sont constitués des déchets inhérents aux routes, « par exemple balayures, résidus de l'abrasion des revêtements routiers et des pneus, produits répandus sur la route, feuilles mortes, ainsi que boues d'épuration issues du curage de dépotoirs de routes »⁴¹; ces déchets, considérés comme inévitables, sont à la charge de la collectivité publique. Le *littering* ne doit pas non plus être confondu avec le dépôt illégal, qui consiste à se débarrasser d'importantes quantités de déchets en les déposant de manière illicite dans des points de collecte en libre accès, en bordure de route ou en forêt, généralement dans le but d'éviter de payer les taxes d'élimination; dans ce dernier cas de figure, l'illicéité des dépôts doit conduire à rechercher les coupables de ces infractions, qui ont un caractère pénal évident (par exemple: art. 12 et 17 du Règlement communal sur la gestion des déchets⁴²). L'Office fédéral de l'environnement (OFEV) précise à cet égard que les actes

38 Nous avons repris les différentes catégories et calculé ces chiffres sur la base des coûts totaux engendrés par chacune d'entre elles, en utilisant les données disponibles sous: OFEV, Le littering a un coût, 10.

39 OFEV, Rapport gestion déchets 2008, 53.

40 Il s'agit d'une nouveauté introduite par l'OFEV dans sa directive de 2018 sur le financement des déchets urbains. L'ancienne directive de 2001 qualifiait les déchets jetés ou abandonnés sur la voie publique de déchets de voirie. Jusqu'à aujourd'hui, la doctrine classait également les déchets du *littering* dans la catégorie des déchets de voirie: LPE-FLÜCKIGER, art. 31b N 10, qualifie les « déchets issus du nettoyage des routes » de déchets de la voirie; FAVRE/MEYER/ENGEL, 246, qualifient également les déchets abandonnés sur la voie publique de déchets de voirie.

41 OFEV, Déchets urbains, 30.

42 Règlement communal du 13 novembre 2012 sur la gestion des déchets (RS LN 830.1).

relèvent du *littering* pour « des déchets dont le volume est inférieur à la contenance d'un sac poubelle de 35 litres »⁴³.

La problématique liée au *littering* est qu'elle fait appel à une forme de déchets nouvelle – par ses causes et son ampleur tout au moins – se produisant sur le domaine public. Si l'on s'en tient aux obligations découlant des art. 31b al. 1 et 32 al. 2 LPE, ces déchets sont à éliminer et à financer par la collectivité publique, au même titre que les déchets de voirie, lorsque les personnes à l'origine de ces déchets sont inconnues. Une telle conclusion paraît cependant choquante, dès lors que les usages en question relèvent le plus souvent d'incivilités des consommateurs ou de manquements à des obligations générales en matière de prévention et de gestion des déchets. Ce sont précisément ces obligations qui vont nous intéresser dans ce travail, en précisant que le droit fédéral ne sanctionne pas pénalement de tels comportements ; certains cantons ont saisi l'occasion de légiférer à cet égard, sans que cela solutionne l'ensemble de la question⁴⁴. 11.16

Dans un arrêt de principe concernant la ville de Berne⁴⁵, le Tribunal fédéral (TF) a eu l'occasion de préciser que les petites quantités de déchets jetés ou abandonnés par négligence sur la voie publique ou dans les espaces verts doivent être considérées comme des déchets urbains. Conformément à l'art. 32a LPE, leur élimination doit par conséquent être financée par ceux qui sont à l'origine de ces déchets (*der Verursacher*), en application du principe du pollueur-payeur⁴⁶. Il faut relever que dans cette affaire, il était question de savoir jusqu'où l'on pouvait taxer les pollueurs indirects, ou pollueurs médiats, soit les commerces qui génèrent les déchets précités, comme les établissements *take-away* ou les organisateurs de manifestations, à l'origine de nombreux déchets dans l'espace public. 11.17

Cet arrêt montre que la question de l'imputabilité d'obligations directes en relation avec le *littering* n'est pas aisée : l'auteur direct de ces déchets, le consommateur final qui les abandonne dans l'espace public, ne peut généralement pas être identifié. Le TF a jugé qu'il est contraire au droit fédéral de considérer les propriétaires d'immeubles comme entièrement responsables de ces déchets et de mettre à leur charge leur élimination⁴⁷. Toutefois, « les personnes responsables se situant plus en amont dans la chaîne de causalité peuvent être tenues de participer au financement »⁴⁸. En conséquence, les coûts engendrés par le *littering* peuvent « être mis proportionnellement à la charge des entreprises, selon des critères objectivement fondés, au moyen d'une taxe causale, lorsqu'il peut être établi de façon plausible que ces entreprises ont une responsabilité parti- 11.18

43 OFEV, Déchets urbains, 30, n 36.

44 Cf. N 11.68 ss et N 11.79 ss.

45 ATF 138 II 111 (Ville de Berne).

46 *Ibid.*, c. 4 ; OFEV, Déchets urbains, 25 et 77 s.

47 ATF 138 II 111, c. 5.

48 OFEV, Déchets urbains, 26 et 77 s.

culière dans l'abandon des déchets qui doivent être ramassés sur la place publique»⁴⁹. Enfin, s'il n'est pas possible ou pas pertinent de répercuter les coûts engendrés par le *littering* sur les acteurs de ces déchets situés plus en amont dans la chaîne de causalité, la collectivité publique, en qualité de propriétaire foncier, peut être considérée comme étant à l'origine de ces déchets et être amenée à financer la part restante des coûts d'élimination par l'impôt⁵⁰.

d) *Enjeu du déchet urbain valorisable : sa réutilisation ou son recyclage*

- 11.19 L'enjeu des déchets, qu'ils soient issus du *littering* ou non, consiste dans leur élimination, cette dernière pouvant prendre la forme d'un stockage définitif ou d'une valorisation (art. 7 al. 6^{bis} LPE). Dans les grandes lignes, le stockage définitif doit être mis en œuvre pour les déchets non valorisables, ces derniers devant d'abord être soumis à un traitement approprié consistant généralement en une incinération pour les déchets urbains⁵¹. Quant à la valorisation, elle n'est pas définie par la LPE, mais par la doctrine, comme « un processus par lequel un objet ou un composant dudit objet est récupéré pour être réintégré dans le circuit économique »⁵². Elle comprend différentes méthodes, notamment le compostage, le réemploi, le recyclage et la valorisation thermique⁵³. Cependant, « cette notion ne permet pas d'imposer aux acteurs la meilleure valorisation possible en termes énergétiques et matériels, conformément aux principes de l'EC [économie circulaire] »⁵⁴.
- 11.20 Nous verrons dès lors que le véritable enjeu des déchets urbains valorisables – comme c'est le cas de la plupart des déchets composant le *littering* – réside dans le choix entre la réutilisation et le recyclage. Toutefois, l'art. 30d let. a LPE, qui donne au Conseil fédéral (CF) le pouvoir de prescrire la valorisation, et l'art. 12 al. 1 OED, qui le concrétise en instaurant une obligation générale de valorisation, ne procèdent pas à cette distinction terminologique, laissant ainsi aux acteurs du marché le libre choix du procédé, ces derniers étant dès lors libres de se baser sur des considérations économiques plutôt qu'environnementales⁵⁵.
- 11.21 En ce qui concerne les déchets relevant du *littering*, seule une ordonnance de valorisation du CF trouve application : il s'agit de l'OED, qui régit la remise et la reprise des emballages pour boissons ainsi que le financement de l'élimination des emballages en verre (art. 1 al. 1 OED). Elle est applicable aux emballages de toutes les boissons, à l'ex-

49 ATF 138 II 111, c. 6.

50 OFEV, Déchets urbains, 26 et 77 s.

51 Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 47 ; SAUTEUR, 90.

52 SAUTEUR, 88.

53 Komm. USG-BRUNNER, art. 30 N 34 ; Komm. USG-BRUNNER/TSCHANNEN, art. 30-32e N 46 ; SAUTEUR, 88 s. ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30 N 35.

54 BRUNNER, 393.

55 *Ibid.*, 710 ss.

ception du lait et des produits laitiers (art. 1 al. 2 OEB). Certaines obligations légales (consigne et marquage, art. 4 et 5 OEB) s'appliquent à l'utilisation des emballages de boissons réutilisables uniquement, créant ainsi un désavantage économique incitant les commerçants à préférer l'utilisation d'emballages de boissons à usage unique. De plus, cette ordonnance traduit le principe de la valorisation par l'objectif d'atteindre un taux de recyclage minimal de 75% (art. 8 al. 1 OEB), et non de réutilisation⁵⁶. Ce système dénote « d'une approche en bout de chaîne (« *end-of-pipe* ») de la gestion des déchets, qui table sur le recyclage et le décyclage, au détriment de la réduction à la source, notamment par la réutilisation »⁵⁷. Forts de ce constat, nous allons maintenant nous intéresser aux obligations liées à l'élimination des déchets relevant du *littering*, ce qui nous permettra de montrer que le *littering* n'est finalement qu'un épiphénomène d'un système de gestion des déchets dépassé qui mériterait d'être modernisé.

2. Obligations liées à l'élimination des déchets relevant du *littering*

a) Principes fondamentaux

La loi établit une hiérarchie des principes fondamentaux à respecter en matière de déchets (art. 30 LPE) : tout d'abord, la production de déchets doit être limitée dans la mesure du possible (al. 1). Ensuite, si les déchets n'ont pas pu être évités, ils doivent être valorisés dans la mesure du possible (al. 2). Enfin, les déchets doivent être éliminés d'une manière respectueuse de l'environnement et, pour autant que ce soit possible et approprié, sur le territoire national (al. 3). À cette liste s'ajoutent les principes généraux du droit de l'environnement qui s'appliquent également au droit des déchets⁵⁸. Ces principes doivent être respectés par tous, c'est-à-dire non seulement par les autorités fédérales et cantonales (lorsqu'elles édictent des règles de droit ou planifient la gestion des déchets), mais également par les détenteurs de déchets⁵⁹. Cependant, les obligations qui en découlent sont imprécises et peu contraignantes, en ce sens qu'elles ne sont pas toujours directement applicables (on pense notamment à l'obligation d'éviter de créer des déchets ou aux obligations de valorisation). Elles constituent donc une base trop faible pour fonder des sanctions pénales⁶⁰ et se matérialisent essentiellement par des instruments incitatifs (la taxe au sac sur les déchets mélangés par exemple).

Finalement, ces principes servent essentiellement à aider à l'interprétation des normes sur les déchets et à guider le législateur cantonal et le CF lorsque ce dernier édicte des

56 *Ibid.*, 391 ss.

57 *Ibid.*, 688.

58 GRIFFEL, 1 ss et 11 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30 N 4 s.

59 Komm. USG-BRUNNER, art. 30 N 3 ss, N 32 et N 50 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30 N 8, il existe toutefois un conflit doctrinal sur la question de savoir si seul l'al. 3 de cet article est directement applicable ou si c'est le cas de l'art. 30 dans son intégralité ; cf. LPE-FLÜCKIGER, art. 30 N 8, n. 12.

60 Komm. USG-BRUNNER, art. 30 N 47 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30 N 8.

ordonnances d'application en matière de déchets⁶¹. Ainsi, bien qu'aucune obligation directe ne puisse être déduite de ces principes, ils ont une portée interprétative. On retiendra néanmoins de ce qui précède que, si le déchet ne peut être évité, la valorisation l'emporte sur d'autres modes d'élimination et que toutes les mesures doivent être prises pour concourir à ce but. En matière de *littering*, ce rappel fait sens, dans la mesure où une grande partie des déchets en question est valorisable. Cela nous amène à examiner quelles sont les obligations des consommateurs en la matière.

b) *Obligations du consommateur*

aa) *Obligation d'acheminer son déchet à un point de collecte*

- 11.24 En matière de déchets urbains, les obligations principales incombent à la collectivité publique, qui doit se charger de l'élimination des déchets mélangés (art. 31b al. 1 1^{re} phrase); elle est également invitée à aménager des points de collecte séparée, permettant la valorisation d'un certain nombre de déchets urbains (art. 13 OLED). Dans un tel contexte, on peut se demander quel comportement est attendu, de par la loi, de la part de la personne qui a bu un coca-cola, mangé une salade dans une barquette ou fumé la dernière cigarette de son paquet. Qu'est censé faire le consommateur, selon la LPE et ses ordonnances d'application, de sa bouteille en PET, de sa barquette en plastique, de son mégot, ou encore de son paquet de cigarettes en carton ?
- 11.25 Idéalement – mais nous verrons qu'il ne s'agit pas toujours d'une obligation légale – au vu des principes exposés ci-dessus, le consommateur devrait trier toutes les matières valorisables et les remettre séparément, c'est-à-dire les déposer dans les conteneurs spécifiques à chaque matière; à défaut, il a au minimum l'obligation de les déposer dans des poubelles destinées aux déchets mélangés. Cette obligation découle de l'art. 31b al. 3 LPE, qui prescrit que «le détenteur doit disposer ses déchets de telle façon qu'ils puissent être collectés par les services mandatés à cet effet par les cantons ou les remettre aux points de collecte définis par ces derniers» et lui est directement applicable; elle est également appuyée en droit cantonal par l'art. 13 al. 1 LGD VD⁶² qui interdit de déposer des déchets en dehors des lieux prévus à cet effet. La commune de Lausanne réitère encore cette obligation à l'art. 8 de son Règlement communal sur la gestion des déchets. Nous pouvons donc constater qu'à tous les niveaux – fédéral, cantonal, communal – l'obligation est la même: le consommateur doit acheminer son déchet à un point de collecte approprié.
- 11.26 La violation de cette obligation n'est pas susceptible de sanctions pénales en droit fédéral (art. 60 et 61 LPE *a contrario*)⁶³. Cependant, l'art. 335 CP⁶⁴ réserve la compétence des

61 Komm. USG-BRUNNER, art. 30 N 3 s.; LPE-FLÜCKIGER, art. 30 N 6 ss.

62 Loi vaudoise du 5 septembre 2006 sur la gestion des déchets (LGD VD, RSV 814.11).

63 SAUTEUR, 157; LPE-FLÜCKIGER, art. 31b N 26.

64 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0).

cantons d'édicter des dispositions pénales ; nous verrons que ces dernières années, de plus en plus de cantons et communes ont fait usage de cette compétence pour introduire des amendes d'ordre sanctionnant le *littering*⁶⁵.

bb) L'obligation de remettre séparément certains déchets pour leur élimination

Dans la mesure où une grande partie des déchets du *littering* est composée de matières valorisables (alu, PET, verre pour les emballages de boissons ; alu, carton, papier, plastique pour les emballages de repas à emporter ; papier pour les journaux), se pose la question de savoir quelles sont les obligations du consommateur en matière de tri de de remise séparée de ces déchets. 11.27

L'art. 30b LPE confère au CF la possibilité d'édicter des ordonnances en matière de collecte séparée pour les déchets dont la valorisation est jugée appropriée ou qui doivent être traités séparément. Le CF peut prescrire que ces déchets doivent être remis séparément pour être éliminés (al. 1). Cette disposition a pour but de parvenir à un système de collecte sélective des déchets en Suisse. Ce faisant, elle permet de mettre en œuvre le principe de la valorisation des déchets (art. 30 al. 2 LPE) et celui de leur élimination respectueuse de l'environnement (art. 30 al. 3 LPE)⁶⁶. Cette obligation de trier et de remettre séparément certains déchets incombe aux détenteurs des déchets eux-mêmes⁶⁷. 11.28

Le CF a édicté plusieurs ordonnances afin de mettre en œuvre cette obligation de remise séparée selon le type de déchet : l'art. 17 OLED oblige le détenteur de déchets de chantier à les trier, l'art. 3 OREA stipule que celui qui se défait d'un appareil électrique ou électronique est tenu de le rapporter à un commerçant ou à une entreprise d'élimination, l'art. 4 OMoD⁶⁸ prévoit que le détenteur de déchets spéciaux ou d'autres déchets soumis à contrôle n'est autorisé à les remettre qu'à un centre habilité à les réceptionner. 11.29

En ce qui concerne les déchets relevant du *littering*, il ressort de l'OEB que les emballages de boissons réutilisables sont soumis à une obligation de marquage (art. 4 let. a et b OEB), de consigne et de reprise (art. 5 OEB). Les emballages perdus quant à eux sont soumis soit à une obligation de recyclage directe (art. 6 et 7 al. 1 let. b OEB) soit à une obligation de recyclage indirecte liée à l'objectif d'atteindre un taux de recyclage minimal (art. 8 al. 1 et 2 OEB). Pour parvenir à ce résultat, l'OEB oblige les personnes qui mettent les boissons dans le commerce à reprendre les emballages de boissons perdus ou à verser des contributions financières à des organisations privées chargées d'assurer l'élimination de ces emballages (art. 6 et 7 al. 1 OEB)⁶⁹. Cependant, l'OEB ne prévoit aucune obligation de restitution à charge des détenteurs d'emballages de boissons⁷⁰. À 11.30

65 Cf. N 11.79 ss.

66 LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 4 à 6.

67 *Ibid.*, art. 30b N 14.

68 Ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (OMoD, RS 814.610).

69 Cf. N 11.43 ss.

70 LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 15.

l'instar de Sauteur, nous estimons qu'afin de parvenir à un système cohérent, l'OEB devrait prescrire également une obligation de restitution à la charge du détenteur d'emballages de boissons⁷¹. Par ailleurs, une telle obligation permettrait d'asseoir un régime de sanction pénale réprimant le consommateur qui ne rapporterait pas ses emballages de boissons.

- 11.31 Il n'existe pas de prescription fédérale particulière portant sur tous les emballages ou englobant les autres déchets composant le *littering*. Ces derniers sont en partie concernés par l'art. 13 al. 1 OLED, qui traite des fractions valorisables des déchets urbains, tels que le verre, le papier, le carton, les métaux, les déchets verts et les textiles et prescrit que les cantons doivent veiller à ce que ces matières soient autant que possible remises séparément et valorisées. Toutefois, cette disposition n'oblige ses destinataires – les détenteurs des déchets urbains valorisables qui ne font pas l'objet d'une prescription fédérale particulière – que de manière nuancée⁷². En effet, la formulation de cette disposition laisse comprendre que la collecte et la valorisation de ces déchets ne sont pas érigées en obligation directe à charge du détenteur, mais qu'il s'agit plutôt d'une obligation à charge des cantons d'encourager la collecte séparée et la valorisation de ces matières.
- 11.32 C'est le lieu de rappeler que dans le régime ordinaire des déchets, le détenteur est amené à trier par des règles incitatives (information, points de collecte, taxe sur les déchets mélangés, etc.). Le *littering* se distingue de ce schéma classique en ce sens qu'il est très difficile d'influencer le comportement du consommateur. En effet, ce dernier, qui n'est généralement pas identifiable, échappe en tous cas aux incitations financières.
- 11.33 En définitive, nous constatons que s'il existe quelques obligations directes à charge du détenteur de remettre séparément ses déchets pour leur élimination, elles ne concernent pas les déchets relevant typiquement du *littering*. Il n'existe aucune obligation directe à charge du détenteur d'emballages de boissons, d'emballages de repas à emporter et de journaux de trier et remettre ces déchets séparément pour leur élimination, alors même qu'ils sont valorisables et qu'il est prouvé aujourd'hui que leur valorisation est largement bénéfique sur le plan écologique. La loi ne met à la charge du détenteur de tels déchets que des obligations indirectes, en ce sens que la collectivité publique doit leur donner la possibilité et les inciter à trier les matières valorisables. Nous sommes d'avis que le CF pourrait responsabiliser davantage les consommateurs en érigeant la remise séparée des différents déchets valorisables relevant du *littering* en obligation directe. Dans ce contexte, la pénalisation du consommateur pourrait s'étendre aux cas où ce dernier jetterait ses déchets valorisables avec les déchets mélangés.

71 SAUTEUR, 174.

72 LPE-FLÜCKIGER, art. 30d N 6 et 15 ss.

c) *Obligations de la collectivité publique*

aa) *Obligation de mettre en place des points de collecte*

L'art. 31b al. 1 1^{re} phrase LPE crée un monopole d'élimination des déchets urbains en faveur des cantons, qui peut être délégué aux communes et/ou concédé à des particuliers⁷³. Rappelons que l'élimination de certains déchets relevant du *littering* – les emballages de boissons – est régie par l'OEB, soit une ordonnance de valorisation spécifique ; elle échappe ainsi au monopole cantonal et incombe au détenteur (art. 31b al. 1 *in fine* et 31c LPE)⁷⁴. 11.34

Il découle de ce monopole d'élimination des déchets urbains que « les cantons doivent offrir aux habitants des points de collecte en densité, en fréquence et en nombre suffisant, agencés, exploités et localisés de manière adéquate »⁷⁵. Cette obligation à charge de la collectivité publique de mettre en place des points de collecte concerne tous les déchets urbains tombant sous le coup du monopole cantonal. Concernant les déchets mélangés, les communes doivent donc installer en suffisance dans l'espace public des conteneurs destinés à recevoir les sacs d'ordures ménagères, mais également des poubelles prévues pour des déchets plus petits, issus généralement d'emballages à usage unique liés à une consommation à l'extérieur. Le but est d'inciter le consommateur final à y déposer ses déchets au lieu de les abandonner dans l'espace public et par conséquent de limiter le *littering*. Pour ce qui est des déchets triés, il existe également une obligation plus précise à charge de la collectivité publique de mettre en place des infrastructures permettant la remise séparée des déchets, que nous allons à présent examiner. 11.35

bb) *Obligation de mettre en place des infrastructures permettant la remise séparée des déchets*

Parmi les déchets relevant du monopole cantonal d'élimination (art. 31b al. 1 1^{re} phrase LPE), certains sont valorisables bien qu'ils ne soient soumis à aucune obligation de valorisation directe par une prescription fédérale particulière : c'est le cas notamment d'une partie des emballages de repas à emporter (ceux qui sont fabriqués en papier, carton, alu, plastique recyclable comme le PET à boisson et les plastiques durs, et qui n'ont pas été souillés par le contact avec la nourriture⁷⁶), ainsi que des journaux (qui peuvent être recyclés avec le papier). 11.36

En effet, le caractère valorisable de ces matières est mentionné à l'art. 13 al. 1 OLED, qui cite expressément comme exemples le verre, le papier, le carton, les métaux, les déchets verts et les textiles. Si la remise séparée de ces déchets n'est pas érigée en obligation 11.37

73 Komm. USG-TSCHANNEN, art. 31b N 10 ss ; LPE-FLÜCKIGER, art. 31b N 3.

74 Komm. USG-TSCHANNEN, art. 31b N 15.

75 LPE-FLÜCKIGER, art. 31b N 24.

76 Directive municipale pour la gestion des déchets à l'attention des ménages, RSL 830.2, 3.

directe pour leur détenteur⁷⁷, les cantons doivent néanmoins encourager le tri et la valorisation de ces matières. Pour concourir à ce but, ils doivent mettre à disposition les infrastructures nécessaires pour permettre aux détenteurs de déchets urbains valorisables de les remettre séparément. Ils doivent notamment aménager des postes de collecte et si besoin assurer en outre l'organisation de ramassages réguliers (art. 13 al. 3 OLED). Le droit cantonal vaudois réitère cette obligation et délègue cette tâche aux communes (art. 14 al. 2 LGD VD et 12 al. 1 RLGD VD⁷⁸). Dans le cadre du *littering*, le consommateur ne va ni se déplacer en déchetterie ni profiter des ramassages en porte-à-porte, mais utiliser les écopoints ou les poubelles disposées dans l'espace public, ces dernières devant donc être disponibles en nombre important. Idéalement, des conteneurs permettant de remettre séparément les matières valorisables devraient se trouver à côté de chaque poubelle destinée à recevoir des déchets mélangés, dans le but d'inciter les détenteurs de déchets urbains valorisables à les trier et ainsi favoriser la valorisation.

- 11.38 Concernant les mégots, même si des études tendent à montrer que leur valorisation est possible – de plus en plus d'organismes proposent par ailleurs de les récupérer et de les valoriser (c'est le cas par exemple en France)⁷⁹ – il n'existe pour l'heure pas de filière de recyclage des mégots en Suisse, et ces derniers ne font pas partie de la liste exemplative des déchets valorisables de l'art. 13 al. 1 OLED. De plus, le problème principal des mégots est qu'ils jonchent visiblement l'espace public. L'objectif actuel, avant même la valorisation, est qu'ils soient déposés dans des poubelles prévues pour les déchets mélangés. Dans ce travail, nous les traitons donc comme des déchets qui ne sont pas valorisables.
- 11.39 Dans le cas particulier des emballages de boissons, les obligations d'installer des points de collecte en suffisance et de mettre en place des infrastructures permettant la remise séparée des déchets incombent prioritairement aux commerçants et les obligations de la collectivité publique à cet égard ne sont que supplétives⁸⁰. Dans la mesure où les poubelles pour déchets mélangés et les conteneurs pour le tri sélectif installés par la collectivité sur la voirie permettent également de récolter d'autres petits déchets urbains, le fait que les emballages de boissons soient soumis à ce régime particulier ne diminue en rien les obligations de la collectivité publique.

77 LPE-FLÜCKIGER, art. 30d N 15 ss.

78 Règlement d'application du 20 février 2008 de la loi du 6 septembre 2006 sur la gestion des déchets (RLGD VD, RSV 814.11.1).

79 INERIS, Étude des filières de recyclage des mégots de cigarettes, 31 s.

80 Voir la Directive municipale pour la gestion des déchets à l'attention des ménages (RSL 830.2), 3 *in fine*, qui précise que les bouteilles en PET par exemple doivent prioritairement être rapportées aux points de vente.

cc) *Obligation d'informer*

Différents devoirs d'information relatifs à l'élimination des déchets urbains, et plus spécifiquement à leur valorisation, émanent de la LPE, de l'OLED et des trois ordonnances de valorisation (OREA, ORRChim et OEB)⁸¹. 11.40

L'art. 10e LPE institue un devoir d'information général, à charge des autorités, en matière de protection de l'environnement. Les autorités responsables comprennent non seulement les services spécialisés mentionnés à l'art. 42 LPE, mais également toute autorité compétente pour accomplir des tâches en matière de protection de l'environnement⁸². Les communes peuvent ainsi être concernées dans la mesure où elles accomplissent certaines tâches de protection de l'environnement sur délégation des cantons. Elles doivent par exemple informer leurs habitants des possibilités de valorisation et des collectes organisées (horaires, types de déchets collectés, etc.)⁸³. Les autorités ont l'obligation d'informer le public, mais elles jouissent d'un important pouvoir d'appréciation quant à la manière de faire ; elles sont libres de choisir le moment, les thèmes abordés et les moyens de communication⁸⁴. Selon l'art. 7 OLED, l'OFEV et les services spécialisés cantonaux renseignent les particuliers et les autorités « notamment sur la valorisation des déchets et sur les mesures visant à empêcher que des petites quantités de déchets soient jetés ou abandonnés ». 11.41

Les obligations d'information à charge de la collectivité publique sont largement accomplies dans la pratique. Elles sont mises en œuvre de différentes manières : dépliants distribués annuellement à tous les ménages informant sur les possibilités de remise séparée et de valorisation, les jours de ramassage en porte-à-porte, les lieux et horaires des écopoints et des déchetteries, informations relatives à l'élimination des déchets disponibles sur internet (sur les sites des communes), points de collecte sur le domaine public bien visibles et indiqués par des panneaux, etc.⁸⁵. 11.42

d) *Obligations des commerçants, des fabricants et des importateurs*

Les commerçants, fabricants ou importateurs sont ceux qui mettent dans le commerce des produits ou emballages susceptibles de devenir déchets. Ils ont ainsi la possibilité d'agir sur la conception du produit (*ecodesign*) autant que sur la réutilisation des matériaux qui s'y prêtent. Ces actions en amont sont encore peu exploitées par le cadre légal. 11.43

L'art. 30a LPE donne diverses compétences au CF pour édicter des dispositions allant dans le sens d'une limitation des déchets, conformément au premier principe de l'art. 11.44

81 SAUTEUR, 221.

82 Komm. USG-TSCHANNEN, art. 6 N 11 ; SAUTEUR, 226.

83 SAUTEUR, 226.

84 *Ibid.* ; Komm. USG-TSCHANNEN, art. 6 N 11.

85 Voir par exemple le site de la commune de Nyon donnant accès à toutes ces informations : <<https://www.nyon.ch/fr/pratique/dechets.php>> (26.2.2021).

30 LPE. Cette base légale permet au CF de prendre des mesures contraignantes⁸⁶ : interdire la commercialisation de produits destinés à un usage unique et de courte durée (let. a), interdire l'utilisation de substances ou d'organismes néfastes à l'environnement (let. b) et obliger les fabricants à prévenir la formation de déchets de production (let. c). De telles mesures portent atteinte à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., raison pour laquelle elles doivent répondre aux conditions de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité et respect du noyau dur de la disposition constitutionnelle)⁸⁷. Dans tous les cas, le CF doit donc d'abord s'assurer que des mesures moins incisives ne sont pas efficaces⁸⁸.

- 11.45 Dans le cadre du *littering*, l'art. 30a let. a LPE est particulièrement intéressant, dans la mesure où il permet au CF d'interdire la commercialisation de vaisselle et d'emballages à usage unique et de courte durée (on pense notamment aux boissons et repas à emporter). Le CF ne semble pourtant pas prêt à édicter de telles interdictions⁸⁹. À ce jour, il n'a que très partiellement usé de ses prérogatives en édictant l'ORRChim, dont l'objet est d'interdire ou de restreindre l'utilisation de substances, de préparations et d'objets qui sont particulièrement dangereux (art. 1 al. 1 let. a ORRChim) et en interdisant auparavant les emballages pour boissons en PVC dans l'aOEB⁹⁰. L'art. 30a LPE ne donne donc lieu à aucune obligation à charge des commerçants, fabricants et importateurs des produits relevant du *littering*.
- 11.46 Notons que si le CF n'a pas mis en œuvre l'art. 30a let. a LPE, de plus en plus de commerces, y compris des restaurants *take-away*, mettent en œuvre un système incitatif reposant sur une base volontaire, dans le but de réduire la production et l'utilisation d'emballages à usage unique⁹¹. En effet, ils sont de plus en plus nombreux à accorder un rabais au consommateur si ce dernier vient avec son propre contenant. Ce système peut s'appliquer à la vente en vrac, mais également à la vente de repas à l'emporter ; il permet de réduire le volume des déchets sans compliquer la tâche des commerçants. En s'attaquant à la production de déchets à la source, ce système réduit également les déchets susceptibles d'être abandonnés dans l'espace public.

86 Komm. USG-BRUNNER, art. 30a N 4 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30a N 4.

87 LPE-FLÜCKIGER, art. 30a N 6.

88 Komm. USG-BRUNNER, art. 30a N 9 et N 39 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30a N 12, N 15, N 23 et N 31.

89 En 2008, le CF s'est exprimé contre la motion Buman n°08.3438, « Plus de sacs plastiques non réutilisables et non recyclés », au motif que cette interdiction serait disproportionnée. En 2010, il a également proposé de rejeter la motion Buman n°10.3850, « Halte à la pollution des sacs plastiques », pour les mêmes raisons. En 2019, en réponse à la motion Ruiz n°18.4317, « Plastique. Quelles mesures à prendre pour diminuer le suremballage ? », le CF a estimé qu'une interdiction des emballages pour les fruits et légumes était disproportionnée.

90 Ordonnance du 22 août 1990 sur les emballages pour boissons (abrogée) (RO 1990 1480) ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30a N 27, cette interdiction n'existe plus dans l'OEB actuellement en vigueur, même si le préambule de cette dernière se fonde encore sur l'art. 30a LPE.

91 <<https://zerowasteswitzerland.ch/projets/commerce/>> (22.8.2020).

aa) *L'obligation de reprise : la collecte des déchets*

En vertu de l'art. 30b al. 2 let. a LPE, le CF peut obliger ceux qui mettent dans le commerce des produits dont la valorisation, en tant que déchets, est jugée appropriée ou des produits qui, en tant que déchets, doivent être traités séparément, à les reprendre après usage. Cette disposition a pour but de parvenir à un système de collecte sélective des déchets en Suisse. Ce faisant, elle permet de mettre en œuvre le principe de la valorisation des déchets (art. 30 al. 2 LPE) et celui de leur élimination respectueuse de l'environnement (art. 30 al. 3 LPE)⁹². Cette obligation de reprise vise en réalité deux scénarios très différents : celui où le déchet n'est plus utilisable et nécessite des points de collecte en vue du recyclage ou de l'incinération (pour les emballages à usage unique, par exemple) ; celui où le produit est réutilisable et nécessite d'être restitué de manière à permettre son réemploi. Nous évoquerons tout d'abord, brièvement, la première de ces hypothèses.

L'obligation de reprise des éléments qui nécessitent d'être traités (ce par quoi il faut entendre valorisés, lorsque cela est possible) est à la charge des personnes qui mettent les produits dans le commerce, ce qui englobe les commerçants, les détaillants, les grossistes, les importateurs et les fabricants⁹³. Elle peut être exercée par le destinataire de l'obligation directement ou déléguée à un tiers⁹⁴. À cet égard, il convient de préciser que depuis de nombreuses années, des organisations de droit privé se chargent de la reprise et de la valorisation de certains types de déchets urbains⁹⁵. Les destinataires de l'obligation de reprise doivent reprendre les déchets indépendamment de leur marque et de l'endroit où les produits ont été achetés. Ils doivent mettre à disposition des points de collecte appropriés, accessibles et visibles. Ils sont également tenus de prendre des mesures d'information. Le but est vraiment d'inciter les consommateurs à rapporter leurs déchets⁹⁶. Les destinataires de l'obligation de reprise doivent reprendre les déchets gratuitement (mais le financement par le biais d'une taxe d'élimination anticipée [TEA] est possible)⁹⁷.

Le CF a fait usage de cette compétence dans les trois ordonnances de valorisation, qui prescrivent toutes au moins une obligation de reprise⁹⁸. En ce qui concerne les déchets relevant du *littering*, les emballages de boissons réutilisables sont soumis à l'art. 5 OEB, qui oblige les commerçants, fabricants et importateurs à prélever une consigne puis à reprendre ces emballages réutilisables contre le remboursement de la consigne (al. 1, il existe des exceptions mentionnées à l'al. 2). L'art. 7 al. 1 let. a OEB prescrit que les commerçants, les fabricants et les importateurs qui remettent aux consommateurs des bois-

92 LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 4 à 6.

93 Komm. USG-BRUNNER, art. 30b N 30 ; SAUTEUR, 172, LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 18.

94 LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 21.

95 Komm. USG-BRUNNER, art. 30b N 31 ; SAUTEUR, 185 ss ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 21.

96 LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 22 s.

97 *Ibid.*, art. 30b N 24.

98 SAUTEUR, 173 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 26.

sons dans des emballages perdus en PET ou en métal et qui ne versent pas de contribution financière à une organisation privée pour assurer l'élimination de tous les emballages qu'ils remettent ont l'obligation de reprendre ces emballages perdus à tous les points de vente et à tout moment durant les heures d'ouverture. Les commerçants qui paient des contributions financières à des organisations privées sont quant à eux obligés de reprendre les emballages perdus en PET et en métal directement par les organisations privées concernées, qui les obligent à mettre à dispositions de leurs clients des conteneurs de collecte⁹⁹. Enfin, ceux qui mettent dans le commerce des emballages de boissons en verre (réutilisables ou perdus) ont l'obligation de s'acquitter d'une TEA auprès d'une organisation privée mandatée par l'OFEV (art. 9 ss OEB) ; celle-ci est responsable, entre autres, de la collecte du verre usagé (art. 12 OEB)¹⁰⁰.

- 11.50 Le droit cantonal peut étendre cette obligation de reprise à d'autres déchets que les emballages de boissons, à l'instar du canton de Vaud qui prévoit que les communes « peuvent astreindre les propriétaires et les exploitants de centres commerciaux et d'entreprises analogues à mettre, à leurs frais, à disposition de leurs clients les installations nécessaires à la collecte et au tri des déchets issus des produits qu'ils proposent dans leur assortiment » (art. 14 al. 5 LGD VD). La commune de Lausanne a prévu une telle obligation à charge des magasins de grande distribution, centres commerciaux et entreprises analogues (art. 8 al. 6 Règlement communal sur la gestion des déchets). Ce mécanisme n'a pas pour effet de soustraire ces déchets au monopole cantonal d'élimination (art. 31b al. 1 1^{re} phrase), mais simplement de favoriser au maximum leur valorisation (art. 13 OLED). Les communes doivent donc récupérer les déchets collectés par les commerçants pour procéder ensuite aux opérations d'élimination.
- 11.51 Afin de satisfaire à leur obligation de reprise, les commerçants concernés doivent disposer des conteneurs de collecte en suffisance et indiquer clairement les emballages qu'ils reprennent ; leurs obligations priment sur celles de la collectivité publique. Se pose alors la question de savoir jusqu'où s'étend l'obligation des commerçants de disposer des conteneurs de collecte (à l'intérieur, à l'extérieur de leur commerce ? Quelle est leur « aire d'exploitation » ?). L'étendue du domaine public dont le commerçant est responsable est à géométrie variable ; il dépend de son infrastructure. Le commerçant peut être tenu pour responsable de déchets abandonnés même éloignés de son commerce si son système de collecte est insuffisant. Cependant, ce manquement n'entraîne aucune sanction pénale ; il peut simplement donner lieu à des mesures administratives, par une taxe causale mise à la charge de l'entreprise responsable¹⁰¹.
- 11.52 Il n'existe pas, en droit fédéral, d'obligation de reprise à charge des commerçants concernant les autres déchets relevant du *littering*, soit les emballages de repas à emporter, les mégots et les journaux. Étant donné que ces déchets ne sont pas soumis à des prescrip-

99 SAUTEUR, 173, n. 849.

100 BRUNNER, 381 ss.

101 Cf. N 11.17 s. ; ATF 138 II 111 (Ville de Berne).

tions fédérales particulières, ils relèvent de la responsabilité de la collectivité publique qui doit assumer leur élimination (art. 31b al. 1 1^{re} phrase LPE) et favoriser leur valorisation (art. 13 OLED). Nous pouvons relever ici un certain hiatus concernant ces déchets : le pollueur immédiat est le consommateur final, le pollueur médiat est le commerçant, mais le débiteur de l'obligation principale est la collectivité publique, qui doit aménager des points de collecte adéquats, permettant la remise séparée des déchets, du moins si elle veut respecter son obligation de favoriser au maximum la valorisation, et surtout se charger des opérations d'élimination¹⁰².

bb) L'obligation de valorisation

L'art. 30d LPE concrétise le principe de la valorisation des déchets (art. 30 al. 2 LPE), soit le mode d'élimination qui prime sur le stockage définitif¹⁰³. Il donne la compétence au CF de prescrire que certains déchets doivent être valorisés si cela est économiquement supportable et plus respectueux de l'environnement que ne le seraient un autre mode d'élimination et la production de produits nouveaux (let. a). 11.53

Les commerçants, fabricants et importateurs constituent des intermédiaires incontournables dans le cycle de valorisation des déchets. Ils se voient ainsi confier différentes obligations, directes ou indirectes, dans les trois ordonnances de valorisation adoptées par le CF, soit l'OREA, l'OEB et l'ORRChim, mentionnées précédemment. Pour ce qui concerne les emballages de boissons réutilisables, l'obligation de reprise est à la charge des commerçants, fabricants et importateurs, mais elle n'est pas accompagnée d'une obligation de réutilisation (art. 5 OEB). S'agissant des emballages de boissons perdus en PET et en métal pour lesquels les commerçants, fabricants et importateurs ne versent pas de contribution financière à une organisation privée pour en assurer l'élimination, l'obligation de reprise s'accompagne d'une obligation de recyclage directe (art. 7 al. 1 let. b OEB). Enfin, ceux qui mettent dans le commerce des emballages de boissons en verre, en PET et en aluminium, qu'ils soient réutilisables ou perdus, sont soumis à une obligation de valorisation indirecte, liée à l'atteinte d'un objectif (art. 8 al. 1 et 2 OEB). Flückiger parle à cet égard d'obligations « nuancées »¹⁰⁴. En effet, si le taux de recyclage de 75% au moins pour les emballages en verre, en PET et en aluminium, considérés séparément, n'est pas atteint, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) peut obliger les commerçants, les fabricants et les importateurs à prélever une consigne sur les emballages, à reprendre et à faire recycler ces derniers (art. 8 al. 1 et 2 OEB). 11.54

Concernant les autres déchets relevant du *littering*, soit les emballages de repas à emporter, les mégots et les journaux, puisqu'il n'existe pas d'obligation de reprise à charge des commerçants, ces déchets ne sont pas non plus soumis à une obligation de valorisation. 11.55

102 Sur les notions de perturbateurs immédiat et médiat, voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 828 ss.

103 Cf. N 11.19 ss ; Komm. USG-BRUNNER, art. 30d N 1 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30d N 2.

104 LPE-FLÜCKIGER, art. 30d N 3.

Ils relèvent de la responsabilité de la collectivité publique qui doit favoriser leur valorisation (art. 13 OLED) et assumer leur élimination (art. 31b al. 1 1^{re} phr. LPE). Nous pouvons observer ici le même hiatus que celui mentionné précédemment¹⁰⁵ : le pollueur immédiat est le consommateur final, le pollueur médiat est le commerçant, mais le débiteur des obligations principales est la collectivité publique.

cc) *L'obligation de réutilisation et son accessoire, le prélèvement d'une consigne*

- 11.56 Les obligations précitées ne permettent pas d'éviter le *littering*, même avec des points de collecte en nombre suffisant et bien situés, dès lors que le consommateur peut choisir de s'éloigner du point de vente, avec le risque de ne plus disposer de l'équipement précité. Dans la mesure où le *littering* concerne en grande partie les couverts, emballages de mets à l'emporter et emballages de boissons, une obligation de restitution pesant directement sur le consommateur conduirait à des effets bien plus nets¹⁰⁶. Il nous paraît surtout important de relever que les principes de l'économie circulaire conduisent à mieux considérer la réutilisation d'un objet et que ce mode de valorisation devrait l'emporter chaque fois que possible sur le recyclage¹⁰⁷. Tout objet qui est réutilisable sort du régime des déchets à éliminer.
- 11.57 Lorsque l'on évoque le principe d'emballages réutilisables pour les établissements *take-away* ou les manifestations se déroulant sur le domaine public, cela signifie également que ces emballages restent la propriété du commerçant, puisqu'ils doivent lui être restitués ; ils sont uniquement remis en prêt à l'utilisateur. Une consigne peut jouer un rôle de facilitateur dans l'obligation de restitution, cela dans la perspective de permettre au produit de durer. Si cette consigne peut reposer sur un mode volontaire, elle peut aussi être prévue par le législateur, pour garantir l'effectivité du système. Une telle solution est d'ores et déjà possible, en droit suisse. En effet, l'art. 30b al. 2 let. b LPE confère au CF la possibilité d'instaurer l'obligation de prélever une consigne aux personnes qui mettent dans le commerce des produits dont la valorisation, en tant que déchets, est jugée appropriée ou des produits qui, en tant que déchets, doivent être traités séparément. Cette disposition vise indifféremment les emballages et autres produits dont la durée peut être assurée par une réutilisation.
- 11.58 La consigne n'a toutefois été mise en œuvre que s'agissant de certains emballages de boissons et, de surcroît, dans un nombre de situations très réduit, qui n'ont pratiquement plus cours aujourd'hui, de telle sorte que l'on peut dire que l'obligation de réutilisation d'un emballage, par le jeu de la consigne, est tombée en désuétude. En effet, l'OEB prévoit la consigne à deux reprises. Premièrement, les art. 5 al. 1 et 6 al. 1 OEB prescrivent que les commerçants, les fabricants et les importateurs qui mettent dans le

105 Cf. N 11.52.

106 En l'état, une telle obligation de restitution à charge du consommateur n'existe pas en droit public, cf. N 11.27 ss.

107 BRUNNER, 697 ss.

commerce des emballages de boissons réutilisables ou des emballages de boissons perdus en PVC sont tenus de prélever une consigne et de reprendre les emballages contre le remboursement de la consigne. Ces mesures n'ont cependant pratiquement aucune portée. En effet, ces dernières années, le secteur privé utilise toujours moins d'emballages de boissons réutilisables : alors que le taux d'emballages de boissons réutilisables était encore de 17% en 2009, il n'était plus que de 12,1% en 2018¹⁰⁸. Quant aux emballages de boissons en PVC, ils n'existent plus en Suisse¹⁰⁹. Deuxièmement, l'art. 8 al. 2 prévoit que le DETEC peut obliger les commerçants, les fabricants et les importateurs à prélever une consigne et reprendre les emballages contre remboursement de la consigne pour les emballages de boissons perdus en verre, en PET ou en aluminium si le taux de recyclage de 75% minimum pour chacune de ces matières n'est pas atteint¹¹⁰. Dans ce cas, la consigne constitue une législation « Damoclès », en ce sens qu'elle est utilisée comme une menace poussant les secteurs concernés à s'autoréguler pour organiser l'élimination de leurs déchets et éviter la mise en place de la consigne obligatoire¹¹¹. Dans la pratique cependant, le taux de recyclage de 75% étant largement atteint, la consigne obligatoire n'est pas mise en œuvre. Pour tous les autres déchets relevant du *littering*, la consigne n'est que facultative ; dans les faits, elle est très peu pratiquée.

Si l'on se penche un peu plus avant sur le mécanisme de la consigne, on relève qu'il s'agit d'une somme d'argent dont le montant minimal est fixé par le CF ; elle doit être ajoutée au prix et calculée séparément¹¹². Elle a pour but d'inciter les détenteurs des produits à les rapporter aux commerçants en échange du remboursement du montant consigné¹¹³. La consigne et le système de remboursement doivent être indiqués aux consommateurs par le biais de mesures d'information¹¹⁴. La consigne est généralement considérée comme une *ultima ratio* car elle entraîne des frais administratifs qui peuvent être importants (coûts liés à la reprise, au transport, au lavage, au stockage, etc.)¹¹⁵. Malgré les difficultés pratiques engendrées par la réutilisation et la consigne, qui peuvent effectivement compliquer le travail des commerçants, il convient de relever que des contenants réutilisables, maniables et légers existent déjà sur le marché, et que ces procédés sont déjà en cours. Le surcoût que représente probablement cette approche pour les commerçants devrait être compensé par la durabilité des produits¹¹⁶. 11.59

108 BRUNNER, 372, n 11.

109 SAUTEUR, 176 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 33 s.

110 *Ibid.*

111 Komm. USG-BRUNNER, art. 30b N 44 ; SAUTEUR, 175 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 32 ; FLÜCKIGER, La loi Damoclès, 233 ss.

112 Komm. USG-BRUNNER, art. 30b N 37 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 28.

113 Komm. USG-BRUNNER, art. 30b N 37 ss ; SAUTEUR, 175 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 29.

114 SAUTEUR, 175 ; LPE-FLÜCKIGER, art. 30b N 30.

115 Komm. USG-BRUNNER, art. 30b N 44 ; SAUTEUR, 175.

116 BRUNNER, 387 s.

- 11.60 Nous sommes d'avis que la réutilisation des couverts et emballages, moyennant une consigne, constitue une mesure fortement incitative qui pourrait jouer un rôle plus important dans la lutte contre le *littering*. Elle pourrait s'appliquer aux emballages de boissons et aux contenants de repas à emporter, non seulement lorsque ceux-ci sont remis aux consommateurs par des établissements *take-away*, mais aussi dans le cadre des manifestations se déroulant sur le domaine public¹ le seul fait de vouloir consommer un plat ailleurs que dans l'établissement proprement dit ne justifie pas encore que l'emballage puisse être jeté. La jurisprudence du TF montre par ailleurs que l'on peut faire remonter les obligations de prévention du *littering* sur l'exploitant par l'introduction d'une consigne obligatoire¹¹⁷.
- 11.61 Par ailleurs, comme on vient de l'indiquer plus haut, ce système a pour effet que les obligations de reprise restent clairement en mains du commerçant, puisque les éléments à récupérer lui appartiennent. L'obligation de réutiliser l'inviterait à concevoir un prix de consigne adapté à la valeur du contenant ; sur le plan pénal, le consommateur qui ne rapporterait pas, dans le délai prescrit, les emballages et couverts soumis à restitution, s'exposerait au délit de vol. Cette approche, qui nécessiterait que le CF utilise les compétences qui lui sont conférées par la LPE de manière bien plus large, non seulement du point de vue des obligations précitées, mais également quant aux objets concernés (tous les couverts et emballages réutilisables devraient être visés, non pas seulement les emballages de boissons), serait de nature à réduire drastiquement le *littering* sur le domaine public, pour ces produits-là.

dd) L'obligation d'informer

- 11.62 Les commerçants, fabricants et importateurs qui remettent des boissons aux consommateurs sont tenus (art. 4 OEB) de signaler les emballages réutilisables comme tels (let. a) et d'indiquer sur les emballages consignés le montant de la consigne prélevée (let. b). Cette obligation permet de mettre en œuvre le système de la consigne ainsi que les obligations de reprise et de valorisation. Il n'existe pas d'obligation équivalente à charge des commerçants concernant les autres déchets relevant du *littering* ; ces déchets étant soumis à l'art. 13 OLED, le devoir d'information incombe à la collectivité publique.

e) Tableau récapitulatif

- 11.63 Nous proposons de résumer ce qui a été dit dans ce chapitre au moyen du tableau ci-dessous. Notons que celui-ci ne comprend que les obligations légales ; certaines obligations supplémentaires peuvent reposer sur une base contractuelle, comme celle du consommateur de payer en sus le montant de la consigne au moment de son achat, et celle du commerçant de rembourser la somme consignée lorsque le détenteur restitue son contenant. Relevons également que ce tableau n'intègre pas les emballages de boissons

117 TF, 2.6.2012, 2C_61/2012, DEP 2012 701 ; GOSSWEILER, 843 s.

Types de déchets	Matières	Élimination	Valorisation	Obligations du consommateur	Obligations de la collectivité publique	Obligations des fabricants, importateurs et commerçants	Financement de l'élimination
Emballages de boissons	réutilisables	éliminés par les détenteurs (art. 31b al. 1 2 ^e phrase et 31c al. 1 LPE)	valorisables, mais pas soumis à des O de valorisation directes valorisables et soumis à des O de recyclage directes (art. 7 al. 1 OEB) et indirectes (art. 8 al. 1 et 2 et 9 ss OEB)	O directe d'acheminer son déchet à un point de collecte (art. 31b al. 3 LPE) + O indirecte de remise séparée des déchets (art. 13 OLED)	O de mettre en place des infrastructures permettant la remise séparée des déchets (art. 13 OLED) + O d'informer	O de prélever une consigne + O de reprise + O d'informer (art. 4 et 5 al. 1 OEB) O de reprise + O de recyclage directes (art. 7 al. 1 OEB) OU O de reprise + O de recyclage indirectes (organisations privées et art. 8 al. 1 et 2 OEB)	TEA si verre (art. 9 ss OEB)
	perdus en PET et en métal						
Emballages de repas à emporter (contenants et vaisselle)	plastiques, carton, papier, alu, etc. qui ne sont pas souillés	éliminés par les cantons (art. 31b al. 1 1 ^{er} phr. LPE)	valorisables, mais pas soumis à des O de valorisation directes	O directe d'acheminer son déchet à un point de collecte (art. 31b al. 3 LPE)	O de mettre en place des points de collecte (art. 31b al. 1 ^{er} phr. LPE)	O de reprise éventuelle (art. 8 al. 6 Règlement communal sur la gestion des déchets, Lauzanne)	impôt (32a al. 2 LPE)
	perdus en verre						
Journaux et prospectus	papier						
Mégots	plastiques, polluants						
Emballages de repas à emporter (contenants et vaisselle)	notamment plastiques mélangés ou emballages souillés						
		Triés					
		Mélangés					
Déchets urbains relevant du littering							

en PVC puisque ces derniers ne sont plus utilisés en Suisse. Enfin, la dernière colonne de ce tableau comprend les différentes obligations de financement liées à l'élimination des déchets relevant du *littering*, ce qui nous amène à étudier ces obligations plus en détail.

3. Financement de l'élimination des déchets relevant du *littering*

- 11.64 Conformément aux art. 32 al. 1 et 32a al. 1 LPE, le détenteur des déchets ou celui qui est à l'origine des déchets urbains assume le coût de leur élimination ; c'est le principe du pollueur-payeur ou principe de causalité (art. 2 LPE)¹¹⁸. Or, excepté pour les déchets urbains soumis à des prescriptions fédérales particulières qui sont éliminés par leur détenteur, comme c'est le cas par exemple des emballages de boissons, c'est à la collectivité publique qu'il appartient d'éliminer les déchets urbains en vertu de son monopole (art. 31b al. 1 1^{re} phr. LPE). Les coûts engagés par la collectivité sont alors reportés sur « celui qui est à l'origine des déchets » par un système de taxes¹¹⁹.
- 11.65 Font exceptions les déchets pour lesquels le CF prévoit des dispositions particulières (art. 32 al. 1 *in fine* LPE), parmi lesquelles figurent celles consistant à imposer le paiement d'une TEA aux producteurs et aux importateurs (art. 32a^{bis} LPE). En matière de *littering*, c'est le cas notamment des emballages de boissons en verre (art. 9 ss OEB), pour lesquels les fabricants et les importateurs sont tenus de verser une TEA auprès de Vetroswiss. Pour les emballages de boissons en alu et en PET, les organisations privées chargées de la collecte et de la valorisation (IGORA et PET-Recycling Schweiz) ont mis en place un mécanisme de financement particulier, la TAR, qui permet de concrétiser le principe du pollueur-payeur¹²⁰.
- 11.66 Tout le problème du *littering* réside dans le fait que le consommateur qui abandonne ses déchets sur la voie publique ne peut généralement pas être identifié. Dans ce cas, lorsque le détenteur ne peut pas être identifié, la loi prévoit qu'il appartient au canton d'assumer les coûts de l'élimination (art. 32 al. 2 LPE). Rappelons tout de même que la jurisprudence du TF permet, à certaines conditions, de reporter les coûts engendrés par le *littering* sur les pollueurs médiats, notamment les établissements *take-away* et les organisateurs de manifestations se déroulant sur le domaine public, au moyen d'une taxe causale¹²¹. La part restante des coûts d'élimination peut être financée par l'impôt, engageant ainsi subsidiairement la responsabilité de la collectivité publique¹²².
- 11.67 Finalement, ces quelques règles montrent que, concernant les déchets fréquemment abandonnés sur la voie publique, le pollueur immédiat – le consommateur final –

118 LPE-JANSEN, art. 32 N 1.

119 FAVRE/MEYER/ENGEL, 246.

120 LPE-JANSEN, art. 32 N 14.

121 Cf. N 11.17 s. ; ATF 138 II 111 (Ville de Berne).

122 LPE-JANSEN, art. 32 N 9 et art. 32a N 5 ; GOSSWEILER, 850.

échappe aux incitations financières habituelles consistant à lui imputer les coûts de l'élimination sous la forme de taxes. Bien que la collectivité publique n'ait qu'une responsabilité subsidiaire, il lui incombe de financer la majeure partie de l'élimination des déchets concernés par le *littering*. Ce constat invite à penser qu'une autre approche, par exemple par le droit de propriété, serait plus pertinente que les obligations administratives liées aux déchets.

4. Dispositions pénales

Si le consommateur ne peut pas être incité à disposer ses déchets dans un point de collecte approprié par le paiement d'une taxe causale, il peut être responsabilisé par la menace d'une sanction pénale. Les cantons sont de plus en plus nombreux ces dernières années à créer des infractions pénales sanctionnant les consommateurs qui abandonnent négligemment leurs déchets sur la voie publique. Dans ce contexte, nous nous intéresserons tout d'abord au droit pénal accessoire et constaterons que certaines obligations en lien avec les déchets relevant du *littering* – les obligations directes incombant aux fabricants, importateurs et commerçants – sont pénalisées au niveau fédéral. Nous nous pencherons ensuite sur la pénalisation du *littering* en droit cantonal – dont nous constaterons qu'elle se concentre cette fois sur le consommateur – et nous questionnerons sur sa mise en œuvre par la procédure de l'amende d'ordre (*cf.* N 11.79 ss).

a) Titre 5 de la LPE

Le titre 5 de la LPE, qui constitue du droit pénal accessoire¹²³, consacre les dispositions pénales relatives à cette loi. L'art. 60 LPE énumère les délits ; cependant, aucun des cas listés ne comprend des actes relevant du *littering*. Quant à lui, l'art. 61 LPE érige certaines infractions aux prescriptions sur les déchets en contraventions. Son al. 1 let. i réprime notamment les violations des dispositions d'exécution fondées sur les art. 30a, let. a et c, 30b, 30d et 32a^{bis} LPE. L'OEB et les obligations qui en découlent se fondent en partie sur ces articles, elles sont par conséquent susceptibles de donner lieu à une sanction pénale sous forme d'amende au sens de l'art. 61 al. 1 let. i LPE.

Ainsi, les fabricants, importateurs et commerçants qui remettent aux consommateurs des boissons dans des emballages réutilisables sans prélever de consigne ou qui refusent de reprendre ces emballages (obligations issues de l'art. 5 al. 1 OEB, qui découle de l'art. 30b al. 2 OEB) peuvent faire l'objet d'une amende. Il en va de même s'ils omettent de signaler les emballages réutilisables comme tels ou d'indiquer sur les emballages consignés le montant de la consigne prélevée (art. 4 OEB). Les obligations d'information ont d'ailleurs donné lieu à une jurisprudence du TF, qui a jugé que l'inobservation de l'obligation d'indiquer aux consommateurs finaux des boissons remises dans des emballages perdus, à côté de la matière dont ils sont fabriqués, le fait qu'ils sont recyclables (qui

123 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, 18.

figurait à l'art. 4 al. 2 aOEB, mais qui n'existe plus aujourd'hui), constitue une contravention en matière de déchets au sens de la LPE¹²⁴. Les fabricants, importateurs et commerçants qui remettent aux consommateurs des boissons dans des emballages perdus en PET et en métal et qui ne versent pas de contribution financière à une organisation privée chargée d'en assurer l'élimination peuvent également réaliser la contravention de l'art. 61 al. 1 let. i LPE s'ils refusent de reprendre ces emballages ou s'ils ne les font pas recycler, par exemple s'ils les reprennent, mais qu'ils s'en débarrassent ensuite avec leurs ordures destinées à être incinérées (obligations issues de l'art. 7 al. 1 OEB, qui découle des art. 30b al. 2 et 30d OEB).

- 11.71 En revanche, les commerçants qui ne mettraient pas suffisamment de conteneurs de collecte séparée à disposition de leurs clients, dans le but de mettre en œuvre les obligations précitées, ne sont à notre sens pas sanctionnables sur le plan pénal, car il s'agit d'une mesure d'accompagnement et non pas d'une obligation directe ressortant du texte de la loi. Le principe de la légalité en droit pénal exige en effet que la loi soit claire et précise quant au comportement réprimé, soit à la typicité de l'infraction¹²⁵. Les fabricants, importateurs et commerçants qui paient des contributions financières à des organisations privées pour assurer l'élimination des emballages qu'ils remettent sont quant à eux soumis à des obligations de reprise et de valorisation indirectes, en ce sens que l'OEB leur fixe pour objectif de parvenir à un taux de recyclage de 75% minimum (art. 8 al. 1 OEB). S'ils ne parviennent pas à atteindre ce taux de recyclage, le DETEC peut les obliger à prélever une consigne et à reprendre les emballages contre le remboursement de la consigne, mais l'art. 8 OEB ne constitue pas une base légale suffisamment précise pour fonder des sanctions pénales.
- 11.72 En résumé, à chaque fois que les fabricants, importateurs et commerçants qui mettent des emballages de boissons dans le commerce sont soumis à des obligations légales directes en vertu de l'OEB (*cf. supra* tableau récapitulatif), ils sont susceptibles de réaliser la contravention de l'art. 61 al. 1 let. i LPE et par conséquent de faire l'objet d'une amende. En revanche, en vertu du principe de la légalité, l'inobservation des obligations indirectes auxquelles ils sont soumis ne peut pas donner lieu à des sanctions pénales, faute de base légale suffisamment précise.
- 11.73 Nous avons vu qu'il n'existe pas de prescriptions fédérales particulières concernant les emballages de repas à emporter, les journaux et les mégots. Par conséquent, les commerçants qui les mettent dans le commerce ne sont soumis à aucune obligation directe en vertu du droit fédéral et ne peuvent pas faire l'objet de sanctions pénales au niveau fédéral à ce titre. Dans le cas où ces déchets sont abandonnés sans égards sur le domaine public, ils peuvent toutefois, à certaines conditions, être sanctionnés par des mesures administratives sous forme de taxes causales¹²⁶. Par ailleurs, l'inobservation des obliga-

124 ATF 124 IV 225, c. 2, JdT 1999 I 808, 109 ss.

125 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, 133.

126 Cf. N 11.17 s. ; ATF 138 II 111 (Ville de Berne).

tions découlant des art. 31b et 31c LPE n'est pas sanctionnée par la LPE¹²⁷. Cela signifie en particulier que le consommateur qui ne respecte pas l'obligation directe qui lui est faite en vertu de l'art. 31b al. 3 LPE d'acheminer son déchet à un point de collecte n'en-court aucune sanction pénale en droit fédéral (art. 60 et 61 LPE *a contrario*). Les actes relevant du *littering* ne sont donc pas érigés en infraction pénale au niveau fédéral.

b) *Initiative parlementaire Bourgeois n° 13.413 : mesures à renforcer contre l'abandon des déchets*

Le 21 mars 2013, le conseiller national Jacques Bourgeois déposait une initiative parlementaire intitulée « Mesures à renforcer contre l'abandon des déchets ». Le texte déposé proposait d'ajouter un art. 30i à la LPE, dont le titre aurait été « Abandon sauvage de déchets (*littering*) » et la teneur la suivante : « Quiconque se débarrasse de déchets, qu'il s'agisse d'emballages, de bouteilles vides, de sacs, de restes alimentaires ou autres, est tenu d'utiliser les installations de collecte de déchets prévues à cet effet ». Cette révision impliquait également une modification de l'art. 61 LPE, en ce sens qu'elle ajoutait le nouvel art. 30i à la liste de l'art. 61 al. 1 let. i énumérant les prescriptions sur les déchets dont la violation est une contravention, et ajoutait également un al. 4 à l'art. 61 LPE : « Le Conseil fédéral fixe une amende minimale en cas de violation de l'article 30i LPE en lien avec l'article 61 alinéa 1 lettre i LPE (*littering*) »¹²⁸. 11.74

Dans son rapport du 25 janvier 2016¹²⁹, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CN) soutenait cette initiative et relevait que le but de la modification proposée était de prévoir une base légale uniforme permettant de sanctionner le *littering* de la même manière partout en Suisse. Dans son avis du 13 avril 2016, le CF s'est prononcé en faveur de cette modification de la LPE¹³⁰. Pourtant, lors des délibérations du 16 juin 2016, le CN a finalement refusé de sanctionner le *littering* par une disposition fédérale uniforme¹³¹. Il a été relevé qu'il n'appartenait pas à la Confédération de légiférer en la matière et que cette compétence devait être laissée aux cantons et aux villes. Ces délibérations ont notamment soulevé deux problèmes : la question de l'efficacité des amendes d'ordre (la menace d'une telle amende est-elle vraiment dissuasive ?) et la nécessité d'augmenter drastiquement les effectifs de police pour mettre en œuvre un tel projet (cette mise en pratique est-elle réaliste et 11.75

127 LPE-FLÜCKIGER, art. 31b N 26.

128 Pour l'ensemble du paragraphe : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20130413>> (22.8.2020).

129 FF 2016 1121.

130 FF 2016 3647.

131 <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20130413>> (22.8.2020) ; <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37557#votum25>> (22.8.2020).

économiquement supportable ?). Finalement, le CN s'est prononcé contre la modification de la LPE proposée, avec 96 voix contre et 86 voix pour¹³².

- 11.76 Nous sommes d'avis que l'obligation faite au détenteur de déchets urbains de les acheminer à un point de collecte (art. 31b al. 3 LPE) devrait être pénalisée au niveau du droit fédéral. Il s'agit d'une obligation fondamentale, qui protège un intérêt public intéressant tout le pays, à savoir la propreté urbaine. La Suisse est un petit pays et les consommateurs sont mobiles ; le fait que le *littering* soit sanctionné dans tel canton, mais pas dans tel autre, voire dans telle commune, mais pas dans telle autre, est susceptible de créer une confusion, amoindrissant l'effet dissuasif de la sanction. L'infraction pénale au niveau fédéral pourrait prendre la forme proposée par le conseiller national Jacques Bourgeois en 2013. Toutefois elle pourrait également être concrétisée par le simple ajout de l'art. 31b al. 3 LPE, dont nous avons vu qu'il crée une obligation directe à charge du consommateur de se débarrasser de ses déchets en utilisant les installations de collecte prévues à cet effet, dans la liste de l'art. 61 al. 1 LPE.
- 1.77 L'amende d'ordre est « particulièrement rapide et facile à gérer et [...] constitue une réponse immédiate à l'infraction, se rapprochant ainsi d'une efficacité dissuasive optimale »¹³³, pour autant qu'elle soit accompagnée de contrôles¹³⁴. C'est justement dans la mise en œuvre de ces contrôles que des difficultés apparaissent. À cet égard, il nous semble important de relever que le fait qu'une amende d'ordre ne puisse pas être mise en œuvre dans chaque situation relevant du *littering* ne remet pas en question l'utilité de créer une infraction en droit fédéral. Comme pour toutes les infractions pénales, personne ne prétend que tous les contrevenants seront confondus et amendés. La mise en œuvre d'une telle infraction fédérale appartiendrait aux cantons et communes, qui ont déjà commencé à appliquer les sanctions pénales cantonales punissant le *littering*, à l'instar de la ville de Lausanne. Cette dernière a créé une « brigade de la propreté urbaine », composée de 10 agents assermentés patrouillant 7 jours sur 7 et chargés de sensibiliser et d'amender les personnes commettant des actes relevant du *littering*¹³⁵. Le chef du service de la propreté urbaine de la ville de Lausanne soulignait, dans une interview menée fin 2019, avoir observé un réel changement de comportement, notamment des fumeurs, mais également des autres usagers du domaine public, depuis l'introduction des amendes d'ordre en 2018. Il relevait que la brigade distribuait environ 1000 amendes par année et précisait également que le contact avec la population est bon, car les consommateurs pris en flagrant délit ont généralement conscience de faire quelque chose d'interdit¹³⁶. Les amendes d'ordre punissant le *littering* semblent comprises et

132 *Ibid.*

133 VALLOTTON, 219.

134 *Ibid.*, 223.

135 BAUDRAZ ROBIN, Une brigade pour lutter contre le « *littering* », LFM, 2.12.2019, disponible sous : <<https://www.lfm.ch/actualite/vaud/lausanne/une-brigade-pour-lutter-contre-le-littering/>> (22.8.2020).

136 *Ibid.*

acceptées par la population et exercent une fonction incitative. La pénalisation du *littering* pose également la question de l'utilisation de la vidéosurveillance dissuasive comme moyen de contrôle du domaine public, qui relève en principe de la compétence des cantons¹³⁷.

c) *Vol d'un objet soumis à la réutilisation*

Si, comme nous l'avons suggéré plus haut, le commerçant est obligé de réutiliser les emballages et couverts des plats et boissons à l'emporter, et que le consommateur est obligé de les restituer, alors le commerçant reste propriétaire desdits objets. Il est évident que dans cette perspective, le commerçant s'organisera pour faire préfinancer ces objets par une consigne, qu'elle soit obligatoire ou non. « L'intérêt d'un système de consigne est qu'il s'apparenterait à un système où le producteur garde la propriété sur l'EB [emballage de boisson], ou à tout le moins, sa responsabilité physique. [...] Selon le droit actuel, le consommateur final n'a pas d'obligation de droit public de restituer l'EB ; le contrat de droit privé qui le lie au vendeur du contenu/prêteur du contenant repose sur une pratique établie, selon laquelle le consommateur est [c]ensé ramener l'EB, sauf s'il fait unilatéralement valoir son droit d'option tacitement admis de ne pas ramener l'EB, en échange du montant de la consigne mise en gage »¹³⁸. Ainsi, si les obligations de réutilisation et de restitution susmentionnées étaient concrétisées dans la loi, l'usager qui ne ramènerait pas les objets concernés au commerçant se rendrait coupable de vol. 11.78

III. Pénalisation du *littering* en droit cantonal

1. Compétences cantonales

Selon l'art. 123 Cst., la Confédération est désormais compétente pour légiférer en matière de droit pénal et de procédure pénale. Cependant, en vertu de l'art. 335 CP, les cantons ont conservé une certaine autonomie en matière pénale. Ils sont compétents d'une part pour légiférer sur les contraventions de police (al. 1), d'autre part pour édicter des sanctions pour les infractions au droit administratif et au droit de procédure cantonaux (al. 2)¹³⁹. Dès lors, les cantons ont la possibilité de légiférer sur toute la partie du droit pénal qui n'est pas régie exclusivement par le droit fédéral, mais ils peuvent prévoir seulement des amendes pour sanctionner les infractions¹⁴⁰. Leur compétence est donc purement subsidiaire ; ils peuvent compléter le droit fédéral, mais non pas y déroger¹⁴¹. De plus, les cantons sont « libres d'édicter des sanctions à caractère pénal pour protéger leur droit administratif, pour autant qu'ils aient la compétence de légiférer en la 11.79

137 MÉTILLE, 124.

138 BRUNNER, 715.

139 CR CP II-DÉLÈZE, art. 335 N 1 ; PC CP, art. 335 N 1.

140 CR CP II-DÉLÈZE, art. 335 N 3 ; PC CP, art. 335 N 4.

141 PIQUERETZ, 723 s. ; CR CP II-DÉLÈZE, art. 335 N 5 ss ; PC CP, art. 335 N 6 s.

matière »¹⁴². Dans ce cadre, ils peuvent légiférer sur des délits et donc prévoir des peines plus sévères que l'amende¹⁴³.

- 11.80 Ainsi, en l'absence d'une infraction pénale fédérale réprimant le *littering*, les cantons sont libres de légiférer ou non en la matière. Si certains cantons répriment ce comportement au niveau cantonal, la plupart choisissent de déléguer cette compétence à leurs communes. C'est le cas par exemple du canton de Vaud : celui-ci a délégué la compétence d'édicter des amendes d'ordre punissant le *littering* à ses communes (art. 3 LAOC VD¹⁴⁴), qui sont nombreuses à avoir fait usage de cette compétence¹⁴⁵. Les communes vaudoises prévoient pour la plupart le principe et le montant de ces amendes dans leur Règlement général de police. Quant à la procédure de ces amendes d'ordre, elle est régie pour tout le canton par la LAOC VD. Ainsi, dans la commune de Lausanne, depuis la fin de l'année 2017, l'art. 17^{bis} du Règlement général de police réprime le *littering*. En 2019, la municipalité de Lausanne a distribué 1500 amendes, contre 1000 en 2018. Il s'agissait principalement de mégots de cigarettes (95% des cas en 2018) et de papiers¹⁴⁶.

2. Typicité de l'infraction

- 11.81 Quels sont précisément les comportements réprimés ? Étant donné que chaque canton, voire commune est libre d'édicter ses propres infractions en lien avec le *littering*, le libellé de ces dernières est susceptible de varier d'un canton ou d'une commune à l'autre. Cependant, même s'ils diffèrent légèrement dans les formulations utilisées et quant au montant des amendes, les règlements se ressemblent quant à la typicité de l'infraction. Si l'on s'en tient à l'exemple de la commune de Lausanne (art. 17^{bis} du Règlement général de police), deux éléments constitutifs objectifs de la contravention de *littering* peuvent être relevés. Premièrement, l'auteur de l'infraction peut être n'importe qui, mais il doit s'agir d'une personne physique. Deuxièmement, l'auteur doit abandonner des déchets dans l'espace public. L'élément constitutif subjectif – la faute – peut prendre deux formes : l'intention ou la négligence (art. 12 et 104 CP).
- 11.82 Nous constatons que le consommateur, qui est pourtant peu impliqué par des obligations en droit administratif, est le principal visé sur le plan pénal. Nous avons vu que les fabricants, importateurs et commerçants d'emballages de boissons sont susceptibles de sanctions pénales au niveau fédéral en cas de manquements aux obligations qui leur

142 CR CP II-DÉLÈZE, art. 335 N 11.

143 *Ibid.*, art. 335 N 10 ss ; PC CP, art. 335 N 12 ss.

144 Loi vaudoise du 29 septembre 2015 sur les amendes d'ordre communales (LAOC VD, RSV 312.15).

145 D'autres cantons, comme celui de Fribourg, ont pénalisés le *littering* au niveau cantonal, cf. art. 36a LGD FR et art. 14a RGD FR.

146 CHAVAILLAZ THÉO/REGO CAPELA GABRIEL, Les cantons punissent-ils tous le « *littering* » de la même manière ?, RTS, 22.1.2020, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/regions/11034716-les-cantons-punissent-ils-tous-le-littering-de-la-meme-manriere.html>> (22.8.2020). Pour les autres communes vaudoises et cantons romands, voir ce même article qui dresse un tableau de la situation en Suisse romande en janvier 2020.

incombent directement en vertu de l'OEB¹⁴⁷. De plus, les magasins de grande distribution, centres commerciaux et entreprises analogues sont tenus de mettre à disposition de leurs clients les installations nécessaires à la collecte et au tri des déchets issus des produits qu'ils proposent dans leur assortiment (art 8 al. 6 Règlement communal sur la gestion des déchets). Le non-respect de cette obligation est érigé en contravention, la peine encourue étant l'amende (art. 17 Règlement communal sur la gestion des déchets et art. 14 al. 5 et 36 LGD VD). Toutefois, les personnes qui mettent dans le commerce des objets qui, une fois devenus déchets, sont abandonnés sur le domaine public, ne sont pas sanctionnables pénalement du fait qu'elles sont à l'origine de ces déchets. Elles peuvent tout au plus, et à certaines conditions restrictives, faire l'objet de taxes causales¹⁴⁸.

3. Peine : l'amende d'ordre

Les amendes qui sanctionnent le *littering* sont soumises à la procédure de l'amende d'ordre, soit une procédure pénale spéciale, qui se veut simple, rapide et peu coûteuse¹⁴⁹. Il s'agit en effet d'une procédure simplifiée, qui permet de juger affaires pénales mineures de manière accélérée, en ce sens qu'elle n'est pas soumise à toutes les formalités et tous les principes de la procédure pénale ordinaire. La phase d'instruction, l'administration des preuves et l'audience des débats publics et contradictoires n'ayant notamment pas lieu, cette procédure ressemble finalement plutôt à une procédure administrative que judiciaire¹⁵⁰. La procédure de l'amende d'ordre est régie au niveau fédéral par la LAO¹⁵¹ et l'OAO¹⁵², qui sont complétées au niveau cantonal par des lois et ordonnances d'application. Le canton de Vaud a par exemple édicté une loi sur les amendes d'ordre communales visant à introduire cette procédure pour les contraventions relevant du droit communal (art. 1 LAOC VD). Chaque commune dresse dans son règlement de police la liste des contraventions réprimées par les amendes d'ordre et le montant de celles-ci (art. 3 LAOC VD). Ces règlements de police intègrent généralement le *littering* à ces listes. 11.83

Les organes de police sont compétents pour percevoir les amendes d'ordre et les cantons peuvent préciser cette compétence (art. 2 al. 1 LAO). À l'instar du canton de Vaud, la plupart des cantons étendent cette compétence à certains agents assermentés, en plus des organes de police. Les règlements communaux de police vaudois peuvent prévoir d'accorder la compétence d'infliger des amendes d'ordre aux membres assermentés d'autres services communaux (art. 7 al. 2 LAOC VD). Pour être légitimés, ces employés communaux doivent suivre une formation validée par le Conseil cantonal de sécurité (art. 7 al. 3 LAOC VD). La plupart des communes vaudoises ont fait usage de cette com- 11.84

147 Cf. N 11.69 ss.

148 Cf. N 11.17 s. ; ATF 138 II 111 (Ville de Berne).

149 Message LAO, FF 2015 909, 2 et 5.

150 PIQUEREZ, 719.

151 Loi fédérale du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre (LAO, RS 741.03).

152 Ordonnance du 16 janvier 2019 sur les amendes d'ordre (OAO, RS 314.11).

pétence (voir par exemple l'art. 17^{bis} *in fine* du Règlement général de police de la Commune de Lausanne). La ville de Lausanne a créé à cet effet la « brigade de la propreté urbaine » susmentionnée¹⁵³. Les employés communaux compétents doivent justifier de leur qualité envers le contrevenant (art. 2 al. 3 LAO) et ne disposent ni du pouvoir de contraindre ce dernier à s'identifier ni de la compétence de faire usage de la force publique (art. 7 al. 4 LAOC VD). Les amendes d'ordre sont infligées directement, à condition que le contrevenant soit pris en flagrant délit par une autorité compétente (art. 3 al. 1 LAO). La procédure de l'amende d'ordre connaît des exceptions (art. 4 LAO) ; elle n'est pas applicable lorsque l'auteur de l'infraction est âgé de moins de 15 ans au moment des faits (art. 4 al. 1 LAO). Le droit vaudois étend cette exception à tous les contrevenants mineurs (art. 6 LAOC VD).

- 11.85 Le montant maximal de l'amende d'ordre est de 300 francs (art. 1 al. 4 LAO et art. 4 LAOC VD) ; il est fixé par le droit cantonal ou communal. Il n'est tenu compte ni des antécédents ni de la situation personnelle du contrevenant dans la fixation de l'amende (art. 1 al. 5 LAO et art. 5 LAOC VD). Le contrevenant peut payer l'amende soit immédiatement soit dans les trente jours. En cas de paiement immédiat, il reçoit une quittance ne mentionnant pas son nom. S'il ne paie pas l'amende immédiatement, il doit justifier de son identité. Lorsqu'il ne paie pas dans le délai prescrit ou qu'il refuse de s'identifier au moment de l'infraction, une procédure pénale ordinaire est engagée, en l'occurrence celle prévue par la LContr VD¹⁵⁴ (art. 6 LAO et 8 LAOC VD). Une fois payée, l'amende a force de chose jugée (art. 10 LAOC VD). Le contrevenant a la possibilité de s'opposer à la procédure de l'amende d'ordre et doit être informé de ce droit. Dans ce cas, la procédure pénale prévue par la LContr VD est applicable (art. 13 LAO et 11 LAOC VD).
- 11.86 La mise en œuvre des contraventions de *littering*, soumise à la procédure de l'amende d'ordre, soulève donc quelques difficultés, notamment le fait que le contrevenant doit être pris en flagrant délit par une personne compétente, ce qui nécessite que les cantons et communes chargent régulièrement quelques-uns de leurs employés de patrouiller dans l'espace public et d'infliger des amendes aux contrevenants. Ce volet pénal ne semble par conséquent pas à même de contenir, à lui seul, le phénomène du *littering*, et devrait donc être subsidiaire aux obligations administratives et au droit de propriété susmentionnés.

IV. Réflexion conclusive

1. De l'inévitable à l'évitable

- 11.87 Le droit administratif n'intègre pas encore parfaitement la problématique du *littering*, dont les causes et l'ampleur sont nouvelles ces dernières décennies. Une des difficultés rencontrées tient au fait que les différents déchets concernés – les emballages de bois-

153 Cf. N 11.74 ss.

154 Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur les contraventions (LContr VD, RSV 312.11).

sons, les emballages de repas à emporter, les mégots et les journaux – ne sont soumis ni au même régime juridique ni aux mêmes obligations. À cela s’ajoute le fait que, globalement, les obligations des pollueurs, soit les consommateurs et les entreprises, sont peu nombreuses et n’interviennent qu’après la création des déchets. L’approche actuelle n’est manifestement pas suffisante, dans la mesure où elle repose sur le postulat implicite que les déchets issus du *littering* sont inévitables, négligeant ainsi les obligations de prévention de ces déchets.

Alors que les nouveaux modes de consommations « sur le pouce » offerts par les *take-away* constituent une source importante de *littering*, ils se prêtent pourtant particulièrement bien à la réutilisation des objets concernés. L’un des moyens de maîtriser ce phénomène pourrait passer par l’instauration d’une obligation de recourir à des emballages et couverts réutilisables pour les repas et boissons à emporter. Il suffirait qu’une ordonnance du CF fixe des obligations de réutilisation, sous la forme d’une interdiction de mettre dans le commerce des emballages destinés à un usage unique et de courte durée (art. 30a let. a LPE), ou sous la forme d’une obligation de valorisation (art. 30d let. a LPE), qui devrait alors être précisée en ce sens que la méthode à utiliser est le réemploi. Il appartiendrait ensuite aux commerçants de s’organiser pour la réutilisation ; l’obligation de réutiliser les inviterait à concevoir un prix de consigne adapté à la valeur des objets concernés. Ce d’autant plus que les adolescents et les jeunes adultes, qui sont généralement les plus sensibles à la question financière, sont les plus enclins à jeter leurs déchets sur le domaine public¹⁵⁵. La réutilisation pourrait éventuellement être couplée à une consigne obligatoire à teneur de l’art. 5 OEB ; la base légale permettant au CF de contraindre les commerçants à une telle mesure existe déjà (art. 30b al. 2 LPE). Les contenants et couverts de plats et boissons à emporter constituent en effet typiquement des produits dont la valorisation (ce par quoi la loi entend également la réutilisation), en tant que déchets, est jugée appropriée au sens de la disposition précitée. La jurisprudence du TF a d’ailleurs montré que l’on peut faire remonter les obligations de prévention du *littering* sur l’exploitant par l’introduction d’une consigne obligatoire¹⁵⁶.

Un tel système permettrait de sanctionner, sur le plan pénal, et sur l’ensemble du territoire suisse, les commerçants (perturbateurs médiats) qui ne respectent pas le principe de la réutilisation et la consigne obligatoire éventuelle (art. 61 al. 1 lit. i LPE). Quant aux consommateurs (perturbateurs immédiats), les principes tirés de l’économie circulaire, qui tendent à mieux considérer la réutilisation¹⁵⁷, devraient permettre une approche plus rigoureuse de leurs obligations en droit fédéral et inviter le législateur à instaurer de nouvelles obligations sur le plan du droit administratif (obligation de ramener les emballages et couverts réutilisables), assorties de sanctions pénales. Cette approche aurait pour effet que le commerçant reste propriétaire des objets qu’il remet unique-

155 FEHRADVICE & PARTNERS AG, 74 s.

156 TF, 2.6.2012, 2C_61/2012, DEP 2012 701 ; GOSSWEILER, 843 et s.

157 BRUNNER, 390 ss et 697 ss.

ment en prêt. L'obligation de restitution du consommateur doit donc découler des ordonnances du CF, mais relève aussi du rapport contractuel de prêt, et celui qui ne ramène pas les objets prêtés par le commerçant s'expose au délit de vol. L'approche proposée, qui nécessiterait *de lege ferenda* que le CF légifère de manière plus étendue que le cadre fixé dans l'actuelle OEB, serait de nature à réduire drastiquement le *littering* sur le domaine public, pour les objets susceptibles de réutilisation. Nous regrettons d'ailleurs que le CF n'ait pas édicté de prescriptions s'appliquant à tous les emballages, comme c'est le cas de l'Union européenne¹⁵⁸. Dans ce contexte, et puisque qu'une partie du *littering* reste due aux incivilités des citoyens, qui se concrétisent notamment par des mégots et depuis peu également des masques jetés partout, l'abandon de petits déchets sur le domaine public constitue une infraction pénale supplémentaire, dont le rôle est essentiellement complémentaire aux obligations administratives et à la relation contractuelle de prêt. À notre sens, pour que la menace de la sanction pénale soit réellement dissuasive, le *littering* devrait être pénalisé au niveau fédéral.

2. Vers une responsabilité accrue des pollueurs

- 11.90 L'utilisation d'emballages réutilisables, couplée à un système de consigne, telle que proposée dans la présente contribution, permet d'une part de rejoindre le principe de la responsabilité étendue des producteurs, qui « vise à ce que les externalités environnementales négatives et les coûts liés à la gestion du produit sur tout son cycle de vie soient reflétés dans le prix, de manière à ce que la charge de l'élimination ne soit pas laissée à la collectivité »¹⁵⁹. Si le cadre réglementaire implique que le producteur reste propriétaire de son produit tout au long de son cycle de vie, alors il en conserve la responsabilité tant physique que financière et est incité à créer des produits durables, limitant ainsi la quantité de déchets produite. D'autre part, cette approche permet d'impliquer le consommateur en l'obligeant/l'incitant à rapporter les emballages aux commerçants. Ce système permettrait ainsi de replacer la responsabilité de ces déchets sur les pollueurs concernés, à savoir les entreprises et les consommateurs, en déchargeant la collectivité publique d'une partie de ses obligations. Ces mesures, qui ont leur place tant dans le cadre de manifestations se déroulant sur le domaine public que concernant les emballages remis aux consommateurs par les établissements *take-away*, auraient pour effet de diminuer les déchets abandonnés, mais également de réduire les déchets mélangés au profit de la valorisation, et plus précisément de la réutilisation.
- 11.91 Des projets pilotes menés par l'École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL) et la Migros (groupe d'entreprises coopératives suisses de la grande distribution), instaurant

158 Directive 94/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages, JO L 365 du 31.12.1994, 10-23 ; Directive (UE) 2018/852 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 150 du 14.6.2018, 141-154.

159 BRUNNER, 714 et les références citées.

l'utilisation d'emballages réutilisables couplée à une consigne en cas de repas à l'emporter, se sont montrés concluants. L'EPFL a d'ailleurs rendu ce système obligatoire¹⁶⁰. Quant à la Migros, elle propose désormais des contenants et de la vaisselle réutilisables accompagnés d'une consigne dans la plupart de ses restaurants *take-away*, mais n'a pas rendu ce système obligatoire¹⁶¹.

Toutefois, la consigne et la filière de la réutilisation font face aux réticences du secteur privé, qui se bat activement pour les éviter. Les acteurs de la grande distribution et les organisations privées chargées du recyclage n'hésitent pas à se lancer dans un lobbying actif¹⁶² contre la consigne, arguant qu'elle déstabiliserait le système de collecte et de recyclage existant en Suisse¹⁶³, soutenant qu'elle engendrerait des coûts supplémentaires insoutenables et contestant régulièrement son impact environnemental positif¹⁶⁴. Les différents acteurs des milieux du recyclage en Suisse se sont même regroupés pour former une « alliance contre la consigne »¹⁶⁵. Le réemploi et la consigne impliquent en effet une nouvelle organisation à l'échelle locale (emballages standardisés, mise en place d'un système de lavage, création d'espace de stockage, acteurs chargés de la logistique, etc.) et ne sont susceptibles de fonctionner correctement qu'avec la participation de tous les acteurs concernés¹⁶⁶. Sur le long terme, elles peuvent avoir un impact environnemental et économique positif, en permettant de favoriser la réutilisation et ainsi de réduire le *littering*, mais aussi en évitant aux fabricants, importateurs et commerçants les coûts liés à la production, au transport et à la commercialisation de nombreux emballages.

Les acteurs de la grande distribution et les milieux du recyclage étant toutefois fermement opposés à la filière de la réutilisation et à la consigne, il est à prévoir que ce changement ne s'opérera pas spontanément au sein du système actuel. Une évolution du cadre réglementaire serait par conséquent souhaitable¹⁶⁷. Le CF dispose à cet égard de nombreuses compétences qui lui sont conférées par la LPE et qu'il n'a que peu exploitées jusqu'à ce jour. L'approche proposée dans la présente contribution montre que les obligations administratives (de réutilisation, de reprise, de restitution), combinées à des sanctions pénales (punissant le vol), peuvent encadrer un régime contractuel (le prêt) qui reste lui, soumis au droit privé ; les amendes d'ordre réprimant le *littering* constituent alors une sanction pénale complémentaire à ce régime.

160 <<https://act4change.epfl.ch/en/blog/2017-12-13/vaisselle-lavable-continue-reusable-lunchbox-were-going>> (22.8.2020).

161 <<https://www.migros.ch/fr/entreprise/medias/communiques/show/news/communiques/2017/take-away-geschirr.html>> (22.8.2020).

162 SAUTEUR, 219, regrettaît déjà que la loi Damoclès ait pour effet d'institutionnaliser la pratique du lobbying.

163 <<https://www.sr-rapport.ch/consigne-obligatoire/>> (22.8.2020).

164 <<https://www.zerowastefrance.org/retour-consigne-peine-revenir-france/>> (22.8.2020).

165 <<https://www.sr-rapport.ch/consigne-obligatoire/>> (22.8.2020).

166 BRUNNER, 394 s.

167 *Ibid.*

§ 12 Pénalisation de l'obsolescence programmée : quelle effectivité ?

Romina Rutta*

Table des matières

I.	Introduction	376
II.	Brève présentation des origines de la notion d'obsolescence programmée	377
III.	Principales définitions	379
	1. Définition générale	379
	2. Définitions pointant différentes formes d'obsolescence	380
IV.	Différents enjeux des pratiques d'obsolescence programmée	384
	1. Enjeux économiques	384
	2. Enjeux sociaux	386
	3. Enjeux écologiques	387
	4. Synthèse	389
V.	Pénalisation de l'obsolescence programmée ; l'exemple de la France	389
	1. Quelques généralités	389
	2. Eléments constitutifs de l'infraction	390
	a) Réduction de la durée de vie d'un produit au moyen de « techniques »	390
	b) Réduction délibérée de la durée de vie d'un produit	393
	c) Condition supprimée : But d'augmentation du taux de remplacement	394
	3. Synthèse	395
VI.	Situation en Suisse	396
VII.	Autres moyens d'action	400
VIII.	Conclusion	402

Bibliographie

ACOT PASCAL, Histoire de l'écologie, Paris 1994 ; AUDOIN ALICE/COURTOIS ANNE/RAMBAUD-PAQUIN AGNÈS, La communication responsable, Paris 2009 ; BASTIAT FRÉDÉRIC, Ce qu'on voit, ce qu'on ne voit pas, Paris 1869 ; BAUDRILLARD JEAN, La société de consommation, Paris 1970 ; BECCARIA CESARE, Des délits et des peines (Livourne 1764), Paris 2014 ; BINOCHÉ JACQUES, Histoire des États-Unis, Paris 2017 ; BOULOC BERNARD, Droit pénal général, 26^e éd., Paris 2019 ; DEBORD GUY, La Société du spectacle (Paris 1967), Paris 1992 ; DREYER EMMANUEL, Droit pénal général, 5^e éd., Paris 2019 ; DURKHEIM ÉMILE, Définitions du crime et fonction du châtement (1893), *in* Szabo (éd.), Déviations et criminalité, Paris 1970 ; GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, L'obsolescence programmée, main invisible versus défaut invisible, *in* Hari (éd.), Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?, Genève/Zurich 2016 ; ERKMAN SUREN, Vers une écologie industrielle, 2^e éd., Paris 2004 ; HEGER BERNARD, De l'obsolescence programmée, du recyclage insuffisant et de toutes ces sortes de choses, Neuilly-sur-Seine 2020 ; HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (éd.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle 2013 (cité : BSK UWG-AUTEUR.E, art. 1 N 1) ; LATOUCHE SERGE, Bon pour la casse, Paris 2012 (cité : LATOUCHE, Bon pour la casse) ; LATOUCHE SERGE, Bernard London ou l'enfer des bonnes intentions, Revue du M.A.U.S.S. 44/2 (2014) (cité : LATOUCHE, Bernard London ou l'enfer des bonnes intentions), 50 ss ; LEROY JACQUES, Droit pénal général, 7^e éd.,

* MLaw, assistante diplômée, centre de droit privé, Université de Lausanne.

Paris 2018; LIBAERT THIERRY, *Consommation et controverse*, *Hermès* 73/3 (2015), 151 ss (cité : LIBAERT, *Consommation et controverse*); LIBAERT THIERRY, *Déprogrammer l'obsolescence*, Paris 2017 (cité : LIBAERT, *Déprogrammer l'obsolescence*); LONDON BERNARD, *L'obsolescence programmée des objets*, Paris 2019; MARTENET VINCENT/PICHONNAZ PASCAL (éd.), *Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017 (cité : CR LCD-AUTEUR.E, art. 1 N 1); MATAGNE PATRICK, *Aux origines de l'écologie*, *Innovations* 18/2 (2003), 27 ss; PACKARD VANCE, *The Waste Makers* (Philadelphie 1960), Melbourne 1963; PITRON GUILLAUME, *La guerre des métaux rares*, Paris 2018; SLADE GILES, *Made to break*, Cambridge 2006; UNION DES CONSOMMATEURS, *Pour mieux comprendre l'obsolescence programmée*, in Élie/Vaillancourt (éd.), *L'économie toxique*, Québec 2014; VASSEUR LAETITIA/SAUVAGE SAMUEL, *Du jetable au durable*, Paris 2017; VAN DE KERCHOV MICHEL, *Les fonctions de la sanction pénale*, *Informations sociales* 127/7 (2005), 22 ss; VEBLEN THORSTEIN, *Théorie de la classe de loisir* (New York 1899), Paris 2019.

I. Introduction

- 12.1 Le sentiment que les progrès et innovations techniques ont parfois pour corollaire la production de biens d'une plus grande fragilité et partant, d'une moindre durabilité, n'est pas récent. Les essais et œuvres de fiction, en miroirs de la société, s'en sont d'ailleurs fait l'écho au cours des dernières décennies. En 1949 déjà, le commis voyageur d'Arthur Miller s'insurgeait contre un fabricant de réfrigérateurs qu'il accusait de faire concorder la fin de vie de ses produits avec le dernier versement périodique effectué par les acheteurs¹. Plus récemment, Umberto Eco regrettait le temps de la « glorieuse » Fiat *Cinquecento*, présentée comme un modèle de robustesse qu'un simple coup de pied suffisait à réparer en cas de panne², alors que les attributs de véhicules plus modernes, tels des sièges en cuir ou des « rétroviseurs latéraux réglables depuis l'intérieur »³ étaient perçus comme étant superflus et ne suffisant pas à pallier le manque de fiabilité.
- 12.2 Puis, la question de la durée de vie des biens de consommation a quitté le monde de la fiction et du ressenti émotionnel pour devenir l'objet d'études évaluant ses conséquences tant économiques et sociales qu'environnementales. La prise de conscience relative aux impacts générés par un taux de renouvellement artificiellement accru a fait émerger la thématique au sein du débat politique et la question de l'appréhension juridique de ces problématiques s'est naturellement posée. C'est ainsi essentiellement dans un élan écologique que la France, faisant figure de pionnière, a adopté une loi pénalisant les pratiques d'obsolescence programmée.
- 12.3 Légiférer sur ces questions peut cependant s'avérer compliqué tant la notion centrale de durée de vie et la circonscription des techniques relevant de l'obsolescence programmée sont variables. Après une brève présentation des origines de la notion (II), nous proposons de passer en revue les différentes formes d'obsolescence programmée à travers les principales définitions (III) et les différents enjeux y relatifs (IV). Il s'agira également

1 MILLER ARTHUR, *Mort d'un commis voyageur*, adaptation française par Grumberg Jean-Claude, Acte 2, Paris 1988.

2 UMBERTO ECO, *Comment voyager avec un saumon*, Paris 2000, 185.

3 *Ibid.*

d'analyser la législation française en vue d'évaluer l'effectivité d'une pénalisation de l'obsolescence programmée, soit les possibilités d'application concrète de la loi à des cas d'espèce, mais également son pouvoir de prévention générale, dans le but de nous prononcer sur l'opportunité de l'adoption d'une norme similaire en Suisse.

II. Brève présentation des origines de la notion d'obsolescence programmée

12.4

Les motivations ayant présidé à la théorisation de l'obsolescence programmée ont de quoi surprendre un observateur contemporain, tant elles paraissent étrangères à la conception que nous avons actuellement de ces pratiques. En effet, si l'écologie en tant que discipline scientifique étudiant les relations entre les êtres vivants et leur environnement est née au cours du 19^e siècle, son entrée dans les sphères politique et associative coïncidant avec l'émergence d'un militantisme environnemental est considérée avoir eu lieu au cours des années 1960-1970 dans les pays industrialisés. En 1932, c'est ainsi loin de toute considération écologique⁴ que Bernard London, un courtier en immobilier américain, publie un court pamphlet intitulé *Ending the depression through planned obsolescence*⁵. Les États-Unis traversent alors l'une des pires crises économiques de leur histoire et le pays voit son taux de chômage augmenter de près de 20% en l'espace de trois ans⁶. Une estimation parfois avancée fait état de 13 millions de personnes sans emploi et d'une production industrielle réduite à 40% de sa capacité⁷.

La volonté de sortir sa nation de la Grande Dépression inspire à London un plan ayant l'ambition de « [mettre] le pays entier sur les rails du redressement économique et [permettre] au final de retrouver des conditions de travail normales et une prospérité durable »⁸. Il estime que la crise a substantiellement modifié les habitudes de consommation puisque, mus par la peur, les gens font désormais un usage prolongé de leurs biens, « bafouant [ainsi] la loi de l'obsolescence »⁹. Ceci résulte en un déséquilibre entre la production et la consommation et mène à la fermeture d'usines et au chômage d'ouvriers¹⁰.

12.5

Une solution-panacée lui semble cependant toute trouvée : celle de l'obsolescence légale des biens de consommation. London propose en effet l'assignation par le gouvernement, se fondant sur les travaux d'ingénieurs, d'économistes et de mathématiciens spécialisés, d'une durée de vie à « l'ensemble des produits fabriqués dans les usines, extraits

12.6

4 Voir ACOT, 3 ss ; MATAGNE, 27.

5 LONDON, L'obsolescence programmée des objets, selon la traduction française.

6 Les chiffres officiels du gouvernement américain ne sont disponibles qu'à partir de l'année 1948. Binoche avance cependant un taux de chômage se situant aux alentours de 5% à la fin des années 1920, 9% en 1930 et 24% en 1932. BINOCHÉ, 174.

7 *Ibid.*

8 LONDON, 16.

9 *Ibid.*, 13.

10 *Ibid.*, 10 ss.

des mines ou issus de l'agriculture»¹¹. À l'expiration de cette durée de vie, qui avait préalablement été communiquée à l'acheteur, les produits sont considérés comme étant « légalement morts », contrôlés par une agence fédérale, puis détruits¹². Le comportement des consommateurs ainsi régulé, la production se retrouve constamment renouvelée, permettant la création d'emplois dans le domaine des biens manufacturés.

- 12.7 Bernard London aspire à dénoncer le système économique en place qu'il juge incohérent. Il affirme notamment que dans le cadre de l'organisation en vigueur « le produit de labeur du travailleur profite à son propriétaire et l'enrichit à bien plus long terme que la maigre compensation perçue par celui qui l'a créé à la sueur de son front [...]. Celui qui effectue le travail perçoit à peine de quoi s'alimenter et s'assurer un peu de confort sur une courte période, et n'a d'autre choix que de continuer à exercer son métier pour survivre. Mais le fruit réel de sa besogne est, quant à lui, une chose quasi permanente et assure à son propriétaire des revenus pour une durée indéterminée »¹³. En proposant une limitation de la durée de vie des biens produits par les travailleurs, la politique imaginée par London promet ainsi d'aboutir à une distribution des richesses plus équitable et se veut une réponse aux inégalités sociales, exacerbées par la crise économique.
- 12.8 Si d'un point de vue écologique, la théorie développée par Bernard London, construite sur l'idée que les matières premières constituent une ressource inépuisable¹⁴, est bien le reflet de son époque, la noblesse de son fondement social peut être discutée. En effet, la volonté de permettre un accès plus équitable aux biens produits trouve sa raison d'être dans la nécessité – créée par le surplus de production – de la participation des ouvriers à l'économie comme consommateurs. Or, pour Guy Debord, ceux-ci sont considérés, dans la phase de production, sous le seul angle de la force productive qu'ils représentent, et ce n'est seulement lorsqu'un certain degré d'abondance dans la création de marchandises, dont l'écoulement nécessite une implication des ouvriers, est atteint que ceux-ci sont perçus dans leur humanité et leurs loisirs¹⁵.
- 12.9 Au fil du temps, les pratiques d'obsolescence programmée ont évolué – gagnant en variété et perdant en transparence – et leurs conséquences sociales, mais aussi économiques et écologiques néfastes ont peu à peu été mises à jour et sont aujourd'hui réprochées tant par les associations de consommateurs que par certains milieux politiques. En témoignent les multiples postulats déposés au Parlement suisse enjoignant le Conseil fédéral (CF) à se prononcer sur la pertinence de diverses mesures destinées à favoriser un allongement de la durée de vie des produits¹⁶. On a également pu assister,

11 *Ibid.*, 17 et 32.

12 *Ibid.*, 18.

13 *Ibid.*, 27 ss.

14 PACKARD, 10.

15 DEBORD, 41.

16 Voir notamment le postulat Groupe des Verts 12.3447 du 7.6.2012, rejeté par le Conseil national le 28.09.2012, le postulat Groupe des Verts 12.3777 du 25.9.2012 ayant donné lieu au Rapport du

au cours de ces dernières années, à la création d'associations ayant spécifiquement pour but la lutte contre l'obsolescence programmée. No Obsolescence Programmée Suisse (NoOPS) a ainsi vu le jour en 2018 dans l'objectif de sensibiliser les citoyens aux enjeux liés à la limitation de la durabilité des biens de consommation¹⁷. En France, l'association Halte à l'Obsolescence Programmée (HOP), créée en 2015, poursuit un but similaire et propose des solutions concrètes aux pouvoirs publics¹⁸ au travers, notamment, de l'adoption d'un livre blanc en février 2019¹⁹.

III. Principales définitions

Si l'obsolescence programmée peut prendre des formes diverses, certaines constantes 12.10 permettent toutefois d'en donner une définition générale (1), celle-ci étant en somme assez consensuelle. Il en va cependant autrement des critères permettant de distinguer les différents types d'obsolescence, une telle tâche nécessitant de naviguer parmi une multitude de définitions variées, raison pour laquelle nous tenterons d'établir ici un langage commun portant sur ces questions (2).

1. Définition générale

Au cours de ces dernières décennies, deux auteurs en particulier ont grandement contri- 12.11 bué à la circonscription de la notion d'obsolescence programmée.

Vance Packard, dans son ouvrage de référence, désigne l'obsolescence programmée 12.12 comme étant une stratégie apte à influencer, d'une part la conception des biens de consommation, mais également la perception et le comportement des consommateurs²⁰, préfigurant ainsi l'une des distinctions opérées entre les différentes formes d'obsolescence.

Près d'un demi-siècle plus tard, Giles Slade propose une définition s'étant très large- 12.13 ment imposée aujourd'hui. Selon lui, l'obsolescence programmée serait « un ensemble de techniques mises en œuvre pour réduire artificiellement la durabilité d'un bien manufacturé de manière à en stimuler la consommation renouvelée »²¹.

Conseil fédéral du 28 novembre 2014 « Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits », le postulat Marchand-Balet 18.3248 du 15.3.2018, adopté par le Conseil national le 28.09.2018 et la motion Hurni 20.4025 du 21.9.2020.

17 <<https://noops.ch>> (14.12.2020).

18 Statuts de l'association Halte à l'Obsolescence programmée, art. 2, disponible sous : <<https://www.halteobsolescence.org/statuts/>> (14.12.2020).

19 HOP, Livre blanc, 50 mesures pour une consommation et une production durable – Le guide des politiques publiques pour une société sans obsolescence accélérée, disponible sous : <<https://www.halteobsolescence.org/>> (10.2.2021).

20 « *The recent fascination of many businessmen with « planned obsolescence » has been one of the major developments of the post-war period. Its use as a strategy to influence either the shape of the product or the mental attitude of the consumer represents the quintessence of the throw-away spirit.* » PACKARD, 56.

21 SLADE, 5, traduction française proposée par LATOUCHE, Bon pour la casse, 41 ss.

- 12.14 Depuis lors, cette définition a souvent été reprise, notamment par l'association HOP²² et par le Parlement français lorsqu'il s'est agi de légiférer sur cette question. En effet, le Code de la consommation français définissait originellement l'obsolescence programmée comme étant le recours à des techniques « par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement »²³. Cette disposition a cependant récemment été modifiée et ne fait désormais plus apparaître la mention de l'exigence d'une augmentation du taux de remplacement, ceci dans l'espoir d'améliorer l'effectivité de la norme (*cf. infra* N 12.59 ss)²⁴.
- 12.15 En Suisse en revanche, la notion exposée par le Conseil fédéral dans son rapport sur l'optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits peut à première vue sembler plus restrictive. L'obsolescence programmée y est présentée comme la conception d'appareils « avec une limitation intrinsèque, d'ordre temporel ou fonctionnel »²⁵. Un tel énoncé paraît poser la condition d'un stratagème mis en place dès le processus de fabrication et pourrait également refléter l'idée d'une limitation de la notion d'obsolescence programmée aux cas d'implémentation d'une faiblesse altérant la structure physique des produits. Ceci aurait le regrettable effet d'exclure du champ de cette définition les principales formes d'obsolescence, à savoir l'obsolescence indirecte et logicielle (*cf. infra* III, 2). Or, une lecture plus attentive du rapport révèle que le CF perçoit bien l'obsolescence programmée de manière plus large et, dans les grandes lignes, analogue aux conceptions précédemment exposées, puisque la possibilité que les pratiques visant à réduire la durée de vie des produits puissent prendre la forme d'obstacles à la réparation y est reconnue et exposée²⁶.
- 12.16 Au vu de ces éléments, nous pouvons affirmer qu'il existe un certain consensus quant à une définition de l'obsolescence programmée formulée en des termes généraux et permettant de ce fait d'englober une large variété de pratiques.

2. Définitions pointant différentes formes d'obsolescence

- 12.17 La limitation de la durée de vie d'un bien peut résulter de techniques aussi diverses qu'elles sont nombreuses. Et, si les études menées sur le sujet ont permis d'identifier et de classer ces différentes formes d'obsolescence, leur manque d'uniformité est à

22 VASSEUR/SAUVAGE, 18.

23 Art. L441-2 aCCons modifié par la Loi n°2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France.

24 Art. L441-2 CCons ; Comptes rendus de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du 16 décembre 2020, disponible sous : <<http://www.senat.fr>> (5.5.2022).

25 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014 élaboré en réponse au postulat 12.3777 « Optimiser la durée de vie et d'utilisation des produits » déposé par le Groupe des Verts le 25.9.2012, 7.

26 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014 élaboré en réponse au postulat 12.3777 « Optimiser la durée de vie et d'utilisation des produits » déposé par le Groupe des Verts le 25.9.2012, 7.

déplorer, chaque auteur proposant une catégorisation propre et, par conséquent, inédite. Un vocabulaire similaire est certes souvent utilisé, mais il est courant que de mêmes termes soient employés afin de désigner des concepts différents.

Dans un but de simplification et d'uniformisation et en gardant à l'esprit que dans un tel contexte, toute prétention à l'exhaustivité est vaine, nous proposons de retenir les délimitations ci-dessous, issues d'une synthèse des travaux existants. 12.18

- **L'obsolescence technique** désigne le fait, pour un bien encore fonctionnel, de perdre en attractivité suite à l'arrivée sur le marché de produits bénéficiant d'améliorations ou innovations techniques et remplissant mieux les mêmes fonctionnalités²⁷. Latouche illustre ce type d'obsolescence en donnant l'exemple, certes quelque peu désuet, mais néanmoins éloquent, de la locomotive à vapeur ayant rendu les diligences obsolètes²⁸. Il est encore à souligner que, pour Vasseur/Sauvage, l'obsolescence technique désigne ce que nous appelons « obsolescence directe » ou « obsolescence au sens strict »²⁹. 12.19
- **L'obsolescence psychologique** touche également des produits encore en état de fonctionnement dont la mise au rebut est liée à des phénomènes de mode³⁰.
- **L'obsolescence économique** ne constitue pas une notion fréquemment utilisée, mais se définit, selon le CF, comme étant le phénomène menant le consommateur à se débarrasser d'un produit fonctionnel pour des raisons de coûts. Il en irait par exemple ainsi d'équipements électriques ou électroniques appartenant à une classe énergétique dépassée³¹.

Il ressort de ce qui précède que ces trois premières formes d'obsolescence ne sauraient entrer dans le cadre de la définition de l'obsolescence programmée établie *ci-avant*, celles-ci ne résultant pas de techniques spécifiquement mises en place dans le but de porter atteinte à la fonctionnalité des produits afin de réduire leur durée de vie. On ne peut en outre réprocher toutes les formes d'obsolescence exposées ci-dessus. Il est en effet possible de concevoir l'aspect positif que l'obsolescence technique ou économique est susceptible de revêtir en ce qu'elles peuvent donner lieu à des produits plus durables bénéficiant d'un impact environnemental réduit³². Il conviendrait toutefois que les biens, certes moins efficaces d'un point de vue écoénergétique, soient tout de même utilisés aussi longtemps qu'ils restent fonctionnels, le fait de s'en défaire prématurément au profit d'appareils consommant moins d'énergie contribuant également à l'aug- 12.20

27 *Ibid.*, 8 ; LATOUCHE, Bon pour la casse, 38.

28 LATOUCHE, Bon pour la casse, 38.

29 VASSEUR/SAUVAGE, 24.

30 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014, 8 ; LATOUCHE, Bon pour la casse, 38 ; LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 19 ; VASSEUR/SAUVAGE, 24.

31 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014, 8.

32 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014, 15.

mentation des déchets. Le terme d'obsolescence écologique est parfois employé pour désigner cette pratique³³.

- 12.21 En revanche, il est aisé de voir en quoi l'obsolescence psychologique constitue l'un des rouages d'un système encourageant une consommation sans cesse renouvelée. Il découle en effet de sa définition que cette forme d'obsolescence est le fruit de stratégies de marketing et de communication³⁴, les phénomènes de mode étant largement dictés par la publicité, construite comme un moyen de persuasion dont le but premier est d'inciter à la consommation³⁵.
- 12.22 Le fait que la décision de renouvellement prématuré appartienne en dernier lieu au consommateur conduit cependant Libaert à affirmer que cette forme d'obsolescence « repose sur un large partage de responsabilités »³⁶. Si nous le rejoignons, il nous semble néanmoins que ce partage ne saurait être égalitaire. L'étendue du libre arbitre dudit consommateur pouvant en effet être discuté, celui-ci évoluant au sein d'une société dont l'association de l'accumulation ou la possession de certains biens à la reconnaissance d'un statut social³⁷ constitue un objet d'étude en sciences sociales depuis la fin du 19^e siècle puisque l'ouvrage de Thorstein Veblen, *Théorie de la classe de loisir*, dénonçant ce qu'il nomme la consommation ostentatoire a été publié en 1899 déjà³⁸. Depuis lors, cette notion a souvent été reprise en sciences sociales, notamment par Pierre Bourdieu dans *La Distinction* ou encore Jean Baudrillard dans *La société de consommation*.
- 12.23 De plus, les fabricants bénéficiant du contrôle intégral de leurs stratégies publicitaires, un certain caractère programmé, compris au sens large, ne saurait être nié à l'obsolescence psychologique. Il n'en demeure pas moins que celle-ci dépasse le cadre de la définition retenue ici, ceci d'autant plus que les questions liées au rôle joué par la publicité devraient, le cas échéant, être appréhendées par d'autres normes légales que celles faisant l'objet de la présente contribution. Nous pensons en particulier à des initiatives telles que celle ayant fait l'objet, en 2018, du postulat « Des principes de durabilité pour l'affichage publicitaire » demandant à ce qu'une tarification plus lourde, établie en fonction de critères de durabilité, soit appliquée à certaines publicités commerciales affichées en ville de Lausanne³⁹.

33 L'obsolescence programmée où les dérives de la société de consommation, Analyse du Centre Européen de la Consommation, 6; Union des consommateurs, Pour mieux comprendre l'obsolescence programmée, 120.

34 LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 19; VASSEUR/SAUVAGE, 24.

35 AUDOIN/COURTOIS/RAMBAUD-PAQUIN, La communication responsable, 49.

36 LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 19.

37 *Ibid.*; BAUDRILLARD, 77; VASSEUR/SAUVAGE, 25; VELEN, 47 ss.

38 VELEN, *passim*.

39 Postulat « Des principes de durabilité pour l'affichage publicitaire », disponible sous : <<https://www.verts-vd.ch/lausanne/2018/01/des-principes-de-durabilite-pour-laffichage-publicitaire/>> (12.9.2020). Le Conseil communal a cependant refusé de prendre en compte ce postulat (voir Procès-verbal première partie de la 21^{ème} séance du mardi 28.5.2019).

Ainsi, si l'obsolescence technique, psychologique et économique échappent au champ d'études établi ici, il en va autrement des trois formes présentées ci-dessous qui en font, elles, partie intégrante. 12.24

- **L'obsolescence programmée au sens strict ou obsolescence directe** est une notion recouvrant les cas dans lesquels la diminution de la durée de vie du produit résulte de l'un de ses composants. Ceci peut se traduire par le choix délibéré de matériaux fragiles ou encore par l'introduction d'un dispositif interne, telle une puce, bloquant le fonctionnement de l'appareil après un certain nombre d'usages⁴⁰. 12.25
- **L'obsolescence indirecte** a principalement trait à la question de la réparabilité des produits. On parle ainsi d'obsolescence indirecte lorsqu'il est difficile, voire impossible, d'obtenir les pièces de rechange nécessaires du fait de l'arrêt de leur production ou de leur coût élevé⁴¹, ou encore lorsque certains composants sont soudés ou scellés, empêchant ainsi leur remplacement individuel⁴². Enfin, cette définition peut également inclure l'obsolescence dite par incompatibilité de modèles, soit les cas dans lesquels les nouveaux modèles d'accessoires d'un bien, souvent électronique, ne sont plus compatibles avec les versions plus anciennes dudit bien⁴³. Thierry Libaert conçoit quant à lui l'obsolescence par incompatibilité de modèles comme une forme d'obsolescence directe⁴⁴. Nous ne rejoignons cependant pas cette classification dans la mesure où l'exigence de compatibilité n'engendre pas un dysfonctionnement de l'appareil et n'est ainsi pas la cause directe de sa fin de vie.
- **L'obsolescence logicielle** enfin, se rapporte aux divers types d'obsolescence affectant les logiciels informatiques. Ceci comprend notamment les dysfonctionnements apparaissant à la suite de l'actualisation du système d'exploitation, la limitation de la durée de l'assistance technique, l'incompatibilité de format entre les anciennes et nouvelles versions des logiciels ou encore le fait que la plupart des logiciels ne sont proposés que pour les versions les plus récentes des systèmes d'exploitation⁴⁵.

Ces trois dernières formes d'obsolescence ont pour point commun d'entraver le bon fonctionnement des produits qu'elles touchent, les rendant partiellement ou totalement inutilisables. Et, s'il existe en théorie autant de techniques susceptibles de limiter la durée de vie des biens de consommation qu'il est possible d'en imaginer, elles ont 12.26

40 Étude de l'ADEME sur l'Allongement de la durée de vie des produits, 15 ; Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014, 7 ; LATOUCHE, Bon pour la casse, 38 ; LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 17 ; LIBAERT, Consommation et controverse, 151, l'auteur parle ici d'obsolescence technique afin de désigner cette forme d'obsolescence.

41 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014, 7 ; LIBAERT, Consommation et controverse, 152 ; LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 18.

42 LIBAERT, Consommation et controverse, 152 ; LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 18.

43 L'obsolescence programmée où les dérives de la société de consommation, Analyse du Centre Européen de la Consommation, 4.

44 LIBAERT, Consommation et controverse, 152.

45 VASSEUR/SAUVAGE, 25 ; BORDAGE, Qu'est-ce que l'obsolescence logicielle?, disponible sous : <<https://www.halteobsolescence.org/quest-ce-que-lobsolescence-logicielle/>> (2.10.2020).

presque toutes pour conséquence l'augmentation du taux de renouvellement⁴⁶. Une telle consommation, artificiellement accrue, entraîne des conséquences multiples et affecte tant le consommateur et son patrimoine que l'environnement, tout en participant également au maintien de certaines inégalités sociales.

IV. Différents enjeux des pratiques d'obsolescence programmée

- 12.27 Il n'est pas aisé d'appréhender toutes les répercussions de la réduction systématisée de la durée de vie de produits, en particulier électriques et électroniques, tant celles-ci sont ramifiées et interagissent de manière complexe. Les considérations qui suivent ont ainsi pour but de présenter les principales implications économiques (1), sociales (2) et écologiques (3) des pratiques d'obsolescence programmée.

1. Enjeux économiques

- 12.28 S'il existe bien une forme de consensus portant sur sa définition, seul un nombre très restreint de pratiques concrètes ont officiellement été reconnues comme relevant de l'obsolescence programmée, l'existence même de telles techniques faisant parfois l'objet de controverses⁴⁷. Dans un tel contexte, toute étude scientifique portant sur le rôle tenu spécifiquement par l'obsolescence programmée au sein des modèles économiques dominants est particulièrement compliquée. En revanche, et de manière plus large, les modes de consommation dans leur contexte économique ont fait l'objet de nombreuses analyses. Sans nous appesantir trop longuement sur le sujet, il paraît pertinent de souligner que la consommation privée des ménages est traditionnellement considérée comme étant le principal moteur de la croissance économique. Elle représentait ainsi 60% du PIB suisse en 2017. Les assurances, les taxes ainsi que les dépenses consacrées au logement et à l'énergie mises à part, les « autres dépenses de consommation » constituent une part substantielle des dépenses des ménages⁴⁸. Cette croissance est ainsi d'autant plus importante que la consommation est constamment renouvelée, un tel constat conduisant Thierry Libaert à considérer l'obsolescence programmée comme l'un des trois piliers de nos systèmes de croissance économique⁴⁹.
- 12.29 L'importance prédominante de cet élément laisse présager des répercussions qu'une disruption des habitudes de consommation pourrait avoir. Comme l'exposait déjà Bernard London, si l'on fait l'hypothèse de biens de consommation à durée de vie infinie, les entreprises se retrouveraient en situation de surproduction menant à terme à leur

46 VASSEUR/SAUVAGE, 45.

47 Voir notamment HEGER, 9.

48 Voir Office fédéral de la statistique, consommation et épargne, disponible sous : <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/themes-transversaux/mesure-bien-etre/tous-indicateurs/economie/consommation-epargne.html>> (12.9.2020). Voir également VASSEUR/SAUVAGE, 44.

49 Les deux autres piliers étant le crédit et la publicité. LIBAERT, Consommation et controverse, 153.

faillite et, potentiellement à une crise économique et sociale de grande ampleur⁵⁰. Du moins, il s'agit d'une théorie possible. D'une part, la réclamation d'une amélioration de la durabilité n'est pas celle de biens éternels⁵¹ et ne menace pas le renouvellement des produits dû à leur usure naturelle et au phénomène de l'obsolescence technique. D'autre part, il est parfois avancé que les pertes d'emplois ainsi engendrées pourraient être compensées par le développement d'autres filières, notamment celle de la réparation, secteur qui subit actuellement la tendance inverse⁵².

Un argument semblable a été développé par Frédéric Bastiat déjà, dans le cadre de sa 12.30 théorie de la vitre cassée, celle-ci ne traitant pas du taux de criminalité, mais bien des incidences d'un taux de renouvellement des biens de consommation élevé⁵³. Bastiat fait l'hypothèse que, à la suite d'un accident, la vitre de la fenêtre d'un consommateur se retrouve brisée et doit être remplacée. L'argent ainsi dépensé contribue certes au développement de l'industrie vitrière, mais un tel acte empêche un autre emploi de cette même somme. Il n'y aurait ainsi aucun intérêt, du point de vue de l'ensemble de l'industrie, à produire des biens fragiles puisque cela aurait un effet négatif sur la variété des biens et services proposés sur un marché donné et réduirait le consommateur à « une jouissance au lieu de deux »⁵⁴.

Cette théorie présente certes l'avantage de permettre la considération des implications 12.31 économiques d'un allongement de la durée d'utilisation sous un angle positif, mais elle prête également le flanc à la critique. En particulier, elle s'inscrit dans un système qui, pour reprendre la formulation utilisée par Serge Latouche, « a lié son destin à la croissance illimitée de la consommation et de la production »⁵⁵, celles-ci se trouvant simplement reportées sur d'autres secteurs commerciaux. Or, la conciliation des intérêts environnementaux et sociaux – notamment au travers de la sauvegarde à court terme des emplois – semble bien devoir passer par un changement de système⁵⁶.

Pour Suren Erkmán, tout le système industriel actuel est organisé dans le seul but d'ac- 12.32 croître la productivité et connaît comme notion centrale celle de valeur d'échange⁵⁷. Cette notion pourrait cependant être remplacée par une autre, la valeur d'utilisation. Ceci conduit Erkmán à affirmer la nécessité d'effectuer une transition vers une économie de services au sein de laquelle, ce ne serait plus les biens qui seraient vendus, mais leur utilisation⁵⁸. Les avantages à la réduction de la durée de vie des produits sont ainsi moindres alors que la durabilité et l'utilisation intensive des biens, permettant de dimi-

50 LONDON, *passim* ; LIBAERT, Consommation et controverse, 155.

51 LIBAERT, Consommation et controverse, 155.

52 *Ibid.*

53 BASTIAT, 4 ss.

54 *Ibid.*, 7.

55 LATOUCHE, Bernard London ou l'enfer des bonnes intentions, 52.

56 *Ibid.*

57 ERKMAN, 159 ss.

58 *Ibid.*

nuer la vitesse et le volume des flux des ressources, sont encouragées⁵⁹. Nous ne pouvons en outre qu'espérer qu'un tel changement fondamental des modes d'organisation économique, soucieux des ressources naturelles, le soit tout autant du ménagement de la force de travail et permette à ce que les gains de productivité soient « transformés en réduction du temps de travail »⁶⁰.

2. Enjeux sociaux

- 12.33 Les conséquences des pratiques relevant de l'obsolescence programmée sur la situation financière des consommateurs semblent évidentes, ceux-ci étant contraints de remplacer une variété de produits à une cadence artificiellement élevée. Certains auteurs font de plus l'hypothèse que l'obsolescence programmée touche plus durement les acheteurs issus de milieux précarisés. L'acquisition de certains biens particulièrement touchés par la réduction de leur durée d'utilisation, c'est-à-dire les produits électroniques et électroménagers, est en effet devenue une véritable nécessité sociale et professionnelle⁶¹, qui plus est probablement récemment exacerbée par la crise liée à la pandémie du COVID-19 et la généralisation du travail à domicile et des cours à distance. Ainsi, les personnes disposant de faibles revenus se trouvent tout de même dans l'obligation de faire l'achat d'un smartphone et/ou d'un ordinateur, sous peine d'être davantage marginalisées. Or, l'idée est parfois évoquée que les biens d'entrée de gamme sont plus fragiles et donc plus susceptibles de faire l'objet d'une panne prématurée et par supposition, fatale⁶². Il convient toutefois de préciser que si nous concevons que des matériaux de moindre qualité peuvent être utilisés dans la fabrication de produits vendus à faibles prix, il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude démontrant que les biens d'entrée de gamme soient davantage touchés que les autres par les pratiques d'obsolescence programmée telles que définies dans le cadre de cet article.
- 12.34 L'augmentation du taux de renouvellement est également citée comme l'une des causes du déclin du nombre d'emplois dans le secteur de la réparation, en particulier dans le domaine des biens électroniques⁶³. Un rapport établi par l'ONG RREUSE en 2017 constatait cette tendance aux États-Unis ainsi que dans plusieurs pays européens. L'exemple de la Pologne y était notamment mis en exergue puisqu'en l'espace de deux ans, cet État a vu une diminution de 25% du nombre de personnes employées dans ce secteur⁶⁴.

59 *Ibid.*, 160.

60 LATOUCHE, Bernard London ou l'enfer des bonnes intentions, 52.

61 VASSEUR/SAUVAGE, 69.

62 LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 22 ; LIBAERT, Consommation et controverse, 155.

63 Voir notamment LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 23.

64 RREUSE Improving product durability: Policy options at EU level, 3.

3. Enjeux écologiques

L'impact écologique de la mise sur le marché de produits ayant une durée de vie réduite peut être observé aux deux extrémités du cycle de vie d'un produit. D'une part, l'augmentation de la fréquence de remplacement des biens touchés accélère la production et conduit à un prélèvement accru de matières premières, en particulier de ressources non renouvelables⁶⁵. Un téléphone portable, par exemple, peut contenir jusqu'à douze métaux différents, représentant 25% de son poids total⁶⁶. Parmi ceux-ci, le tantale, le lithium, le gallium et le cobalt⁶⁷ sont classés dans la liste 2020 des matières premières critiques établie par la Commission européenne en fonction de leur importance économique et du risque de pénurie d'approvisionnement qu'elles représentent⁶⁸. Outre l'épuisement de ces réserves naturelles, leur extraction nécessite l'excavation de grandes surfaces de terres « engendrant le défrichage des sols, l'élimination de la végétation et la destruction de terres fertiles »⁶⁹ ainsi qu'une grande consommation en eau⁷⁰. 12.35

De plus, l'approvisionnement de ces métaux est fortement concentré puisque, à titre d'exemple, la grande majorité de terres rares provient de mines chinoises⁷¹ alors que la République démocratique du Congo fournissait, en 2020, près de 60% du cobalt commercialisé au niveau mondial⁷². La répartition géographique de ces points de concentration sur tous les continents⁷³ donne lieu à une émission accrue de CO2 en lien avec leur transport, puis avec la distribution des équipements qui les contiennent⁷⁴. 12.36

Bien que cela s'éloigne quelque peu du sujet de cette contribution, nous ne pouvons aborder la question de l'extraction de minerais rares sans mentionner les enjeux humanitaires qui y sont liés. Amnesty International constatait en 2016 que 20% du cobalt 12.37

65 Dossier de presse de l'ADEME, La face cachée des objets : vers une consommation responsable, 7 ; Union des consommateurs, Pour mieux comprendre l'obsolescence programmée, 115 ; L'obsolescence programmée, symbole de la société de gaspillage, Rapport des Amis de la Terre et du CNIID, 3.

66 L'obsolescence programmée, symbole de la société de gaspillage, Rapport des Amis de la Terre et du CNIID, 3.

67 WIDMER, Où se cache l'or dans un smartphone ?, disponible sous : <<https://www.swisscom.ch/fr/magazine/numerisation/ou-se-cache-lor-dans-un-smartphone/>> (15.9.2020).

68 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 septembre 2020, Résilience des matières premières critiques : la voie à suivre pour un renforcement de la sécurité et de la durabilité, COM (2020) 474 final, 3 ss.

69 L'obsolescence programmée où les dérives de la société de consommation, Analyse du Centre Européen de la Consommation, 12. Voir également : L'obsolescence programmée, symbole de la société de gaspillage, Rapport des Amis de la Terre et du CNIID, 3.

70 Dossier de presse de l'ADEME, La face cachée des objets : vers une consommation responsable, 7.

71 98% de l'approvisionnement de l'Union européenne en terres rares provient de Chine. ΠΙΤΡΟΝ, 39 ; Communication de la Commission européenne, COM (2020) 474 final, 4.

72 Alors que 44% de la production mondiale de lithium provient du Chili. Communication de la Commission européenne, COM (2020) 474 final, 21.

73 Communication de la Commission européenne, COM (2020) 474 final, 5.

74 Dossier de presse de l'ADEME, La face cachée des objets : vers une consommation responsable, 7.

extrait en République démocratique du Congo provenait de mines artisanales dans lesquelles travaillaient de nombreux enfants⁷⁵. Le matériel élémentaire permettant d'assurer la sécurité et la protection de la santé des mineurs ne leur était d'autre part pas fourni, 80 mineurs artisanaux étant décédés sous terre en l'espace d'une année dans le sud de la RDC⁷⁶. Le commerce de minerais permet également, dans certains pays, le financement de groupes armés et l'alimentation du travail forcé⁷⁷.

- 12.38 À l'enchevêtrement des problématiques écologiques et humanitaires complexes entourant la production de matériel électronique et électrique, s'ajoutent encore les difficultés afférentes à leur élimination puisque le renouvellement constant de produits entraîne un accroissement de déchets dont la gestion comporte son lot de dangers, tant pour l'environnement que pour la santé publique⁷⁸. La quantité mondiale de déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) atteignait ainsi un niveau record en 2019, représentant 53.6 millions de tonnes⁷⁹. Et, malgré le fait que, du moins au sein de l'Union européenne, le traitement des déchets soit encadré par plusieurs textes normatifs⁸⁰, un rapport de l'Union internationale des télécommunications de 2017 concluait que seuls 20% des DEEE *étaient recyclés* par le biais des canaux appropriés⁸¹, une grande partie de ceux-ci échappant aux filières agréées et terminant dans des décharges en Afrique ou en Asie⁸².
- 12.39 Officiellement, les importations de matériel électronique dans divers États africains sont destinées à la réutilisation. Des études menées au Ghana ont cependant démontré que, pour l'année 2009, 30% des équipements électriques et électroniques importés

75 AMNESTY INTERNATIONAL, Le travail des enfants derrière la production de smartphones et de voitures électriques, disponible sous : <<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2016/01/child-labour-behind-smart-phone-and-electric-car-batteries/>> (15.9.2020).

76 *Ibid.*

77 Explication du Règlement de l'Union européenne relatif aux minerais provenant de zones de conflit, disponible sous : <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/conflict-minerals-regulation/regulation-explained/index_fr.htm> (15.9.2020) destiné à entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2021 et visant à ce que les importateurs de quatre minerais issus de manière prédominante de zones de conflits respectent les normes internationales en matière d'approvisionnement responsable élaborées par l'OCDE.

78 LIBAERT, Déprogrammer l'obsolescence, 21.

79 Global e-waste monitor (<<https://www.itu.int/en/ITU-D/Environment/Pages/Spotlight/Global-Ewaste-Monitor-2020.aspx>> [28.9.2020]).

80 Règlement 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets (JO L 190 du 12.7.2006, 1-98) ; Règlement 1418/2007 de la Commission du 29 novembre 2007 concernant l'exportation de certains déchets destinés à être valorisés, énumérés à l'annexe III ou IIIA du règlement 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil vers certains pays auxquels la décision de l'OCDE sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets ne s'applique pas (JO L 316 du 4.12.2007, 6-52).

81 Suivi des déchets d'équipements électriques et électroniques à l'échelle mondiale 2017, quantité, flux et ressources, Rapport de l'Université des Nations Unies, 2.

82 Quatre pays sont particulièrement concernés, à savoir la Chine, l'Inde, le Nigéria et le Ghana. Les dessous du recyclage, 10 ans de suivi de la filière des déchets électriques et électroniques en France, Rapport des Amis de la Terre, 24.

n'étaient plus en état de fonctionnement et devaient être donc considérés comme des déchets⁸³. Il était ainsi estimé en 2012 que cinq pays africains⁸⁴ avaient, cumulativement, vu l'entrée « illégale » sur leur territoire de quelque 250 000 tonnes de déchets électroniques⁸⁵. Dans la plupart de ces pays, la gestion des DEEE consiste au démontage manuel de cartes électroniques dans un but de revente et brûlage des câbles à ciel ouvert afin de récupérer le cuivre, l'aluminium et le fer qu'ils contiennent⁸⁶. Ces activités, habituellement informelles, débouchent sur une pollution sévère de l'environnement et posent également d'importants problèmes de santé publique⁸⁷.

4. Synthèse

Les paragraphes qui précèdent ne donnent qu'un aperçu incomplet des implications tentaculaires – économiques, sociales, humanitaires et environnementales – d'une limitation de la durée de vie des biens, en particulier électriques, électroniques et électroménagers. La diversité et la multitude des impacts générés par l'obsolescence prématurée font ainsi écho à la variété des techniques susceptibles d'être mises en œuvre afin de réduire la durée de vie des produits. 12.40

Face à une telle situation, la réponse juridique peut – voire, doit – être pluridisciplinaire et, dans ce contexte, la question se pose de savoir quel peut être le rôle des normes pénales. 12.41

V. Pénalisation de l'obsolescence programmée ; l'exemple de la France

Après une brève contextualisation (1) les différents éléments constitutifs du délit d'obsolescence programmée seront examinés afin d'identifier les possibles obstacles à son application et d'interroger son effectivité (2). 12.42

1. Quelques généralités

S'il est question d'adopter, au niveau européen, diverses lois ayant pour but de lutter contre les pratiques affectant la durabilité des biens de consommation, seule la France a, pour l'heure, érigé l'obsolescence programmée en infraction pénale⁸⁸. Adoptée dans 12.43

83 DEE en Afrique : État des lieux, Résultats du programme e-waste Africa de la convention de Bâle, Rapport du Secrétariat de la Convention de Bâle, 10.

84 À savoir le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Liberia et le Nigeria. DEE en Afrique : État des lieux, Résultats du programme e-waste Africa de la convention de Bâle, Rapport du Secrétariat de la Convention de Bâle, 45.

85 *Ibid.*

86 Suivi des déchets d'équipements électriques et électroniques à l'échelle mondiale 2017, quantité, flux et ressources, Rapport de l'Université des Nations Unies, 62.

87 *Ibid.* ; DEE en Afrique : État des lieux, Résultats du programme e-waste Africa de la Convention de Bâle, Rapport du Secrétariat de la Convention de Bâle, 10.

88 LIBAERT, Pour une consommation durable en phase avec les enjeux européens, Rapport de décembre 2018 remis au ministère de la Transition écologique, 4 ; HOP, Bientôt une loi contre l'ob-

le cadre de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte et entrée en vigueur en 2015, cette disposition s'inscrit dans le cadre d'une politique plus large visant à réduire l'impact environnemental des produits⁸⁹. Dans ce but, le législateur français a jugé opportun de rendre les pratiques d'obsolescence programmée punissables de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300 000 euros, ce montant pouvant être augmenté, en proportion des avantages tirés du délit, à 5% du chiffre d'affaires annuel moyen, calculé sur la base des trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits⁹⁰.

2. Éléments constitutifs de l'infraction

a) Réduction de la durée de vie d'un produit au moyen de « techniques »

- 12.44 À titre liminaire il convient de préciser que, comme le souligne Geissbühler, afin de pouvoir parler d'obsolescence programmée, la réduction de la durée de vie doit être systématique, autrement dit, tous les produits d'une même série doivent en être affectés⁹¹. Si seuls un ou quelques exemplaires se trouvent atteints, il convient d'agir par le biais d'actions civiles, voire selon les circonstances du cas d'espèce, de faire valoir la réalisation d'autres infractions pénales.
- 12.45 Comme il l'a été exposé plus haut (III, 1), l'article du Code de la consommation français entré en vigueur en 2015 stipulait laconiquement que la réduction de la durée de vie d'un produit doit résulter de « techniques »⁹², sans davantage de précision sur la nature desdites techniques, celles-ci pouvant pourtant prendre des formes fort variées. Cette formulation est le résultat de longs débats entre les chambres parlementaires françaises. Une version alternative du texte de loi, proposée par le Sénat, comportait la phrase additionnelle suivante : « Ces techniques peuvent comprendre l'introduction volontaire d'une déféctuosité, d'une fragilité, d'un arrêt programmé ou prématuré, d'une limitation technique, d'une impossibilité de réparer, en raison du caractère indémontable de l'appareil ou de l'absence de pièces détachées essentielles au fonctionnement de ce dernier, ou d'une incompatibilité »⁹³.
- 12.46 Selon certains sénateurs, cette liste non exhaustive des différents types d'obsolescence programmée avait le mérite d'éviter toute ambiguïté et aurait pu contribuer à garantir la pleine effectivité « tant de l'objectif de lutte contre l'obsolescence programmée que de

obsolescence programmée en Colombie ?, disponible sous : <<https://www.halteobsolescence.org/bien-tot-une-loi-contre-l'obsolescence-programmee-en-colombie/>> (15.12.2020).

89 La loi de transition énergétique pour la croissance verte en action, dossier du ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, 22.

90 Art. L454-6 aCCons.

91 GEISSBÜHLER, 141.

92 Art. L441-2 CCons.

93 Sénat français, Séance du 10.7.2015, compte rendu intégral des débats, disponible sous : <<http://www.senat.fr>> (25.9.2020)

la sanction qui lui est attachée»⁹⁴. Ils estimaient que si la nature des techniques employées restait vague, la norme ne saurait être opérationnelle et pourrait conduire à une insécurité juridique pour les producteurs⁹⁵. L'argument qui leur a été opposé consistait à soutenir que la formulation finalement choisie et la définition de l'infraction en termes généraux permettaient de couvrir un plus large éventail de pratiques et de prendre en compte d'éventuels procédés marginaux⁹⁶.

Nous ne pouvons que nous rallier à ce raisonnement d'autant plus que, la liste proposée n'ayant dans tous les cas, pas vocation à être exhaustive et comportant des notions imprécises telle que celles de fragilité ou encore de limitation technique, nous peinons à voir dans quelle mesure elle aurait été apte à garantir un degré de prévisibilité plus élevé. Il convient toutefois de préciser que le texte de l'art. L441-2 CCons a depuis lors été modifié et précise désormais que les techniques en question peuvent y compris être « logicielles » cela afin d'intégrer sans équivoque l'obsolescence logicielle dans la définition légale de l'obsolescence programmée⁹⁷. 12.47

Il est cependant possible qu'un autre aspect central contrevienne au principe de la sécurité juridique ainsi qu'au principe de la légalité. Ce premier élément constitutif implique en effet la détermination d'une durée de vie usuelle ou attendue afin de pouvoir apprécier le cas échéant, l'éventuel caractère réduit de celle-ci. L'établissement d'une telle durée peut se révéler éminemment complexe et fait intervenir des notions diverses se référant chacune à des réalités différentes. En outre, selon les auteurs, le concept de « durée de vie » peut varier. Il est ainsi important d'établir un langage commun sur cette question, d'une part dans le cadre du présent article, mais également au sein du débat politique et des diverses législations. Constatant qu'il n'existait aucune définition harmonisée de la notion de durée de vie, l'Agence de la transition écologique (ADEME) a entrepris un tel travail en 2012 déjà⁹⁸. 12.48

La « durée de vie » d'un bien peut renvoyer, essentiellement, à quatre idées distinctes exposées ci-dessous. 12.49

- **La durée de vie normative** correspond à « la durée moyenne de fonctionnement mesurée dans des conditions spécifiques de test »⁹⁹. Il existe en effet des tests de fiabilité établis par divers organismes¹⁰⁰ permettant d'établir le temps moyen de fonctionnement d'un appareil avant une première panne. Cette durée peut être 12.50

94 *Ibid.*, intervention de Évelyne Didier.

95 *Ibid.*, interventions de Gérard Miquel et Évelyne Didier.

96 *Ibid.*, intervention de Ségolène Royale.

97 Art. L441-2 CCons ; Comptes rendus de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du 16 décembre 2020, disponible sous : <<http://www.senat.fr>> (5.5.2022).

98 Voir l'Étude de l'ADEME sur l'Allongement de la durée de vie des produits.

99 Étude de l'ADEME sur l'Allongement de la durée de vie des produits, 11.

100 Par exemple AFNOR, CENELEC ou IEC, en France.

appréciée de manière temporelle ou en termes de nombre de cycles, selon le produit considéré¹⁰¹.

- **La durée d'usage** représente le laps de temps pendant lequel « le produit est utilisé, en état de marche et prêt à l'emploi, par un utilisateur donné »¹⁰². La durée d'usage est donc propre à un utilisateur ou à un foyer et exclut en outre les cas où un appareil, en théorie encore fonctionnel, serait conservé sans être toutefois utilisé, un appareil stocké de la sorte ne pouvant être considéré comme étant prêt à l'emploi.
- **La durée de détention totale** correspond au temps écoulé entre l'acquisition d'un objet neuf par un premier consommateur et son passage au statut de déchet, ceci quel que soit son état de fonctionnement. Elle inclut ainsi la possible réparation et le réemploi et tient compte des éventuels délais de stockage¹⁰³. Il s'agit en d'autres termes, de la durée de vie totale d'un bien, de son acquisition neuve à son élimination.
- **La durée d'existence** est une notion se rapprochant de la durée de détention totale puisqu'elle prend en compte la durée comprise entre la fin de la fabrication d'un produit et son élimination ou son recyclage¹⁰⁴. Ainsi, et contrairement à la durée de détention totale, elle inclut d'une part, la durée comprise entre la fin de la production et l'achat neuf et d'autre part, une éventuelle réutilisation du bien après son passage au statut de déchet¹⁰⁵.

12.51 Cette classification, établie originellement par l'ADEME, ainsi que la terminologie utilisée ne sont toutefois que des exemples parmi une pléthore de définitions cherchant à clarifier la notion de durée de vie d'un bien de consommation. En Suisse, le CF considère que la durée de vie d'un produit doit se comprendre comme dépendant de son exécution technique. La durée de vie technique « correspond à la durée de référence choisie au moment de sa conception, pendant laquelle le produit doit pouvoir fonctionner irréprochablement s'il est utilisé de manière adéquate. Elle prend fin au moment où le produit ne peut plus remplir sa fonction du fait de son vieillissement ». Cette durée de vie technique est à distinguer de la durée d'utilisation qui correspond à la période pendant laquelle le bien est utilisé ou mis à contribution, voire la période pendant laquelle le consommateur conserve un intérêt pour le bien en question¹⁰⁶. Celle-ci étant inextricablement liée à la question de l'obsolescence programmée, elle se doit cependant d'être claire et univoque.

101 Ou MTTF pour *mean time to failure*. Ces tests permettent également la mesure d'autres paramètres, tels que notamment le temps moyen entre les pannes (ou MTBF pour *mean time between failures*) ou le temps moyen nécessaire à la réparation (MTTR pour *mean time to repair*).

102 Étude de l'ADEME sur l'Allongement de la durée de vie des produits, 11.

103 *Ibid.*, 12.

104 *Ibid.* ; VASSEUR/SAUVAGE, 23.

105 Étude de l'ADEME sur l'Allongement de la durée de vie des produits, 12.

106 Rapport du Conseil fédéral du 28.11.2014, 8.

Dans son rapport sur la définition juridique de l'obsolescence programmée, le gouvernement français estime que les pratiques visant à réduire la durée de vie des produits interviennent au niveau de la durée de vie normative et entraînent une limitation de la durée d'usage. Il précise ensuite que cela signifie que les cas d'obsolescence programmée impliquent « des pratiques visant, dès la conception des produits, à en limiter la durée d'usage »¹⁰⁷. La mention d'un stratagème mis en place dès la phase de design, alors même qu'une telle exigence n'est pas contenue dans la loi, est pour le moins surprenante – et regrettable – puisqu'une telle approche aurait pour effet de restreindre le champ d'application de la norme pénale aux seules techniques relevant de l'obsolescence directe et ne fait qu'ajouter à la confusion entourant le concept de durée de vie. 12.52

Il existe de plus, comme mentionné, de nombreux standards de test et il ne semble pas que des mécanismes permettant d'identifier celui ou ceux auxquels il s'agirait de se référer afin d'établir la durée de vie attendue d'un bien ou d'une catégorie de biens soient donnés. Il en résulte une notion de durée de vie floue qui pourrait appuyer l'argument selon lequel, du moins en l'absence d'interprétation par les tribunaux, cette disposition n'atteint pas le degré de précision nécessaire au prononcé d'une sanction pénale, en application du principe de la légalité des délits et des peines¹⁰⁸. 12.53

Il convient cependant encore de noter que le délit d'obsolescence programmée est une infraction formelle, ce qui signifie que la simple mise en œuvre de techniques visant à réduire la durée de vie d'un produit et apte à le faire suffit à réaliser l'infraction, indépendamment de tout résultat concret¹⁰⁹. 12.54

b) Réduction délibérée de la durée de vie d'un produit

La loi pose ensuite la condition d'une limitation délibérée de la durabilité d'un bien. Cela signifie donc que le fabricant doit avoir agi intentionnellement¹¹⁰, la formulation de la disposition ainsi que la *ratio legis* permettant d'affirmer que le dol éventuel – ou le dol indéterminé – ne suffit probablement pas. Il convient en effet de préciser que certains auteurs français distinguent parfois le dol éventuel, compris comme étant le cas où 12.55

107 Rapport du Gouvernement français au Parlement sur l'obsolescence programmée, sa définition juridique et ses enjeux économiques, 14.

108 La Cour européenne des droits de l'homme établit dans sa jurisprudence constante qu'il résulte du principe de la légalité des délits et des peines qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. « Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ». Voir CourEDH, arrêt *Maktouf et Damjanovic c. Bosnie-Herzégovine* du 18.7.2013, requêtes n°2312/08 et 34179/08, § 66 ; CourEDH, arrêt *Radio France et autres c. France* du 30.3.2004, requête n°53984/00, § 20 ; Art. 7 CEDH. Voir également PIN, Droit pénal général, 51.

109 VASSEUR/SAUVAGE, 19 ; DREYER, 617.

110 La majorité des auteurs définissent l'intention, telle que comprise dans le cadre du droit pénal français, comme étant la volonté de commettre le fait prohibé par la loi accompagné de la conscience, chez l'auteur, d'accomplir l'acte illicite. Voir LEROY, 224 ; BOULOC, 257.

l'auteur envisage le résultat, mais est convaincu qu'il parviendra à l'éviter, du dol indéterminé. Dans ce dernier cas, l'auteur tient le résultat pour possible et accepte son éventuelle survenance¹¹¹. Quoiqu'il en soit, si la disposition étudiée vise certes à réprimer les pratiques réduisant artificiellement la durée de vie de produits, elle ne saurait en revanche empêcher les producteurs de choisir librement leurs matériaux de production ou leurs designs en fonction de considérations économiques, quand bien même ces choix aboutiraient à la commercialisation de biens d'une plus grande fragilité.

- 12.56 La preuve de cette intention peut être particulièrement difficile à apporter et nécessite de faire appel à des experts capables d'identifier les techniques utilisées pour mettre en œuvre un type donné d'obsolescence programmée et de démontrer qu'un choix industriel particulier « ne peut être justifié par d'autres raisons qu'une volonté de réduire intentionnellement la durée de vie du produit »¹¹².
- 12.57 Dans les cas où un dispositif, telle une puce, a été introduit dans un bien de consommation afin d'en interrompre le bon fonctionnement après un certain nombre d'utilisations, il est en effet concevable qu'une expertise parvienne à établir une telle intention. Cependant, cette forme d'obsolescence programmée directe semble demeurer assez rare¹¹³.
- 12.58 Dans les autres cas, en particulier ceux relevant de l'obsolescence indirecte ou logicielle, il est probable que la seule possibilité de dévoiler et de prouver l'intention de limiter la durée de vie serait de compter sur d'éventuels lanceurs d'alerte, d'espérer des aveux ou de s'appuyer sur les témoignages d'employés en mesure de révéler des faits ou documents pertinents¹¹⁴.

c) Condition supprimée : But d'augmentation du taux de remplacement

- 12.59 Jusqu'à sa modification, entrée en vigueur en novembre 2021, la loi posait un second critère d'intentionnalité en exigeant que la condition d'une réduction de la durée de vie **poursuivant un objectif d'augmentation du taux de remplacement soit remplie**. Cette exigence représentait un obstacle majeur à l'effectivité de la norme puisque la preuve d'un tel mobile était quasiment impossible à apporter. Comme le soulignent Vasseur/Sauvage, on ne pouvait attendre du juge des aptitudes télépathiques lui permettant de lire dans les esprits afin de connaître les motivations présidant aux choix opérés par les fabricants¹¹⁵.

111 Voir LEROY, Droit pénal général, 226.

112 MEUNIER, De l'utilité et de la preuve de l'obsolescence programmée, disponible sous : <<https://www.greenit.fr/2017/10/31/de-lutilite-de-preuve-delit-dobsolescence-programmee/>> (28.9.2020).

113 VASSEUR/SAUVAGE, 40.

114 MEUNIER, De l'utilité et de la preuve de l'obsolescence programmée, *op. cit.* 110.

115 VASSEUR/SAUVAGE, 20.

Bien que certaines infractions subordonnent leur consommation à l'existence d'un motif particulier¹¹⁶, il s'agit d'exceptions. Le principe prévalant en droit pénal français tend à considérer le mobile comme inopérant, celui-ci ne jouant aucun rôle dans la qualification de l'infraction, ni comme élément constitutif ni comme fait justificatif¹¹⁷. Il était ainsi malheureux que la lettre de la loi conditionne la réalisation du délit d'obsolescence programmée à l'existence d'un mobile particulier, bien que certains auteurs considéraient cependant possible que le juge puisse « déduire ce mobile de la seule réduction délibérée de la durée de vie du produit, augmentant ainsi l'effectivité (...) de la répression »¹¹⁸. 12.60

Pour les raisons exposées ci-dessus et constatant que le délit d'obsolescence programmée était « totalement inapplicable »¹¹⁹, le Sénat français a décidé de le redéfinir en supprimant cette condition, dans l'espoir que cela améliore l'effectivité de la norme¹²⁰.

3. Synthèse

Le constat reste cependant indéniable : l'application de la législation pénalisant les pratiques d'obsolescence programmée comporte son lot de difficultés. En particulier, il découle de ses deux principales conditions d'application que les obstacles entravant l'effectivité de cette disposition peuvent être regroupés en deux catégories distinctes : soit les notions utilisées ne sont pas suffisamment précises, soit les éléments de l'infraction sont difficiles à prouver. 12.61

Cela explique peut-être pourquoi elle n'a, à ce jour, encore jamais été appliquée. En effet, lorsqu'elles ont été confrontées, en 2018, à une plainte pénale contre Apple France pour obsolescence programmée, tromperie¹²¹, et tout autre chef que l'enquête aurait pu permettre d'identifier¹²², les autorités françaises ont mené une enquête de deux ans qui a conclu que certaines mises à jour d'iOS « étaient susceptibles de conduire à un ralentissement du fonctionnement de leur appareil ». Il était en outre précisé que « ces mises à jour comportaient un dispositif de gestion dynamique de l'alimentation qui pouvait, sous certaines conditions, et notamment lorsque les batteries étaient anciennes, ralentir le fonctionnement des modèles 6, SE et 7 des iPhones. Dans l'incapacité de revenir à la version précédente du système d'exploitation, de nombreux consommateurs auraient été contraints de changer de batterie voire même d'acheter un nouveau téléphone ». Sur 12.62

116 Nous pouvons citer, à titre d'exemple, l'art. 317-7 du Code pénal français.

117 BOULOC, 259 ss ; PIN, 197 ss.

118 VASSEUR/SAUVAGE, 20.

119 Intervention de François Bonhomme, Compte rendu intégral des débats, Séance du 12 janvier 2021, disponible sous : <<http://www.senat.fr>> (5.5.2022).

120 Comptes rendus de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du 16 décembre 2020, disponible sous : <<http://www.senat.fr>> (5.5.2022).

121 Au sens de l'art. L441-1 CCons.

122 <<https://www.halteobsolescence.org/hop-porte-plainte-contre-apple-obsolescence-programmee/>> (13.12.2020).

la base de ces conclusions, les autorités ont préféré condamner le fabricant pour le défaut d'informations des consommateurs – les risques liés aux mises à jour n'ayant pas été portés à leur connaissance par Apple – constitutif d'une pratique commerciale trompeuse¹²³, plutôt que de retenir pour la première fois l'infraction d'obsolescence programmée¹²⁴.

Il sera cependant intéressant d'observer l'impact qu'aura la suppression récente de l'élément d'intentionnalité portant sur l'augmentation du taux de remplacement sur l'applicabilité de l'art. L441-2 CCons.

- 12.63 Les difficultés d'application évoquées ne signifient pas que la pénalisation des pratiques d'obsolescence programmée est dénuée de sens. Comme il est parfois souligné, l'adoption d'une telle loi a une valeur symbolique puisqu'elle reflète la sensibilisation de l'État à ces problématiques¹²⁵, les pratiques limitant la durée de vie des produits se retrouvant officiellement reconnus et désapprouvés.
- 12.64 Un autre argument en faveur de la pénalisation consiste à soutenir qu'une telle disposition peut avoir un effet dissuasif pour les fabricants¹²⁶. S'il est possible que cela puisse effectivement être le cas immédiatement après son entrée en vigueur, plus le temps s'écoule sans que la loi ne soit appliquée, plus sa capacité de prévention générale se trouve réduite. La thèse « béccarienne » selon laquelle ce n'est pas tant la sévérité de la sanction que sa certitude qui empêche le plus sûrement les infractions vient appuyer cette observation¹²⁷.
- 12.65 Dans ce contexte, la sanction pénale attachée au délit d'obsolescence programmée se retrouve réduite à sa seule fonction « socio-pédagogique »¹²⁸ définie comme étant l'expression symbolique envers la société de « l'attachement témoigné à l'égard de certaines normes [...] et à l'égard des valeurs qu'elles consacrent »¹²⁹.

VI. Situation en Suisse

- 12.66 La Suisse ne connaît pas de législation pénale similaire à celle en vigueur en France. Plus largement, il n'existe, dans notre ordre juridique, aucune disposition légale traitant spécifiquement de l'obsolescence programmée. Dans le but de remédier à cette situa-

123 Art. L121-2ss CCons.

124 DGCCRF Transaction avec le groupe Apple pour pratique commerciale trompeuse, disponible sous : <<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse>> (28.9.2020). Cette procédure a finalement abouti à une transaction, Apple acceptant de payer une amende de 25 millions d'euros et de publier un communiqué de presse sur son site internet pendant un mois.

125 MEUNIER, De l'utilité et de la preuve de l'obsolescence programmée, *op. cit.* 110.

126 *Ibid.*

127 BECCARIA, 125.

128 VAN DE KERCHOVE, 30.

129 *Ibid.*

tion, un postulat visant à protéger les consommateurs helvétiques contre l'obsolescence programmée a été déposé au Conseil national en début d'année 2018¹³⁰. Il charge le Conseil fédéral de se prononcer sur le niveau de protection dont bénéficient actuellement les consommateurs ainsi que sur l'opportunité de la création d'une loi spécifique. Il demande également au gouvernement d'examiner les possibilités d'adoption de mesures telles que la prolongation de la durée de la garantie légale ou encore l'affichage d'un indice de réparabilité sur les produits¹³¹.

L'absence d'une norme pénale spéciale n'est pas nécessairement corrélée à une impossibilité de répression, les pratiques relevant de l'obsolescence programmée pouvant également être constitutives d'infractions existantes. Une plainte pénale pour infraction à l'art. 23 LCD¹³² a ainsi été déposée contre Apple en 2018 par l'association NoOPS. Il y était reproché à l'entreprise de biens électroniques d'avoir agi de façon déloyale au sens de l'art. 3 al. 1 let. b et i LCD. Selon les plaignants, Apple aurait, à travers la mise à jour du logiciel d'exploitation, « trompé sa clientèle sur la qualité réelle de ses produits et dissimulé le problème inhérent aux batteries, dans le dessein de préserver l'image de ses appareils téléphoniques »¹³³. Considérant qu'aucune infraction pénale n'était réalisée, le ministère public genevois a rendu « sans autre investigation »¹³⁴ une ordonnance de non-entrée en matière. 12.67

Amenée à se prononcer suite au recours formé par NoOPS, la Cour de justice du canton de Genève a estimé que l'association ne bénéficiait pas de la qualité pour recourir en matière de violation de la LCD, ne justifiant pas d'une importance régionale au sens de l'art. 10 al. 2 let. b LCD¹³⁵. En dépit de cette conclusion, l'autorité judiciaire genevoise s'est tout de même prononcée sur la question de fond, estimant qu'aucune information inexacte ou fallacieuse portant sur les performances des batteries de téléphones n'avait été donnée par le fabricant, celui-ci n'ayant pas vanté ni promis de vitesse d'exécution particulière et n'ayant en outre « aucun devoir d'information spontanée portant sur les prestations amoindries qui résulteraient de la mise à jour proposée »¹³⁶. 12.68

Cette prise de position ainsi que l'argumentation qui la fonde sont cependant déconcertantes et mettent en exergue l'inexpérience d'une autorité suisse confrontée aux problématiques complexes soulevées par les pratiques d'obsolescence programmée. 12.69

Bien que les motivations données par la Cour de justice à l'appui de la négation de l'existence d'un devoir d'information spontanée incombant à Apple soient laconiques, 12.70

130 Postulat Marchand-Balet 18.3248 du 15.3.2018.

131 *Ibid.*

132 Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241).

133 CJ GE, ACPR, 4.3.2019, 166, c. D.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*, c.2.2.

136 *Ibid.*, c.3.3.

elle semble faire une analyse erronée de la portée de l'art. 3 al. 1 let. i LCD. En effet, la majorité de la doctrine s'accorde à considérer qu'une telle obligation d'information peut être déduite de cette disposition¹³⁷, cette position étant en particulier défendue par Kuonen, pourtant étonnement cité en soutien de l'opinion inverse dans la décision rendue par l'autorité judiciaire genevoise¹³⁸. Le Message accompagnant la révision de la LCD vient appuyer l'interprétation majoritaire, en ce qu'il indique qu'une tromperie au sens de l'art. 3 al. 1 let. i LCD peut être retenue en cas d'absence d'indication¹³⁹, l'inclusion d'une telle omission dans le champ d'application de cette norme fondant de fait une obligation d'information spontanée.

- 12.71 Il convient de souligner ici l'existence d'une controverse essentiellement dogmatique, puisqu'il est parfois considéré que seul l'art. 3 al. 1 let. i LCD traite de la tromperie par omission et apporte ainsi un complément à l'art. 3 al. 1 let. b LCD¹⁴⁰, alors que certains auteurs de doctrine estiment quant à eux que les champs d'application des art. 3 al. 1 let. b et i LCD se recoupent, la let. b permettant également d'appréhender les cas d'omission¹⁴¹ et, partant, de fonder un devoir d'information spontanée. En ce qui nous concerne, il ne nous paraît pas souhaitable de limiter la portée de l'art. 3 al. 1 let. b LCD par la let. i de la même disposition, car, comme le relève Kuonen, le fait de garder le silence sur un point donné peut être assimilé, dans certains cas, à une indication par acte concluant¹⁴², rendant illusoire toute délimitation stricte entre les champs d'application des let. b et i de l'art. 3 al. 1 LCD.
- 12.72 Si l'existence d'un devoir d'information spontanée, pouvant se fonder tant sur la let. b que sur la let. i de l'art. 3 al. 1 LCD, est ainsi largement reconnue, il s'agit encore d'en déterminer l'étendue. À cet égard, il est généralement considéré que la portée de l'obligation d'information doit être évaluée en fonction des indications qu'un consommateur moyen peut raisonnablement s'attendre à recevoir¹⁴³. En revanche, la doctrine tend à ne pas admettre une application extensive du devoir d'information à tous les éléments susceptibles d'influer, d'une manière ou d'une autre, sur la décision du consommateur d'acquiescer un bien ou un service donné¹⁴⁴ au motif que, comme le souligne Berger, la fourniture d'indications portant sur des paramètres aussi larges se heurte à une impossibilité matérielle¹⁴⁵, certains facteurs pourtant aptes à influencer le choix des consom-

137 BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i, N 5 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i, N 5.

138 Voir CJ GE, ACPR, 4.3.2019, 166, c.3.3 et CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i, N 5.

139 Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1037, 1101.

140 Voir TC ZG, sic! 2010 364, c. 12.1.

141 CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i, N 2 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i, N 3.

142 CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i, N 2.

143 BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i, N 5 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i, N 5.

144 *Ibid.*

145 BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i, N 5.

mateurs ne pouvant faire l'objet d'informations factuelles¹⁴⁶. Le texte de la Directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales retient, lui, l'existence d'une omission trompeuse si une information *substantielle* dont le consommateur moyen a besoin en vue de prendre une décision commerciale en toute connaissance de cause est tue¹⁴⁷. L'art. 7 par. 4 de la Directive énumère les informations tenues pour substantielles dans les cas d'invitations à l'achat, les indications relatives aux communications commerciales prévues par le droit communautaire revêtant également cette qualité¹⁴⁸. Dans tous les cas, il ne s'agit pas de fournir des indications portant sur chaque aspect propre à influencer les consommateurs, mais bien de dévoiler les informations clefs nécessaires à une prise de décision.

La question qui se pose dès lors est celle de savoir si un consommateur peut s'attendre de bonne foi à être informé des répercussions négatives qu'une mise à jour du système d'exploitation de l'un de ses appareils électroniques peut avoir sur son fonctionnement. Dans la mesure où une telle opération a communément pour objectif l'amélioration des performances et des fonctionnalités ainsi que la correction de *bugs*, nous sommes d'avis, contrairement à la position adoptée dans la décision genevoise, qu'un utilisateur peut raisonnablement espérer recevoir des indications quant aux risques qu'une mise à jour aboutisse à un résultat opposé à celui qu'elle poursuit, une telle information jouant en outre un rôle fondamental dans sa prise de décision. 12.73

Fort de ce qui précède, nous ne pouvons que regretter l'appréciation hâtive effectuée par la Cour de justice qui, en affirmant qu'aucun devoir d'information spontanée n'incombait à l'entreprise Apple car « en termes de concurrence économique [il est difficilement concevable] qu'un fabricant doive spontanément déclarer les imperfections de ses produits »¹⁴⁹, fait fi de la *ratio legis* de l'art. 3 al. 1 let. i LCD, cette disposition ayant été adoptée dans le but de garantir une meilleure transparence des offres¹⁵⁰ et ignore l'objectif de protection des consommateurs assigné à la LCD au même titre que la garantie d'une concurrence libre et loyale¹⁵¹. 12.74

En conséquence, nous sommes d'avis que le volet pénal de la LCD peut, dans certains cas, être en mesure d'appréhender le manque de communication des entreprises quant à la durabilité de leurs produits. Si une appréciation au cas par cas est évidemment nécessaire, une telle approche nous semble en tout cas possible pour des pratiques relevant de l'obsolescence logicielle et de l'obsolescence directe puisque, dans cette der- 12.75

146 *Ibid.*

147 Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, art. 7 par. 1.

148 *Ibid.*, art. 7 par. 5.

149 CJ GE, ACPR, 4.3.2019, 166, c.3.3.

150 Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1037, 1101.

151 BO CN 1985 817 ; BSK UWG-HILTY art. 1, N 107 et 109.

nière hypothèse, les consommateurs devraient également pouvoir s'attendre, de bonne foi, à être informés de l'existence d'un élément susceptible de bloquer le fonctionnement ou de réduire les performances d'un produit après un certain nombre d'usages, quand bien même le dispositif en question poursuivrait également d'autres buts. L'extension de cette réflexion aux cas d'obsolescence indirecte semble cependant plus ardue. En effet, en l'absence d'une réglementation imposant aux fabricants de faire connaître les possibilités de réparation des biens qu'ils proposent (voir VII), il nous paraît difficilement soutenable de considérer que les consommateurs puissent avoir droit à des informations portant sur ces questions.

- 12.76 Il n'en reste pas moins que, comme examinée *infra* (VII), l'obligation d'information spontanée des fabricants constitue un fondement juridique utilisé à l'étranger afin de prononcer des sanctions.

VII. Autres moyens d'action

- 12.77 Il paraît désormais établi que, malgré l'effectivité toute relative des normes réprimant l'obsolescence programmée, voire l'inexistence pure et simple d'une telle législation, d'autres moyens de sanctionner les entreprises qui limitent la durabilité des biens qu'elles produisent peuvent être imaginés.
- 12.78 Comme nous l'avons vu préalablement (V, III), un défaut d'information des consommateurs a été retenu contre Apple en France. Il s'agit toutefois d'un moyen quelque peu détourné de réprimer les pratiques d'obsolescence programmée puisque ce n'est pas la réduction de la durée de vie qui est constitutive de l'infraction, mais le manque de transparence du fabricant à cet égard. En Italie, les mêmes faits ont également conduit l'autorité de la concurrence à sanctionner les entreprises Apple et Samsung pour la mise en œuvre de pratiques commerciales malhonnêtes¹⁵², celles-ci prenant, dans le cas impliquant Apple, deux formes distinctes. D'une part, les informations fournies aux utilisateurs de certains modèles de téléphones donnés quant aux possibles conséquences de la mise à jour du système d'exploitation ont également été jugées insuffisantes. Et, d'autre part, il a été considéré qu'Apple avait mené une importante campagne dite de « *upgrade selling* », soit des propositions insistantes faites aux consommateurs en vue de leur faire installer la mise à jour¹⁵³. S'il ne s'agit toujours pas de la répression directe de la réduction de la durée de vie, la mention de ce dernier point fait apparaître que c'est également – et de manière surprenante – une forme d'obsolescence psychologique qui est réprimée ici.

152 Bollettino 40/2018 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 176 ss.

153 *Ibid.*, 198 et 221.

Il est encore à noter que si la sanction infligée¹⁵⁴ prend la forme d'une amende administrative¹⁵⁵, les critères permettant de retenir une accusation en matière pénale sont probablement remplis¹⁵⁶. 12.79

Enfin, il convient de relever que, tout comme dans le cadre d'une éventuelle application des art. 23 LCD en lien avec l'art. 3 al. 1 let. b et i LCD, les décisions française et italienne ont pour point commun de se fonder à titre principal sur le manque de transparence des fabricants. Or, il est possible de réglementer le devoir d'informations des entreprises, spécifiquement sur la question de la durabilité, par des mesures intervenant en amont. Une résolution du Parlement européen¹⁵⁷ souligne l'importance d'un certain nombre de mesures préventives destinées à promouvoir la durabilité des produits manufacturés et à fournir des informations plus précises aux consommateurs. Dans cet esprit, la loi française anti-gaspillage pour une économie circulaire introduit diverses réglementations – dont certaines entreront en vigueur dès le mois de janvier 2021 – destinées à encourager l'allongement de la durée de vie des produits. On peut citer par exemple l'introduction d'un indice de réparabilité affiché sur certaines catégories de biens, à savoir, dans un premier temps, les lave-linges, les téléviseurs, les smartphones, les ordinateurs portables et les tondeuses à gazon et destiné à permettre aux consommateurs de savoir si le bien est réparable, difficilement réparable ou non réparable¹⁵⁸. Cette mesure sera accompagnée de la possibilité d'accès, pour les consommateurs, aux informations concernant la disponibilité des pièces détachées et de l'obligation pour les fabricants de fournir des informations sur la durée de mise à jour des logiciels d'exploitation¹⁵⁹. Ensuite, le 1^{er} janvier 2022, une extension de la garantie légale de conformité pour les appareils ayant fait l'objet d'une réparation entrera en vigueur, ainsi que des mesures permettant l'utilisation de l'impression 3D pour la réparation des produits. Ainsi, lorsqu'une pièce détachée ne sera plus disponible et sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, le fabricant devra fournir aux vendeurs ou réparateurs qui en feraient la demande, le plan de fabrication permettant une impression en trois dimensions de la pièce en question¹⁶⁰. 12.80

154 À savoir une amende de 10 millions d'euros. Bollettino 40/2018 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 222.

155 Art. 27 Codice del Consumo.

156 Compte tenu notamment du degré de sévérité de la sanction et du fait que la qualification juridique en droit national n'est pas déterminante. Pour une affaire similaire, voir CourEDH arrêt *A. Menarini Diagnostics S.R.L c. Italie* du 27.9.2011, requête n° 43509/08, § 38-44 ; CourEDH arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8.6.1976, requêtes n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, § 82.

157 Résolution 2016/2272 du 4 juillet 2017 sur une durée de vie plus longue des produits : avantages pour les consommateurs et les entreprises.

158 Document de référence du Ministère de la transition écologique, La loi anti-gaspillage dans le quotidien des Français, concrètement ça donne quoi ?, 22 ss.

159 Document de référence du Ministère de la transition écologique, La loi anti-gaspillage dans le quotidien des Français, concrètement ça donne quoi ?, 24 ss.

160 *Ibid.*, 24 et 26.

- 12.81 De nombreuses autres mesures sont encore envisageables, celles-ci étant en grande partie exposées dans le livre blanc publié par l'association HOP et contenant cinquante propositions de consommation et de production durables¹⁶¹.
- 12.82 En Suisse, une motion récemment déposée auprès du Conseil national demande l'extension du délai de garantie pour une certaine catégorie de produits, le Conseil fédéral étant chargé d'établir un projet de loi prévoyant que « l'acheteur d'un objet électronique peut, en cas de défaut non imputable à l'utilisateur et jusqu'à 5 ans après la vente, exiger du vendeur la réparation de l'objet ou son remboursement intégral »¹⁶². Si, dans son avis relatif à la motion, le CF semble se montrer plutôt défavorable à un tel allongement de la garantie légale, il indique toutefois prévoir procéder à un examen de la modernisation possible du droit de la garantie, au regard notamment des objectifs de l'économie circulaire et annonce les résultats au plus tard pour la fin de l'année 2022¹⁶³.
- 12.83 L'évaluation de l'efficacité de ces politiques ainsi que de leurs répercussions économiques nécessite un certain recul et une analyse approfondie que nous n'avons pas vocation à mener ici. Elles ont cependant le mérite d'intervenir en amont et pourraient jouer un rôle important dans la prévention des pratiques d'obsolescence programmée.

VIII. Conclusion

- 12.84 La multitude et l'importance des répercussions engendrées par le raccourcissement de la durée de vie des biens de consommation expliquent probablement l'enthousiasme et les espoirs exprimés lors de l'entrée en vigueur de la norme française érigeant ces pratiques en délit. Une telle réaction illustre bien la fonction symbolique de la menace d'une sanction pénale servant ici à conforter « les honnêtes gens » dans leurs convictions¹⁶⁴. Or, force est de constater que le manque de précision des notions qu'elle emploie ainsi que la difficulté de prouver ses éléments ont pour conséquence la faible effectivité de cette législation, seulement en mesure d'appréhender certaines techniques relevant de l'obsolescence programmée directe. La modique capacité de prévention générale d'une disposition dont il est à craindre qu'elle reste lettre morte, contribue encore davantage à dissuader d'autres États d'emboîter le pas à la France.
- 12.85 Nous sommes ainsi d'avis que l'introduction dans l'ordre juridique suisse d'une norme pénale spéciale, inspirée du modèle français, n'est pas souhaitable puisqu'une telle disposition devrait faire face aux mêmes obstacles que ceux empêchant une application effective de l'art. L-441-2 du Code de la consommation. En l'état actuel, il convient de

161 HOP, Livre blanc, 50 mesures pour une consommation et une production durable – Le guide des politiques publiques pour une société sans obsolescence accélérée, disponible sous : <<https://www.halteobsolescence.org>> (10.2.2021).

162 Motion Hurni 20.4025 du 21.9.2020.

163 <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20204025>> (15.12.2020).

164 DURKHEIM, 96; VAN DE KERCHOVE, 30.

faire preuve de pragmatisme et d'abandonner la volonté de sanctionner directement la réduction volontaire de la durabilité des biens et les moyens, détournés, existants.

En effet, les législations traitant des pratiques commerciales déloyales permettent de sanctionner certains comportements en lien avec la limitation de la durée de vie des produits, essentiellement sous l'angle du manque de transparence des fabricants sur ces questions et nous soutenons que les art. 3 et 27 LCD sont également en mesure d'appréhender cette problématique. 12.86

Il est cependant évident que l'atteinte de l'objectif de production de biens plus durables pourrait être favorisée par la mise en œuvre de mesures préventives réglementant la conception des biens et les informations aux consommateurs sur des questions déterminées telles que celle du degré de réparabilité. L'adoption de telles normes constitue ainsi une piste à explorer puisque, mises en lien avec la répression du manque de transparence, elles ont le potentiel de contribuer à la création d'un cadre juridique permettant l'endiguement des pratiques d'obsolescence programmée. 12.87

§ 13 Directive 2009/125/CE : analyse de l'article 15 et de sa transposition en France et en Allemagne, et comparaison avec la situation en Suisse

Lisa Baumgartner^{*1}

Table des matières

I.	Introduction	407
II.	Directive 2009/125/CE	408
1.	En général	408
a)	Stratégie liée à la Directive	408
b)	Enjeux en matière d'utilisation énergétique excessive des produits liés à l'énergie	409
c)	Objectifs de la Directive	409
d)	Champ d'application de la Directive	410
2.	Analyse de l'article 15 Directive 2009/125/CE	414
a)	Généralités	414
b)	Mesures d'autoréglementation	414
c)	Mesures d'exécution	416
d)	Deux exemples pratiques	419
e)	Sanctions	420
3.	Conclusion intermédiaire	421
III.	Transposition	422
1.	En France	422
a)	En général	422
b)	En particulier : transposition de l'article 15 de la Directive 2009/125/CE	424
2.	En Allemagne	427
a)	En général	427
b)	En particulier : transposition de l'article 15 de la Directive 2009/125/CE	428
3.	Conclusion intermédiaire	434
IV.	Comparaison avec la situation en droit suisse	436
1.	En général	436
a)	Principe de coopération et mesures volontaires	437
b)	Prescriptions légales	439
2.	Lien avec le droit pénal (administratif) suisse	442
a)	Généralités	442
b)	Dispositions pénales	443
c)	Comparaison avec la situation en France et en Allemagne	445
3.	Conclusion intermédiaire	446
V.	Conclusion	447

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de la Prof. Anne-Christine Fornage.

Bibliographie

BIEBER ROLAND *et al.*, Die Europäische Union: Europarecht und Politik, 13^e éd., Baden-Baden 2019; BOULOC BERNARD, Droit pénal général, 26^e éd., Paris 2019; CHAIDRON ANASTASIA/VERDURE CHRISTOPHE, Les normes environnementales et énergétiques de l'UE en matière d'ordinateurs: une première étape vers la fin de l'obsolescence programmée, R.D.T.I 53 (2013), 9 ss; CLERGERIE JEAN-LOUIS/GRUBER ANNIE/RAMBAUD PATRICK, Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne, 12^e éd., Paris 2018; COLLARD FABIENNE, La politique énergétique en Europe, Courrier hebdomadaire du CRISP 38-39 (2018), 5 ss; DÉLÉGATION DES BARREAUX DE FRANCE, Produits liés à l'énergie: Cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception, L'Observateur de Bruxelles 79/1 (2010), 92 ss; DIETRICH SCHINDLER/AKKERMAN FLORIS, EU-Ökodesign-Richtlinie Implementierung-Umsetzung-Überwachung, ZUR 2013, 274 ss; DIETRICH SCHINDLER, Das Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz, NVwZ 10 (2012), 598 ss; DREYER EMMANUEL, Droit pénal général, 5^e éd., Paris 2019; FISCHERAUER SVEN, Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz – EVPG), in Danner/Theobald (éd.), Energierecht, 103^e éd., Munich 2019 (cité: FISCHERAUER, art. 1 EVPG N 1); HAMERS TIM, Comment les mesures d'application d'écoconception voient-elles le jour?, Ask an Expert, Agoria, 13 février 2015, disponible sous: <<https://www.agoria.be/fr/Comment-les-mesures-d-application-de-l-ecoconception-voient-elles-le-jour>> (29.6.2020); HESELHAUS SEBASTIAN, Europa-Fenster, URP 5 (2009), 563 ss (cité: HESELHAUS, URP 5 [2009]); HESELHAUS SEBASTIAN, Europa-Fenster, URP 9 (2012), 910 ss (cité: HESELHAUS, URP 9 [2012]); HESELHAUS SEBASTIAN, Europa-Fenster, URP 4 (2015), 337 ss (cité: HESELHAUS, URP 4 [2015]); HESELHAUS SEBASTIAN, Europa-Fenster, URP 6 (2015), 546 ss (cité: HESELHAUS, URP 6 [2015]); HILF JOHANNA/VEST HANS, Expertise «Droit pénal de l'environnement» sur mandat de l'OFEV, Berne 2016; JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4^e éd. révisée, Genève/Zurich/Bâle 2015; KELLER M. PETER, Elemente eines wirksamen Vollzugs des Umweltschutzes, URP 2011, 397 ss; KOCH HANS-JOACHIM, Klimaschutzrecht, NVwZ 2011, 641 ss; LEROY ARNAUD/ROHFRIEDT SOPHIE, Rapport d'information à l'Assemblée nationale déposé par la Commission des affaires européennes sur le plan d'action pour l'économie circulaire et les quatre propositions révisant le cadre législatif relatif aux déchets (COM (2015) 593 à 596 final) présentés par la Commission européenne le 2 décembre 2015, Assemblée nationale française, 21 juin 2016; MAITRE-EKERN ÉLÉONORE, Towards an integrated product regulatory framework based on life-cycle thinking, in Sjäffell/Wiesbrock (éd.), The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFUE Seriously, Oxon/New York 2015, 144 ss; MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT, Programme d'action pour l'efficacité énergétique issu de la table ronde nationale sur l'efficacité énergétique, 16 décembre 2011; NUSSER JENS, Zwei Jahre EBPG: Erste Erfahrungen mit der Umsetzung der Ökodesign-Richtlinie, ZUR 2010, 130 ss; NUSSER JENS, Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz – EVPG), in Säcker/Ludwigs (éd.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2: Energieumweltrecht, Energieeffizienzrecht, Energieanlagenrecht, 4^e éd., Francfort-sur-le-Main 2019; PETERS HEINZ-JOACHIM/HESSELBARTH THORSTEN/PETERS FREDERIKE, Umweltrecht, 5^e éd., Stuttgart 2016; PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, Droit de l'environnement: Vers un droit économique au service de l'environnement, Genève/Zurich/Bâle 2012; SCHOMERUS THOMAS, Rechtliche Instrumente zur Verbesserung der Energienutzung, NVwZ 2009, 418 ss; SOROSTE ALAIN/YEDIKARDACHIAN CLAUDINE, Le Lamy produits et biens de grande consommation, Paris 2018, 323 ss; THIEFFRY PATRICK, Manuel de droit européen de l'environnement, 2^e éd., Bruxelles 2017; VIAL CLAIRE, Fascicule 1982: Énergie, Jurisclasseur Europe Traité du 15 juillet 2010; VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT/KELLER HELEN (éd.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité: Komm. USG-AUTEUR·E, art. 1 N 1); WAGNER PFEIFER BEATRICE, Umweltrecht: Allgemeine Grundlagen. Handbuch zu Immissionschutz, UVP, Umwelt-Informationenansprüchen, marktwirtschaftlichen Instrumenten u.a., Zurich/St-Gall 2017 (cité: WAGNER PFEIFER, Allgemeine Grundlagen); WAGNER PFEIFER BEATRICE, Umweltrecht: Besondere Regelungsbereiche: Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a., Zurich/St-Gall 2013 (cité: WAGNER PFEIFER, Besondere Regelungsbereiche).

Travaux préparatoires

Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (« Initiative Sortir du nucléaire ») » (cité : Message énergie, FF 2013 6771).

I. Introduction

Depuis quelques années, l'environnement et sa protection ont une place prépondérante dans l'actualité. Ce qui semble être une préoccupation récente est pourtant, depuis plus de trente ans, au centre des discussions de l'Union européenne. 13.1

Une des pierres angulaires de la protection de l'environnement est la réduction des dépenses énergétiques, ce qui nécessite une limitation du gaspillage énergétique. Ce dernier a, entre autres, des effets sur le réchauffement climatique¹. L'amélioration de l'efficacité énergétique semble donc être le meilleur moyen pour parvenir à réduire la consommation d'énergie dans l'Union européenne, sans porter de préjudices à l'économie². 13.2

Pour cela, des mesures éparses ont été adoptées, dès les années 90, par l'Union européenne et les États membres. Bien que des progrès importants aient été réalisés, ces dernières n'étaient pas suffisantes, pas assez cohérentes et ne permettaient pas d'atteindre efficacement les objectifs d'amélioration énergétique³. 13.3

La Directive 2009/125/CE⁴ (ci-après : la Directive), entre autres, est un moyen permettant d'améliorer l'efficacité énergétique de manière encore plus poussée au sein de la communauté. Mais comment la Directive permet-elle d'atteindre, concrètement, les objectifs fixés par l'Union européenne ? 13.4

Nous commencerons ce travail par présenter la stratégie dans laquelle la Directive s'inscrit ainsi que les enjeux qui y sont liés, et nous définirons ses objectifs ainsi que son champ d'application (N 13.6 ss). Dans un second temps, l'art. 15 Directive 2009/125/CE fera l'objet d'une analyse détaillée (N 13.33 ss). Nous examinerons ensuite la façon dont la Directive a été transposée en France et en Allemagne (N 13.79 ss). Finalement, nous comparerons la Directive, et les transpositions qui en découlent, avec la situation prévalant en droit suisse (N 13.168 ss). 13.5

1 Communication de la Commission – Plan d'action pour l'efficacité énergétique : réaliser le potentiel, COM (2006) 545 final du 19.10.2006, non publiée au JO, 3.

2 Communication de la Commission – Efficacité énergétique : atteindre l'objectif des 20%, COM (2008) 772 final du 13.11.2008, non publié au JO, 2.

3 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, COM (2008) 399 final du 16.7.2008, non publiée au JO, 3.

4 Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie (refonte) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 285/10 du 31.10.2009, 10-35.

II. Directive 2009/125/CE

1. En général

a) Stratégie liée à la Directive

- 13.6 La Directive 2009/125/CE découle du plan d'action pour l'efficacité énergétique de la Commission européenne (ci-après : la Commission). Dans sa communication du 19 octobre 2006, la Commission est arrivée à la conclusion que le gaspillage énergétique au sein de l'Europe se montait encore à 20%. Il était nécessaire d'améliorer l'efficacité énergétique, non seulement en changeant la manière de consommer, mais aussi par la manière de concevoir les produits⁵.
- 13.7 La Directive s'inscrit également dans la politique intégrée des produits de l'UE et fait partie des nombreux instruments permettant sa mise en œuvre⁶. Cette politique a été adoptée en 2002 déjà⁷, et l'importance de l'approche liée aux produits n'a fait que croître dans l'Union⁸. Son but est de prendre en compte le cycle de vie du produit dans son ensemble et d'arriver à des solutions qui sont avantageuses sur le plan environnemental, mais aussi sur le plan de la performance et de la compétitivité industrielle⁹. La Directive est une application concrète des principes de la politique intégrée des produits. Les effets néfastes pour l'environnement d'un produit sont déterminés au moment de la conception. En adoptant un cadre légal pour une conception tenant compte des aspects environnementaux, le législateur européen a démontré qu'une approche « du berceau à la tombe » permet de réduire significativement les impacts sur l'environnement des produits¹⁰.
- 13.8 La politique de l'Union européenne en matière d'efficacité énergétique ne vise donc plus uniquement à éviter le gaspillage, mais se base sur une approche qui agit, entre autres, sur la conception du produit, et aussi sur les habitudes de consommation des citoyens européens¹¹.
- 13.9 Finalement, la Directive doit permettre à l'Union européenne de mettre en œuvre sa politique climatique et énergétique de 2007 et de concrétiser l'objectif des 3x20 fixé par le Conseil européen, c'est-à-dire réduire les émissions de gaz à effet de serre de 20%,

5 COM (2006) 545 final du 19.10.2006, 3.

6 NUSSE, 130.

7 ROUSSEL FLORENCE, *L'écoconception promise à un bel avenir – Une réglementation en voie de renforcement*, Actu Environnement, 8.4.2013, disponible sous : <<https://www.actu-environnement.com/ae/dossiers/ecoconception/reglementation-ecoconception.php>> (30.6.2020).

8 HESELHAUS, URP 5 (2009), 563.

9 THIEFFRY, 241.

10 MAITRE-EKERN, 152.

11 COLLARD, *La politique énergétique en Europe*, 5.

augmenter la part d'utilisation d'énergies renouvelables à 20% et améliorer l'efficacité énergétique de 20% d'ici à l'an 2020¹².

b) Enjeux en matière d'utilisation énergétique excessive des produits liés à l'énergie

L'utilisation énergétique excessive des produits liés à l'énergie a des répercussions environnementales et économiques. 13.10

En effet, selon le plan d'action pour l'efficacité énergétique de la Commission, la mauvaise performance énergétique devrait coûter, pour la période de 2006 à 2020, plus de 100 milliards d'euros¹³. De plus, le potentiel d'économie d'énergie par une meilleure efficacité des produits liés à l'énergie se monterait à 390 Mtep jusqu'en 2020¹⁴, et à 190 TWh d'économie annuelle des émissions de gaz à effet de serre¹⁵. 13.11

Par exemple, les cafetières électriques démontrent bien les enjeux en matière d'utilisation énergétique excessive. Selon des chiffres disponibles en 2011, ces produits consommaient jusqu'à 17 TWh d'énergie par an dans l'UE. Rien qu'en France, la consommation annuelle s'élevait à 3 TWh, ce qui représentait la production de 3 centrales nucléaires¹⁶. Nous remarquons donc que le potentiel d'économie pour ce type de produit est énorme. Il n'existe toutefois à ce jour aucune réglementation spécifique relative aux exigences d'écoconception pour les cafetières électriques. Ce n'est qu'à partir du 1^{er} janvier 2015 que le règlement concernant les modes arrêt, veille et veille avec maintien de la connexion au réseau est devenu applicable à ces produits (art. 1 § 7 Règlement (UE) n° 801/2013¹⁷). 13.12

c) Objectifs de la Directive

Conformément à l'art. 1 Directive 2009/125/CE, l'objectif de la Directive est de définir un cadre permettant de fixer des exigences communautaires en matière d'écoconception des produits, respectivement groupes de produits¹⁸, liés à l'énergie, et ceci afin qu'ils puissent circuler librement sur le marché intérieur. L'écoconception est une 13.13

12 *Ibid.*, 8.

13 COM (2006) 545 final du 19.10.2006, 3.

14 *Ibid.*

15 KOCH, 646.

16 TOUTE L'EUROPE, L'Europe et vous : cafetières électriques, ampoules à filament, miel sans OGM et œufs ..., 8.9.2011, disponible sous : <<https://www.touteleurope.eu/actualite/l-europe-et-vous-cafetieres-electriques-ampoules-a-filament-miel-sans-ogm-et-oeufs.html>> (6.7.2020).

17 Règlement (UE) n° 801/2013 de la Commission du 22 août 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1275/2008 en ce qui concerne les exigences d'écoconception relatives à la consommation d'électricité en mode veille et en mode arrêt des équipements ménagers et de bureau électriques et électroniques, et modifiant le règlement (CE) n° 642/2009 en ce qui concerne les exigences d'écoconception des téléviseurs (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 225 du 23.8.2013, 1-12.

18 À noter que le terme « produit » concernera également les groupes de produits dans la suite de ce travail, afin d'en simplifier la lecture.

méthode permettant de minimiser, dès la conception, les impacts négatifs d'un produit sur l'environnement grâce à une bonne gestion des interactions du produit avec l'environnement (art. 2 ch. 23 Directive 2009/125/CE).

- 13.14 La Directive fixe donc des exigences d'écoconception à respecter pour que les produits liés à l'énergie couverts par des mesures d'exécution puissent être mis sur le marché (art. 1 § 2 Directive 2009/125/CE). De telles exigences permettent d'améliorer la performance environnementale des produits. Elles peuvent concerner directement les produits, concerner la manière dont ils sont conçus, ou alors concerner les informations que le fabricant doit fournir et qui sont relatives aux caractéristiques environnementales du produit visé (art. 2 ch. 24 Directive 2009/125/CE).
- 13.15 Les mesures d'exécution complètent la Directive en « [...] établissant des exigences d'écoconception pour des produits définis ou leurs caractéristiques environnementales » (art. 2 ch. 3 Directive 2009/125/CE). Elles doivent être adoptées conformément à la Directive et peuvent être remplacées par des accords volontaires. La procédure tendant à définir les exigences relatives à chaque classe de produits est longue, car les États et les industriels participent à la définition du nouveau standard d'efficacité énergétique. Ils fixent de nouveaux seuils d'exigences à respecter pour la mise en service des appareils envisagés et retirent du marché les technologies dépassées. Les mesures d'exécution qui en découlent sont applicables à l'échelle communautaire¹⁹. Seuls les produits respectant ces exigences bénéficient du marquage « CE » et sont mis sur le marché²⁰.
- 13.16 Le but de la Directive est de « contribue[r] au développement durable en augmentant l'efficacité énergétique et le niveau de protection de l'environnement, tout en accroissant la sécurité de l'approvisionnement énergétique » (art. 1 § 2 *in fine* Directive 2009/125/CE).

d) Champ d'application de la Directive

- 13.17 La Directive étend le champ d'application de la Directive 2005/32/CE. En effet, cette dernière réduisait de manière considérable les effets de la politique intégrée des produits de l'Union européenne.
- 13.18 La Directive étant une directive-cadre, elle ne doit toutefois pas avoir d'influence directe sur les produits ; les conséquences sociales, économiques et environnementales de la Directive découleront des mesures d'exécution adoptées par la Commission²¹.

¹⁹ LEROY/ROHFRITSCH, 28-29.

²⁰ VIAL, 18.

²¹ Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie – Résumé de l'analyse d'impact, SEC (2008) 2116, non publié au JO, 2.

Nous remarquons que la Directive reste limitée à certains égards, puisque ses dispositions les plus strictes ne trouvent application que pour les produits soumis à des mesures d'exécution (art. 15 Directive 2009/125/CE)²². 13.19

La Directive s'applique aux produits liés à l'énergie, à l'exception des moyens de transport de personnes ou de marchandises (art. 1 § 3 Directive 2009/125/CE). On considère un produit comme « lié à l'énergie » lorsque son utilisation impacte la consommation énergétique. Les pièces détachées devant être intégrées à de tels produits, mises sur le marché ou en service pour les utilisateurs finals, et dont on peut évaluer la performance environnementale, sont aussi considérées comme « produits liés à l'énergie » (art. 2 ch. 1 Directive 2009/125/CE). La performance environnementale correspond à la gestion par le fabricant des caractéristiques environnementales du produit (art. 2 ch. 21 Directive 2009/125/CE). Ces dernières sont les parties d'un produit pouvant avoir des influences sur l'environnement et sur lesquelles il est possible de travailler pour rendre le produit « plus écologique » (art. 2 ch. 11 Directive 2009/125/CE). Par exemple, la manière d'agencer l'intérieur d'un appareil de réfrigération ménager est une caractéristique environnementale que le fabricant peut influencer (en expliquant quel est l'agencement le plus efficace ; Annexe II § 1 ch. 1 Règlement (CE) n° 643/2009²³) et qui permet donc une meilleure performance environnementale. 13.20

La Directive concerne donc désormais les produits qui ne sont pas directement consommateurs d'énergie durant leur utilisation, mais qui pourraient tout de même avoir une influence sur la consommation énergétique d'autres produits. À titre d'exemple, la conception des fenêtres ou des robinets peut impacter la quantité d'énergie nécessaire pour chauffer un appartement ou de l'eau²⁴ alors qu'intrinsèquement ils ne consomment pas d'énergie. Les pneumatiques (soumis à un règlement depuis décembre 2009²⁵) sont un autre exemple : leur conception peut influencer l'énergie nécessaire au produit dans lequel ils sont intégrés, même s'ils n'en consomment pas directement. 13.21

Les moyens de transports de personnes et de marchandises restent exclus du champ d'application. En effet, la Commission européenne, lors de son analyse d'impact, a considéré qu'une grande part des avantages potentiels de ce secteur pouvait déjà être obtenue grâce à la législation sur les émissions de CO₂ des voitures, ainsi qu'aux nouvelles normes Euro²⁶. 13.22

22 THIEFFRY, 242.

23 Règlement (CE) n° 643/2009 de la Commission du 22 juillet 2009 portant modalités d'application de la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'éco-conception applicables aux appareils de réfrigération ménagers (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 191 du 23.7.2009, 53-68.

24 DÉLÉGATION DES BARREAUX DE FRANCE, 92.

25 Règlement (CE) n° 1222/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'étiquetage des pneumatiques en relation avec l'efficacité en carburant et d'autres paramètres essentiels (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 342 du 22.12.2009, 46-58.

26 SEC (2008) 2116, 3.

- 13.23 Les mesures d'exécution relatives aux produits liés à l'énergie sont contraignantes pour toute personne susceptible de mettre des produits sur le marché, à savoir les fabricants, les représentants de ces derniers, les importateurs et les distributeurs.

da) Liens avec la Directive 2010/30/UE

- 13.24 Le législateur européen a souhaité renforcer la coordination entre les différentes législations existantes dans le domaine de l'efficacité énergétique, et donc leurs effets. Pour cela, il a étendu le champ d'application de la Directive 2010/30/UE, relative à l'indication de la consommation d'énergie, et qui est dorénavant similaire à celui de la Directive 2009/125/CE²⁷.
- 13.25 Nous pouvons remarquer un caractère complémentaire entre les dispositions relatives à l'écoconception – qui ont un impact sur le comportement de la personne responsable de la fabrication ou de la mise sur le marché du produit – et celles régissant les étiquettes énergétiques qui font appel au comportement et à la responsabilité des consommateurs²⁸.
- 13.26 En effet, le choix éclairé du consommateur européen, grâce auxdites étiquettes, a un effet sur le fabricant, car ce dernier doit produire des biens énergiquement plus économes pour que les consommateurs choisissent sa marchandise.
- 13.27 Une autre manifestation de cette complémentarité réside dans la rédaction des règlements découlant de la Directive 2010/30/UE. En effet, la Commission doit tenir compte des caractéristiques environnementales considérées comme significatives par les mesures d'exécution prises en application de la Directive 2009/125/CE (art. 10 § 3 let. a Directive 2010/30/CE). Elle doit également prendre en considération les éventuels accords volontaires existants pour les produits visés (art. 10 § 2 let. c Directive 2010/30/UE). Comme pour l'adoption de mesures d'exécution, une évaluation de l'impact sur l'environnement, les utilisateurs finals ainsi que les fabricants est nécessaire (art. 10 § 3 let. b Directive 2010/30/CE). Si l'acte délégué concerne à la fois l'étiquetage énergétique et l'efficacité énergétique, cette dernière doit être mise en avant sur l'étiquette (art. 10 § 1 *in fine* Directive 2010/30/UE). De plus, la liste des produits à soumettre en priorité à un étiquetage énergétique peut être incluse dans le plan de travail de la Commission relatif à la Directive 2009/125/CE²⁹.
- 13.28 Le caractère complémentaire est particulièrement mis en avant pour les produits grand public, par exemple les fours domestiques, les lave-vaisselles ou les téléviseurs qui sont

27 C. 2 de la Directive 2010/30/UE.

28 HESELHAUS, URP 6 (2015), 549.

29 C. 7 de la Directive 2010/30/UE.

soumis à des mesures d'exécution selon la Directive 2009/125/CE ainsi qu'à un règlement concernant les étiquettes énergétiques³⁰.

db) Liens avec la Directive 2012/27/UE

Dès l'année 2010, la Commission européenne est arrivée au constat que les objectifs 13.29 d'économie d'énergie d'ici à l'an 2020 ne pourraient pas être atteints. Elle a donc, sur demande du Parlement européen ainsi que du Conseil européen, développé une nouvelle stratégie relative à l'efficacité énergétique³¹. Pour cela, il est nécessaire pour l'Union européenne de modifier le cadre législatif concernant l'efficacité énergétique³². C'est pour cette raison que la Directive 2012/27/UE a été adoptée, afin de fixer un cadre commun devant permettre la réalisation du grand objectif de l'UE visant l'accroissement de l'efficacité énergétique d'ici 2020 (c. 10 et art. 1 § 1 de la Directive 2012/27/UE).

Concernant les produits liés à l'énergie, une évolution rapide ne peut avoir lieu qu'en 13.30 étendant et en accélérant la mise en œuvre de la Directive 2009/125/CE et de la Directive 2010/30/UE. Pour cela, la priorité doit être donnée aux produits présentant les plus grandes marges d'amélioration³³. La Directive 2009/125/CE étant un des textes centraux de la stratégie permettant d'atteindre les objectifs à l'horizon 2020 (*cf.* N 13.6 ss), il a fallu la modifier. La Directive 2012/27/UE oblige également les autorités nationales à prendre de nouvelles mesures, en fixant notamment un objectif national relatif à l'efficacité énergétique³⁴.

La Directive 2012/27/UE fait ressortir l'importance des bâtiments qui constituent 40% 13.31 de la consommation finale d'énergie au sein de l'UE. Dans ce cadre, l'accent est aussi mis sur le rôle des entités publiques. Celles-ci doivent servir d'exemple pour les citoyens, notamment en ayant l'obligation de rénover un certain pourcentage de bâtiments leur appartenant chaque année ou en tenant compte de l'efficacité énergétique lors de leurs achats³⁵.

Nous remarquons, encore une fois, la place importante de la complémentarité des 13.32 divers textes légaux dans le domaine de l'efficacité énergétique. En effet, cette dernière ne peut pas être améliorée en se concentrant sur un seul domaine, un seul type de produits ; une approche multisectorielle est nécessaire pour que de tels objectifs puissent être réalisés.

30 COMMISSION EUROPÉENNE, Ecodesign and Energy Labelling, disponible sous : <https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards/ecodesign_fr> (23.6.2020).

31 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'efficacité énergétique et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, COM (2011) 370 final, 1.

32 C. 10 de la Directive 2012/27/UE.

33 C. 58 et 59 de la Directive 2012/27/UE.

34 Écoconception applicable aux appareils consommateurs d'énergie, 25.8.2015, disponible sous : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISUM%3Aen0018>> (23.6.2020).

35 C. 16 ss de la Directive 2012/27/UE.

2. Analyse de l'article 15 Directive 2009/125/CE

a) Généralités

- 13.33 L'art. 15 § 1 Directive 2009/125/CE dispose «[qu'un] produit qui répond aux critères établis au paragraphe 2 du présent article est couvert par une mesure d'exécution ou d'autoréglementation [...]». Nous remarquons que cet article ne prévoit pas uniquement des mesures contraignantes, mais laisse également une marge de manœuvre à l'industrie pour s'autoréguler³⁶. Un exemple de chaque type de mesures sera développé ci-dessous (cf. 3.4, N 13.62 ss).
- 13.34 Pour être soumis à une mesure d'exécution, un produit doit remplir des critères cumulatifs (art. 15 § 2 Directive 2009/125/CE). Il faut tout d'abord un volume de ventes et d'échanges conséquent. Selon la Directive et à titre indicatif, il doit être supérieur à 200 000 unités par an dans la Communauté. Ensuite, le produit a un impact significatif sur l'environnement au sein de la Communauté, et cela, car il est mis sur le marché en grandes quantités. Finalement, le potentiel d'amélioration de l'impact environnemental du produit doit être important, mais ne doit pas entraîner de coûts excessifs.
- 13.35 Avec ces critères, nous remarquons que la portée de l'art. 15 Directive 2009/125/CE est quelque peu limitée, vu les quantités importantes de produits devant être mis sur le marché.

b) Mesures d'autoréglementation

- 13.36 Force est de constater que le législateur européen a décidé d'accorder une place prioritaire aux mesures d'autoréglementation, pour autant qu'elles permettent d'atteindre les objectifs de manière plus rapide ou moins onéreuse que des exigences contraignantes³⁷. Nous remarquons cependant qu'à ce jour, seules trois mesures d'autoréglementation ont été adoptées³⁸.
- 13.37 L'autoréglementation est susceptible d'engendrer des progrès rapides dans l'amélioration de l'efficacité énergétique des produits, car elle peut être mise en place immédiatement et être plus efficace au niveau des coûts. De plus, cette méthode permet une certaine souplesse et peut donc évoluer et s'adapter plus facilement à l'apparition de nouvelles technologies ainsi qu'à l'évolution du marché³⁹.

36 HESELHAUS, URP 4 (2015), 339.

37 C. 18 de la Directive 2009/125/CE.

38 COMMISSION EUROPÉENNE, Recognised voluntary agreement under the ecodesign legislation, disponible sous : <https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/energy-efficient-products/voluntary-agreements-under-eco-design-legislation_en?redir=1> (9.7.2020).

39 C. 19 de la Directive 2009/125/CE.

Bien que le législateur ait une préférence pour les mesures d'autoréglementation, celles-ci ne peuvent pas être adoptées selon le bon vouloir des parties concernées et leur recevabilité doit être évaluée grâce, entre autres, aux critères se trouvant à l'Annexe VIII (art. 17 Directive 2009/125/CE). 13.38

Évidemment, il faut que les initiatives d'autoréglementation respectent les grands principes de la Directive et qu'elles soient cohérentes avec les autres politiques mises en place par l'UE pour améliorer l'efficacité énergétique (Annexe VIII ch. 8-9 Directive 2009/125/CE). 13.39

Pour que la mesure d'autoréglementation soit approuvée, elle doit apporter une valeur ajoutée sous forme d'une « amélioration de la performance environnementale globale » du produit visé (Annexe VIII ch. 2 Directive 2009/125/CE). Il faut donc qu'elles présentent des solutions et exigences permettant de rendre plus écologique le bien concerné dans son ensemble. 13.40

L'initiative d'autoréglementation doit permettre à toute partie intéressée d'y participer, qu'elle vienne d'un État membre ou non, et ce tant pour la rédaction et la définition des exigences que pour la mise en œuvre de ces dernières (Annexe VIII ch. 1 Directive 2009/125/CE). Pour permettre cette participation, les entreprises doivent annoncer publiquement, avant d'en commencer la conception, leur volonté de rédiger de telles exigences⁴⁰. Il faut également que les mesures d'autoréglementation concernent une large majorité des opérateurs du secteur visé (Annexe VIII ch. 3 Directive 2009/125/CE). Selon la Commission, il faudrait que les signataires mettent sur le marché, ou en circulation, au moins 80% du total des unités du type de produit visé par la mesure⁴¹. 13.41

Le public doit aussi pouvoir participer, notamment à travers les ONG de protection de l'environnement et les associations de consommateurs (Annexe VIII ch. 5 Directive 2009/125/CE). La participation est rendue possible grâce à la transparence des initiatives ainsi que des rapports intérimaires et finaux, et en permettant à qui le souhaite de « prendre position » sur toute initiative d'autoréglementation⁴². La transparence est assurée par le biais d'un site internet regroupant toutes les informations utiles aux utilisateurs. Ce site doit également donner la possibilité de poser des questions sur la mesure ; de cette manière la « prise de position » est garantie⁴³. 13.42

L'initiative d'autoréglementation doit contenir des objectifs, devant reposer sur une base bien définie, et qui sont clairs et précis. En fonction de la durée prévue de la mesure, 13.43

40 Annexe de la Recommandation (UE) 2016/2125 de la Commission du 30 novembre 2016 concernant des lignes directrices relatives aux mesures d'autoréglementation adoptées par les entreprises en vertu de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 329/109 du 3.12.2016, 109-117, point 3.1.

41 Annexe de la Recommandation (UE) 2016/2125, point 3.3.

42 THIEFFRY, 243.

43 Annexe de la Recommandation (UE) 2016/2125, point 3.5.

des objectifs intermédiaires peuvent se révéler nécessaires. Les objectifs doivent être respectés pour tous les produits visés par la mesure. Le contrôle de ce respect doit être crédible et être rendu possible, il ne doit pas être soumis à des conditions excessives.

- 13.44 Les mesures d'autoréglementation doivent également prévoir un comité de pilotage constitué de représentants des parties prenantes ainsi que de la Commission. Son rôle est de s'assurer du bon fonctionnement de la mesure. Un représentant du forum consultatif ainsi que la personne chargée du contrôle de la mesure d'autoréglementation doivent pouvoir suivre les réunions de ce comité en tant qu'observateurs⁴⁴.
- 13.45 C'est parce que les mesures d'autoréglementation peuvent se révéler insatisfaisantes ou être mises en œuvre de manière non conforme, que le projet doit comporter une partie relative au suivi de ces dernières. Un organe indépendant chargé d'en contrôler le respect doit être nommé et les règles qui lui sont applicables doivent être définies⁴⁵. La collaboration des entreprises prenant part aux mesures d'autoréglementation est nécessaire : celles-ci doivent fournir tous les documents et toutes les données permettant de vérifier qu'elles respectent bien les mesures (Annexe VIII ch. 6 Directive 2009/125/CE).
- 13.46 Il est aussi possible pour la Commission d'évaluer à nouveau la situation afin de déterminer si une modification des mesures s'avère nécessaire⁴⁶. Si un simple remaniement ne suffit pas à remédier à leur défaillance, la Commission peut décider de prendre des mesures d'exécution pour les remplacer. Pour cela la procédure de suivi et de rapports doit être transparente, détaillée et objective.
- 13.47 Des peines sanctionnant le non-respect des exigences ou la non-collaboration avec l'organe de contrôle doivent également être prévues lors de la rédaction des mesures d'autoréglementation. En cas de manquements répétés par un signataire, ce dernier doit être exclu de la mesure⁴⁷.

c) Mesures d'exécution

- 13.48 Les produits liés à l'énergie ne faisant pas l'objet d'une mesure d'autoréglementation, mais qui remplissent tout de même les critères de l'art. 15 § 2 Directive 2009/125/CE doivent être soumis à des mesures d'exécution⁴⁸.
- 13.49 Celles-ci peuvent poursuivre divers buts, tels que l'amélioration de la performance environnementale, la fourniture d'informations concernant les caractéristiques environnementales du produit, voire même établir directement les caractéristiques à remplir par les produits concernés par la mesure⁴⁹.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, point 3.6.

46 Annexe de la Recommandation (UE) 2016/2125, point 2.

47 *Ibid.*, point 3.6.

48 THIEFFRY, 243.

49 *Ibid.*, 244.

Les exigences d'écoconception ainsi déterminées dans des mesures d'exécution peuvent être génériques, c'est-à-dire qui se basent sur le profil écologique du produit et qui concernent l'ensemble de ses caractéristiques environnementales. Elles peuvent également être spécifiques, donc se rapporter à une caractéristique environnementale distincte et fixer des valeurs quantifiables et mesurables à respecter pour celle-ci. 13.50

La Commission définit des exigences d'écoconception spécifiques lorsque certaines caractéristiques environnementales d'un produit ont un impact important sur l'environnement (art. 15 § 6 Directive 2009/125/CE). 13.51

ca) Elaboration du projet de mesure d'exécution

La Commission est l'organe responsable d'élaborer le projet de mesure d'exécution. Elle est assistée par un comité (art. 19 § 1 Directive 2009/125/CE). 13.52

Les mesures d'exécution sont adoptées par la procédure de comitologie, avec contrôle (art. 15 § 1 2^e phr., en relation avec l'art. 19 § 3 Directive 2009/125/CE)⁵⁰. La procédure de comitologie permet à la Commission de profiter de l'expérience des experts des États membres siégeant dans le comité qui l'assiste pour l'adoption des mesures, et de veiller à l'application correcte des exigences découlant de ces dernières⁵¹. 13.53

En élaborant un projet de mesure d'exécution, la Commission doit, selon l'art. 15 § 3 Directive 2009/125/CE, tenir compte des avis rendus par le comité et des priorités de la Communauté en matière d'environnement. Elle doit également tenir compte, s'il y en a, des dispositions communautaires applicables et des mesures d'autoréglementation pertinentes. 13.54

Avant de se pencher sur un type de produits en particulier, la Commission doit établir un plan de travail général qui détaille les groupes de produits devant être couverts par une mesure d'exécution et le moment où ils devront l'être⁵². Chaque groupe de produits fait l'objet d'une étude effectuée par des experts indépendants. Pour effectuer son choix, la Commission se penche sur les options qui, à court terme, permettent les meilleurs résultats environnementaux tout en engendrant des coûts minimaux. Les solutions à moyen et long terme peuvent être plus ambitieuses, car la production de masse permettra très probablement la baisse des coûts. 13.55

Une fois que les groupes de produits à traiter sont déterminés, la Commission commande une étude préliminaire devant présenter, entre autres, des propositions de mesures concrètes et qui sera publiée⁵³. Cette étude doit considérer le cycle de vie du 13.56

50 NUSSER, 132.

51 JAAG/HÄNNI, 268.

52 HAMERS.

53 NUSSER, 132.

produit visé et toutes les caractéristiques environnementales y relatives. L'analyse de ces dernières ainsi que de leur potentiel d'amélioration dépendra de leur importance (art. 15 § 4 let. a Directive 2009/125/CE). L'étude doit également prendre en compte l'impact de la mesure d'exécution sur l'environnement, les consommateurs et les fabricants. Il ne faut pas que ces derniers, surtout les PME, se retrouvent désavantagés par une mesure d'exécution (art. 15 § 4 let. b Directive 2009/125/CE). Sur cette base, la Commission expose les motifs du projet (art. 15 § 4 let. e Directive 2009/125/CE) et fixe la façon dont la mesure d'exécution sera mise en œuvre, en tenant particulièrement compte des répercussions éventuelles sur les PME (art. 15 § 4 let. f Directive 2009/125/CE).

- 13.57 Dès que l'étude préliminaire est terminée et que la proposition de mesure d'exécution est rédigée, la Commission veille à ce que les États membres et les parties intéressées puissent participer de manière équilibrée à l'adoption de la mesure d'exécution (art. 15 § 4 let. d Directive 2009/125/CE)⁵⁴. Ils se rencontrent pour cela dans un forum consultatif (art. 18 Directive 2009/125/CE) constitué de représentants des pays membres, des secteurs concernés ainsi que de la société civile. Des observateurs d'États candidats à l'entrée dans l'UE, des pays faisant partie de l'AELE et d'organisations ayant un intérêt légitime à participer à la discussion y sont également admis⁵⁵.
- 13.58 Les mesures d'exécution doivent remplir les critères cumulatifs visant à protéger non seulement la santé, la sécurité et l'environnement, mais également les divers acteurs impliqués dans la « vie » de l'objet (art. 15 § 5 Directive 2009/125/CE). C'est l'analyse d'impact. Les mesures d'exécution ne doivent pas avoir d'incidences négatives sur les fonctionnalités du produit (impact sur l'utilisateur), sur le prix et le coût du produit tout au long de son cycle de vie (impact sur le consommateur), et sur la compétitivité de l'industrie touchée par la mesure (impact sur le fabricant)⁵⁶.
- 13.59 Dans la mesure du possible, l'exigence d'écoconception ne doit pas obliger les fabricants à utiliser une technologie brevetée. Il faudrait également que la charge administrative imposée ne devienne pas excessive.
- 13.60 Les informations, exigences et autres contenus pertinents devant se trouver dans une mesure d'exécution sont listés à l'annexe VII de la Directive (art. 15 § 8 Directive 2009/125/CE). Cette liste n'est pas exhaustive, il se peut que la Commission ajoute d'autres informations si elle trouve cela opportun.

54 *Ibid.*

55 COMMISSION EUROPÉENNE, Règles et exigences en matière d'étiquetage énergétique et d'écoconception, disponibles sous : <https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/rules-and-requirements_fr> (23.6.2020).

56 THIEFFRY, 244.

En général, la procédure d'adoption d'une mesure d'exécution est longue : cela peut durer jusqu'à 4 ans et demi, et cela prend rarement moins de 2 ans et demi pour passer toutes les étapes nécessaires à son entrée en vigueur⁵⁷. 13.61

d) Deux exemples pratiques

da) Accord volontaire en matière de console de jeu

En avril 2015, la Commission européenne accepte, dans son rapport au Parlement européen et au Conseil relatif au régime volontaire d'écoconception pour les consoles de jeu⁵⁸, un accord volontaire émanant des entreprises actives sur le marché des consoles de jeu. 13.62

Cet accord a pour but principal d'améliorer l'efficacité énergétique des consoles de jeu en tenant compte de l'environnement lors de leur fabrication. La consommation générale d'énergie étant déjà réglée par des instruments contraignants, ce nouvel accord concerne en particulier les consoles de jeu dont l'utilisation consomme plus de 20 Watts⁵⁹.

Les entreprises parties à cet accord représentent, comme exigé par l'art. 17 et l'Annexe VIII de la Directive, une majorité des acteurs concernés et s'engagent à ce qu'au moins 90% des consoles mises sur le marché respectent les exigences minimales permettant d'améliorer l'efficacité énergétique.

Toujours conformément aux conditions de l'article et de l'annexe susmentionnés, une instance de contrôle est mise en place par l'accord volontaire afin de vérifier que les obligations de ce dernier soient bien respectées⁶⁰. 13.63

La Commission décide donc, après avoir examiné que tous les points mentionnés à l'Annexe VIII de la Directive sont remplis, que cet accord volontaire fait office d'autoréglementation et qu'elle n'a pas besoin de prendre des mesures d'exécution dans ce domaine⁶¹. 13.64

Elle se réserve toutefois la possibilité de prendre de telles mesures dans le cas où les objectifs et principes généraux d'écoconception telle que définie par la Directive ne seraient plus atteints au travers de l'autoréglementation⁶². 13.65

57 HAMERS.

58 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif au régime volontaire d'écoconception pour les consoles de jeu, COM (2015) 178.

59 HESELHAUS, URP 4 (2015), 339.

60 COM (2015) 178, 4.

61 COM (2015) 178, 4.

62 HESELHAUS, URP 4 (2015), 339.

db) Mesures d'exécution en matière d'ordinateurs et de serveurs informatiques

- 13.66 Après avoir réalisé une étude préparatoire portant sur les aspects techniques, environnementaux et économiques des ordinateurs, la Commission européenne réalise que la consommation électrique de ces derniers bénéficiait d'une grande marge d'amélioration⁶³.
- 13.67 En conséquence des mesures d'exécution sont prises dans ce domaine dont la teneur se trouve dans le Règlement (UE) n° 617/2013 (ci-après : le Règlement)⁶⁴, car la Commission considère que les ordinateurs représentent un groupe de produits pour lequel il faut prendre des exigences d'écoconception afin d'augmenter leur efficacité énergétique et leur impact environnemental, mais aussi de prolonger leur durée de vie. Ces mesures ne concernent toutefois pas tous les ordinateurs et serveurs, mais seulement certains groupes. De plus, les exigences d'écoconception définies à l'Annexe II du Règlement ne s'appliquent pas de manière uniforme, mais ne s'appliquent qu'à des catégories précises qui fluctuent selon les exigences⁶⁵.
- 13.68 Selon de l'Annexe III du Règlement, le respect de ces mesures d'exécution, et des exigences y relatives, est vérifié avant la mise sur le marché par les autorités nationales de surveillance. Le contrôle doit être facilité grâce au concours de fabricants qui sont tenus d'indiquer, dans la documentation technique ou sur leur site Internet, les informations sur le produit⁶⁶.

e) Sanctions

- 13.69 En vertu de l'art. 20 Directive 2009/125/CE, c'est aux États membres de définir les règles applicables lors de la violation des dispositions nationales prises en application de la Directive. Il n'existe donc pas de sanctions au niveau communautaire.
- 13.70 Les États doivent également assurer la mise en œuvre de ces règles en prenant les mesures qu'ils estiment nécessaires.
- 13.71 Les sanctions prises pour remédier à la violation des dispositions nationales transposant la Directive sont effectives, dissuasives et respectent le principe de proportionnalité en prenant en considération la mesure dans laquelle le produit mis sur le marché est non conforme aux exigences définies ainsi que la quantité de produits non conformes mis sur le marché communautaire.

63 CHAIDRON/VERDURE, 13.

64 Règlement (UE) n° 617/2013 de la Commission du 26 juin 2013 portant application de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux ordinateurs et aux serveurs informatiques (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 175 du 27.6.2013, 13-33.

65 CHAIDRON/VERDURE, 13-14.

66 *Ibid.*, 15.

3. Conclusion intermédiaire

La Directive, et son art. 15 en particulier, s'appliquent donc aux produits liés à l'énergie, pour autant qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'art. 15 § 2 Directive 2009/125/CE. 13.72

Comme nous pouvons le déduire des explications qui précèdent, chaque type de mesure a ses avantages et ses inconvénients. 13.73

Les mesures d'autoréglementation présentent un grand avantage : leur souplesse. En effet, leur procédure d'adoption est moins longue et moins contraignante que pour une mesure d'exécution. Cette rapidité permet une adaptation relativement rapide aux changements qui se passent sur le marché. De plus, les entreprises prenant part à de telles mesures connaissent mieux la réalité des affaires et savent quelles options pourraient s'avérer réalisables et efficaces, tout en restant concurrentielles. 13.74

Toutefois, le risque d'abus constitue, à notre avis, l'inconvénient des mesures d'autoréglementation. En effet, les considérations d'ordres économiques peuvent quelques fois prendre le pas sur les considérations environnementales et mener les entreprises à agir dans leur seul intérêt, en oubliant le but principal de la Directive qui est de réduire l'utilisation énergétique au sein de la Communauté européenne et de protéger l'environnement. Les acteurs du secteur concerné pourraient être tentés de présenter des exigences qui ne sont pas les plus optimales au niveau de l'efficacité énergétique, mais qui les avantagent au niveau économique. 13.75

Concernant les mesures d'exécution, leur avantage principal réside dans le fait qu'elles ont été adoptées par la Commission, selon une procédure très détaillée. Elles bénéficient d'une plus grande légitimité, car elles émanent d'un organe de l'UE. 13.76

Le temps de rédaction constitue cependant un des inconvénients majeurs des mesures d'exécution. En effet, les progrès techniques et technologiques sont tellement rapides de nos jours que les exigences qui semblent trop contraignantes au moment du processus d'adoption d'une mesure d'exécution peuvent se révéler tout à fait réalisables plus de 2 ans et demi après. Les habitudes et les produits de consommation changent aussi de manière très rapide⁶⁷, ce qui peut rendre une mesure d'exécution désuète avant même qu'elle ne rentre en vigueur. 13.77

À notre avis, les mesures d'autoréglementation semblent être la solution la plus efficace pour agir rapidement. Elles ne seront cependant réellement efficaces que si elles sont examinées avec beaucoup d'attention, et qu'un contrôle systématique et rigoureux de ces mesures est assuré. 13.78

67 MAITRE-EKERN, 153.

13.79 III. Transposition

En droit européen, il existe des sources de deux niveaux.

- 13.80 Il y a tout d'abord le droit primaire, qui regroupe les traités ainsi que leurs protocoles. Les traités ne peuvent cependant pas régler toutes les situations de manière complète et définitive⁶⁸.
- 13.81 Il existe ensuite le droit secondaire (ou dérivé). Il est constitué des règles de droit établies par les organes de l'UE sur la base des compétences qui leur sont conférées par les traités. Les directives, entre autres, font partie de ce droit dérivé⁶⁹.
- 13.82 Selon l'art. 288 al. 3 TFUE, les États membres sont liés par une directive, mais uniquement dans le résultat à atteindre. Par la transposition, les États déterminent la forme et le moyen pour y parvenir. Il faut toutefois préciser que le moyen doit être un acte juridique contraignant et qu'un délai, fixé par l'Union européenne, doit être respecté. La marge d'appréciation des États pour la transposition dépend du degré de précision de la directive⁷⁰.
- 13.83 La Directive 2009/125/CE est une directive-cadre, c'est-à-dire très générale. Les autorités nationales bénéficient donc d'une grande liberté pour la transcrire en droit interne. Nous verrons ci-dessous que cela mène à deux transpositions différentes entre la France et l'Allemagne.
- 13.84 Ce mécanisme de transposition des directives permet une certaine souplesse dans l'incorporation des règles européennes en droit national, mais également de préserver la compétence des pouvoirs législatifs nationaux⁷¹.

1. En France

a) En général

- 13.85 La France étant un pays membre de l'UE, elle se doit d'adapter son droit national à la Directive et de transposer cette dernière (art. 23 Directive 2009/125/CE).
- 13.86 Les deux textes ayant transposé la Directive sont le Décret n° 2011-764 du 28 juin 2011 relatif à la procédure de surveillance du marché national des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie⁷² et l'Arrêté du 3 août 2011 relatif aux moda-

68 CLERGERIE/GRUBER/RAMBAUD, 233.

69 *Ibid.*, 238.

70 *Ibid.*, 240 s.

71 BIEBER *et al.*, 200.

72 Décret n° 2011-764 du 28 juin 2011 relatif à la procédure de surveillance du marché national des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie, texte n° 21, JORF n° 0150 du 30.6.2011, 11102 (France).

lités d'évaluation de la conformité des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie⁷³.

Le Décret n° 2011-764 est à l'origine de la Section 4 du chapitre IV, titre II, livre II du Code de l'environnement⁷⁴ (ci-après : la Section 4) et fixe les exigences à respecter pour évaluer la conformité des produits avec les mesures d'exécution de la Commission, tandis que l'Arrêté du 3 août 2011 les précise⁷⁵. 13.87

Suite à l'adoption de nombreux nouveaux règlements d'application de l'art. 15 Directive 2009/125/CE par la Commission, les deux textes législatifs précités ont été modifiés en 2018 par le Décret n° 2018-761 du 30 août 2018 modifiant l'art. R. 224-61 du Code de l'environnement⁷⁶ et par l'Arrêté du 30 août 2018 modifiant l'arrêté du 3 août 2011 relatif aux modalités d'évaluation de la conformité des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie⁷⁷. 13.88

aa) But de la Section 4

Le but de la Section 4 est de transposer la Directive en droit français et de réguler la mise sur le marché des produits liés à l'énergie. 13.89

Pour cela elle crée un cadre légal qui permet de soumettre les produits, visés par les exigences d'écoconception de la Commission, à ces dernières. Comme nous le verrons, elles sont appliquées directement. 13.90

ab) Champ d'application de la Section 4

Le champ d'application de la Section 4 reprend, à juste titre, celui de la Directive (art. R. 224-61 al. 1 Code de l'environnement). Il s'applique donc à tout produit qui peut avoir un impact sur la consommation d'énergie. Les pièces détachées de tels produits sont également concernées par les dispositions de cette section, pour autant qu'elles soient destinées aux utilisateurs finals et que leur performance environnementale puisse être évaluée de manière individuelle. 13.91

73 Arrêté du 3 août 2011 relatif aux modalités d'évaluation de la conformité des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie, texte n° 5, JORF n° 0194 du 23.8.2011, 14232 (France).

74 Code de l'environnement (France), approuvé par l'Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement et ratifié par la Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

75 RADISSON LAURENT, Produits ayant un impact sur la consommation d'énergie : la procédure de surveillance est fixée, Actu Environnement, 4.7.2011, disponible sous : <<https://www.actu-environnement.com/ae/news/ecoconception-produits-energie-exigences-12940.php4>> (30.6.2020).

76 Décret n° 2018-761 du 30 août 2018 modifiant l'art. R. 224-61 du code de l'environnement (section 4 relative aux produits ayant un impact sur la consommation d'énergie), texte n° 5, JORF n° 0200 du 31.8.2018.

77 Arrêté du 30 août 2018 modifiant l'arrêté du 3 août 2011 relatif aux modalités d'évaluation de la conformité des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie, texte n° 13, JORF n°0200 du 31.8.2018.

13.92 Comme dans la Directive, les moyens de transport de personnes ou de marchandises sont exclus du champ d'application.

b) En particulier : transposition de l'article 15 de la Directive 2009/125/CE

13.93 Comme mentionné ci-dessus, la Section 4 transpose la Directive en droit français. L'art. 15 Directive 2009/125/CE est directement repris à travers l'art. R. 224-61 Code de l'environnement (N 13.94 ss), mais il a des incidences indirectes sur l'art. R. 224-62 Code de l'environnement (N 13.97 ss), ainsi que sur les art. R. 226-11 et R. 226-12 Code de l'environnement (N 13.102 ss).

ba) Article R. 224-61 Code de l'environnement

13.94 Tel que déjà évoqué, cet article transpose l'art. 15 Directive 2009/125/CE.

13.95 L'alinéa 3 de l'art. R. 224-61 Code de l'environnement dispose que les mesures d'exécution prises par la Commission seront directement applicables en droit français. Nous remarquons que le législateur français n'a pas voulu aller plus loin, en donnant, par exemple, une compétence spécifique à un organe exécutif pour préciser les exigences d'écoconception de la Commission, telle que prévu en droit allemand (*cf.* N 13.123 ss). Lors de son adoption, cet alinéa renvoyait à l'art. R. 224-68 Code de l'environnement qui contenait la liste des mesures d'exécution devant être respectées. Au vu du nombre de nouveaux règlements d'exécution adoptés entre 2011 et 2018, le législateur a simplifié l'adaptation du droit français aux mesures d'exécution de la Commission européenne en renvoyant simplement à ces dernières. L'art. R. 224-68 Code de l'environnement a donc été abrogé⁷⁸.

13.96 Le fabricant, ou son mandataire, est tenu d'appliquer directement les exigences d'écoconception s'il veut pouvoir mettre son produit sur le marché. Lorsque le fabricant ou son représentant ne sont pas établis dans l'Union européenne, il incombe à l'importateur de respecter ces exigences⁷⁹. Nous remarquons que le distributeur n'est pas explicitement visé par les mesures prévues en droit français. Nous pouvons toutefois raisonnablement penser que s'il n'y pas d'importateur, et que le fabricant (ou le représentant) n'est pas établi en Europe, le distributeur peut être soumis à l'art. R. 224-61 Code de l'environnement.

78 ÉDITIONS LÉGISLATIVES, Ecoconception : prise en compte des nouveaux règlements européens dans le droit national, 5.9.2018, disponible sous : <<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/ecoconception-prise-en-compte-des-nouveaux-reglements-europeens-dans-le-droit-national>> (1.7.2020).

79 SOROSTE/YEDIKARDACHIAN, 323-670.

bb) Article 224-62 Code de l'environnement

La conformité aux exigences d'écoconception étant une des conditions pour la mise sur le marché de produits soumis à celles-ci, l'art. R. 224-62 Code de l'environnement transpose indirectement la Directive. 13.97

En vertu de cet article, c'est au fabricant, ou à son mandataire, de contrôler la conformité. Pour cela, il a deux possibilités. Il peut procéder à un contrôle de conception interne (Annexe I art. R. 224-62 Code de l'environnement) ou se baser sur un système de management (Annexe II art. 224-62 Code de l'environnement)⁸⁰. 13.98

Il y a une présomption de conformité dans les cas où le produit est conforme à des normes harmonisées publiées au JO, ou s'il bénéficie du label écologique européen ou de tout autre label équivalent (art. R. 224-63 Code de l'environnement). Par exemple, il existe une liste de normes harmonisées pour les appareils de réfrigération ménagers : un fabricant de tels appareils voulant les mettre sur le marché pourra donc se conformer aux normes harmonisées en vigueur pour que ses produits soient considérés comme respectant les mesures d'exécution⁸¹. 13.99

Ce sont les autorités nationales qui vérifient la bonne application des mesures d'exécution sur leur territoire. En France, c'est la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui est responsable de la surveillance du marché national. 13.100

Afin de surveiller et de contrôler les produits, le fabricant, son représentant ou l'importateur sont tenus de conserver tous les documents servant à prouver la conformité du produit. La durée de conservation est de dix ans dès la fabrication du dernier produit mis sur le marché ou en service (art. R. 224-66 Code de l'environnement). 13.101

bc) Sanctions

La Section 4 oblige le fabricant, son représentant ou l'importateur à se conformer à des exigences pour la mise sur le marché de produits. Le non-respect de ces dernières entraîne des sanctions. 13.102

Le Code de l'environnement distingue deux cas de figure. 13.103

Tout d'abord, il y a l'art. R. 226-11 Code de l'environnement qui est plus général, car il traite de tous les types de produits visés par la Section 4. 13.104

En vertu de cet article, l'importation, la mise sur le marché ou en service de produits sans se conformer aux art. R. 224-64 s. Code de l'environnement est passible de la peine d'amende prévue pour les contraventions de 5^e classe. Il en va de même si la personne 13.105

80 SOROSTE/YEDIKARDACHIAN, 323-655.

81 *Ibid.*, 323-656.

responsable de la mise sur le marché ou en service du produit ne présente pas la documentation technique relative à ce dernier dans le délai prescrit.

- 13.106 Le montant maximal de l'amende prévu pour les contraventions de 5^e classe est de EUR 1 500 pour une première infraction et de EUR 3 000 en cas de récidive (art. 131-13 al. 2 ch. 5 CPF⁸²).
- 13.107 Ensuite, il y a l'art. R. 226-12 Code de l'environnement qui est plus spécifique. En effet, il ne sanctionne que l'importation, la mise sur le marché ou en service d'appareils de réfrigération dont les marques ou inscriptions pourraient être confondues avec le marquage « CE ».
- 13.108 Dans ce cas, le contrevenant sera puni de l'amende prévue pour les contraventions de 3^e classe. Le montant maximal sera de EUR 450 (art. 131-13 al. 2 ch. 3 CPF).
- 13.109 Il faut toutefois rester attentif au fait que, en principe, seules les personnes physiques peuvent encourir une amende (art. 131-12 CPF). Toutefois, en matière de contraventions, les art. 131-40 ss CPF prévoient également la peine d'amende pour les personnes morales. Le montant maximum de celle-ci équivaut au quintuple du montant maximum prévu pour les personnes physiques (art. 131-41 CPF)⁸³. Une entreprise qui remplit les éléments constitutifs de l'art. R. 226-11 Code de l'environnement pourrait donc être punie au maximum d'une amende de EUR 7 500 (ou EUR 15 000 en cas de récidive), ou d'une amende de EUR 2 250 maximum si elle remplit les éléments constitutifs de l'art. R. 226-12 Code de l'environnement.
- 13.110 Les art. R. 226-11 ss Code de l'environnement ne prévoient pas explicitement la responsabilité de la personne morale. Toutefois, en droit français, la responsabilité pénale de cette dernière peut être engagée pour tout type d'infraction (art. 121-2 CPF), pour autant que l'infraction ne suppose pas une qualité spéciale de la part de l'auteur⁸⁴. Bien que le Code pénal parle des « organes » ou des « représentants » de la personne morale, la responsabilité de celle-ci est engagée dès que la personne physique la représentait effectivement ou exerçait une autorité en son nom⁸⁵. Nous pouvons donc, dans le cas des art. R. 226-11 ss Code de l'environnement, imaginer que l'entreprise soit considérée responsable. En effet, le respect de ces articles dépend des instructions données par les dirigeants de l'entreprise, puis de la surveillance de la bonne exécution de ces dernières. Sa responsabilité peut donc être engagée de cette manière. Cette solution est celle prévue en droit allemand, comme nous le verrons dans la suite de ce travail (*cf.* N 13.157 ss).
- 13.111 Nous remarquons que les montants pour ces infractions semblent assez dérisoires, car nous pouvons raisonnablement penser que la majorité des produits devant respecter

82 Code pénal français du 22 juillet 1992.

83 BOULOC, 498.

84 DREYER, 896-897.

85 *Ibid.*, 907.

des exigences d'écoconception sont conçus par de grandes entreprises. Une amende de EUR 15 000 maximum n'apparaît dès lors pas très dissuasive, compte tenu du chiffre d'affaires potentiel que de telles entreprises peuvent réaliser.

2. En Allemagne

a) En général

En tant qu'État membre de l'UE, l'Allemagne doit transposer la Directive en droit interne (art. 23 Directive 2009/125/CE). 13.112

Le premier acte législatif ayant été adopté pour la mise en œuvre des exigences d'écoconception était la loi sur les produits consommateurs d'énergie (ci-après : l'EBPG)⁸⁶ qui transposait la Directive 2005/32/CE, et qui fut ensuite remplacée par la loi sur les produits liés à l'énergie (ci-après : l'EVPG)⁸⁷ lors de l'adoption de la Directive 2009/125/CE. Il existe également une ordonnance d'application de l'EVPG (ci-après : l'EVPGV)⁸⁸. 13.113

L'EVPG a un champ d'application plus étendu que l'EBPG – elle s'applique à tous les produits liés à l'énergie – et a également permis de prendre en compte le Règlement (CE) n° 765/2008⁸⁹ entré en vigueur le 1^{er} octobre 2010. 13.114

Toutefois, d'un point de vue purement matériel, le contenu des deux lois reste presque le même⁹⁰. 13.115

aa) But de l'EVPG

Comme mentionné brièvement ci-dessus, l'EVPG sert à la transposition de la Directive en droit allemand. 13.116

Son but est de créer un cadre légal afin de pouvoir faire appliquer et exécuter les exigences de l'Union européenne concernant la conception écologique des produits liés à l'énergie. Cette loi pose les conditions permettant la mise sur le marché et la mise en service de produits liés à l'énergie, mais règle également la surveillance du marché par les autorités⁹¹ et les sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions prévues par la loi. 13.117

86 Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz (Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte) vom 27 Februar 2008, BGBl. I 2008, 258 (Allemagne).

87 Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz (Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte) vom 25 November 2011, BGBl. I S. 2224 (Allemagne).

88 Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte vom 14 August 2013, BGBl. I S. 3221 (Allemagne).

89 Règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil, JO L 218 du 13.8.2008, 30-47.

90 FISCHERAUER, Einführung EVPG N 13-14.

91 *Ibid.*, N 1.

13.118 À l'instar de la Directive, l'EVPG ne pose toutefois pas elle-même d'exigences d'éco-conception⁹². C'est en effet à travers les « *Durchführungsrechtsvorschrift[en]* » (en français: « dispositions (ou mesures) d'exécution »), un terme défini à l'art. 2 al. 3 ch. 1 EVPG, que ces exigences seront déterminées⁹³. Par « *Durchführungsrechtsvorschrift* », on entend non seulement les mesures d'exécution selon l'art. 15 Directive 2009/125/CE directement applicables en droit national, mais aussi celles élaborées en vertu de la Directive 2005/32/CE, ainsi que les éventuelles ordonnances édictées par le gouvernement en application de l'art. 3 EVPG⁹⁴.

ab) Champ d'application de l'EVPG

13.119 L'art. 1 EVPG dispose du champ d'application et reprend l'art. 1 § 2 à 4 Directive 2009/125/CE⁹⁵.

13.120 Cette loi n'aura cependant des effets juridiques concrets sur un produit visé à l'art. 1 EVPG que si des exigences d'écoconception ont été adoptées au niveau européen à travers une mesure d'exécution⁹⁶.

b) En particulier: transposition de l'article 15 de la Directive 2009/125/CE

13.121 L'art. 15 Directive 2009/125/CE a été transposé à travers divers articles: tout d'abord, l'art. 3 EVPG permet au gouvernement allemand d'édicter des ordonnances (N 13.123 ss), ensuite l'art. 4 EVPG donne les conditions à remplir pour la mise sur le marché de produits soumis à des mesures d'exécution (N 13.126 ss), et finalement l'art. 7 EVPG règle la surveillance du marché et les sanctions en cas de non-conformité aux prescriptions légales (N 13.141 ss).

13.122 L'art. 3 EVPG est le seul qui transpose directement l'art. 15 Directive 2009/125/CE, tandis que les art. 4 et 7 EVPG ne traitent que de ses effets « indirects ».

ba) Article 3 EVPG

13.123 L'art. 3 EVPG est une disposition permettant au gouvernement allemand, avec accord du parlement allemand, d'édicter des ordonnances dans le but de transposer ou de faire appliquer des mesures d'exécution prises par la Commission européenne dans le cadre de l'art. 15 Directive 2009/125/CE. Cette possibilité n'existe toutefois que si la mesure d'exécution n'a pas d'effets juridiques contraignants directs en droit national ou se doit d'y être précisée⁹⁷.

92 NUSSER, 130.

93 KOCH, 646.

94 DIETRICH, 599.

95 FISCHERAUER, art. 1 EVPG N 1.

96 DIETRICH, 599.

97 *Ibid.*, 599-560.

Il faut souligner que les mesures d'exécution adoptées par la Commission européenne ont, dans la majorité des cas, des effets juridiques directs pour les États membres. Le gouvernement allemand ne peut donc utiliser que très rarement les prérogatives de l'art. 3 EVPG⁹⁸. 13.124

L'EPGV a été adoptée en vertu de ce pouvoir et concrétise les conditions que doivent remplir les fabricants, respectivement leur représentant ou importateur, afin de pouvoir mettre un produit lié à l'énergie sur le marché et/ou en service⁹⁹. 13.125

bb) Article 4 EVPG

L'art. 4 EVPG est la norme principale de cette loi et règle les formalités nécessaires pour la mise sur le marché des produits liés à l'énergie. 13.126

Comme mentionné plus haut, ce n'est pas une transposition directe de l'art. 15 Directive 2009/125/CE. Cependant, le respect des exigences d'écoconception étant une des conditions préalables tant à la mise sur le marché de produits liés à l'énergie, qu'à leur mise en service (art. 4 al. 1 2^e phr. EVPG), l'art. 15 Directive 2009/125/CE influence l'art. 4 EVPG¹⁰⁰. 13.127

La première condition, et la plus importante, pour pouvoir mettre un produit sur le marché est sa conformité avec les exigences d'écoconception¹⁰¹. 13.128

L'art. 4 al. 1 EVPG ne s'applique que si le produit est effectivement visé par une disposition d'exécution. C'est cette dernière qui détermine, grâce à son champ d'application, les produits concernés. 13.129

Si la disposition d'exécution ne s'applique que lorsqu'un bien est utilisé dans un certain but, cela doit être déterminé selon la perception objective du public visé ou selon l'utilisation prévisible qu'il pourrait en faire¹⁰². L'affaire des « *Heatballs* »¹⁰³ illustre ce principe. 13.130

Le lieu de production ne joue aucun rôle pour savoir si un produit sera soumis ou non à des exigences d'écoconception. C'est le lieu de la mise sur le marché, respectivement en circulation, qui est déterminant. Au niveau temporel, c'est le moment où le produit est mis pour la première fois sur le marché qui est décisif¹⁰⁴. Le Tribunal administratif de Bayreuth, dans un arrêt de 2015, a confirmé cet aspect temporel. En effet, dans l'affaire en cause, les juges ont considéré que la mise sur le marché correspond au moment 13.131

98 NUSSE, 132.

99 FISCHERAUER, Einführung EVPG N 16.

100 DIETRICH, 600.

101 FISCHERAUER, art. 4 EVPG N 5.

102 *Ibid.*, art. 4 EVPG N 6.

103 VG Aachen, Urteil vom 19.6.2012, 3 K 181/11, c. 1.

104 DIETRICH, 600.

où l'importateur a remis le produit à ses distributeurs en Allemagne, bien qu'il ait déjà utilisé ces ampoules au siège de son entreprise¹⁰⁵.

- 13.132 Nous remarquons que les mesures d'exécution rendues par la Commission européenne sont d'une importance capitale dans le cadre de l'art. 4 EVPG et ce à deux niveaux. Premièrement, elles permettent de définir quels produits tomberont effectivement dans le champ d'application de la loi et seront soumis à celle-ci. Secondement, elles expriment le contenu des exigences d'écoconception à observer afin de permettre la mise sur le marché de produits visés par de telles mesures¹⁰⁶.
- 13.133 Précisons également que ni la Directive, ni l'EVPG n'interdisent la production de produits non conformes ; ce n'est que la mise sur le marché de l'EEE, respectivement la mise en service, qui est visée¹⁰⁷.
- 13.134 Le législateur allemand est très strict et veut s'assurer que seuls les produits soumis conçus en conformité avec les exigences d'écoconception définies dans les mesures d'exécution (au sens large ; « *Durchführungsrechtsvorschriften* » en allemand) sont mis en circulation. Cette conformité doit être totale, même une déviation minimale rend impossible la mise sur le marché des produits non conformes¹⁰⁸.
- 13.135 Mais qui sera tenu pour responsable si ces exigences ne sont pas respectées ? En effet, nous avons vu que la Directive s'applique tant aux fabricants ou à leurs représentants, qu'aux distributeurs et importateurs.
- 13.136 Dans le cadre des obligations de l'art. 4 EVPG, et plus précisément de la conformité avec les exigences d'écoconception, c'est la personne ayant mis pour la première fois le produit sur le marché ou en service en Allemagne qui est responsable de sa conformité avec les conditions de cet article¹⁰⁹. Cela peut donc être le fabricant ou son représentant, ou l'importateur.
- 13.137 Parmi ces obligations, la personne responsable doit rédiger une déclaration de conformité en se basant sur les indications de l'annexe de l'EVPG, qui sera conservée pendant au moins 10 ans et accompagnée de tous les documents pouvant la justifier. Elle est également tenue de mettre à disposition des autorités de surveillance du marché, gratuitement, des produits, échantillons, documents ou informations afin de vérifier la conformité.
- 13.138 Le fabricant, son représentant ou l'importateur doit aussi être mesure de retirer du marché tout produit ne satisfaisant pas aux conditions de l'art. 4 EVPG, mais qui s'y serait tout de même retrouvé¹¹⁰.

105 VG Bayreuth, Urteil vom 29.01.2015, B 2 K 14.365, c. 1, § 6.

106 FISCHERAUER, art. 4 EVPG N 11.

107 DIETRICH, 600.

108 FISCHERAUER, art. 4 EVPG N 7.

109 DIETRICH, 600.

110 *Ibid.*, 601.

Le distributeur n'est responsable que s'il devait savoir, sur la base des informations reçues ou de son expérience, que le produit distribué n'est pas conforme aux exigences d'écoconception auxquelles il devrait être soumis (art. 4 al. 10 EVPG). 13.139

D'un point de vue pratique, il peut demander à son fournisseur de lui garantir contractuellement que les produits livrés seront conformes aux exigences en vigueur. Son obligation se limite donc à vérifier la présence de la marque « CE » sur le produit ou son emballage, et si une déclaration de conformité est jointe au produit¹¹¹. 13.140

bc) Article 7 EVPG

Les mesures d'exécution prévoient, en général, que c'est au fabricant qu'incombe la vérification de la conformité du produit avec les exigences d'écoconception. Le but est de procéder à des contrôles aléatoires, en amont de la mise sur le marché, afin de garantir que seuls les produits conformes seront mis en circulation. Cela permet également de surveiller le marché¹¹². 13.141

Les autorités de surveillance peuvent dorénavant procéder à des contrôles tout au long de la chaîne de distribution, c'est-à-dire même lorsque le produit se trouve en dehors de l'influence des « acteurs » principaux concernés par la loi (à savoir le fabricant, son représentant ou l'importateur). Cette extension du champ de surveillance est une conséquence de l'adoption du Règlement (CE) n° 765/2008 qui contraint les États à mettre en place un contrôle effectif et efficace de la conformité des produits, pouvant avoir lieu tout au long de la chaîne de distribution, donc du fabricant au distributeur, et qui s'inscrit et est applicable dans le cadre de la législation européenne relative aux produits¹¹³. 13.142

Les autorités sont même habilitées à effectuer des contrôles auprès de fabricants professionnels qui manufacturent des produits liés à l'énergie pour leur propre utilisation, sans les mettre sur le marché¹¹⁴. 13.143

En Allemagne, l'EVPG est mise en œuvre au niveau des *Länder*; ce sont donc leurs autorités de surveillance qui sont responsables de vérifier la conformité des produits avec les exigences d'écoconception¹¹⁵. 13.144

Afin de développer une organisation cohérente et une bonne mise en œuvre de la surveillance à travers tout le pays, un comité *Bund-Länder* a été mis en place sous l'égide du BMWi (*Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*). Son but est de soutenir les diverses autorités dans leurs tâches et de faciliter l'échange d'informations, mais il ne peut prendre aucune décision contraignante¹¹⁶. Il existe également le BAM (*Bundesans-* 13.145

111 *Ibid.*

112 DIETRICH, 602.

113 DIETRICH/AKKERMANN, 276.

114 *Ibid.*, 277.

115 DIETRICH, 602.

116 DIETRICH/AKKERMANN, 277.

talt für Materialforschung und -prüfung) qui est, entre autres, responsable d'assurer l'échange d'informations relatives aux mesures prises dans le cadre de la surveillance du marché entre les autorités fédérales et les autorités des *Länder*¹¹⁷.

- 13.146 L'art. 7 al. 1 EVPG liste un nombre de critères à prendre en compte lors de la mise en place de leur concept de surveillance du marché (« *Marktüberwachungskonzept* ») par les autorités des *Länder*.
- 13.147 Comme la Directive se base sur une approche globale, concernant l'ensemble du cycle de vie du produit, le législateur allemand part du postulat que l'évaluation de la conformité du produit est complexe et que les défis auxquels les autorités doivent faire face sont notables. C'est pour cette raison que les règles de surveillance du marché dans le cas de l'EVPG s'inspirent des solutions en matière de sécurité des produits. Les autorités peuvent donc, si nécessaire, effectuer des tests complexes et très techniques.
- 13.148 Toutefois, leurs moyens ne sont pas illimités et ceux-ci doivent être utilisés de manière ciblée. Une bonne utilisation des ressources est assurée grâce aux critères de l'art. 7 al. 1 EVPG, en particulier le chiffre 2, qui veut que les autorités créent régulièrement de nouveaux programmes de surveillance, adaptent ceux qui existent déjà, et veillent à leur mise en œuvre¹¹⁸. Ces programmes doivent de plus être mis à disposition du public, si possible sous forme électronique, par l'autorité (art. 7 al. 1 § 2 EVPG). Nous remarquons que le public a un rôle important de surveillant dans ce cadre, en vérifiant que les ressources publiques soient utilisées à bon escient.
- 13.149 Les douanes ont également une fonction prépondérante dans la surveillance du marché. Tout d'abord en notifiant à l'autorité ses soupçons de non-conformité d'un produit devant être mis en circulation, mais aussi en permettant un contrôle précoce¹¹⁹.
- 13.150 Le cercle des acteurs devant se soumettre aux mesures de contrôles des autorités de surveillance est défini à l'art. 7 al. 6 EVPG. Il s'agit, comme dit plus haut, non seulement des fabricants, de leur représentant, et des importateurs, mais également des distributeurs.
- 13.151 Toutes les personnes soumises à des mesures de contrôle ont l'obligation de collaborer en apportant leur aide ainsi qu'en mettant à disposition toute information nécessaire. Le seul cas de figure permettant le refus de fournir des informations est lors de risque de sanctions pénales ou administratives dans le cas où ces informations seraient rendues publiques¹²⁰.
- 13.152 Les pouvoirs des autorités de surveillance pour enquêter et établir la conformité des produits sont très larges (art. 7 al. 4 et 5 EVPG)¹²¹.

117 DIETRICH, 604.

118 DIETRICH, 602.

119 DIETRICH/AKKERMANN, 277.

120 DIETRICH, 602-603.

121 *Ibid.*, 603.

L'EVPG prévoit, à son art. 7 al. 3, une liste non exhaustive de mesures pouvant être prononcées contre le fabricant, son représentant, l'importateur ou le distributeur en cas de soupçons fondés de non-respect des conditions de l'art. 4 EVPG¹²². 13.153

L'autorité de surveillance peut tout d'abord prendre les mesures provisoires nécessaires afin de permettre l'examen de la conformité de produits qu'elle soupçonne de ne pas remplir les conditions de l'art. 4 EVPG (art. 7 al. 3 ch. 3, 5 et 8 EVPG). Ce type de mesures ne peuvent être prises à l'encontre du distributeur qu'en présence d'indications accrues rendant la violation très probable, car les conséquences économiques sur celui-ci pourraient s'avérer très lourdes en cas de soupçon injustifié. 13.154

S'il est avéré qu'un produit ne respecte pas les exigences d'écoconception auxquelles il est soumis, l'autorité peut enjoindre la personne visée à ne pas exposer un produit ne satisfaisant pas auxdites exigences, à fournir les informations nécessaires, ou peut lui interdire la mise sur le marché, respectivement en service, d'un produit, elle peut également retirer ou rappeler un produit non conforme qui a déjà été mis en circulation, et elle peut aussi imposer des mesures permettant de s'assurer que seuls des produits respectant les exigences de l'art. 4 EVPG seront mis sur le marché, respectivement mis en service (art. 7 al. 3 ch. 1, 2, 4, 6 et 7 EVPG)¹²³. Un arrêt du Tribunal administratif de Bayreuth confirme, à nouveau dans une affaire relative aux ampoules à incandescence, que les autorités de surveillance sont légitimées à interdire la mise sur le marché d'un produit qui ne remplit pas les conditions de l'art. 4 al. 1 ch. 1 EVPG¹²⁴. 13.155

Les mesures décrites ci-dessus peuvent engendrer des coûts ; le comportement des acteurs concernés selon qu'ils ont agi conformément à la loi sera décisif pour déterminer s'ils devront les supporter ou non. À l'instar de la solution prévue pour les mesures provisoires, les distributeurs ont un régime de responsabilité plus allégé : ils ne devront s'acquitter des coûts d'une inspection ou d'essais uniquement s'ils ont commis un manquement grave à la diligence nécessaire¹²⁵, par exemple en ne tenant pas compte des informations reçues lui permettant de reconnaître la non-conformité du produit distribué. 13.156

bd) Sanctions

Le non-respect des obligations relatives à l'écoconception, de même que de l'absence de collaboration avec les autorités, représentent une infraction administrative (« *Ordnungswidrigkeit* ») et peuvent être sanctionnés par une amende allant de EUR 10 000 à 50 000 (art. 13 EVPG)¹²⁶. Ce montant est bien supérieur au montant maximal de 13.157

122 *Ibid.*

123 DIETRICH, 603.

124 VG Bayreuth, Urteil vom 29.1.2015, B 2 K 14.365, c. 1, § 3.

125 DIETRICH, 603.

126 *Ibid.*, 603.

EUR 1 000 prévu par l'art. 17 al. 1 OWiG¹²⁷. Cela s'explique par le fait que l'amende a un but dissuasif et doit, en principe, supprimer les avantages économiques tirés de l'infraction¹²⁸. En effet, il ne faudrait pas que, malgré une amende, la personne n'ayant pas respecté les obligations d'écoconception se retrouve avantagée économiquement. La fonction dissuasive de la sanction ne serait dès lors plus remplie et la tentation d'enfreindre la loi pour bénéficier d'une meilleure situation économique serait trop grande.

- 13.158 L'art. 13 EVPG s'applique aux personnes physiques. Il existe toutefois les art. 30 et 130 OWiG qui permettent de sanctionner l'entreprise si son propriétaire n'a pas pris les mesures de surveillance nécessaires pour éviter la commission d'une infraction. Il faut toutefois noter que la personne physique remplissant les conditions de l'art. 13 EVPG peut également être condamnée à une amende, en plus de l'entreprise¹²⁹.
- 13.159 Si la personne juridique est punissable, le montant maximal de l'amende sera le même que pour une personne physique¹³⁰. En effet, l'art. 30 al. 2 2^e phr. OWiG n'est pas applicable, l'art. 13 EVPG ne renvoyant pas à cette disposition.
- 13.160 Une spécificité du droit allemand est l'inscription au registre central du commerce de l'Office fédéral de la justice de toute amende de plus de EUR 200 ; ce registre est accessible à toute autorité habilitée à recevoir des informations. Une inscription peut donc avoir des effets conséquents sur une entreprise, notamment lorsque celle-ci sollicite l'octroi d'un permis, d'une autorisation ou d'une licence, et que sa fiabilité ou son aptitude sont déterminantes pour que cette demande soit accordée¹³¹.
- 13.161 Nous pouvons donc distinguer plusieurs mesures complémentaires visant à s'assurer que les exigences pour la mise sur le marché des produits visés par l'EVPG soient respectées. Il y a en premier lieu les mesures concrètes de surveillance du marché (contrôle de la conformité, interdiction de mise sur le marché, retrait du marché, etc.). Mais il y a aussi les mesures dissuasives, telles que l'amende et l'inscription de cette dernière au registre central du commerce.

3. Conclusion intermédiaire

- 13.162 Nous remarquons que la manière de transposer diffère grandement entre les deux États. La Directive étant d'harmonisation minimale, les États sont libres de choisir le degré de transposition de la Directive. La seule condition est que les exigences minimales posées par cette dernière doivent être respectées.

127 Ordnungswidrigkeitengesetz (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) vom 19 Februar 1987, BGBl. I S. 448 (Allemagne).

128 NÜSSER, Berliner Kommentar zum Energierecht, art. 13 EVPG N 6.

129 *Ibid.*, art. 13 EVPG N 4.

130 *Ibid.*, art. 13 EVPG N 5.

131 NÜSSER, Berliner Kommentar zum Energierecht, art. 13 EVPG N 7.

La France se contente de transposer la Directive au « strict minimum », en créant quelques articles dans le Code de l'environnement et sans prendre la peine d'aller dans les détails. De plus, les actes ayant servi à la transposition, à savoir un décret et un arrêté, sont des actes de niveau réglementaire et dont la procédure d'adoption est relativement légère. Cette façon de faire met encore en avant, à notre avis, le manque d'intérêt dont font preuve les pouvoirs politiques français dans ce domaine. Le plan national d'action pour l'efficacité énergétique de 2011, dans lequel ces derniers n'ont laissé qu'une très petite part à l'amélioration des appareils liés à l'énergie, renforce cette impression de « strict minimum ». En effet, il n'était que question de faire une campagne relative au choix des meilleurs équipements ainsi que la meilleure manière de les utiliser, tout en présentant les nouveautés en matière d'écoconception¹³². 13.163

Contrairement à la simplicité apparente de la transposition en droit français, la solution en Allemagne est beaucoup plus complète. Bien que le législateur allemand ne laisse qu'une marge de manœuvre très réduite au gouvernement pour préciser les mesures d'exécution incomplètes ou pour transposer celles qui ne sont pas directement applicables, il traite de manière plus approfondie tous les aspects relatifs à l'application de la Directive pour la mise sur le marché allemand de produits soumis à des mesures d'exécutions. 13.164

Nous observons encore cette différence dans le montant des amendes infligées en cas de non-respect des exigences à respecter pour la mise sur le marché de produits soumis à des mesures d'exécution. En effet, dans le cas où une entreprise est responsable, l'amende maximale prévue en droit allemand est presque quatre fois supérieure à celle prévue par le droit français ! 13.165

Enfin cette différence est mise en avant également par l'inscription de l'amende au registre central du commerce qui renforce les effets de la sanction prévue en droit allemand. En effet, en plus des conséquences économiques directes (amende), il y a également des conséquences économiques indirectes (influence possible sur l'octroi d'autorisations). 13.166

La transposition de la Directive et la surveillance qui en découlent ne nous semblent toutefois pas suffisantes. En effet, selon la Commission, 10 à 25% des produits se trouvant sur le marché européen en 2016 n'étaient pas conformes aux exigences d'écoconception¹³³. À notre avis, le montant de l'amende infligée en cas de non-conformité est une des causes de ce constat. Une amende proportionnelle au chiffre d'affaires de l'entreprise fautive nous semblerait beaucoup plus dissuasive et à même d'encourager les fabricants à se conformer aux exigences applicables. 13.167

132 Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, Action 10, 15.

133 Communication de la Commission – Plan de travail « Écoconception » 2016-2019, COM (2016) 773 final du 30.11.2016, non publiée au JO, 11.

IV. Comparaison avec la situation en droit suisse

- 13.168 En Suisse, l'art. 89 Cst.¹³⁴ est la base légale donnant comme objectif à la Confédération et aux cantons, entre autres, de promouvoir une consommation économe et rationnelle de l'énergie¹³⁵. Toutes les sources d'énergie sont concernées par cette disposition¹³⁶. La Confédération est notamment compétente pour fixer les principes applicables à une consommation économe et rationnelle de l'énergie, ainsi que pour légiférer sur la consommation énergétique des installations, véhicules et appareils (art. 89 al. 2 Cst.)¹³⁷.
- 13.169 La Stratégie énergétique du Conseil fédéral en 2007 (ci-après : Stratégie énergétique 2007) se basait sur quatre piliers. L'efficacité énergétique en faisait partie et la promotion de cette dernière constituait déjà une priorité absolue. Deux plans d'action sont adoptés par le Conseil fédéral en 2008 afin de concrétiser la Stratégie énergétique 2007 et leurs lignes directrices sont reprises dans la Stratégie énergétique 2050, tout en renforçant leur développement conformément aux nouveaux objectifs. La Stratégie énergétique 2007 est mise en œuvre au niveau national grâce à une combinaison de plusieurs mesures et instruments. Des prescriptions d'efficacité ainsi que des conventions d'objectifs conclues avec des entreprises concourent, entre autres, à l'accroissement de l'efficacité énergétique¹³⁸.
- 13.170 La réduction de la consommation d'énergie, et d'électricité en particulier, fait partie des priorités de la Stratégie énergétique 2050 du Conseil fédéral. Le premier paquet de mesures du DETEC prévoit notamment des mesures d'efficacité renforcées, en particulier dans les domaines des appareils électriques, qui devraient permettre d'atteindre cet objectif¹³⁹.

1. En général

- 13.171 Les entreprises suisses, pour mettre des produits sur les marchés suisse et européen, doivent respecter diverses exigences. Il n'existe cependant aucune réglementation globale suisse similaire à la Directive.
- 13.172 L'adhésion de la Suisse à l'EEE ayant été refusée en 1992, il n'y a aucune obligation conventionnelle de se conformer au droit européen. Toutefois, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale sont désireux de rendre le droit suisse eurocompatible, grâce au procédé de la reprise autonome. Cela signifie que le législateur est libre de reprendre des règles de droit européen dans le système juridique suisse, sans toutefois y être tenu conventionnellement. Cette reprise peut avoir lieu à travers des lois ou des ordon-

134 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

135 Message énergie, FF 2013 6788.

136 WAGNER PFEIFER, *Besondere Regelungsbereiche*, 348.

137 Message énergie, FF 2013 6789.

138 Message énergie, FF 2013 6789-6790.

139 *Ibid.*, 6806-6807.

nances ; le choix entre ces deux instruments se base en général sur le degré de technicité du domaine concerné¹⁴⁰. La reprise autonome sert principalement à éviter ou éliminer les inconvénients qui pourraient découler d'une différence entre les dispositions européennes et suisses, surtout dans le domaine des relations économiques¹⁴¹.

Dès lors, le législateur suisse n'a pas l'obligation de reprendre la Directive. Il la reprend toutefois en partie de manière autonome, notamment lorsque le Conseil fédéral édicte des prescriptions d'efficacité pour les appareils électriques. En effet, celles-ci sont en grande partie basées sur les exigences développées en droit européen (cf. N 13.191 ss)¹⁴². Il faut aussi mentionner que certains produits ont été soumis à des exigences en Suisse avant même qu'ils ne le soient par le droit de l'Union européenne¹⁴³. 13.173

Comme évoqué au début de cette partie, il y a donc plusieurs textes légaux traitant de l'efficacité énergétique ; nous pouvons mentionner la LPE¹⁴⁴ (N 13.189 s.), la LEne¹⁴⁵ (N 13.191 ss) ainsi que l'OEn¹⁴⁶ et l'OEEE¹⁴⁷ (N 13.195 ss). 13.174

a) *Principe de coopération et mesures volontaires*

aa) *Principe de coopération*

Il faut commencer par se pencher sur le principe de coopération qui joue un rôle important en Suisse. Ce principe résulte de la constatation du fait que la mise en œuvre du droit de l'environnement ne peut être assurée par l'État seul. Afin de garantir cette mise en œuvre, une coopération entre tous les acteurs du marché et l'État, ainsi qu'entre la Confédération et les cantons se révèle nécessaire¹⁴⁸. 13.175

Selon ce principe, seuls un partenariat avec les citoyens et les entreprises concernées et leur participation volontaire permettent une protection efficace de l'environnement. Les dispositions et les mesures prises par les autorités sont mieux acceptées, puisque leurs destinataires ont joué un rôle dans leur élaboration, et l'expertise disponible ainsi que les structures existantes du secteur privé peuvent se révéler utiles pour la protection de l'environnement¹⁴⁹. 13.176

140 JAAG/HÄNNI, 479-480.

141 *Ibid.*, 482.

142 Message énergie, FF 2013 6832.

143 HESELHAUS, URP 9 (2012), 912.

144 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

145 Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (RS 730.0).

146 Ordonnance du 1^{er} novembre 2017 sur l'énergie (RS 730.01).

147 Ordonnance du 1^{er} novembre 2017 sur les exigences relatives à l'efficacité énergétique d'installations, de véhicules et d'appareils fabriqués en série (Ordonnance sur les exigences relatives à l'efficacité énergétique, RS 730.02).

148 PETITPIERRE-SAUVAIN, 18.

149 WAGNER PFEIFER, Allgemeine Grundlagen, 54.

- 13.177 La coopération peut concerner diverses tâches, telles que l'exécution, la régulation de domaines spécifiques, ou la procédure en droit de l'environnement. Une approche coopérative peut également être utile là où la loi prévoit une exécution par les autorités, mais laisse tout de même une certaine marge de manœuvre pour la conclusion d'accords contractuels, entre l'État et une ou plusieurs organisations économiques, visant ladite exécution. Pour autant que les obligations résultant de l'accord contractuel respectent le principe de la légalité, celles-ci peuvent également apporter des solutions pour les cas que la loi ne règle pas encore de manière directe¹⁵⁰.
- 13.178 Les autorités peuvent encourager la conclusion d'accords de branches qui, cette fois-ci, sont des contrats de droit privé passés entre entreprises et/ou organisations de droit privé¹⁵¹.

ab) Mesures volontaires

- 13.179 Comme déjà évoquées, les mesures prises par les entreprises et autres acteurs du marché revêtent une certaine importance en droit suisse de l'environnement.
- 13.180 En plus des accords de branches, les autorités doivent prendre en compte les accords sectoriels déjà existants avant d'édicter des dispositions d'exécution. Elles peuvent même reprendre ces accords en tout ou en partie, si cela s'avère possible et nécessaire (art. 41a al. 3 LPE et art. 4 al. 3 LEne).
- 13.181 L'État a la possibilité d'exercer un certain contrôle sur les mesures volontaires prises par les entreprises, car dans le cadre des accords de branches, il peut contraindre les entreprises et autres acteurs du marché à prendre des mesures conformes à l'état de la technique¹⁵².
- 13.182 Les bilans écologiques sont également un type de mesures volontaires à disposition des entreprises. Ces bilans qui ont pour objet l'évaluation des effets d'un produit sur l'environnement, tiennent compte de son cycle de vie et se basent sur quatre éléments : la définition des buts et du cadre de l'évaluation ; l'inventaire du cycle de vie, c'est-à-dire la détermination de toute consommation d'énergie, du genre et de la quantité de matériaux néfastes utilisés, ainsi que de la quantité de déchets engendrée par la « vie » du produit ; l'analyse d'impact, c'est-à-dire la mise en relation des résultats de l'inventaire du cycle de vie avec les effets environnementaux qu'ils pourraient avoir ; et l'évaluation finale dans laquelle on tire de l'inventaire du cycle de vie et de l'analyse d'impact des conclusions opérationnelles, voire politiques, pour la fabrication du produit¹⁵³.

150 *Ibid.*

151 *Ibid.*, 56.

152 WAGNER PFEIFER, *Allgemeine Grundlagen*, 88-89.

153 *Ibid.*, 93-94.

Concernant l'énergie en particulier, la réduction de la consommation est l'objectif principal poursuivi par la LEne et l'amélioration de l'efficacité énergétique fait partie des moyens permettant d'atteindre ce but (*cf.* N 13.191 ss). 13.183

À l'instar de ce qui a été développé dans les parties précédentes, le volontarisme est également privilégié pour améliorer l'efficacité énergétique, notamment grâce à l'art. 44 al. 2 LEne qui permet au Conseil fédéral « [d'] introduire des instruments d'économie de marché » à la place d'exigences relatives à la mise sur le marché des installations, véhicules et appareils fabriqués en série. De cette manière, des organismes privés peuvent, par exemple, délivrer des certifications pour certains produits liés à l'énergie attestant de leur conformité avec des exigences légales ou avec des normes techniques privées¹⁵⁴. 13.184

L'art. 44 al. 3 LEne donne également la possibilité à l'OFEN de conclure des conventions avec les fabricants et les importateurs prévoyant des valeurs cibles de consommation pour certains produits qui n'ont pas fait l'objet de mesures édictées par le Conseil fédéral¹⁵⁵. 13.185

Pour la régulation de la consommation énergétique des entreprises, le législateur suisse a misé sur les conventions d'objectifs. Ces dernières ont la priorité (art. 46 al. 1 et 2 LEne). Elles peuvent être conclues au niveau fédéral ou cantonal. S'il existe des dispositions fédérales relatives à la conclusion de telles conventions, les normes cantonales doivent être harmonisées avec celles de la Confédération. La conclusion et le respect de ces conventions par les entreprises doivent être récompensés sous forme d'avantages (art. 46 al. 3 LEne). Au niveau fédéral, par exemple, la Confédération permet le remboursement du supplément perçu sur le réseau que les entreprises ont dû payer (art. 35 ss LEne), pour autant qu'elles aient conclu une convention d'objectifs avec la Confédération et qu'elles remplissent les autres conditions prévues aux art. 40 LEne et 37 ss OEne. 13.186

Si la Confédération passe une convention d'objectifs étant pertinente tant pour la mise en œuvre des dispositions fédérales que cantonales, elle doit associer les cantons à la définition des exigences générales (art. 51 al. 1 OEne). 13.187

b) Prescriptions légales

Bien que les mesures volontaires jouent un rôle important dans le droit de l'environnement, il existe tout de même des prescriptions légales en droit suisse. 13.188

ba) LPE

L'art. 40 LPE donne la possibilité au Conseil fédéral de soumettre les installations fabriquées en série à certaines exigences afin de pouvoir les mettre sur le marché. Cet article est un instrument d'exécution permettant la limitation « à la source » des impacts envi- 13.189

154 *Ibid.*, 83.

155 WAGNER PFEIFER, *Besondere Regelungsbereiche*, 355.

ronnementaux des installations fabriquées en série. Il permet surtout de fixer des exigences environnementales pour des produits qui peuvent porter de grandes atteintes à l'environnement et pour lesquels une évaluation individuelle est difficile d'un point de vue pratique¹⁵⁶.

- 13.190 L'art. 40 al. 1 LPE est une norme de comportement : dès que le Conseil fédéral a pris des mesures pour subordonner la mise sur le marché d'un produit à des exigences spécifiques, il n'est plus possible de ne pas s'y conformer¹⁵⁷. Les producteurs, importateurs et distributeurs doivent donc adapter leur comportement pour respecter les conditions de mise sur le marché.

bb) LEne

- 13.191 La LEne permet au Conseil fédéral d'édicter des mesures relatives, notamment, aux exigences de consommation d'énergie pour la mise en circulation des installations, véhicules et appareils fabriqués en série (art. 44 al. 1 LEne)¹⁵⁸.
- 13.192 Ces prescriptions relatives à l'efficacité énergétique peuvent désormais aussi concerner les pièces des produits. Est considéré comme « pièce » tout produit n'entrant pas dans les catégories citées, mais ayant une influence notable sur la consommation énergétique en tant que partie des installations, véhicules et appareils¹⁵⁹. Les mesures concernant la mise en circulation peuvent également être applicables à l'utilisation propre de ces produits, c'est-à-dire aux produits fabriqués par le fabricant à des fins d'exploitation (art. 44 al. 5 LEne).
- 13.193 Nous remarquons que le droit suisse est assez similaire à ce qui est prévu par le droit européen en matière d'efficacité énergétique. De plus, les exigences définies par le Conseil fédéral se basent en général sur les développements européens. Elles doivent être étendues et améliorées selon l'état des progrès techniques. La question de savoir s'il fallait attendre que la Commission européenne prenne des mesures ou les anticiper a tout de même été soulevée par les chambres fédérales. Il a finalement été décidé que des mesures plus sévères peuvent être édictées uniquement si cela se révèle absolument nécessaire, et pour autant que les principes de la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce¹⁶⁰ soient pris en compte¹⁶¹.
- 13.194 L'art. 45 LEne exige des cantons qu'ils créent, lors de l'adoption d'actes législatifs relatifs aux bâtiments à construire ou existants, un cadre favorisant l'efficacité énergétique de

156 Komm. USG-BRUNNER, art. 40 N 1.

157 *Ibid.*, Art. 40 LPE N 3.

158 Message énergie, FF 2013 6968. À noter que l'art. 45 cité dans le Message du Conseil fédéral a pris place à l'art. 44 LEne à l'entrée en vigueur de la loi.

159 *Ibid.*, 6901. À noter que l'art. 45 cité dans le Message du Conseil fédéral a pris place à l'art. 44 LEne à l'entrée en vigueur de la loi.

160 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC, RS 946.51).

161 Message énergie, FF 2013 6832.

ces derniers, notamment en évitant les entraves techniques injustifiées. Les exigences cantonales harmonisées doivent être prises en compte (art. 50 OEnE). Nous pouvons observer que, tout comme dans le cadre de la Directive (voir c. 4 de la Directive), l'efficacité énergétique ne concerne pas uniquement les produits qui consomment directement de l'énergie, mais également les produits utilisés dans la construction ou la rénovation de bâtiments. La législation suisse dans ce domaine se concentre surtout sur une utilisation efficace et économe du chauffage (grâce à l'isolation, aux rejets de chaleur, etc.) et de l'eau chaude, ainsi que sur l'utilisation des énergies renouvelables.

bc) OEEE

L'OEEE est édictée en application de l'art. 44 LEnE. 13.195

Les art. 3 ss OEEE traitent des installations et appareils fabriqués en série. Il est intéressant de constater que les exigences édictées par le Conseil fédéral se rapportent en grande partie à la consommation d'énergie ainsi qu'à l'efficacité énergétique d'appareils ménagers¹⁶², bien que certaines exigences concernent tout de même des appareils à usage professionnel. 13.196

Les conditions cumulatives à remplir pour la mise en circulation et la fourniture des produits, et leurs composants, visés par les annexes 1.1 à 3.2 de l'ordonnance sont sensiblement les mêmes que les celles posées par la Directive (art. 3 OEEE). Il faut tout d'abord que le produit respecte les exigences minimales applicables à la consommation spécifique d'énergie, à l'efficacité énergétique et aux caractéristiques liées à la consommation d'énergie. Ensuite, le produit doit être soumis à une procédure d'évaluation de la conformité. Finalement, il faut un marquage indiquant la consommation spécifique d'énergie, les caractéristiques liées à cette dernière, et l'efficacité énergétique du produit. 13.197

Les exigences minimales se trouvent aux annexes 1.1 à 2.10. Nous remarquons que la majorité de celles-ci se rapporte aux règlements édictés par la Commission européenne sur la base de l'art. 15 de la Directive. Une exception concernait les machines lavantes-séchantes (annexe 1.4 abrogée au 1^{er} mars 2021¹⁶³) pour lesquelles les exigences minimales étaient posées directement au chiffre 2. Les exigences relatives aux décodeurs (*set-top-box*; annexe 2.4) sont aussi particulières, car elles se basent pour certains modèles sur un accord volontaire passé par l'industrie ainsi que sur les exigences de l'annexe 2.1 de l'OEEE, et pour d'autres sur un règlement européen. 13.198

Selon l'art. 14 OEEE, c'est l'OFEN qui est compétent pour contrôler le respect des exigences de l'ordonnance. Si, lors d'un contrôle, il s'avère que certaines dispositions n'ont pas été appliquées correctement, l'OFEN est habilité à prendre toutes les mesures nécessaires. 13.199

162 WAGNER PFEIFER, *Besondere Regelungsbereiche*, 355.

163 RO 2020 1415.

- 13.200 L'OFEN a des compétences particulières dans le cadre des installations et appareils (art. 15 OEEE). Les mesures pouvant être prises sont assez contraignantes. En effet, il peut, en plus d'exiger tout document ou toute information nécessaire pour établir la preuve de la conformité, de prélever des échantillons ou effectuer des tests, ordonner qu'une expertise visant à établir la conformité du produit visé soit effectuée aux frais de celui qui a procédé à sa mise sur le marché (art. 15 al. 1 à 4 OEEE). Finalement, l'OFEN peut également interdire la mise en circulation et la fourniture du produit non conforme, le retirer du marché, ordonner sa remise en conformité, le mettre sous séquestre ou le confisquer. Il peut même publier les mesures prises (art. 15 al. 5 OEEE).

2. Lien avec le droit pénal (administratif) suisse

a) Généralités

- 13.201 Comme mentionné plus haut, le principe de coopération joue un rôle fondamental en droit suisse de l'environnement. Même si la bonne exécution des normes relatives à ce domaine passe aussi par des dispositions pénales¹⁶⁴, les autorités commencent toujours par avoir des contacts « informels » avec les privés. Ce n'est que si la démarche coopérative ne fonctionne pas qu'elles prendront des mesures plus contraignantes¹⁶⁵.
- 13.202 En droit suisse, le CP ne contient pas de partie spéciale dédiée à la protection de l'environnement¹⁶⁶, mais sa partie générale est tout de même applicable à cette dernière¹⁶⁷.
- 13.203 Actuellement, les dispositions pénales visant la protection de l'environnement se trouvent plutôt dans le droit pénal accessoire. La LPE, qui est la loi la plus « générale » dans ce domaine, contient bien entendu de telles dispositions, mais des lois plus spécifiques en sont également dotées¹⁶⁸.
- 13.204 La DPA¹⁶⁹ n'est normalement pas applicable dans ce cadre, car l'exécution des mesures de droit de l'environnement est du ressort des cantons. Il y a cependant une exception : l'art. 71 al. 1 LEné prévoit en effet que la DPA est applicable pour toute infraction commise contre la LEné. Il faut également réserver les art. 6 et 7 DPA auxquels plusieurs lois spécifiques renvoient (par exemple, l'art. 62 al. 1 LPE ou l'art. 71 al. 2 LEné) et qui sont de ce fait applicables dans certains cas¹⁷⁰.
- 13.205 Il semble opportun de mentionner que le droit pénal de l'environnement n'a pas pour but d'édicter des règles permettant directement la protection de l'environnement, mais

164 KELLER, 400.

165 *Ibid.*, 411.

166 HILF/VEST, 11.

167 WAGNER PFEIFER, Besondere Regelungsbereiche, 457.

168 HILF/VEST, 11-12.

169 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

170 WAGNER PFEIFER, Besondere Regelungsbereiche, 456.

sert principalement à punir le non-respect de telles règles¹⁷¹. Il a des effets préventifs afin de garantir une meilleure application des dispositions de droit de l'environnement. Il a également des effets dissuasifs, la menace de sanctions permettant de compléter les moyens de contrainte des autorités administratives¹⁷².

b) Dispositions pénales

Comme mentionné ci-dessus, les normes pénales en droit de l'environnement relèvent principalement du droit pénal accessoire. Dans le domaine de l'énergie, et plus particulièrement l'amélioration de l'efficacité énergétique, la LPE, la LEné ainsi que l'OEEE contiennent une partie consacrée aux dispositions pénales. 13.206

ba) LPE

Dans la LPE, les dispositions pénales se trouvent aux art. 60 à 62. 13.207

L'art. 61 al. 1 let. n LPE règle spécifiquement le cas du non-respect des prescriptions de mise sur le marché d'installations fabriquées en série. En vertu de cet article, celui qui aura intentionnellement enfreint ces prescriptions sera puni d'une amende de CHF 20000 au plus. L'auteur de cette infraction est toute personne soumise à l'obligation de faire ou de ne pas faire en vertu de prescriptions édictées sur la base de l'art. 40 LPE¹⁷³. 13.208

Comme pour chaque infraction, la réalisation de ses éléments constitutifs est indispensable pour que l'auteur soit punissable. Dans le cas de l'art. 61 al. 1 let. n LPE, il faut tout d'abord une mise sur le marché qui correspond à la première remise d'un produit à un tiers ainsi qu'à toutes celles qui pourraient suivre. L'existence d'un paiement, ou non, n'est pas relevant pour déterminer si le produit est mis sur le marché. Ensuite, ne sont prises en compte que les installations au sens de la LPE (art. 7 al. 7 LPE) et dont les effets sur l'environnement ne sont pas limités par des mesures d'exécution fondées sur une autre loi fédérale. De plus, ces installations doivent être fabriquées en série. Finalement, leur impact sur l'environnement doit être significatif afin de ne pas violer le principe de proportionnalité en imposant une des mesures prévues à l'art. 40 LPE¹⁷⁴. 13.209

Il faut cependant être attentif au fait que l'art. 40 LPE est une norme de délégation. L'art. 61 al. 1 let. n LPE n'est donc applicable que dans le cas où le Conseil fédéral a fait usage des prérogatives qui lui sont conférées¹⁷⁵. 13.210

171 KELLER, 415.

172 WAGNER PFEIFER, *Besondere Regelungsbereiche*, 455.

173 *Ibid.*, 463.

174 Komm. USG-ETTLER, art. 61 N 113-114.

175 Komm. USG-ETTLER, art. 61 N 112.

bb) LEn

- 13.211 Pour les mesures concernant l'utilisation rationnelle de l'énergie, il faut se référer à la LEn qui contient également des dispositions pénales. À l'instar de l'art. 61 LPE, la LEn ne traite que des contraventions¹⁷⁶. L'art. 70 al. 1 let. e LEn dispose que toute personne qui enfreint intentionnellement l'art. 44 LEn sera puni d'une amende de CHF 100 000 au plus. En cas de négligence, la peine maximale est une amende de CHF 20 000 au plus (art. 70 al. 2 LEn).
- 13.212 L'auteur de l'infraction est la personne soumise à une obligation de faire ou de ne pas faire basée sur les prescriptions édictées par le Conseil fédéral en conformité avec l'art. 44 LEn.
- 13.213 Il est raisonnable de penser que la personne qui ne se conforme pas aux prescriptions prévues par une convention au sens de l'art. 44 al. 3 LEn peut également être considérée comme auteur de cette infraction. En effet, l'art. 70 al. 1 let. e LEn mentionne l'art. 44 LEn et les dispositions relatives aux installations, véhicules et appareils fabriqués en série de manière générale. L'art. 44 al. 3 LEn étant une solution subsidiaire à celle de l'art. 44 al. 1 LEn, il semble justifié de punir également les personnes qui ne s'y conforment pas.
- 13.214 L'OFEN est l'autorité compétente pour poursuivre cette infraction. Puisque c'est une autorité fédérale, la DPA est applicable (art. 71 al. 1 LEn). L'art. 7 DPA trouve également application dans les cas où l'amende ne dépasse pas les CHF 20 000 et que les mesures d'instruction nécessaires à l'enquête à l'égard des personnes punissables en vertu de l'art. 6 DPA sont disproportionnées par rapport à la peine encourue (art. 71 al. 2 LEn).

bc) OEE

- 13.215 L'OEE est aussi dotée d'une partie relative aux dispositions pénales encourues en cas de non-respect de l'ordonnance. En vertu de l'art. 16 OEE, toute personne qui marque des produits non soumis à l'OEE et dont les étiquettes, signes, symboles ou inscriptions apposés peuvent prêter à confusion avec le marquage officiel réglementé par l'ordonnance est punie selon l'art. 70 al. 1 let. g et 2 LEn.
- 13.216 Nous remarquons donc que la peine est également une amende de CHF 100 000 au plus pour une personne qui agit intentionnellement, et de CHF 20 000 au plus en cas de négligence.
- 13.217 L'auteur de cette infraction est la personne qui ne se soumet pas à l'interdiction de marquer les produits non réglementés par l'ordonnance. C'est la violation d'une obligation d'abstention qui est punissable.

176 WAGNER PFEIFER, Besondere Regelungsbereiche, 466.

c) *Comparaison avec la situation en France et en Allemagne*

Les normes de droit pénal relatives à l'écoconception des produits liés à l'énergie en Suisse, en France et en Allemagne sont similaires sous certains aspects, mais différent pour d'autres. 13.218

Concernant le comportement punissable, les normes suisses, françaises et allemandes prévoient que la mise sur le marché de produits non conformes aux exigences d'écoconception constitue une contravention (art. 61 al. 1 let. n LPE; art. 70 al. 1 let. e, en relation avec l'art. 44 al. 1 let. c LENE; art. 13 § 1 ch. 1 let. a EVPG; art. R. 226-11 § 1 Code de l'environnement). 13.219

Contrairement au droit français et allemand (art. 13 EVPG; art. R. 226-11 § 2 Code de l'environnement), le droit suisse ne punit pas expressément le manque de collaboration avec les autorités chargées de la surveillance du marché. Il sanctionne toutefois le non-respect de la procédure d'expertise énergétique ainsi que le non-respect des indications relatives à la consommation et à l'efficacité énergétiques des produits (art. 70 al. 1 let. e, en relation avec l'art. 44 al. 1 let. a et b LENE). 13.220

Enfin, les trois systèmes juridiques prévoient des sanctions pour l'étiquetage ou le marquage non conforme de produits. En droit suisse, l'art. 16 OEEE punit tout marquage ou étiquetage susceptibles d'être confondu avec le marquage réglementé par l'ordonnance de produits non soumis à cette dernière. En droit français et allemand, c'est le marquage «CE» qui est concerné par de telles dispositions. L'art. R. 226-12 Code de l'environnement est, comme mentionné plus haut, très spécifique et ne concerne que la mise sur le marché d'appareils de réfrigération portant une marque pouvant être confondue avec le «CE». L'art. 13 § 1 ch. 1 let. b EVPG quant à lui sanctionne l'apposition du marquage «CE» sur des produits qui n'y sont pas soumis. 13.221

Nous remarquons donc, au vu de ce qui précède, que certains comportements punissables en droit suisse sont les mêmes que ceux prévus en droit français et allemand. Il y a toutefois des comportements punissables plus spécifiques dans chaque système juridique. 13.223

La situation doit également être comparée du point de vue des sanctions maximales encourues en cas de violation des dispositions pénales. 13.224

Le droit suisse prévoit les amendes les plus lourdes. En effet, celui qui enfreint intentionnellement les dispositions listées à l'art. 70 al. 1 LENE encourt une peine d'amende pouvant aller jusqu'à 100 000 CHF. En cas de négligence, le montant maximal est de 20 000 CHF. L'amende est également de CHF 20 000 au plus dans le cas prévu à l'art. 61 al. 1 let. n LPE. 13.225

Le droit allemand prévoit une sanction maximale de EUR 50 000 dans les cas prévus par l'art. 13 § 2 EVPG. L'amende sera de EUR 10 000 maximum dans les autres cas. Nous 13.226

remarquons donc que, bien que le montant de l'amende semble assez conséquent, il reste inférieur à celui prévu en droit suisse.

- 13.227 Finalement, le droit français fixe un montant maximal pour l'amende en fonction de la personne qui a commis la violation des dispositions. Si c'est une personne morale, le montant maximal est de EUR 7 500 (EUR 15 000 en cas de récidive ; art. 131-13 al. 2 ch. 5, en relation avec l'art. 131-41 CPF), tandis que si c'est une personne physique, l'amende maximale est de EUR 15 000 (EUR 30 000 en cas de récidive ; art. 131-13 al. 2 ch. 5 CPF). Ces montants paraissent dès lors dérisoires par rapport à ceux prévus en droit suisse.

3. Conclusion intermédiaire

- 13.228 En se penchant sur la situation en droit suisse, nous remarquons que ce dernier est assez proche du droit européen, bien qu'il n'y ait aucune obligation légale de transposition. Cela peut se comprendre par le fait que la Suisse est une « île » au milieu des États membres de l'Union européenne. Il serait en effet compliqué pour un fabricant suisse, qui aimerait commercialiser ses produits sur les marchés suisse et européen, de concevoir sa production en se conformant, d'une part, aux normes européennes et, d'autre part, aux éventuelles normes qui existeraient en Suisse. Il en serait de même pour les fabricants qui mettent leurs produits sur le marché de l'EEE. À notre avis, le législateur suisse avait tout intérêt à se conformer au droit européen, car le secteur privé s'y serait de toute façon adapté afin d'avoir accès au marché de l'EEE.
- 13.229 Concernant les normes de droit pénal, les solutions trouvées en droit suisse sont acceptables et semblent efficaces. Le montant maximum infligé en cas de non-respect des dispositions relatives à l'écoconception est tout de même environ deux fois plus élevé que celui prévu en droit allemand, et presque sept fois plus élevé que la sanction maximale prévue en droit français.
- 13.230 Malgré ces montants relativement importants, une amende proportionnelle au chiffre d'affaires du contrevenant nous semblerait toutefois encore plus dissuasive. À titre d'exemple, un montant de CHF 100 000 a un grand impact pour une entreprise ayant un chiffre d'affaires de CHF 1 000 000 car cela représente 10% de ce dernier. Toutefois, pour une entreprise ayant un chiffre d'affaires de CHF 10 000 000, ce montant est dérisoire, car il n'équivaut qu'à 1% de ce dernier. L'effet dissuasif ne sera donc pas le même en fonction de la taille et des résultats économiques d'une entreprise. En prévoyant une sanction proportionnelle au chiffre d'affaires, toute personne soumise aux dispositions relatives à l'écoconception des produits sera « logée à la même enseigne » et la sanction aura un effet comparable sur la situation économique du contrevenant.
- 13.231 Pour renforcer les effets des dispositions relatives à l'efficacité énergétique des appareils et à leur conception, des mesures au niveau fiscal pourraient aussi être envisagées. Les coûts engendrés par la mise en conformité des produits soumis à des exigences de conception pourraient, par exemple, être déductibles fiscalement.

V. Conclusion

La Directive pose un cadre relatif aux exigences à respecter pour la mise sur le marché des produits liés à l'énergie, et ce dans le but d'améliorer l'efficacité énergétique de ces derniers. Son champ d'application matériel reste toutefois limité, puisque les dispositions les plus contraignantes ne s'appliquent qu'aux produits remplissant les critères de l'art. 15 § 2 Directive 2009/125/CE. 13.232

S'inscrivant dans la politique intégrée des produits de l'Union européenne, la Directive se base sur une approche tenant compte du cycle de vie d'un produit, en particulier de sa phase de conception. En effet, c'est par la conception que des économies considérables en matière d'énergie peuvent être réalisées. 13.233

Comme nous l'avons vu, deux types de mesures existent pour définir les exigences d'écoconception (art. 15 Directive 2009/125/CE). 13.234

Il y a tout d'abord les mesures d'autoréglementation, auxquelles le législateur européen accorde la priorité. Ces dernières prennent généralement la forme d'accords volontaires passés par la majorité des fabricants d'un produit (les consoles de jeu, par exemple). L'avantage principal de telles mesures est temporel : elles permettent une adoption et une mise en œuvre plus rapide des exigences d'écoconception. Même si la rapidité rend, à notre avis, les mesures d'autoréglementation plus efficaces et aptes à atteindre les objectifs d'efficacité énergétique que les mesures d'exécution, il sied de rester attentif au comportement des entreprises et aux solutions avancées par ces dernières. En effet, elles pourraient être tentées de porter plus d'intérêt aux considérations économiques, en oubliant le but principal de la Directive qui est de réduire le gaspillage énergétique et de protéger l'environnement, et de prendre des mesures qui leur sont économiquement avantageuses, sans être les plus efficaces au niveau des économies d'énergie. 13.235

Les mesures d'exécution sont, quant à elles, adoptées par la Commission à travers une procédure définie. Elles bénéficient d'une grande légitimité, en émanant d'un organe de l'Union européenne. C'est leur avantage principal. Cette procédure représente toutefois un inconvénient majeur : le temps. En effet, la procédure d'adoption d'une mesure d'exécution prend, en général, au moins 2 ans et demi. Cette durée ne permet pas de tenir compte des changements de plus en plus rapides de la société, que ce soit dans le domaine des technologies ou dans la manière de consommer. 13.236

La Directive et les mesures adoptées sur la base de l'art. 15 Directive 2009/125/CE doivent ensuite être transposées en droit national. Nous nous sommes penchés, dans ce travail, sur la situation prévalant en France et en Allemagne. Nous avons pu remarquer deux manières de faire très différentes. D'un côté, une transposition minimale en France, et de l'autre une transposition détaillée et complète en Allemagne. La situation nous a semblé quelque peu insatisfaisante en droit français, plus particulièrement au niveau des sanctions. En effet, l'amende maximale en cas de non-conformité est presque dix-sept fois inférieure à celle prévue en droit allemand. Dans chaque système juridique, 13.237

la solution idéale nous semblerait toutefois être une amende proportionnelle au chiffre d'affaires du contrevenant, ce qui renforcerait l'effet dissuasif de ce genre de peine. Les différences dans la manière de transposer nous poussent également à se poser des questions sur l'importance réelle que prêtent les États à la question environnementale.

- 13.238 Nous avons finalement comparé la situation prévalant en Suisse avec les solutions prévues en droits européen, français et allemand. Le droit suisse est très proche de ce qui est prévu en droit européen et, *a fortiori*, en droits français et allemand. Les solutions de droit pénal de l'environnement, relatives aux exigences d'efficacité énergétique, nous semblent satisfaisantes. À nouveau, une amende proportionnelle au chiffre d'affaires de la personne qui ne s'est pas conformée aux exigences serait toutefois plus dissuasive et permettrait, à notre avis, un meilleur respect des dispositions légales.
- 13.239 À travers ce travail, nous avons pu mettre en avant les solutions européennes, françaises, allemandes et suisses en matière d'efficacité énergétique. Le système fonctionne, dans son ensemble, assez bien. Quelques améliorations seraient toutefois appréciées, notamment le montant des amendes infligées en cas de non-respect. À notre avis, la Directive pourrait aussi être plus contraignante envers les entreprises.

§ 14 La répression du trafic d'espèces protégées

Joëlle Vuille*

*« When one tugs at a single thing in nature,
he finds it attached to the rest of the world. »*

John Muir

Table des matières

I.	Introduction	451
II.	Brève introduction historique	452
III.	Situation actuelle en matière de trafic d'espèces protégées	454
IV.	Dommmages causés par le trafic d'espèces protégées	457
V.	Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction	459
VI.	Répression pénale du trafic international d'espèces protégées en droit suisse	461
	1. Le système général instauré par la LCITES	461
	2. Les dispositions pénales de la LCITES en vigueur jusqu'au 28 février 2022	463
	3. Les dispositions pénales de la LCITES en vigueur depuis le 1 ^{er} mars 2022	465
VII.	Défis actuels	468
VIII.	Conclusion	473

Bibliographie

Anderson Robert S., Investigation, prosecution, and sentencing of international wildlife trafficking offenses in the U.S. federal system, *National Environmental Enforcement Journal* 12 (1997) ; Arroyo-Quiroz Inés/Wyatt Tanya, Le commerce et le trafic d'espèces sauvages entre la France et le Mexique, une étude des « asymétries criminogènes », *Déviance & Société* 43/4 (2019), 569 ss ; Baker Sandra E. *et al.*, Rough trade : Animal welfare in the global wildlife trade, *BioScience* 63 (2013), 928 ss ; Bernard Tiphaine, La lutte contre le commerce illégal d'espèces sauvages, *Criminologie* 49/2 (2016), 71 ss ; Bolliger Gieri/Richner Michelle/Rüttiman Andreas/Stohner Nils, *Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis*, 2^{ème} éd., Berne 2019 ; Broad Steven/Mulliken Teresa/Roe Dilys, The nature and the extent of legal and illegal trade in wildlife, in Oldfield (éd.), *The trade in wildlife, Regulation for conservation*, Londres 2003, 3 ss ; Dellinger Myanna, Trophy hunting – A relic of the past, *Journal of Environmental Law and Litigation* 34 (2019), 25 ss ; Dirzo Rodolfo/Young Hillary S./Galetti Mauro/Ceballos Gerardo/Isaac Nick J.B./Colleen Ben, Defaunation in the Anthropocene, *Science* 345 (2014), 401 ss ; Ducarme Frédéric/Luque Gloria/Courchamp Franck, What are « charismatic species » for conservation biologists? *BioSciences Master Reviews* 10 (2013), 1 ss ; Europol, *Serious and organised crime threat assessment*, European Police Office 2017 ; Felbab-Brown Vanda, *The extinction market*, Londres 2017 ; Haas Timothy C./Ferreira Sam M., Combating rhino horn trafficking: The need to disrupt criminal networks, *PLoS One* 11/11 (2016), e0167040 ; Hilf Hans/Vest Marianne Johanna, Gutachten « Umweltstrafrecht » im Auftrag des Bundesamt für Umwelt, Universität Bern, Berne 2016 ; Huffman Jane E./Wallace John R., *Wildlife Forensics, Methods and applications*, Chichester 2012 ; Interpol, *Wildlife smuggling concealment case study handbook*, 2010 ; International Union for the Conservation of Nature, *Species Survival Commis-*

* Professeure, Chaire de droit pénal et de criminologie, Université de Fribourg. L'auteure remercie le Fonds national suisse pour son soutien financier (PP00P1_176720).

sion, African elephant specialist group report, 2018 (cité : IUCN, Survival) ; International Union for the Conservation of Nature, Illegal wildlife trade endangers plants — but few are listening, IUCN News 9.10.2018 (cité : IUCN, Plant) ; Kazmar Jonathan, The international illegal plant and wildlife trade: biological genocide?, UC Davis Journal of International Law & Policy 6 (2000), 105 ss ; Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Karl Ludwig (éd.) Kommentar NHG/Commentaire LPN, 2^e éd., Zurich 2019 (cité : Comm. LPN-Auteur -e, art. 1 N1) ; Killias Martin/ Aebi Marcelo F. /Kuhn André, Précis de criminologie, 4^e éd., Berne 2019 ; Lam T.T. *et al.*, Identifying SARS-CoV-2 related coronaviruses in Malayan pangolins, Nature 2020 ; Lavorgna Anita, Wildlife trafficking in the internet age, Crime Science 3/1 (2014), 5 ss ; Lindenmayer David/Scheele Ben, Do not publish, Science 356 (2017), 800 s ; Linzey Andrew (éd.), The link between animal abuse and human violence, Eastbourne 2009 ; Lucia Sonia/Killias Martin, Is animal cruelty a marker of interpersonal violence and delinquency ? Results of a Swiss national self-report study, Psychology of Violence 1/2 (2011), 93 ss ; Lyons Jessica A./Natush Daniel J.D., Wildlife laundering through breeding farms : Illegal harvest, population declines and a means of regulating the trade of green pythons (*Morelia viridis*) from Indonesia, Biological Conservation 144 (2011), 3073 ss ; Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP, Bâle 2017 (cité : CR CP II-Auteur -e, art. 1 N 1) ; Mallapaty Smriti, China set to clamp down permanently on wildlife trade in wake of coronavirus, Nature, News, 21.2.2020 ; Marti Arnold, Kapitel 2, Natur- und Heimatschutzregelungen in anderen Gesetzen und Rechtsbereichen, in Keller/Zufferey/Fahrländer (éd.), Kommentar NHG/Commentaire LPN, 2^e éd., Zurich 2019 ; Millennium Ecosystem Assessment, Ecosystems and human well-being : Synthesis, Washington DC 2005 ; Müller Werner *et al.*, Aktionsplan Biodiversität Schweiz, Anforderung aus Sicht der Zivilgesellschaft, Zurich 2017 ; Nurse Angus, An introduction to green criminology and environmental justice, Londres 2016 ; Nuwer Rachel L., Poached, Inside the dark world of wildlife trafficking, New York 2018 ; Olivero Jesus *et al.*, Mammalian biogeography and the Ebola virus in Africa, Mammal Review 47/1 (2017), 24 ss ; Orenstein Ronald, Ivory, horn and blood, Buffalo 2013 ; Petrossian Gohar/Marteache Nerea, Environmental criminological perspectives on illegal, unreported and unregulated fishing, in Moreto (éd.), Wildlife crime, From theory to practice, Philadelphia 2018, 38 ss ; Pires Stephen F., The illegal parrot trade: a literature review, Global crime 13/3 (2012), 176 ss ; Rademeyer Julian, Killing for profit, Exposing the illegal rhino horn trade, Le Cap 2012 ; Ratsimbazafy Cynthia/Newton David J./Ringuet Stéphane, Timber Island: The rosewood and ebony trade of Madagascar, Traffic Report, Pretoria 2016 ; Scheffers Brett R./Oliveira Bruno F./Lamb Ieuan/Edwards David P., Global wildlife trade across the tree of life, Science 366/6461 (2019), 71 ss ; Sollund Ragnhild, Expressions of speciesism: The effects of keeping companion animals on animal abuse, animal trafficking and species decline, Crime, law and social change 55/5 (2011), 437 ss ; South Nigel/Wyatt Tanya, Comparing illicit trades in wildlife and drugs : An exploratory study, Deviant Behavior 32/6 (2011), 538 ss ; Steinke Dirk *et al.*, DNA analysis of traded shark fins and mobulid gill plates reveals a high proportion of species of conservation concern, Scientific reports 7/1 (2017), 1 ss ; Traffic, Addressing corruption in CITES documentation processes, Topic Brief, 2020 ; United Nations Environment Programme, The rise of environmental crime, Nairobi 2016 (cité : UNEP) ; United Nations Office on Drugs and Crime, World wildlife crime report, Trafficking in protected species, New York 2020 (cité : UNODC, Trafficking) ; United Nations Office on Drugs and Crime, World wildlife crime report, New York 2016 (cité : UNODC, Wildlife) ; United Nations Office on Drugs and Crime, Research brief, Wildlife crime status update, Vienne 2017 (cité : UNODC, Update) ; United Nations Office on Drugs and Crime, Wildlife crime, Pangolin scales, New York 2020 (cité : UNODC, Pangolins) ; Van Uhm Daan P., The illegal wildlife trade, Cham 2016 (cité : Van Uhm, Trade) ; Van Uhm Daan P., Illegal trade in wildlife and harms to the world, in Spapens/White/Van Uhm/Huisman (éd.), Environmental crime in transnational context, Ashgate 2016, 43 ss (cité : Van Uhm, World) ; Van Uhm Daan P., Wildlife and laundering, in Spapens/White/Van Uhm/Huisman (éd.), Green crimes and dirty money, Londres 2018, 197 ss (cité : Van Uhm, Laundering) ; Vuille Joëlle/Kuhn André, L'expertise culturelle : une nécessité dans une procédure pénale moderne ? RPS 137 (2019), 167 ss ; Warchol Greg L., Exploiting the wilderness, Philadelphie 2017 ; Wellsmith Melanie, Wildlife crime: the problems of enforcement, European Journal of Criminal Policy and Research 17 (2011), 125 ss ; White Rob, Crimes against nature, Cullompton 2008 ; Wil-

son-Wilde Linzi, *Wildlife crime: a global problem*, *Forensic science, medicine, and pathology* 6/3 (2010), 221 ss ; Wittig Tim, IV. *Poaching, wildlife trafficking and organised crime*, *Whitehall Papers* 86/1 (2016), 77 ss ; Wong Rebecca W.Y., *The illegal wildlife trade in China*, Cham 2019 ; World Bank, *Analysis of international funding to tackle illegal wildlife trade*, Washington DC 2016 ; World Wildlife Fund, *Living planet report*, Gland 2018 (cité : WWF Planet) ; World Wildlife Fund Deutschland, *Erfolge und Misserfolge*, Positionspapier, 2016 (cité : WWF Erfolge) ; Wyatt Tanya, *Wildlife trafficking. A deconstruction of the crime, the victims and the offenders*, Londres 2013 ; Wyatt Tanya *et al.*, *Corruption and wildlife trafficking : Three case studies involving Asia*, *Asian Criminology* 13 (2018), 35 ss ; Wyatt Tanya/Ngoc Cao Anh, *Corruption and wildlife trafficking*, U4 Anti-corruption Resource Centre 11, 2015 ; Yaap Betsy *et al.*, *First record of the Borneo earless monitor *Lanthanotus borneensis* (Steindachner, 1877) (Reptilia: Lanthanotidae) in West Kalimantan (Indonesian Borneo)*, *Journal of Threatened Taxa* 4 (2012), 3067 ss ; Zabyelina Yuliya G., *The "fishy" business: a qualitative analysis of the illicit market in black caviar*, *Trends in Organized Crime* 17/3 (2014), 181 ss ; Zimmermann Mara, *The black market for wildlife: combating transnational organized crime in the illegal wildlife trade*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 (2003), 1657 ss.

Travaux préparatoires

Message relatif à la Loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées du 7 septembre 2011, FF 2011 6439 (cité : Message 2011 LCITES, FF 2011 6439 ss) ; Message relatif à la Loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées du 18 septembre 2020, FF 2020 7703 (cité : Message 2020 LCITES, FF 2020 7703 ss) ; Rapport explicatif relatif à la modification de la Loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées, Département fédéral de l'intérieur, Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires, 2019 (cité : Rapport explicatif LCITES).

I. Introduction

En juillet 2019, Interpol et l'Organisation mondiale des douanes annonçaient avoir saisi plus de 10 000 animaux et produits issus d'animaux d'espèces protégées dans une opération menée dans plus de 100 pays et ayant permis l'identification de 600 suspects¹. Cette affaire illustre l'ampleur qu'a prise à l'époque actuelle le trafic international d'espèces protégées. Mais, contrairement au trafic de stupéfiants ou au trafic d'armes, le trafic d'animaux et de végétaux menacés d'extinction mobilise encore peu l'opinion publique. Pourtant, comme nous le verrons, les dommages causés par ce type d'infractions sont massifs.

La Suisse, a priori peu concernée par le braconnage d'espèces emblématiques telles que le tigre et le rhinocéros, représente pourtant une zone de passage et de destination non négligeable pour le commerce (légal et illégal) d'espèces protégées. Le Conseil fédéral estime que, en moyenne, 1,4 million de plantes, 1000 animaux vivants, 1 million de bracelets de montres, 60 000 paires de chaussures et 10 tonnes de caviar sont importés chaque année en Suisse². Par ailleurs, en 2013 et 2014, 160 000 lots de spécimens d'es-

1 INTERPOL ET THE WORLD CUSTOMS ORGANIZATION, *Wildlife trafficking: organized crime hit hard by joint INTERPOL-WCO global enforcement operation*, 10.7.2019, disponible sous : <<https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2019/Wildlife-trafficking-organized-crime-hit-hard-by-joint-INTERPOL-WCO-global-enforcement-operation>> (27.4.2022).

2 Message 2020 LCITES, FF 2020 7703, 7705.

pèces protégées ont été importés en Suisse, et dans 1874 cas, les spécimens n'étaient pas accompagnés des permis adéquats³. Quoique la Suisse soit dépositaire de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction⁴ (CITES), le trafic d'espèces menacées d'extinction était jusqu'à très récemment considéré en droit suisse comme une infraction peu grave, ce qui ne peut plus se justifier, comme nous le verrons.

- 14.3 Après une brève introduction qui visera à rappeler que le commerce international d'espèces exotiques a une longue histoire, nous ferons le point sur la situation et évoquerons les dommages causés par ce type d'infractions. Nous présenterons ensuite le système de régulation établi par la CITES, ainsi que son implémentation en droit suisse. Plus spécifiquement, nous discuterons des dispositions pénales de la Loi fédérale du 4 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées⁵ (LCITES), dont la modification est entrée en vigueur très récemment. Nous terminerons par un bilan qui visera à mettre en lumière les défis auxquels sont actuellement confrontées les autorités chargées de lutter contre le trafic international d'espèces menacées, tant à un niveau juridique que pratique.

II. Brève introduction historique

- 14.4 Exploiter la faune et la flore au bénéfice des êtres humains n'est pas une invention moderne⁶. Depuis l'Antiquité, on utilise en particulier des animaux sauvages provenant de contrées lointaines ou des produits issus de tels animaux pour se vêtir, se soigner ou se divertir. En Égypte, il était en vogue d'avoir des bibelots en ivoire, les prêtres portaient des peaux de léopards, et les pharaons avaient de grandes ménageries dont les lions, éléphants et autres girafes étaient censés exprimer la puissance et le prestige. Les Grecs et les Romains avaient des parcs privés dans lesquels une végétation luxuriante abritait toutes sortes d'espèces rares et exotiques et qui étaient utilisés comme zones de chasse gardée pour le loisir des élites. Il était également à la mode de posséder des singes, des perroquets ou des reptiles comme animaux de compagnie, et ceux-ci pouvaient atteindre des prix exorbitants (à certaines périodes, plus qu'un esclave). À Rome, les jeux du cirque entraînaient, dès le I^{er} siècle avant notre ère, une accélération importante du commerce d'espèces sauvages ; avec la nécessité de fournir des milliers d'animaux chaque année, les chasseurs se professionnalisèrent (et leurs revenus devinrent imposables). L'échelle à laquelle ces animaux étaient tués devint vertigineuse : Pompée et César, par exemple, organisaient des cérémonies lors desquelles des milliers d'animaux exotiques étaient tués, afin de démontrer le pouvoir du dirigeant du moment et

3 Information fournie par le Conseil fédéral en réponse à une interpellation de Pascale Bruderer Wyss du 10.9.2015 (interpellation 15.3829).

4 RS 0.453.

5 Loi sur les espèces protégées (RS 453).

6 Cette section a été rédigée sur la base de VAN UHM, Trade, 3-10 et VAN UHM, Laundering.

sa supériorité sur toute chose vivante. Des auteurs de l'époque avaient d'ailleurs déjà noté que certaines populations sauvages étaient menacées par ces pratiques : au IV^e siècle de notre ère, on remarqua par exemple que les éléphants avaient quasiment disparu de Lybie et que le Nil n'abritait plus d'hippopotames.

Au Moyen Âge, les classes dirigeantes avaient des zoos privés, alimentés par les Croisades, notamment. Des ours et des singes étaient dressés pour faire des numéros dans les marchés et les foires, les bibelots en ivoire étaient toujours à la mode, et le commerce avec les Vikings permettait aux seigneurs de se fournir en peaux d'ours blanc, en défenses de morse ou encore en vautours. La fourrure devint un marqueur social, et le droit de la porter fut réglementé. Alors que, durant l'époque médiévale, le commerce d'espèces sauvages avait été (quantitativement) peu important, il augmenta à nouveau massivement **au début de l'époque moderne** avec l'expansion européenne et les grandes conquêtes territoriales des royaumes d'Espagne et d'Angleterre, notamment. On capturait alors les animaux sauvages dans des contrées éloignées comme on pillait les épices et comme on prenait des esclaves, c'est-à-dire systématiquement. Ce symbole de l'impérialisme européen ne fera que s'accroître à la Renaissance avec la mode des cabinets de curiosités, précurseurs de nos musées et jardins botaniques modernes. 14.5

Dès le XVIII^e siècle, les plumes d'oiseaux rares et les corsets (en fanons de baleine) devinrent des accessoires de mode dans les classes sociales aisées, rapidement imitées par les plus modestes. **Au XIX^e siècle**, des animaux exotiques furent achetés pour approvisionner les premiers zoos publics, cirques et autres expositions universelles, un engouement encore nourri par l'émergence d'un intérêt nouveau pour les sciences⁷. La tendance s'accroît, et **dès les années 1950**, avec la croissance économique d'après-guerre, la demande pour des animaux de compagnie exotiques explosa. Des animaux exotiques pouvaient ainsi être achetés dans certains grands magasins comme une simple commodité, tel que le fut le fameux lionceau Christian acheté au Harrods de Londres en 1969⁸. 14.6

Néanmoins, **les années 1960 et 1970** virent une prise de conscience, au niveau international, des dangers guettant l'environnement et de l'importance de prendre des mesures pour prévenir les dommages liés à la pollution et à l'exploitation de la nature en général. À ce titre, le trafic illégal d'espèces menacées fit l'objet de l'une des premières conventions de protection de l'environnement, la CITES⁹. Nous y reviendrons. 14.7

7 Pour rappel, des populations indigènes humaines furent enlevées et séquestrées pour alimenter les mêmes expositions publiques.

8 COLLINS BRIT, Christian the lion, our joy and pride, The Guardian, 28.5.2011.

9 ZIMMERMANN, 1662.

III. Situation actuelle en matière de trafic d'espèces protégées

- 14.8 Aujourd'hui, la destruction de la biodiversité a atteint des proportions jamais vues dans l'histoire de l'humanité, à tel point que certains scientifiques évoquent **une sixième extinction de masse**¹⁰. Si l'extinction d'une espèce est un phénomène normal, les espèces se sont éteintes au cours des derniers siècles à un rythme mille fois plus élevé que le taux « normal » estimé sur la base des fossiles disponibles¹¹. En avril 2022, la liste rouge de l'Union internationale pour la conservation de la nature comprenait environ 134 000 espèces, dont plus de 37 000 étaient menacées d'extinction¹². De surcroît, le nombre d'individus par espèces a diminué de façon importante¹³ et la diversité génétique au sein des espèces s'est globalement appauvrie¹⁴.
- 14.9 Au-delà des déclinés de populations engendrés par la pollution et la destruction de leur habitat, des animaux et des plantes sont également **capturés, massacrés ou cueillis à une échelle industrielle**¹⁵. L'ivoire, aujourd'hui surtout utilisé pour fabriquer des bibelots et autres monuments artistiques, est le trafic le plus connu du grand public, et les éléphants en font les frais depuis des siècles, mais les choses se sont accélérées récemment : en moyenne, sur tout le continent, la population des éléphants d'Afrique semble avoir diminué de 21% entre 2007 et 2016¹⁶. Quant aux rhinocéros, dont la corne est notamment utilisée dans certaines médecines traditionnelles, il en reste environ 30 000 dans le monde, et 6 000 ont été tués durant la dernière décennie¹⁷ ; certaines sous-espèces sont devenues si rares que les individus survivants sont protégés en permanence par des gardes du corps, à l'image de Sudan, le célèbre rhinocéros blanc du Nord¹⁸. Les populations de tigres, aujourd'hui surtout tués pour produire des remèdes traditionnels, ont diminué de 97% depuis 1900 et leur territoire s'est rétréci de 93%¹⁹. Pour les bois précieux tels que le palissandre et l'ébène, on estime par exemple que 350 000 arbres ont été abattus illégalement à Madagascar entre 2010 et 2015²⁰. Les plantes sont

10 DIRZO *et al.* Les cinq autres grandes extinctions étant l'extinction de l'Ordovicien (il y a 445 millions d'années), du Dévonien (360 millions d'années), du Permien (252 millions d'années), du Trias-Jurassique (200 millions d'années) et du Crétacé-tertiaire (66 millions d'années, et qui a entraîné la disparition des dinosaures).

11 MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 4.

12 Tous les chiffres sont disponibles en ligne sous : <<https://www.iucn.org/theme/species>> (27.4.2022).

13 Selon le WWF Planet, entre 1970 et 2014, les populations de vertébrés ont diminué de 60%.

14 MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 4

15 KAZMAR évoque à cet égard un génocide biologique. Pour des raisons évidentes, il est très difficile d'estimer la taille des populations à l'état sauvage, ainsi que le nombre de spécimens tués, abattus ou capturés illégalement. Les estimations données ici doivent donc être considérées avec prudence.

16 IUCN, Survival.

17 UNODC, Update, 9. Pour une analyse approfondie du trafic de corne de rhinocéros, voir RADEMEYER.

18 KOLLMANN BARBARA, Dieses weiße Rhino hat eigene Bodyguards, Die Welt, 12.5.2015.

19 WARCHOL, 15.

20 RATSIMBAZAFY *et al.*

presque invisibles dans la littérature scientifique et les débats publics sur la conservation des espèces, alors même qu'elles comptent parmi les espèces menacées les plus trafiquées²¹.

Légale ou illégale, **l'utilisation que l'être humain fait des espèces rares** est variée : des produits issus d'espèces menacées sont trafiqués pour devenir des accessoires de mode (fourrure, articles en cuirs rares²²) ou des mets délicats, comme le caviar²³, les ailerons de requin²⁴, certains serpents²⁵, et les pangolins²⁶. Des trophées survolent les océans pour aller décorer les salons de riches amateurs de chasse « en boîte »²⁷. Des poissons sont pêchés en masse sans que l'on sache exactement quel est l'impact de ce commerce sur les populations concernées²⁸, et des plantes protégées, comme les cycades, cacti et orchidées²⁹ sont prélevées pour une utilisation médicinale et le plaisir des collectionneurs. Des animaux sauvages sont également capturés pour devenir des animaux de compagnie, comme les perroquets et les reptiles, qui se retrouvent transportés par millions vers les marchés noirs des États-Unis et de l'Europe³⁰. Qu'on parle de faune ou de flore, globalement, la demande pour des espèces menacées est en constante augmentation : le marché est toujours plus grand³¹, et les espèces touchées sont toujours plus nombreuses³². D'après l'Office des Nations Unies contre les drogues et le crime (UNODC), la quasi-totalité des pays dans le monde est touchée, d'une façon ou d'une autre, par le commerce illégal d'espèces protégées³³. Le développement d'Internet n'a certainement pas profité aux espèces menacées, en offrant aux trafiquants une plateforme commerciale qui échappe presque totalement au contrôle des autorités étatiques³⁴. 14.10

21 IUCN, Plant.

22 ARROYO-QUIROZ/WYATT.

23 VAN UHM, Trade, 117 ss ; ZABYELINA.

24 Des dizaines de millions de requins sont tués chaque année en raison de la consommation d'ailerons, et des analyses ADN effectuées dans des marchés en Asie révèlent qu'une bonne partie de ces requins appartient à des espèces protégées par la CITES. Voir STEINKE *et al.*

25 NUWER, 23.

26 UNEP, 44-45.

27 DELLINGER. Après la mort très médiatisée du lion Cecil, de nombreuses compagnies aériennes se sont toutefois (ré)-engagées à ne pas transporter de trophées de chasse (MARTINEZ JACK, Major Airlines Ban Hunting Trophies, Newsweek Online, 4.8.2015).

28 PETROSSIAN/MARTEACHE ; WHITE, 241 ss.

29 Sur le commerce de plantes ornementales, voir ARROYO-QUIROZ/WYATT.

30 WARCHOL, 3 ; PIREs.

31 UNEP, 39. On ne peut pas exclure que, plutôt qu'une augmentation du nombre d'infractions, l'augmentation du nombre de détections par les autorités traduise une vigilance accrue de leur part. Toutefois, les autres indicateurs à disposition des chercheurs (populations observées par les biologistes à l'état sauvage, observations sur les marchés dans les pays d'origine, nombre d'annonces pour la vente sur Internet, etc.) justifient difficilement un tel optimisme.

32 FELBAB-BROWN, 63.

33 UNODC, Trafficking, 9-10.

34 LAVORNA.

- 14.11 Le commerce illégal d'espèces protégées est l'un des **trafics les plus importants** au niveau mondial en termes de revenus, avec les stupéfiants et les armes³⁵. On estime qu'il engendre entre 10 et 25 milliards USD de revenus chaque année, dont notamment 244 millions USD pour le trafic illégal de caviar, plus de 100 millions USD pour l'ivoire et 12.5 millions USD pour les oiseaux³⁶. Certains auteurs estiment que, parmi les vertébrés, une espèce sur cinq fait l'objet d'un trafic³⁷. La base de données TWIX de l'Union européenne fournit des informations quant aux confiscations effectuées qui portent sur des espèces protégées³⁸. Entre 2001 et 2010, plus de 20 000 confiscations ont ainsi été effectuées, avec des produits en provenance de 207 pays et territoires, surtout d'Afrique (Maroc, Égypte, Algérie) et d'Asie du Sud-est (Thaïlande, Chine, Vietnam), mais aussi des États-Unis et de Russie. Les espèces les plus trafiquées étaient les reptiles (plus de 7300 confiscations), le corail (env. 4300), les mammifères (env. 3800), et les mollusques (env. 2800). Les 82% des confiscations concernaient des produits issus d'animaux, tels que cuirs de serpents et de crocodiles, os de tigres et bile d'ours. Du côté des animaux vivants (env. 15% des confiscations), il s'agissait le plus souvent de tortues, de caméléons et de perroquets. Quant aux pays de destination, la plus grande part des saisies était destinée à l'Allemagne (38%), aux Pays-Bas (14%) et à la Pologne (8%). Les pays de l'Union européenne (et leurs grands aéroports que sont notamment Schiphol et Frankfurt) semblaient également être des plateformes importantes pour le trafic entre l'Afrique et la Chine.
- 14.12 L'exploitation des espèces est une **longue chaîne** dans laquelle interviennent de nombreux acteurs plus ou moins professionnels³⁹. Le spécimen doit tout d'abord être tué, capturé ou prélevé dans la nature, ce qui est encore souvent le fait de populations locales utilisant des moyens rudimentaires, et agissant soit pour consommer eux-mêmes les spécimens, soit pour les vendre⁴⁰. À moins qu'il ne s'agisse d'animaux vivants destinés à devenir des animaux de compagnie ou à peupler zoos et aquariums, le spécimen est ensuite transformé par des artisans, locaux ou plus éloignés. Dans une troisième étape, plusieurs intermédiaires peuvent se succéder pour acheminer le spécimen jusqu'au client final, dans l'État de capture ou de collecte, ou dans un État tiers. Une partie non négligeable des délits commis serait le fait de personnes impliquées professionnellement dans la régulation du commerce d'espèces protégées⁴¹, y compris

35 WORLD BANK, 1.

36 UNEP, 41 et les références citées. Pour une discussion sur les difficultés à estimer ce chiffre, voir VAN UHM, Trade, 90-98, FELBAB-BROWN, 56 ss.

37 SCHEFFERS *et al.*

38 European Union Trade in Wildlife Information eXchange, disponible sous: <<https://www.eu-twix.org/>> (27.4.2022).

39 WONG, 43 ss ; WYATT, 82 ss.

40 Pour les populations les plus pauvres, la capture d'un animal sauvage et sa revente peuvent représenter l'équivalent de plusieurs mois de salaire (NUWER, 4).

41 VAN UHM, World ; LYONS/NATUSCH.

des exploitants de zoos et de parcs naturels⁴². Quant au client final, il peut s'agir d'un consommateur ignorant de l'illégalité de la pratique, d'une personne désireuse de violer la loi pour répondre à des impératifs culturels⁴³, d'un acheteur à la recherche d'un symbole extérieur de richesse ou encore d'une riche collectionneuse prête à tout pour satisfaire sa passion.

Concrètement, le trafic d'espèces protégées **se fait en envoyant des spécimens par la poste, ou en cachant des animaux sur soi** (ceinture abdominale ou sous-vêtements) lors du passage en douane. Ils peuvent être placés dans le compartiment secret d'une valise ou d'une voiture, et être camouflés pour cacher la nature du spécimen (le corail, par exemple, peut être peint). À l'occasion, des animaux ou produits issus d'espèces protégées sont trafiqués dans des lots de stupéfiants, ou contiennent des stupéfiants⁴⁴. Si on ne peut pas cacher l'animal ou le produit, on importe le spécimen avec des permis falsifiés, sur lesquels la date, l'espèce ou la quantité de spécimens sont fausses⁴⁵. Dans certains pays, un marché noir des permis CITES est alimenté par des fonctionnaires corrompus ; y sont également vendues de fausses marques caractéristiques apposées sur les spécimens « légaux », tels que les bagues pour les oiseaux⁴⁶.

IV. Dommages causés par le trafic d'espèces protégées

Le trafic d'espèces protégées doit être réprimé parce qu'il **met en péril la biodiversité**. De fragiles écosystèmes peuvent être détruits, non seulement au lieu d'origine lorsqu'une espèce décline ou disparaît, mais également au lieu de destination, si une espèce invasive est introduite. Le déclin de certaines espèces peut également avoir un impact sur la subsistance des communautés locales les plus pauvres qui dépendent de ces écosystèmes pour survivre⁴⁷.

Ensuite, le trafic représente un risque sanitaire. Il peut être **vecteur d'épizooties**, voire causer la transmission de maladies de l'animal à l'être humain (**zoonoses**). Des animaux sauvages détenus comme animaux de compagnie peuvent ainsi transmettre des hépatites (singes), des vers (mammifères), la lèpre (tatous), la grippe aviaire (oiseaux) et des salmonelles (reptiles)⁴⁸. Ce type de trafic peut également être à l'origine d'épidémies graves pour l'être humain : il est aujourd'hui établi que plusieurs épidémies de SARS (*severe acute respiratory syndrome*) et d'Ebola survenues ces dernières décennies ont été

42 VAN UHM, Laundering. L'UNODC qualifie même la corruption de fonctionnaires d'élément clé dans le trafic d'espèces protégées. Sont impliqués des officiers de police, des militaires, des gardes-faune, des diplomates, des agents de douanes, etc. (UNODC, Trafficking, 17 et les références citées).

43 Sur la défense culturelle en droit pénal, voir VUILLE/KUHN.

44 Voir le guide illustré développé par Interpol.

45 Pour de nombreuses illustrations, voir TRAFFIC. Cf. ég. N 14.50.

46 VAN UHM, Trade, 107 ; VAN UHM, Laundering.

47 BROAD *et al.*

48 WYATT, 49-51.

causées par la consommation d'animaux sauvages⁴⁹. Quant à la pandémie du Covid-19 qui a mis le monde entier à l'arrêt à partir du printemps 2020, il se pourrait que le virus ait été transmis à l'être humain par la chauve-souris, via le pangolin⁵⁰. Or, le pangolin est l'animal emblématique de la protection des espèces depuis de nombreuses années parce qu'il a la triste distinction d'être l'animal le plus « trafiqué » au monde, avec plus d'un million d'individus tués depuis 2007⁵¹. Dans son rapport publié en juillet 2020, l'UNODC a souligné que, même si les mécanismes exacts de transmission ne sont pas encore parfaitement compris, les dangers sanitaires que font courir aux populations humaines le trafic d'espèces protégées sont massifs⁵².

- 14.16 Le commerce illégal d'espèces animales protégées se double aussi souvent d'atteintes au **bien-être de l'animal** individuel qui est trafiqué, parce que les conditions de transport de ces animaux sont en général misérables et mènent d'ailleurs souvent à la mort du spécimen⁵³. En Suisse, un tel traitement peut constituer une infraction à la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux⁵⁴ (LPA).
- 14.17 Enfin, le trafic d'espèces protégées n'est **pas un phénomène isolé dans le monde de la délinquance**, qui serait commis par des infracteurs spécialisés ne s'adonnant pas à la délinquance « régulière ». Au contraire, ce type de trafic est parfois le fait d'organisations criminelles⁵⁵ qui pratiquent cas échéant d'autres types de trafic⁵⁶, et, dans les pays d'origine, il est souvent lié à la corruption des fonctionnaires responsables de la régulation de la faune et de la flore locales⁵⁷. Le braconnage sert parfois à financer des groupes armés dans des zones en conflit, comme la *Lord Resistance Army* qui a été accusée de braconner des éléphants en Ouganda et en Centrafrique pour financer son combat grâce à l'ivoire⁵⁸. Par ailleurs, le trafic d'espèces protégées est également intimement lié à la criminalité violente contre des êtres humains, comme en attestent les meurtres

49 MALLAPATY ; OLIVERO *et al.*

50 LAM *et al.* À l'heure où nous écrivons, la question reste ouverte.

51 UNODC, Pangolins, 5. On ne peut s'empêcher de voir dans ce fait une certaine forme de justice poétique ...

52 UNODC, Trafficking, 34.

53 ANDERSON, 14.

54 RS 455. Pour une revue de la littérature internationale sur la question, voir BAKER *et al.* Pour un commentaire des dispositions typiques de la LPA, voir BOLLIGER *et al.*

55 EUROPOL, 41, WITTIG, ZIMMERMANN. Dans la simulation effectuée par HAAS/FERREIRA, la lutte contre les organisations criminelles est la seule mesure qui, couplée avec le développement d'une économie légale pour les populations concernées, peut mener à une diminution significative du trafic de cornes de rhinocéros dans les prochaines décennies.

56 Voir la littérature citée par SOUTH/WYATT, 555-556), qui suggère que les mêmes organisations s'adonnent au trafic de stupéfiants et au trafic d'espèces protégées. Des exemples de barons de la drogue intéressés au trafic d'espèces protégées incluent Pablo Escobar (Colombie), Mario Tabraue (États-Unis) et Anson Wong (Malaisie) ; sur ce point, voir VAN UHM, Laundering.

57 WYATT *et al.* ; WYATT/NGOC CAO ; WELLSMITH ; UNODC, Trafficking, 17.

58 WONG, 43 et les références citées. Voir ég. BERNARD pour ce qui concerne la République démocratique du Congo, et plus généralement FELBAB-BROWN, 76-78.

perpétrés par les braconniers sur les gardes-chasse⁵⁹, ainsi que, inversement, les crimes violents peut-être commis par certains conservationnistes contre des braconniers⁶⁰.

C'est dire que les infractions qui impactent la biodiversité ne mettent pas seulement en péril la faune et la flore, mais affectent aussi les êtres humains et leur milieu de vie⁶¹. Il est donc important de réguler le trafic d'espèces protégées, et c'est ce qu'ambitionne de faire la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction. 14.18

V. Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction

L'instrument principal de régulation du commerce international des espèces au niveau mondial est la CITES, conclue en 1973 à Washington et que la Suisse a ratifiée en 1974⁶². Elle compte actuellement 183 États signataires. La CITES régleme le commerce international des espèces inscrites à ses annexes de telle sorte à ce que ce dernier ne mette pas en péril leur conservation. 14.19

La CITES a trois annexes, listant les espèces protégées et comprenant au total environ 6000 espèces animales et 30 000 espèces végétales, classées en fonction de la menace que le commerce international fait peser sur elles : 14.20

- l'**Annexe I** comprend les espèces menacées d'extinction (art. II ch. 1 CITES), dont par exemple le tigre, le rhinocéros, l'antilope du Tibet⁶³, certaines espèces d'orchi-

59 L'une des victimes les plus récentes étant Leroy Bruwer, policier sud-africain spécialisé dans la lutte contre le braconnage de rhinocéros et tué en mars 2020 (MAGRA ILIANA/CHUTEL LYNSEY, A detective pursued rhino poachers. Now he's dead, The New York Times, 19.3.2020).

60 Une fameuse primatologue a été accusée d'avoir recouru à des violences physiques et psychologiques contre les braconniers dans sa lutte pour la préservation des grands singes (BATTIATA MARY, Dian Fossey: A life in Africa cut short by a mystery slaying, The Washington Post, 24.1.1986), et un célèbre biologiste américain spécialisé dans les éléphants a été soupçonné du meurtre d'un braconnier en Zambie dans les années 1980 (GOLDBERG JEFFREY, The Hunted, Did American conservationists in Africa go too far?, The New Yorker, 29.3.2010).

61 Il est par ailleurs bien connu en criminologie que la violence contre les animaux est un prédicteur de la violence contre les êtres humains (LINZEY ; pour des données suisses, voir LUCIA/KILLIAS).

62 Voir ég. <www.cites.org> (27.4.2022). Sur le fonctionnement général de la CITES et de ses organes, ainsi que sur les organisations qui y sont associées, voir notamment BERNARD. Dans le domaine de la protection des espèces, deux autres conventions internationales sont importantes pour la Suisse : la Convention du 19 septembre 1979 relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe (Convention de Berne, RS 0.455) et la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (Convention de Rio, RS 0.451.43) accompagnée du Protocole de Cartagena (RS 0.451.431). Ces conventions ne portent toutefois pas spécifiquement sur le commerce international d'espèces protégées et ne feront donc pas l'objet des développements qui suivent.

63 Tuée pour fabriquer des châles appelés « shahtoosh », produit de luxe dont le trafic a particulièrement affecté la Suisse ces dernières années. Voir par exemple SCHWARZENBACH ROBIN, Vier getötete Antilopen für einen Schal: die traurige Bilanz des Shahtoosh-Handels in der Schweiz, Neue Zürcher Zeitung, 19.9.2019.

dées et le palissandre. L'Annexe I comprend environ 1000 espèces, dont le commerce international n'est autorisé que dans des cas exceptionnels ;

- l'**Annexe II** comprend des espèces qui ne sont pas actuellement menacées d'extinction, mais dont le commerce pourrait mettre en péril la survie (art. II ch. 2 CITES). Sont notamment dans cette catégorie le loup⁶⁴, l'anguille et certaines espèces d'aloès. L'Annexe II comprend environ 35 000 espèces, dont le commerce international est contrôlé et nécessite un permis ;
- l'**Annexe III** comprend les espèces protégées dans un État signataire, quand cet État demande aux autres États signataires de l'aider à réguler le commerce de ces espèces (art. II ch. 3 CITES). On pensera par exemple au morse, dont la protection est demandée par le Canada, à certaines sous-espèces de toucans (demandée par l'Argentine) et à certaines sous-espèces de geckos (demandée par la Nouvelle-Zélande), dont le commerce international est contrôlé et nécessite également un permis.

- 14.21 La **Conférence des Parties**, qui est l'organe suprême de la Convention et se réunit tous les deux à trois ans, est compétente pour placer une espèce sur les Annexes I et II ou l'en enlever (art. XI CITES). Les **critères** permettant de déterminer quelles espèces sont placées sur quelle annexe sont d'ordre biologique et commercial et sont énumérés dans les annexes à la Résolution Conf. 9.24 (Rev. CoP 17).
- 14.22 Pour les espèces protégées par la CITES, toute importation, exportation, réexportation et introduction en provenance de la mer est soumise à un **système de permis et de certificats** qui doivent être présentés au point d'entrée et/ou de sortie des pays concernés (art. III à VI CITES). La Convention instaure des exceptions à cette obligation, notamment pour les spécimens acquis avant que leur espèce soit protégée par la CITES, pour les spécimens qui sont des objets personnels ou à usage domestique (sous certaines conditions), ou pour les spécimens donnés ou échangés entre institutions scientifiques (art. VII CITES). Elle prévoit également que des spécimens appartenant à une espèce inscrite à l'Annexe I, mais élevés en captivité (faune) ou reproduits artificiellement (flore), sont considérés comme des spécimens protégés au titre de l'Annexe II (art. VII ch. 4 CITES).
- 14.23 Le système des permis et l'obligation qui est faite aux États de renseigner un secrétariat central (art. XII CITES) doivent permettre d'avoir une vue d'ensemble de la situation pour chaque espèce au niveau mondial (art. VIII ch. 6 et 7 CITES)⁶⁵. Chaque État doit en outre désigner un **organe de gestion** chargé notamment de la délivrance des permis et de la gestion administrative des importations et exportations, et une **autorité scientifique** chargée d'évaluer l'impact des permis à délivrer sur les espèces concernées (art.

64 Certaines populations de loups vivant dans le sous-continent indien sont toutefois inscrites à l'Annexe I.

65 Voir ég. la Résolution Conf. 11.17 (Rev. CoP18). Une base de données publique est disponible sous : <https://trade.cites.org/fr/cites_trade#> (27.4.2022).

IX CITES). Les États signataires doivent également adopter la législation nécessaire pour interdire le commerce de spécimens en violation des dispositions de la CITES, pour sanctionner pénalement les violations, et pour permettre la confiscation des spécimens circulant sans les permis nécessaires (art. VIII CITES)⁶⁶.

Dans la partie suivante, nous présenterons brièvement la législation que la Suisse a adoptée pour remplir ses obligations internationales au titre de la CITES, puis en examinerons plus précisément les dispositions pénales. 14.24

VI. Répression pénale du trafic international d'espèces protégées en droit suisse

Les obligations internationales prises par la Suisse au titre de la CITES sont concrétisées en droit suisse par la Loi sur les espèces protégées (LCITES)⁶⁷. D'autres lois fédérales, qui poursuivent des buts différents que la seule protection des espèces menacées, contiennent également des dispositions qui limitent l'importation de faune et de flore sur le territoire national, respectivement la soumettent à autorisation⁶⁸ : on pensera notamment à l'art. 20 al. 3 et l'art. 23 LPN⁶⁹, à l'art. 9. al. 1 LChP⁷⁰, à l'art. 24 LFE⁷¹, à l'art. 6 LFSP⁷², et à l'art. 152 LAg⁷³. Dans cette partie, il ne sera toutefois question que de la LCITES, dont les dispositions pénales ont récemment été révisées afin que les qualifications soient aggravées et les sanctions durcies. 14.25

1. Le système général instauré par la LCITES

La LCITES a pour but de réglementer la circulation⁷⁴ des espèces de faune et de flore protégées (art. 1 al. 1 LCITES). Elle est notamment complétée par l'Ordonnance du 4 septembre 2013 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées⁷⁵ (OCITES) et l'Ordonnance sur les contrôles CITES⁷⁶. 14.26

66 Voir ég. la Résolution Conf. 8.4 (Rev. CoP15) sur les mesures que le Secrétariat peut prendre pour vérifier la conformité des législations nationales.

67 Sur l'histoire de l'adoption de cette loi, voir MARTI, 43-44. Entre 1975 et le 30 septembre 2013, la matière était principalement régie par l'ancienne Ordonnance sur la conservation des espèces, plusieurs fois révisée (RO 1975 1063 ; RO 1981 1248 ; RO 2007 2661).

68 Comm. LPN-FAVRE, art. 20 N 14 ; Comm. LPN-FAVRE, art. 23 N 5.

69 Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451).

70 Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS 922.0).

71 Loi du 1^{er} juillet 1966 sur les épizooties (RS 916.40).

72 Loi fédérale du 20 juin 1991 sur la pêche (RS 923.0).

73 Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (RS 910.1).

74 Définie largement dans ce contexte, pour comprendre la cession et l'acceptation à titre gratuit ou onéreux, l'importation, le transit, l'exportation, la proposition à la vente, l'exposition et la possession de spécimens (art. 3 lit. b LCITES).

75 RS 453.0.

76 Ordonnance du DFI du 4 septembre 2013 sur le contrôle de la circulation des espèces de faune et de flore protégées (RS 453.1).

14.27 La LCITES protège :

- les espèces inscrites aux Annexes I à III de la CITES, mais également les espèces de faune et de flore dont les spécimens sont prélevés dans la nature en des quantités telles ou font l'objet d'un commerce tel que l'exploitation durable de leurs populations naturelles pourrait être menacée, et les espèces de faune et de flore dont les spécimens peuvent être facilement confondus avec celles inscrites aux Annexes I à III CITES (art. 1 al. 2 LCITES)⁷⁷ ;
- les spécimens entiers, vivants ou morts, des espèces concernées, mais également les parties de ceux-ci et les produits fabriqués à partir d'eux (art. 1 al. 1 LCITES).

14.28 **La LCITES oblige** les importateurs de spécimens d'espèces protégées à déclarer les importations, transits et exportations (art. 6 al. 1 LCITES)⁷⁸, et, dans certaines situations, à obtenir une autorisation (art. 7 LCITES)⁷⁹. Les entreprises commerciales actives dans le domaine doivent en outre tenir un registre des spécimens (art. 11 al. 1 LCITES), et le Conseil fédéral peut leur imposer une obligation de s'enregistrer (art. 11 al. 3 LCITES). La LCITES donne au Conseil fédéral le droit d'interdire l'importation de spécimens relevant d'espèces protégées dans certaines circonstances (art. 9 LCITES), et met la charge de la preuve de la provenance des spécimens sur le possesseur (art. 10 LCITES). Des dispositions d'exécution et de procédure complètent la loi⁸⁰. On notera en particulier la possibilité de procéder à des contrôles à l'intérieur du pays (art. 12 LCITES) et aux frontières (art. 13 LCITES), de séquestrer (art. 15 LCITES) et de confisquer (art. 16 LCITES) les spécimens d'espèces protégées⁸¹, et de collaborer avec des autorités étrangères pour améliorer la poursuite des infractions à la CITES (art. 18 LCITES). L'art. 20 LCITES règle la question des émoluments et des coûts, ces derniers (parfois très élevés) étant supportés par la personne responsable lorsque des déclarations fausses ou incomplètes rendent nécessaire de procéder à des mesures d'identification des spécimens concernés. La LCITES institue également un système d'information pour accomplir les tâches prévues dans la loi (art. 21 à 23 LCITES)⁸².

14.29 La Suisse a désigné comme organe de gestion au sens de la CITES, chargée notamment de délivrer les autorisations et de procéder aux contrôles, **l'Office fédéral de la sécurité**

77 Les espèces protégées sont énumérées aux annexes de l'Ordonnance sur les contrôles CITES.

78 Cf. art 3 à 7 OCITES.

79 Cf. art 8 à 15 OCITES.

80 Cf. art. 28 ss OCITES.

81 Voir par ex. TAF, 15.6.2011, B-4857/2010 (défenses d'éléphant, poursuite pour dettes et confiscation sous l'égide de l'ancienne Ordonnance sur la conservation des espèces) ; TAF, 9.7.2012, B-4781/2011 et TAF, 16.12.2019, B-1841/2019 (shahtoosh ; la preuve de la provenance licite du spécimen revient au possesseur) ; et TAF, 16.12.2019, B-5391/2018 (shahtoosh ; la preuve de la provenance licite du spécimen revient au possesseur et le degré de la preuve à apporter n'est pas abaissé pour les spécimens soi-disant acquis avant l'inscription de l'espèce aux annexes de la CITES).

82 Cf. art. 46 à 57 OCITES.

alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV)⁸³. L'autorité scientifique, quant à elle, est la **Commission fédérale pour les affaires relatives à la Convention sur la conservation des espèces**⁸⁴. Les décisions de l'OSAV peuvent faire l'objet d'une opposition (art. 24 LCITES), puis d'un recours du Tribunal administratif fédéral. Quant aux décisions des autres autorités (par exemple l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières), elles peuvent faire l'objet d'un recours auprès de l'OSAV (art. 25 LCITES), puis d'un recours au Tribunal administratif fédéral.

2. Les dispositions pénales de la LCITES en vigueur jusqu'au 28 février 2022

Comme nous l'avons vu, la CITES oblige les États signataires à instaurer des sanctions pénales pour mettre en œuvre la Convention. La LCITES érige en infractions certaines violations de ses dispositions. Ces infractions étaient, jusqu'à fin février 2022, qualifiées de contraventions et de délits⁸⁵. Et ces incriminations n'étaient pas dénuées de défauts. 14.30

L'art. 26 al. 1 a) LCITES qualifiait de **contraventions** certaines violations de la LCITES. À noter que la loi elle-même était rédigée dans un style qui la rendait difficile à comprendre, car elle ne comportait que des renvois à des numéros de dispositions (lit. a), voire même à des dispositions non spécifiées (lit. b). Dans un souci de lisibilité, nous avons complété ici le texte avec la description de chaque comportement visé : 14.31

- a) la violation intentionnelle de l'art. 6 al. 1 (obligation de déclaration en cas d'importation⁸⁶, de transit⁸⁷ ou d'exportation⁸⁸ de spécimens d'espèces protégées) ; de l'art. 7 al. 1 (obligation d'obtenir une autorisation en cas d'importation, de transit ou d'exportation de spécimens d'espèces inscrites aux Annexes I à III CITES ou en cas d'importation de spécimens vivants d'espèces non domestiquées de mammifères, d'oiseaux, de reptiles et d'amphibiens qui peuvent être facilement confondus avec des spécimens d'espèces inscrites aux Annexes I à III CITES) ; et de l'art. 11, al. 1 (obligation, pour les personnes qui font à titre professionnel le commerce ou l'élevage de spécimens d'espèces inscrites aux Annexes I à III CITES, de tenir un registre des spécimens) ;
- b) la violation intentionnelle des dispositions édictées par le Conseil fédéral ou le DFI en application des art. 7 al. 2 (possibilité pour le Conseil fédéral de soumettre à autorisation l'importation d'autres espèces dans certains cas), 9 (possibilité pour le

83 Cf. art. 40 OCITES.

84 Cf. art. 19 LCITES et 42 OCITES.

85 Nous verrons dans la section suivante quelles modifications ont été apportées dans ce contexte.

86 Définie par l'art. 3 lit. d LCITES comme « l'introduction de spécimens sur le territoire douanier et dans les enclaves douanières suisses ».

87 Définie par l'art. 3 lit. e LCITES comme « le transport de spécimens à travers le territoire douanier et les enclaves douanières suisses ».

88 Définie par l'art. 3 lit. f LCITES comme « le transport de spécimens hors du territoire douanier et des enclaves douanières suisses ».

Conseil fédéral d'interdire l'importation de spécimens appartenant à des espèces prélevées dans des quantités telles ou faisant l'objet d'un commerce tel que leurs populations naturelles sont menacées) ou 11 al. 3 (possibilité pour le Conseil fédéral de soumettre les commerçants professionnels à une obligation de s'enregistrer), et dont la violation est déclarée punissable. Puisque la loi ne le faisait pas, nous renvoyons le lecteur intéressé à l'art. 12 al. 1 de l'Ordonnance sur les contrôles CITES, qui rend punissables l'importation de spécimens inscrits à l'annexe 3 en provenance des pays cités (art. 3), et la violation de l'obligation de s'enregistrer pour les personnes qui font du commerce de caviar à titre professionnel (art. 5 al. 3).

Dans ces cas, l'amende maximale encourue était de 40 000 CHF. La tentative, la complicité et l'instigation étaient punissables, en vertu de l'art. 26 al. 3 aLCITES.

14.32 L'art. 26 al. 2 qualifiait de **délits** les cas graves, c'est-à-dire si, « notamment » :

- a) l'infraction portait sur une quantité telle de spécimens d'espèces inscrites dans l'Annexe I CITES que l'espèce était menacée d'extinction ; selon l'espèce considérée, le cas grave pouvait donc être réalisé même avec un petit nombre de spécimens⁸⁹ ;
- b) l'infraction était commise par métier⁹⁰ ;
- c) l'infraction était commise « de manière répétée ».

Dans ces cas, la peine encourue était la peine privative de liberté de 3 ans au plus ou la peine pécuniaire.

14.33 La qualification du cas grave à l'art. 26 al. 2 aLCITES posait deux problèmes : tout d'abord, la loi signalait que cette liste de cas graves n'était pas exhaustive par l'emploi de l'adverbe « **notamment** ». On peut toutefois douter du fait que d'autres cas graves puissent être créés par analogie, en raison du principe de légalité exprimé à l'art. 1 al. 1 CP^{91,92}. Ensuite, qualifier de cas grave **le fait d'avoir agi de manière répétée** était problématique parce que le fait d'agir de manière répétée correspond à la définition du concours au sens de l'art. 49 al. 1 CP. Or, aux termes de cette disposition, si « l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines du même genre », il risque au maximum 1.5 fois la peine prévue pour la commission d'un seul acte (sous réserve du respect du maximum de chaque genre de peine et du non dépassement de l'addition des peines). Or, dans le cadre de l'art. 26 al. 2 aLCITES, l'auteur qui commettait plusieurs infractions

89 Message 2011 LCITES, FF 2011 6439, 6456.

90 La notion est la même que dans le Code pénal. Ainsi, agit par métier celui qui recherche et obtient effectivement au moyen de son activité délictueuse des revenus relativement réguliers qui contribuent d'une manière non négligeable à la satisfaction de ses besoins (ATF 129 IV 253, c. 2.2).

91 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

92 Au sujet de l'art. 305^{bis} ch. 2 CP (blanchiment d'argent aggravé), qui utilise la même technique législative, une partie de la doctrine considère que l'adverbe « notamment » ne permet pas de créer des cas graves non explicitement prévus dans la loi (CR CP-II-CASSANI, art. 305^{bis} N 47-48). Sur ce point, voir ég. HILF/VEST, 145. À noter que l'adverbe « notamment » a été supprimé dans la nouvelle mou-
ture de la LCITES.

pour lesquelles il risquait des peines du même genre encourait non plus une amende de 40 000 CHF, mais (au maximum) une peine privative de liberté de 3 ans au plus. Une telle aggravation de la sanction en cas de concours d'infractions était difficilement justifiable⁹³.

Dans les cas simples comme dans les cas graves, l'art. 26 al. 4 aLCITES disposait que, si l'auteur avait agi **par négligence**, la peine était une amende de 20 000 CHF au plus. 14.34

Enfin, aux termes de l'art. 26 al. 5 aLCITES, était « puni d'une amende quiconque 14.35
enfreint d'autres dispositions d'exécution édictées par le Conseil fédéral ou le DFI dont la violation est déclarée punissable ». À nouveau, on peut douter qu'une telle norme pénale, qui ne contenait même pas un renvoi aux dispositions visées, ait rempli l'exigence de précision requise en matière de droit pénal⁹⁴. Ce renvoi concernait en réalité l'art. 12 al. 2 de l'Ordonnance sur les contrôles CITES, qui rend punissable le fait de ne pas étiqueter correctement les récipients de caviar (sous certaines conditions), et l'art. 58 OCITES, qui rend punissable le fait d'importer en Suisse ou de faire transiter par la Suisse des espèces inscrites aux Annexes I à III de la CITES sans présenter l'autorisation ou le certificat appropriés (décrits à l'art. 3 al. 1 OCITES), et de ne pas présenter à l'organe de contrôle compétent dans les deux jours ouvrables les lots qui n'ont pas été contrôlés à l'emplacement officiel, si l'OSAV l'a ordonné (art. 30 al. 2 OCITES).

3. Les dispositions pénales de la LCITES en vigueur depuis le 1^{er} mars 2022

En 2015, le conseiller national genevois Guillaume Barazzone a déposé **une motion 14.36
visant à durcir les sanctions pénales** encourues en cas de violation de la CITES⁹⁵. L'avant-projet de loi a été mis en consultation à l'automne 2019 (AP-LCITES), le Projet a été transmis au Parlement en septembre 2020 (P-LCITES)⁹⁶, et la révision a été adoptée au printemps 2021⁹⁷; les modifications sont finalement entrées en vigueur le 1^{er} mars 2022. Ces modifications visent notamment⁹⁸ à aggraver la qualification des infractions et à augmenter les peines menace.

93 HILF/VEST, 146. À noter que ce cas d'aggravation ne figure plus dans la loi révisée.

94 *Ibid.*, 146.

95 Motion 15.3958 « Renforcer les sanctions pénales en Suisse contre le commerce illicite d'espèces menacées ».

96 Message 2020 LCITES, FF 2020 7703.

97 FF 2021 667.

98 La nouvelle mouture de la loi prévoit également des modifications dans les compétences respectives du Conseil fédéral et de l'OSAV (art. 9 LCITES), une obligation remaniée de tenir un registre imposée aux éleveurs professionnels d'espèces inscrites aux annexes I à III CITES (art. 11 LCITES), une nouvelle obligation d'informer pour les vendeurs mettant des annonces dans certains médias (art. 11a LCITES), et de nouvelles règles concernant le séquestre (art. 15 al. 1 lit. d LCITES) et la confiscation (art. 16 al. 1 et 1^{bis} LCITES). Le délai d'opposition passe enfin de 10 à 30 jours (art. 24 al. 3 LCITES).

- 14.37 La révision entrée en vigueur le 1^{er} mars 2022 a apporté les changements principaux suivants, en ce qui concerne les dispositions pénales :
- l’infraction de base n’est plus constitutive d’une contravention, mais d’un **délit**, qui est désormais sanctionné d’une peine privative de liberté d’un an au plus ou d’une peine pécuniaire ;
 - est aussi rendu punissable le fait de posséder, proposer à la vente ou céder, à titre gratuit ou onéreux, des spécimens importés sans l’autorisation prévue à l’art. 7 al. 1 LCITES⁹⁹;
 - des **cas de peu de gravité** ont été introduits, dont la peine est l’amende (art. 26 al. 4 LCITES). Constituent des cas de peu de gravité « les situations dans lesquelles les intérêts de la conservation des espèces ne sont pas affectés de manière significative, par ex. lorsque des pythons royaux d’élevage avec mutation de la couleur – d’importance mineure pour la conservation des espèces – ou des orchidées reproduites artificiellement sont importés sans les autorisations requises »¹⁰⁰.
- 14.38 La violation intentionnelle d’une disposition de la LCITES est qualifiée de **crime** dans trois cas, énumérés à l’art. 26 al. 2 LCITES :
- a) si elle porte **sur un grand nombre de spécimens** relevant d’espèces inscrites aux annexes I ou II (et non plus seulement pour les espèces listées à l’annexe I) ; il s’agira par exemple de « 100 kg d’ivoire d’éléphant (annexe I), plus de 50 châles en laine d’antilopes du Tibet (annexe I) ou plusieurs milliers de civelles (annexe II) »¹⁰¹ ;
 - b) si l’auteur agit **par métier** ;
 - c) si l’auteur agit **en qualité d’affilié à une bande**¹⁰² ; il s’agit ici d’un nouveau cas d’aggravation. Dans cette hypothèse, la personne pourra également être poursuivie pour participation ou soutien à une organisation criminelle au sens de l’art. 260^{ter} CP¹⁰³.
- La peine encourue est alors une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.
- 14.39 Toutes les infractions prévues par la LCITES sont des **infractions formelles et de mise en danger abstrait**¹⁰⁴. La poursuite d’une contravention **se prescrit** par 5 ans, la peine par 4 ans (art. 27 al. 3 LCITES, qui déroge ainsi à l’art. 109 CP).

99 Ce comportement était déjà déclaré punissable sous l’égide de la loi sur la protection des animaux (art. 27 al. 1 aLPA), mais la disposition avait disparu avec l’entrée en vigueur de la LCITES. Cette modification comblera donc cette lacune (Rapport explicatif LCITES, 5).

100 Message 2020 LCITES, FF 2020 7703, 7713.

101 *Ibid.* Par exemple, lors de deux saisies importantes effectuées à l’aéroport de Zurich et à Cointrin en janvier 2019, environ 130 000 civelles étaient concernées.

102 Pour rappel, il y a « bande » lorsque au moins deux individus manifestent expressément ou par actes concluants la volonté de s’associer en vue de commettre plusieurs infractions indépendantes (cf. ATF 100 IV 2019, JdT 1975 IV 143, c. 1).

103 Message 2020 LCITES, FF 2020 7703, 7713.

104 HILF/VEST, 144.

Aux termes de l'art. 27 LCITES, **la poursuite et le jugement** de ces infractions tombent en principe dans la compétence de l'Office fédéral pour la sécurité alimentaire et les affaires vétérinaires. Cependant, ils relèvent de l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières s'il y a simultanément infraction à la Loi fédérale sur les douanes¹⁰⁵ ou à la Loi sur la TVA¹⁰⁶. La **procédure** est réglée par la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif¹⁰⁷. L'art. 27 al. 2 régit la question de la **fixation de la peine** en cas de concours, si un acte réprimé par la LCITES est également constitutif, notamment, d'une infraction au titre de la Loi sur la protection des animaux, la Loi sur les épizooties, la Loi sur les denrées alimentaires¹⁰⁸, la Loi sur l'agriculture, la Loi sur la chasse, ou la Loi sur la pêche, et si ces infractions sont jugées par la même autorité. 14.40

Ce durcissement des sanctions pénales répond à un souhait exprimé dans la résolution 69/314 du 30 juillet 2015 de l'Assemblée générale de l'ONU¹⁰⁹ de qualifier d'« infraction grave » au sens de la **Convention de l'ONU du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée**¹¹⁰ les infractions commises dans le cadre de la criminalité organisée dans le domaine des animaux et plantes protégées. Or, est une infraction grave au sens de l'art. 2, let. b, de la Convention « un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde »¹¹¹. 14.41

La **qualification des infractions à la LCITES en délit et en crime ainsi que l'augmentation des peines-menace** doivent être saluées, car elles rendent mieux compte de la gravité des dommages causés par ces comportements. Le fait que l'infraction de base ne soit plus une contravention, mais un délit aura, cas échéant, des conséquences en matière de punissabilité de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP), et d'enregistrement de la condamnation au casier judiciaire, ce qui, incidemment, pourrait également rendre la problématique plus visible à un niveau statistique. Une telle requalification et l'augmentation des peines-menace pourraient également avoir des effets en matière d'entraide. La qualification en crime de l'infraction aggravée permettrait en outre de rendre punissable la tentative d'instigation (*cf.* art. 24 al. 2 CP). De surcroît, cette qualification de crime permettrait, cas échéant, l'application de l'art. 305^{bis} CP réprimant le blanchiment d'argent. Au vu de ce que l'on sait actuellement des personnes qui pratiquent ce type de trafic, cette possibilité est bienvenue. L'introduction de l'appartenance à une bande comme cas d'aggravation répond également aux connaissances relayées dans la littérature. 14.42

105 Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (RS 631.0).

106 Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20).

107 RS 313.0.

108 Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0).

109 Disponible sous : <<https://undocs.org/fr/A/RES/69/314>> (27.4.2022).

110 RS 0.311.54.

111 Rapport explicatif LCITES, 5.

ture criminologique sur le fonctionnement des réseaux s'adonnant à ce type de trafic¹¹². Par ailleurs, l'augmentation des sanctions encourues permettra éventuellement de rendre la Suisse (et notamment ses aéroports internationaux) moins attractive pour le transit de tels produits. Cette révision a enfin le mérite de supprimer le fait d'agir de manière répétée comme un cas d'aggravation, ce qui, comme nous l'avons vu, est incohérent par rapport à la définition du concours d'infractions et aux règles qui président à la fixation de la peine dans ce contexte.

VII. Défis actuels

- 14.43 De façon très générale, l'une des difficultés principales pour appréhender et combattre le trafic illégal d'espèces protégées provient du fait qu'il ne s'agit **pas d'un phénomène uniforme**. Comme nous l'avons vu, il y a toutes sortes d'infracteurs, répartis partout dans le monde et animés par des mobiles très différents. Selon l'espèce des « victimes » (si on ose usurper un instant ce mot encore réservé par le droit suisse aux seuls êtres humains), la structure de ces trafics et leurs dynamiques sont hétérogènes ; il n'y a pas *un* marché noir des espèces protégées, mais des milliers de structures protéiformes qu'il faut apprendre à connaître si on espère endiguer les activités des personnes impliquées¹¹³.
- 14.44 Concernant la CITES en particulier, on doit tout d'abord relever que, en 48 ans d'existence, elle a permis **quelques succès**. Grâce à l'interdiction, respectivement à la limitation, du commerce de produits issus des baleines, des peaux de crocodile, de la viande de vigogne, et du caviar des esturgeons, elle a permis de faire augmenter les populations de ces espèces. Pour d'autres espèces, le bilan est plus nuancé : les grands félins, les éléphants et les rhinocéros sont encore chassés en nombre, tout comme les requins et les raies. Quant aux bois précieux, certaines espèces sont toujours surexploitées et nécessiteraient une plus grande protection¹¹⁴.
- 14.45 Malgré ses mérites, la CITES fait l'objet de critiques. À un niveau fondamental, on lui reproche tout d'abord de **ne pas bannir l'exploitation** des espèces menacées d'extinction, mais seulement de la réguler, et donc de la légitimer. Les espèces animales et végétales sont ainsi toujours vues comme des ressources qui doivent être mises au service de l'être humain, même si cela n'est pas dans l'intérêt des spécimens concernés ou de l'environnement en général¹¹⁵. À cela, ses partisans répondent qu'un commerce régulé est une solution plus durable que l'interdiction pure et simple, car elle permet aux populations locales de profiter de leurs ressources, ce qui, à son tour, encourage les gouvernements concernés à se soumettre à la CITES.

112 L'UNODC recommande d'ailleurs aux États de définir les infractions en matière de trafic d'espèces protégées de telle sorte à ce qu'elles puissent déclencher l'application des dispositions réprimant le blanchiment d'argent (UNODC, *Trafficking*, 20).

113 UNODC, *Wildlife*.

114 WWF *Erfolge*.

115 SOLLUND.

La protection accordée par la CITES aux espèces menacées est **toutefois sélective**. En effet, selon certains auteurs, elle se focalise encore trop sur les espèces dites charismatiques¹¹⁶ que sont les tigres, les rhinocéros, et autres éléphants. Or, un nombre considérable de reptiles, d'oiseaux et d'amphibiens sont victimes de trafic dans des proportions inquiétantes, sans que personne ne s'en émeuve apparemment¹¹⁷. Par ailleurs, les annexes de la CITES ne constituent pas une liste exhaustive de toutes les espèces qui auraient besoin d'une protection légale ; les données sont parfois lacunaires, si bien qu'on ne sait pas exactement si une certaine espèce est en danger ou pas. Certaines espèces peuvent également être « oubliées ». Par exemple, des scientifiques ont découvert en 2008 un *Lanthanotus borneensis* lors d'un trekking sur l'île de Bornéo, appartenant à l'une des espèces de reptiles les plus rares au monde. L'espèce avait été découverte en 1877, puis presque oubliée¹¹⁸. Elle était protégée depuis les années 1970 dans plusieurs pays d'Asie, mais n'était pas inscrite aux annexes de la CITES. Lorsque les biologistes ont publié, dans une revue scientifique, le récit de leur découverte extraordinaire, ils ont volontairement caché le lieu exact des faits pour protéger l'espèce¹¹⁹ ; mais cela n'a pas suffi à arrêter les collectionneurs, et d'ici à 2014, une centaine de spécimens capturés dans la nature étaient offerts à la vente sur internet. Le temps que le droit rattrape la réalité sociale, l'espèce fut enfin protégée par la CITES en 2017. La mésaventure du lézard de Bornéo a été la première d'une nouvelle tendance où des espèces (re-) découvertes sont présentées dans la littérature scientifique et deviennent presque instantanément la cible de collectionneurs dont l'avidité (ou la naïveté) met la survie de l'espèce en danger avant qu'elle ne puisse être protégée par la CITES¹²⁰. Selon ses critiques, la CITES n'intervient donc que lorsqu'il est trop tard, lorsque l'espèce concernée est plus ou moins proche de l'extinction¹²¹.

Ensuite, même si la CITES pose des critères scientifiques pour décider si une espèce doit être protégée ou non, l'inscription d'une espèce à une Annexe de la CITES est parfois **une démarche politique et économique** plutôt que purement scientifique. On pensera notamment aux tribulations qui ont accompagné l'inscription de l'éléphant d'Afrique à l'Annexe I en 1989¹²² et aux divisions qui agitent régulièrement la Conférence des Parties¹²³. Et même si l'inscription est finalement décidée, elle peut toujours être accompagnée d'une réserve de la part d'un État¹²⁴.

116 « *Charismatic megafauna* » ; sur cette expression, voir DUCARME *et al.*

117 NUWER, 85-86.

118 *Ibid.*, 89.

119 YAAP *et al.*

120 LINDENMAYER/SCHEELE.

121 SOLLUND.

122 Voir, sur ce point, le récit détaillé de ORENSTEIN, 53 ss.

123 Voir par exemple JOURDAN ALAIN, La défense des éléphants cimente les divisions, 24Heures, 28.8.2019.

124 Pour la liste des réserves par État, voir <<https://cites.org/eng/app/reserve.php>> (27.4.2022).

- 14.48 Au niveau des États signataires, il faut constater plusieurs problèmes. Tout d'abord, une part importante des États signataires n'a pas adopté dans sa législation nationale **les textes nécessaires pour garantir une application effective** de la CITES¹²⁵. Ensuite, même lorsque la législation existe, il manque parfois des ressources : le personnel sur place est souvent trop peu nombreux et ne peut procéder qu'à des contrôles par sondages qui ne permettent pas de détecter une grande partie des violations¹²⁶. La formation des personnes chargées des contrôles est parfois insuffisante¹²⁷, alors même qu'il peut être très difficile de reconnaître les espèces protégées¹²⁸, ou de les distinguer d'espèces non protégées¹²⁹.
- 14.49 **Au niveau forensique**, la capacité des laboratoires doit être développée afin de permettre une identification rapide des espèces protégées sur le terrain, et pour fournir des preuves solides lors de la poursuite des infracteurs¹³⁰. L'admissibilité transnationale de ces preuves doit être garantie, ce qui implique de standardiser les accréditations et certifications des laboratoires spécialisés dans les « *wildlife forensics* »¹³¹. La capacité des forces de l'ordre à intervenir sur des scènes de crime très variées doit également être assurée, car l'opération peut avoir lieu en pleine savane, dans l'arrière-boutique d'un restaurant à la périphérie d'une grande ville, ou encore à la douane d'un aéroport. Comme dans le domaine forensique « classique », le personnel doit être formé et les protocoles rigoureux, car une erreur ou une omission lors de la fixation de l'état des lieux ou de la collecte des traces ne peut pas être rattrapée par la suite¹³².
- 14.50 Ensuite, le **système des permis** pose des difficultés. Tout d'abord, dans certains pays, les quotas d'exportation sont régulièrement violés, ce qui signifie que des permis d'exportation sont délivrés alors même que l'exportation de ces spécimens peut nuire à la survie de l'espèce¹³³. Ensuite, la falsification de permis permet le blanchiment systématique de spécimens, par exemple en faisant passer comme né en captivité un spécimen né à l'état sauvage (par le biais de fermes d'élevage), ou en présentant comme datant d'avant l'inscription de l'espèce à l'une des annexes de la CITES un spécimen datant en réalité

125 En date du 1^{er} novembre 2019, 73 États avaient encore des législations jugées insuffisantes par la CITES ; voir la « Legislative status table » disponible sous : <https://cites.org/legislation/National_Legislation_Project> (27.4.2022).

126 MARTI, 43.

127 FELBAB-BROWN, 116-117.

128 WELLSMITH.

129 Un auteur donne l'exemple de l'ivoire d'éléphant (Annexe I), à distinguer de l'ivoire d'un morse (Annexe II), et de l'ivoire d'un mammouth (non protégé) : cf. VAN UHM, Trade, 42.

130 UNODC, Trafficking, 21.

131 Voir notamment les travaux de l'ancien *Scientific Working Group for Wildlife Forensic Sciences*, du *Wildlife Forensics Subcommittee* de la *Organization of Scientific Area Committees for Forensic Science* (OSAC) et du *European Network of Forensic Science Institutes Animal, Plant and Soil Traces Working Group*.

132 Pour une introduction, voir HUFFMAN/WALLACE.

133 NUWER, 86 ; VAN UHM, Trade, 42, et les références citées.

d'après son inscription¹³⁴. Et tout cela est rendu possible par la corruption des agents chargés de délivrer les permis ou de vérifier qu'ils sont en règle, ce qui semble être un problème endémique dans le domaine¹³⁵. Pour les espèces inscrites à l'Annexe I, il y a bien un double contrôle sur l'origine du spécimen, car un permis d'importation, délivré par l'État de destination, doit accompagner le permis d'exportation délivré par l'État d'origine. Mais cela ne vaut pas pour les espèces inscrites aux Annexes II et III, où il y a donc plus de risques d'abus¹³⁶.

Toutes les publications concernant la lutte contre le trafic illégal d'espèces protégées 14.51 mettent l'accent sur l'importance d'avoir une **collaboration internationale efficace** dans le domaine, et certaines publications majeures relèvent les carences à cet égard¹³⁷. Au niveau mondial, des institutions et réseaux plus ou moins formels facilitent les échanges¹³⁸, mais dans un cas d'espèce, une collaboration bilatérale efficace est cruciale. Or, certains États ne sont pas toujours à la hauteur. La Suisse, par exemple, a fâché des procureurs tanzaniens après la saisie en août 2015 de 262 kg de défenses d'éléphant à l'aéroport de Zurich, pour une valeur estimée de 400 000 CHF¹³⁹. Alors qu'elles ont bien confisqué l'ivoire, les autorités suisses ont laissé les trois trafiquants retourner à Pékin après leur avoir imposé un dépôt d'amende de 3000 CHF¹⁴⁰. La Chine n'a ensuite pas donné suite à la demande d'entraide de la Suisse, et les autorités suisses ont mis un mois à informer leurs homologues tanzaniens, ce qui a mis en péril l'enquête qui aurait pu porter en Tanzanie sur d'éventuels co-auteurs ou complices¹⁴¹. En Tanzanie, les trois suspects auraient risqué 20 ans de privation de liberté et une amende plus élevée que la valeur des marchandises. Plusieurs ONG actives dans la protection des espèces ont vertement critiqué l'attitude de la Suisse dans ce dossier¹⁴². Il est donc important de sensibiliser les autorités des pays qui, sans être les berceaux de ces trafics, peuvent servir de lieux de transit. À cet égard, l'UNODC insiste sur le fait que les saisies ne sont

134 LYONS/NATUSH ; WONG, 48-49 ; VAN UHM, Laundering.

135 TRAFFIC ; WYATT *et al.*

136 MARTI, 43.

137 UNODC, Trafficking, 19.

138 Pour de nombreux exemples, voir WYATT, 139-165.

139 ATS, La Suisse critiquée par la Tanzanie suite à un trafic d'ivoire, La Liberté, 15.4.2019.

140 En réponse à une interpellation de Pascale Bruderer Wyss (interpellation 15.3829), le Conseil fédéral a précisé que les autorités ont renoncé à imposer d'autres mesures de sûreté, car celles-ci n'auraient pas été proportionnées. Si on comprend bien le raisonnement d'un point de vue juridique, on voit aussi pourquoi, au vu des circonstances, les trafiquants choisissent de transiter par les aéroports suisses.

141 HOCHSTRASSER SANDRINE/ZAUGG JULIE, Une amende dérisoire, La Liberté, 15.4.2019.

142 Voir AUSTIN HENRY, Animal Groups Criticize 'Astounding' Release of Ivory Smugglers, NBC News, 16.8.2015 (rapportant la réaction du *International Fund for Animal Welfare*) ; H. SANDRINE, Des sanctions plus sévères contre le trafic d'espèces menacées, Le Temps, 29.9.2015 (rapportant la réaction du WWF).

pas un but en soi ; elles doivent être le point de départ d'investigations qui remontent la chaîne du trafic et permettent d'identifier tous les acteurs impliqués¹⁴³.

- 14.52 Liée au problème précédent, il y a la question de la probabilité d'être appréhendé et de la sévérité des sanctions encourues en cas de trafic d'espèces protégées. En effet, au niveau mondial, la violation des dispositions légales sur la protection des espèces est encore souvent considérée comme un délit sans victime. En conséquence, elle est perçue comme une **infraction de seconde catégorie** dont la qualification est peu grave et les sanctions encourues clémentes¹⁴⁴, et dont la poursuite n'est souvent déléguée qu'à des instances tierces ayant des ressources limitées¹⁴⁵ plutôt que confiée aux autorités de poursuite pénale régulière¹⁴⁶. De plus, les sanctions prévues par les législations nationales sont d'une sévérité très variable, mais tendent à être minimales. D'après l'UNODC, parmi les États signataires de la CITES, 31% ne prévoient que l'amende comme sanction d'une violation d'une disposition d'application de la CITES ; 43% prévoient moins de 4 ans de privation de liberté, et 26% prévoient plus de 4 ans de privation de liberté¹⁴⁷. En Europe, la Grèce prévoit jusqu'à 10 ans de prison ; l'Allemagne jusqu'à 5 ans de prison et 1.8 million EUR d'amende pour une personne physique en cas de violation des dispositions d'application de la CITES¹⁴⁸. En revanche, sur le continent africain notamment, les peines ont été, à l'occasion, bien plus sévères. Par exemple, une femme d'affaires chinoise, condamnée en Tanzanie pour avoir trafiqué les défenses de plus de 350 éléphants, a récemment écopé de 15 ans de privation de liberté¹⁴⁹ ; en Afrique du Sud, un trafiquant d'ivoire thaïlandais a été condamné à 13 ans de prison et 78 000 USD d'amende¹⁵⁰. En comparaison internationale, le droit suisse était donc clément jusqu'à présent en matière de répression du trafic des espèces protégées. Or, même s'il n'existe pas de corrélation linéaire entre **la sévérité des sanctions** et leur efficacité en termes de prévention générale et spéciale¹⁵¹, le fait est que la sévérité de la sanction encourue pourrait être un facteur important dans ce contexte, surtout lorsque l'infraction est aussi profitable que le trafic d'espèces protégées¹⁵². La probabilité d'être appréhendé semble également être plus basse que dans le trafic de stupéfiants ou d'armes¹⁵³. Le fait que la

143 UNODC, Trafficking, 21.

144 UNEP, 25 ; ZIMMERMANN, 1675 ss ; BERNARD.

145 WILSON-WILDE.

146 NURSE, 34. C'est le cas en Suisse, où l'OSAV, respectivement l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières, sont compétents pour poursuivre ces infractions. Cependant, au lieu d'un handicap, on peut aussi voir dans cette délégation le souci de confier ce type de poursuites à des autorités spécialisées et ainsi d'assurer un traitement plus efficace de ces affaires.

147 UNODC SHERLOC, données pour 131 États signataires (UNODC, Wildlife, 24).

148 VAN UHM, Trade, 41.

149 NG'WANAKILALA FUMBUKA, Chinese 'Ivory Queen' smuggler sentenced to 15 years jail in Tanzania, Reuters, 19.2.2019. Sur ce cas emblématique, voir ég. UNODC, Trafficking, 125.

150 AFP, Smugglers jailed as China's 'biggest ever' illegal ivory network smashed, The Star, 2.1.2021.

151 KILLIAS/AEBI/KUHN, § 617 ss.

152 WILSON-WILDE.

153 ZIMMERMANN, 1659.

Suisse soit choisie comme lieu de transit par certains trafiquants démontre peut-être que notre droit pénal est encore perçu comme clément en comparaison internationale, et la probabilité d'être arrêté comme basse.

Au niveau suisse, la LCITES instaure un système de contrôle efficace (grâce notamment à la possibilité de faire des contrôles à l'intérieur du pays, et non seulement aux frontières). Ses dispositions pénales ont longtemps présenté des défauts, qui, comme nous l'avons vu, ont été récemment corrigés. En revanche, à cause des nombreux renvois que la LCITES et ses ordonnances contiennent, **le système suisse est très peu lisible** pour le profane et un grand travail de vulgarisation doit être effectué auprès des commerçants et du grand public¹⁵⁴. Marti note enfin que les effets de la LCITES n'ont jamais fait l'objet d'une **évaluation systématique**, alors même que plusieurs organisations internationales ont relevé que la Suisse est fortement impliquée dans le commerce international de faune et de flore et qu'il est dès lors impérieux qu'elle ait les instruments nécessaires pour réguler ces activités¹⁵⁵. Une telle évaluation est maintenant nécessaire¹⁵⁶.

VIII. Conclusion

L'Occident a longtemps exploité le monde sauvage à sa guise. Et lorsqu'il a commencé à protéger ce dernier, ce n'était pas par idéalisme, mais pour préserver son « terrain de jeu » favori. Ainsi, les puissances européennes ont d'abord souhaité protéger les grands fauves pour préserver le plaisir de la chasse à laquelle s'adonnaient les élites coloniales dans les forêts du Raj britannique et les savanes africaines. Quand ces populations ont commencé à diminuer, elles ont créé des réserves naturelles, cas échéant en déplaçant des populations autochtones, et se sont réservé le droit d'y chasser, alors même que la chasse était le moyen de subsistance traditionnel de celles-ci¹⁵⁷. À cause de cela, la criminalisation progressive, au fil du 20^e siècle, du trafic d'espèces sauvages, telle qu'elle a été promue par l'Europe et l'Amérique du Nord, a été perçue par les pays d'Afrique et d'Asie comme une nouvelle forme de colonialisme. Il n'est dès lors pas étonnant que des tensions surviennent entre certains États signataires de la CITES lorsqu'il est question d'ajouter une espèce aux annexes de la Convention et ainsi d'en prohiber ou d'en limiter le commerce international.

Si les sociétés humaines semblent avoir des valeurs et des sensibilités différentes quant à l'importance de préserver la biodiversité, c'est aussi parce qu'elles ont des besoins différents. Les opulentes nations occidentales tendent à voir dans les espèces sauvages une richesse qui doit être protégée. Les communautés locales, quant à elles, ne peuvent souvent pas s'offrir ce luxe : elles ont besoin d'exploiter la nature pour survivre. Il sera

154 MARTI, 48-49.

155 MARTI, 49, note 97, et les références citées.

156 MÜLLER *et al.*, 153.

157 WARCHOL, 77 ss. Dans le même sens, les autorités états-uniennes ont déplacé des populations amérindiennes pour établir les parcs nationaux; FELBAB-BROWN, 43-44.

donc difficile de lutter contre le trafic d'espèces protégées aussi longtemps que l'économie régulière ne permettra pas aux braconniers de vivre décemment. Du côté des consommateurs, des traditions anciennes peuvent dicter de posséder certains animaux (comme les oiseaux en Indonésie), et des croyances dans les pouvoirs surnaturels supposés de certains animaux peuvent pousser les clients à se procurer des produits pourtant interdits (comme le « vin de tigre » très prisé en Chine pour ses soi-disant vertus aphrodisiaques). Dans ce contexte, l'accent doit être mis sur l'information des clients, qui souvent ne savent pas qu'ils se procurent un produit d'origine illégale et/ou n'ont pas conscience des dégâts causés par ces pratiques. Il serait toutefois erroné de pointer du doigt les clients asiatiques. En effet, comme nous l'avons vu, les États-Unis et l'Europe figurent parmi les plus gros importateurs de produits issus d'espèces protégées.

- 14.56 La prise de conscience des dangers liés au commerce illégal d'espèces protégées, tant dans les pays d'origine des produits que dans les pays de destination, est de plus en plus importante et des initiatives privées et publiques voient le jour dans de nombreuses régions du monde pour améliorer la prévention aussi bien que la répression de ces infractions¹⁵⁸. Quant à la recherche, tant juridique que criminologique, elle s'intéresse (enfin !) à ces questions et révèle l'incroyable complexité des problèmes qui sous-tendent le trafic d'espèces protégées. Plus que tout, elle montre comment l'être humain est à la fois acteur et victime de ce type de crime. Ainsi, si nous ne protégeons pas les espèces menacées pour leur valeur intrinsèque, nous devrions au moins les préserver pour nous sauver nous-mêmes.

158 *Ibid.*, 147 ss.

§ 15 Lutter contre la biopiraterie : le droit pénal comme outil ?

Maïté Andrade*

Table des matières

I.	Introduction	477
II.	Biopiraterie : un régime international complexe	479
1.	Un peu d'histoire	479
a)	Une pratique vieille comme le monde ?	479
b)	Développement des biotechnologies et des droits de propriété intellectuelle sur le vivant	480
c)	Tensions croissantes entre le Nord et le Sud : la communauté internationale s'attelle à l'ouvrage	483
2.	Survol du régime juridique international en vigueur	485
a)	En matière de conservation de la biodiversité	485
b)	En matière de propriété intellectuelle	490
3.	Comment définir la biopiraterie ?	494
III.	Mise en œuvre par les lois d'application nationales	495
1.	Actes incriminés : que pénalisent les États membres ?	496
a)	Avant la demande de brevet, la bioprospection : accès aux ressources et recherche	496
b)	Lors de la procédure de demande de brevet : obligation de déclarer la source	497
c)	Après l'obtention d'un brevet : commercialisation du produit et partage des avantages	500
d)	Discussion	503
2.	Problématiques transversales	503
a)	Question du champ d'application des lois nationales	503
b)	Un droit pénal encore timide	505
c)	Une preuve difficile à apporter	508
d)	Un accès disparate à la justice	509
e)	Discussion	512
IV.	Conclusion	513

Bibliographie

ABDEL-LATIF ABEL, Genetic Resources, Patents and Benefit Sharing: State of Play and Challenges Facing Multilateral Discussions, *in* De Werra (éd.), La propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique, Genève 2012, 59 ss; ABDELGAWAD WALID, Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie ?, *Revue québécoise de droit international* 22 (2009), 53 ss; ASTIN JOHN A., Why patients use alternative medicine: results of a national study, *Journal of the American Medical Association* 280 (1998), 1548 ss; BELLIVIER FLORENCE/NOUVILLE CHRISTINE, La bioéquité : batailles autour du partage du vivant, Paris 2009; BUCK MATTHIAS/MORGERA ELISA/TSIOMANI ELSA, The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in perspective: implications for international law and implementation challenges, Boston 2013; CABANES

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de la Prof. Anne-Christine Favre.

VALÉRIE, Un nouveau droit pour la terre : pour en finir avec l'écocide, Paris 2016 ; COSTES CYRIL, La biopiraterie, les savoirs traditionnels et le droit, *Ikewan*, bulletin de l'ICRA 67 (2008), 1 ss ; DJEMBA KANDJO JOSEPH/KOUTOUKI KONSTANTIA, La nécessité d'associer la biopiraterie à la criminalité environnementale en droit international, *Criminologie* 49 (2016), 195 ss ; FABRICANT DANIEL/FARNWORTH NORMAN, The Value of Plants Used in Traditional Medicine for Drug Discovery, *Environmental Health Perspectives* 109 (2001), 69 ss ; FISCALÍA GENERAL, *Fiscalía Adelanta 6.100 Procesos por Derechos de Autor y Propiedad Intelectual*, Bogotá 26.4.2013 ; FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), *The Second Report on State of the World's Animal Genetic Resources for Food and Agriculture*, Rome 2015 ; GHASSEMI LEILA, *Utilisation of medicinal knowledge in the industry: legal aspects and protection in international law*, Bâle 2018 ; GOYES DAVID/SOUTH NIGEL, Land-grabs, Biopiracy and the Inversion of Justice in Colombia, *British Journal of Criminology* 56 (2016), 558 ss ; HEINRICH PETER, *Schweizerisches Patentgesetz/Europäisches Patentübereinkommen: Kommentar in synoptischer Darstellung*, 3^{ème} éd., Berne 2018 (cité : PatG/EPÜ-HEINRICH, art. 1 N 1) ; HERMITTE MARIE-ANGÈLE *et al.*, *La convention sur la diversité biologique a quinze ans*, AFDI 52 (2006), 351 ss ; HINKLE CHARLOTTE, *The SbMATE Patent: American Ingenuity or Looting of a Tanzanian Resource ?*, thèse, Université du Connecticut 2011 ; HOARE ALISON/TARASOFKSY RICHARD, *Disclosure of Origin in IPR Applications: Options and Perspectives of Users and Providers of Genetic Resources (Final Report)*, Londres 2006 ; HORBER CSILLA, *La déclaration de la source dans les demandes de brevets en droit suisse : l'obligation de déclarer la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevets applicables aux inventions biotechnologiques*, thèse, Genève 2020 ; JAIN NEETA/ASTIN JOHN, *Barriers to Acceptance: An Exploratory Study of Complementary/Alternative Medicine Disuse*, *The Journal of Alternative and Complementary Medicine* 7 (2001), 689 ss ; KLOPPENBURG JACK, *De Christophe Colomb à la Convention sur la diversité biologique : 500 années de biopiraterie*, in Duchatel/Gaberell (dir.), *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ?*, Genève 2011, 15 ss ; LE PRESTRE PHILIPPE, *La Convention sur la diversité biologique : vers un nouvel ordre biologique international ?*, *Nature Sciences Sociétés* 7 (1999), 64 ss ; MANIRABONA AMISSI, *La criminalité environnementale transnationale : aux grands maux, les grands remèdes ?*, *Criminologie* 47 (2014), 153 ss ; MORIN JEAN-FRÉDÉRIC, *Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique ?*, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 34 (2004), 307 ss ; MORETTI CHRISTIAN/AUBERTIN CATHERINE, *La biopiraterie : entre illégalité et illégitimité*, in Aubertin/Pinton/Boisvert (éd.), *Les marchés de la biodiversité*, Paris 2009, 91 ss ; MORETTI CHRISTIAN/AUBERTIN CATHERINE, *Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question*, in Aubertin/Pinton/Boisvert (éd.), *Les marchés de la biodiversité*, Paris 2009, 27 ss ; NOREL PHILIPPE/TESTOT LAURENT (dir.), *Une histoire du monde global*, Auxerre 2012 ; O'BRIEN KEVIN, *The Danger of Corporate Monoculture*, *Handelsblatt Today*, Düsseldorf 26.9.2016 ; OBTERTHÜR SEBASTIAN/ROSENDAL KRISTIN (éd.), *Global Governance of Genetic Resources : Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol*, New York 2014, 1 ss ; ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Key Questions on Patent Disclosure of Origin in Patent Application*, 2^e éd., Genève 2020 ; ORSI FABIENNE, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis : origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, *Revue d'économie industrielle*, 99 (2002), 65 ss ; PUBLIC EYE, *La dangereuse concentration du marché*, Lausanne 2017 ; PUBLIC EYE, *La responsabilité particulière de la Suisse*, Lausanne 2017 ; PUBLIC EYE/NATURAL JUSTICE (éd.), *The two worlds of Nagoya : ABS legislation in the EU and provider countries : discrepancies and how to deal with them*, 2016 ; RURAL ADVANCEMENT FOUNDATION INTERNATIONAL (RAFI), *BIO-PIRACY: The Story of Natural Coloured Cottons of the Americas*, Pittsboro 1993 ; SHIVA VANDANA, *Biopiracy: the plunder of nature and knowledge*, Berkeley 2016 ; TROMMETIER MICHEL/VAUTRIN MARIE-ANNE/MARIE-VIVIEN DELPHINE, *Les ressources génétiques pour l'agro-industrie : des échanges complexes*, in Aubertin/Pinton/Boisvert (éd.), *Les marchés de la biodiversité*, Paris 2009, 55 ss ; WYSSBROD VALÉRIE, *les effets de la mise en œuvre du protocole de Nagoya dans la législation suisse*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 112 (2013), 325 ss ; ZAHLUTH BASTOS RODOLPHO, *La biopiraterie : réalité ou manipulation médiatico-politique ? : Le cas des Indiens Krahó en Amazonie brésilienne*, *Hérodote* 134 (2009), 138 ss.

Autres

OMPI, Union internationale de coopération en matière de brevets, groupe de travail sur la réforme du traité de coopération en matière de brevets, Observations supplémentaires de la Suisse portant sur les propositions concernant la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets, sixième session, Genève, mai 2004 (cité : Propositions de la Suisse) ; WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO), Council for Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Relationship between the TRIPS Agreement, the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore, amending the TRIPS agreement to introduce an obligation to disclose the origin of genetic resources and traditional knowledge in patent applications, séance du 7.5.2007, IP/C/W/491 (cité : conseil des ADPIC).

I. Introduction

Le terme de biopiraterie est attribué à l'organisation non-gouvernementale (ONG) canadienne *The Rural Advancement Foundation International* (RAFI), rebaptisée *Action Group on Erosion, Technology and Concentration* (ETC Group) depuis lors. Dans sa publication du 29 novembre 1993¹, cette association dénonçait le brevet accordé à Sally Fox, une cultivatrice californienne de coton, par l'office des brevets américain (*United States Patent and Trademark Office* ; US-PTO) sur deux variétés de coton naturellement coloré. Pour cause : ces variétés avaient en réalité été développées sur cinq millénaires par certains indigènes et fermiers péruviens, qui n'ont reçu aucune rémunération pour leur travail de sélection, ni pour l'appropriation des ressources qu'ils ont développées. Pire encore, l'obtention d'un brevet accordait à Sally Fox l'exclusivité pour le commerce de ce coton, interdisant aux agriculteurs péruviens l'accès à ce marché qui s'annonçait alors lucratif². 15.1

Cette affaire a fait écho à de nombreux cas similaires dans le monde, au cours desquels des chercheurs sont envoyés dans des zones d'intérêt afin de récolter des informations sur les ressources biologiques prometteuses, en s'aidant souvent des savoirs traditionnels développés par les populations locales sur l'usage de ces dernières. De retour de leurs voyages, ces chercheurs exploitent les ressources et savoirs récoltés sur place pour créer et breveter un produit commercialisable, engrangeant des profits souvent colossaux³. Comme les caprices de l'histoire naturelle ont mené à une répartition inéquitable de la diversité biologique sur le globe, cette dernière est particulièrement riche dans les pays tropicaux et subtropicaux, qualifiés de pays du Sud. C'est donc principalement dans ces régions que prennent place ces pratiques dites de bioprospection. 15.2

1 RAFI Communiqué, BIO-PIRACY: The Story of Natural Coloured Cottons of the Americas, novembre 1993, disponible sous : <<https://www.etcgroup.org>> (25.8.2020).

2 RAFI Communiqué, BIO-PIRACY: The Story of Natural Coloured Cottons of the Americas, novembre 1993, disponible sous : <<https://www.etcgroup.org>> (25.8.2020).

3 On pense ici notamment à l'affaire du margousier (*Neem tree*), ou à celle du riz basmati dénoncé par la célèbre activiste et scientifique Vandana Shiva (cf. SHIVA, 50).

- 15.3 Les industries cosmétiques, agroalimentaires et pharmaceutiques y ont rapidement décelé les promesses de produits lucratifs de demain. En effet, la valeur totale du marché de produits issus de ressources génétiques et de savoirs traditionnels représente des sommes colossales : en 1999, on estime qu'il rapporte entre 500 et 800 milliards de dollars américains, dont 300 à 450 milliards pour la vente de semences et de produits agricoles, et 75 à 150 milliards pour les produits pharmaceutiques⁴. Outre les revenus conférés par la vente de ces produits, la bioprospection permet également aux chercheurs de bénéficier d'une économie non négligeable de temps et d'argent : en questionnant les populations locales, ces derniers ciblent immédiatement vers quelle plante ou microorganisme se diriger, pour quel usage et selon quel procédé⁵. Ces informations réduisent donc considérablement le nombre de tests nécessaires avant l'identification du principe actif désiré. De nombreux auteurs estiment de ce fait que l'exploitation de savoirs traditionnels multiplie par 300 les chances pour les scientifiques d'identifier une molécule ou un gène d'intérêt⁶.
- 15.4 Force est ainsi d'admettre que ces connaissances, parfois décrites comme primitives pour légitimer leur appropriation, sont une véritable mine d'or pour les sociétés tant pharmaceutiques qu'agroalimentaires. De surcroît, le travail séculaire de sélection et de culture des ressources effectué par les peuples autochtones a largement contribué au développement de la diversité biologique. Les pays mégadivers ne sont ainsi pas simples détenteurs de biodiversité : ils ont participé à son maintien et à son développement, cette dernière étant intimement liée à leur activité culturelle⁷. Un malaise croissant s'est alors fait sentir sur la scène internationale : les pays en développement du Sud souhaitant rattraper l'essor économique des pays développés du Nord voyaient ces derniers exploiter leurs ressources valorisables sans contrepartie aucune. Les politiques dénoncèrent une forme de néocolonialisme, les écologistes un véritable pillage des ressources biologiques, les économistes et les juristes une marchandisation inquiétante du vivant⁸. Il devint alors évident que l'adoption d'un cadre juridique international était nécessaire pour mettre fin aux tensions croissantes. Toutefois, certains estiment que le système actuel est insuffisant, voire qu'il encourage les actes qualifiés de biopiraterie.
- 15.5 La question prend une acuité particulière en Suisse par l'importance de sa place industrielle. Siège de sociétés parmi les plus actives au monde, telles que Novartis et Roche dans le domaine pharmaceutique, ou Nestlé et Syngenta dans le domaine agroalimentaire, le pays joue un rôle clef dans l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels⁹.

4 ABDELGAWAD, 55; TEN KATE/LAIRD, 2.

5 GHASSEMI, 46.

6 COSTES, 8.; OBTERTHÜR/ROSENDAL, 3.

7 AUBERTIN, 131.

8 ORSI, 66.

9 PUBLIC EYE.

La présente contribution s'intéresse au thème de la biopiraterie en proposant une réflexion autour du rôle que joue le droit pénal dans la lutte contre les pratiques décrites. Après une présentation du régime international de lutte contre la biopiraterie, nous nous pencherons sur la façon dont il est mis en œuvre par différentes lois d'application nationales. En effet, si les textes internationaux ne comportent pas de disposition pénale en tant que telle, ils encouragent les États parties à prendre les mesures requises pour s'assurer que les ressources génétiques et les savoirs traditionnels ne sont pas exploités aux dépens des intérêts environnementaux, ni au mépris des peuples autochtones. Dans cette optique, certains États ont décidé de faire appel au droit pénal comme outil pour garantir le respect des normes internationales. Ainsi, dans une perspective de droit comparé, nous chercherons à déterminer pour chacune des juridictions étudiées où se situe le siège de la matière pénale, quels sont les éléments qui caractérisent l'infraction et quelle est la sanction corrélée. 15.6

II. Biopiraterie : un régime international complexe

La présente partie de notre travail a pour but de conférer au lecteur une meilleure compréhension du phénomène de biopiraterie. Son premier volet arbore quelques éléments d'histoire, permettant de mieux comprendre le contexte qui a encouragé l'adoption de traités en la matière, ainsi que les différentes problématiques qui ont été soulevées au fil des ans et qui révèlent dans quelle perspective les différents textes légaux choisissent de s'inscrire. Dans un second volet, nous présenterons les principaux traités actuellement en vigueur qui entrent en considération lorsque l'on traite d'un cas de biopiraterie. Il s'agira donc de décrire leur champ d'application respectif et leurs divers objectifs. 15.7

1. Un peu d'histoire

a) *Une pratique vieille comme le monde ?*

Le recours aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels dans le domaine tant agroalimentaire que pharmaceutique ne date pas d'hier. Les plantes ont longtemps été l'unique recours pour remédier à un problème de santé, et leur utilisation en médecine remonte à la préhistoire¹⁰. Il est établi qu'à ce jour, elles sont à l'origine de la grande majorité des principes actifs utilisés en pharmacie tels que la morphine, la quinine ou encore l'aspirine¹¹. S'agissant des semences, l'année 1992, date du Sommet « Planète Terre » à Rio de Janeiro, marque également l'écoulement d'un demi-millénaire depuis la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb. Son arrivée sur les rives du Nouveau Monde annonce le commencement d'un échange massif de plantes, de bétail, d'hommes et de micro-organismes communément appelé l'échange colombien¹². En effet, de ses voyages, Christophe Colomb amène en Europe nombre de variétés encore 15.8

10 GHASSEMI, 40.

11 FARNWORTH/FABRICANT, 69 ss.

12 NOREL/TESTOT, 432; KLOPPENBURG, 19.

inconnues telles que le maïs, la tomate, le blé, ou encore la pomme de terre. À l'inverse, il importe entre autres le seigle et l'avoine en Amérique¹³. Dans un transfert considérable d'est en ouest et *vice-versa*, les ressources phytogénétiques voyagent et se répandent de par le monde.

- 15.9 S'établit alors une conception de ces ressources comme ressortant du patrimoine commun de l'humanité : elles n'appartiennent à personne en particulier, et quiconque souhaite en faire usage peut librement et gratuitement se les approprier¹⁴. Le problème réside dans la répartition inéquitable de la biodiversité. En effet, au cours de la dernière période glaciaire, l'hémisphère nord a perdu beaucoup de sa diversité biologique qui se concentre dès lors principalement dans l'hémisphère sud¹⁵. Ainsi, d'un point de vue sociopolitique, la découverte et l'appropriation par les marins et colons occidentaux des ressources génétiques de l'hémisphère sud afin d'alimenter leurs cultures et leur pharmacopée est souvent perçue comme une manifestation de la dynamique colonialiste. Comme l'exprime le sociologue Jack Kloppenburg, « Le développement des nations riches, mais < génétiquement pauvres > du Nord a inévitablement été fondé sur le transfert de ressources phytogénétiques des nations pauvres, mais < génétiquement riches > du Sud. »¹⁶.

b) Développement des biotechnologies et des droits de propriété intellectuelle sur le vivant

- 15.10 L'utilisation des ressources génétiques a considérablement évolué au rythme des avancées scientifiques. Dans le domaine pharmaceutique, les chercheurs ont bénéficié de progrès technologiques tels que le développement du criblage à haut débit, qui a permis d'analyser un nombre toujours plus grand d'échantillons, toujours plus rapidement. En effet, la recherche médicale a longtemps procédé de manière empirique, en examinant un nombre élevé de substances naturelles dans l'espoir d'y découvrir la molécule-miracle¹⁷. Toutefois, cette approche aléatoire rend les investissements particulièrement risqués. On estime alors que seul un échantillon sur 10 000 à 40 000 passant par le criblage à haut débit permettra d'aboutir à un produit commercialisable, et seul 1 sur 4 de ces produits passera avec succès les essais cliniques, sans garantir encore son succès

13 KLOPPENBURG, 19.

14 *Ibid.*, 36.

15 À titre d'exemple, les pays que nous qualifierions aujourd'hui de développés ne sont à l'origine que d'une part mineure des plantes cultivées au niveau mondial. L'Europe aura fourni le seigle et l'avoine; l'Amérique du Nord le tournesol; tandis que le continent australien n'aura fourni aucun apport aux plantes les plus cultivées. Ainsi, si l'on considère les trois plantes parmi les plus cultivées, à savoir le blé, le riz et le maïs qui constituent à ce jour près de 60% de l'alimentation mondiale, toutes proviennent de l'hémisphère sud. Si l'on étend ce constat à un panel de neuf plantes, à savoir le blé, le riz, le maïs, l'orge, le sorgho/millet, la pomme de terre, la patate douce/igname, la canne à sucre et le soja, constituant plus de 75% des cultures mondiales dédiées à l'alimentation humaine, le constat demeure identique : aucune n'est originaire du Nord (*cf.* KLOPPENBURG, 17).

16 KLOPPENBURG, 18.

17 MORETTI/AUBERTIN, 39.

sur le marché¹⁸. Une réforme du système paraît indispensable s'il veut continuer d'innover de manière lucrative. C'est face à ces considérations qu'au cours des années 1980 se développe la pharmacologie dite rationnelle, qui propose d'améliorer les rendements des échantillonnages en se basant sur une approche plus rationnelle et systématisée. Illustrée par le principe clé-serrure, elle consiste à créer une structure tridimensionnelle de la « molécule-serrure » sur laquelle on souhaite agir (souvent une protéine, elle constitue la cible biologique à l'origine de la maladie), et de partir de ce modèle pour rechercher une « molécule-clé » à même de déclencher un mécanisme voulu, tel que la réplication cellulaire, la dégradation des aliments ou la coagulation du sang¹⁹. Dans la quête de « molécules-clé » parfaites, les substances naturelles des pays du Sud se révèlent être une fois de plus une précieuse source d'approvisionnement. De gigantesques banques d'échantillons sont créées, ce qui offre un vaste champ de recherche afin de cibler le candidat qui correspondra le mieux à la molécule prototype telle que conçue lors des recherches, augmentant ainsi les chances de succès lors de l'essai clinique et donc de mise sur le marché²⁰. Une fois de plus, les progrès techniques encouragent le développement de cette méthode avec l'apparition dans les années 1990 du criblage à haut débit, qui permet de tamiser toujours plus d'échantillons en moins de temps²¹. Après une certaine désaffection au profit de la biologie moléculaire, l'industrie pharmaceutique connaît donc un regain d'intérêt considérable pour les substances naturelles, convoitées pour leur richesse en principes actifs que les nouvelles technologies sont à même de déceler. Les efforts de recherches publiques et privées visent aujourd'hui à maximiser les bibliothèques d'échantillons disponibles, avec un intérêt particulier pour les insectes, les organismes marins et les micro-organismes encore peu étudiés²². Ainsi, le mythe de la bioprospection menant à la découverte de la molécule parfaite semble avoir encore de beaux jours devant lui²³. À ceci s'ajoute que dans les pays d'Asie et d'Afrique, il est estimé que près de 80% de la population dépend de la médecine traditionnelle, par choix ou par nécessité²⁴, et que les pays occidentaux, eux, ont de plus en plus recours à l'automédication par les plantes²⁵. Loin d'être obsolète, la phytothérapie a donc encore toute sa place dans la pharmacopée moderne.

18 *Ibid.*, 37.

19 MORETTI/AUBERTIN, 40.

20 *Ibid.*, 39.

21 *Ibid.*, 40.

22 *Ibid.*, 45.

23 À titre d'exemple récent, un criblage intensif d'échantillons issus des espèces du genre *Ancistrocladus* a permis de découvrir en 2002 que seule une espèce originaire du Cameroun, *A. korupensis*, comporte de la michellamine, un agent anti-VIH récemment découvert. De plus, seules les feuilles matures renferment cette substance. On comprend mieux l'importance de la bioprospection, et l'aide qui peut être apportée par les savoirs traditionnels.

24 MORETTI/AUBERTIN, 34.

25 JAIN/ASTIN, 1548 : Une étude récente démontre à titre d'exemple qu'aux États-Unis, 78% des personnes atteintes du SIDA ont recours au moins une fois à des médecines alternatives telles que la phytothérapie.

- 15.11 Pour le domaine agroalimentaire, l'importation de ressources génétiques venues du Sud a rapidement permis aux pays du Nord de mettre au point des variétés d'élites qui se distinguent de leurs ancêtres par leur productivité accrue²⁶. Toutefois, l'uniformité génétique de ces variétés les rend peu résistantes aux divers aléas et l'agriculture des pays du Nord requiert un constant réapprovisionnement de ressources génétiques pour permettre un brassage, et le maintien de ses cultures²⁷. La question de la libre circulation des semences, qui permettent d'alimenter les greniers des pays développés, est ainsi intimement liée à celle de la sécurité alimentaire de ces nations. Elle représente une mission d'ordre étatique²⁸, et les agriculteurs demeurent alors les principaux développeurs de nouvelles variétés de par les croisements qu'ils opèrent²⁹. Un premier tournant aura lieu au début du XXe siècle : les travaux du moine et botaniste Johann Gregor Mendel mettent en avant l'hérédité de certains caractères propres à un plant donné. Ainsi, les croisements effectués jusqu'alors par des paysans et de façon empirique sont repris de manière plus technique et systématique par les scientifiques d'agences gouvernementales ou d'universités³⁰. À cette époque, le secteur industriel ne s'intéresse encore que peu à l'appropriation des semences céréalières pour une raison très simple : les graines cultivées sont alors reproductibles et il suffit d'un achat unique par un agriculteur pour réaliser de nombreuses récoltes et revendre ses propres graines, ce qui rend le commerce peu rentable³¹. Une fois de plus, les avancées scientifiques changèrent la donne avec la découverte de la méthode d'hybridation des semences, qui permet d'obtenir des variétés extrêmement productives, mais stériles³². Cette différence de taille a immédiatement séduit les entreprises agroalimentaires privées : elles pouvaient alors faire miroiter des rendements sans précédent aux paysans, tout en les contraignant à racheter chaque année leurs semences auprès du fournisseur. De nombreuses sociétés telles que Pioneer Hi-bred aux États-Unis ou Limagrain en France furent fondées dans le but d'exploiter le filon des semences hybrides, si bien que dès les années 1970, le secteur privé se distinguait sur la scène commerciale comme un nouvel acteur cardinal du domaine agroalimentaire³³. Une ombre au tableau demeurait toutefois : de nombreuses

26 KLOPPENBURG, 26.

27 KLOPPENBURG, 21.

28 À titre d'exemple, en 1819, le Secrétaire au trésor des États-Unis ordonna à tous les officiers de la marine étrangère de collecter lors de leurs voyages les semences qui pourraient servir à l'agriculture du pays. Les militaires contribuèrent ainsi à pourvoir leur pays en ressources génétiques, ramenant de leurs missions notamment au Japon, le riz, le soja et des boutures de citronniers (cf. KLOPPENBURG, 18).

29 KLOPPENBURG, 20.

30 *Ibid.*, 25.

31 *Ibid.*

32 On croise pour ce faire deux plantes de même espèce, mais de variétés différentes. Les descendants de ces plants congéniques, c'est à dire génétiquement identiques à l'exception d'un locus ne peuvent se reproduire entre eux. Pour plus d'informations sur les diverses méthodes de sélection génétique : <https://sciencesnaturelles.ch/topics/green_genetic_engineering/culture> (23.11.2020).

33 KLOPPENBURG, 26.

céréales, représentant pourtant une part importante du marché, telles que le coton, le blé ou le soja, se révélèrent incompatibles avec l'hybridation pour des raisons techniques³⁴. Les entreprises agroalimentaires qui souhaitaient valoriser ces biens pour optimiser leurs bénéfices trouvèrent alors une voie alternative : celle des droits de propriété intellectuelle sur le vivant³⁵. Jusqu'alors considéré comme patrimoine commun de l'humanité, et donc gratuitement appropriable, on commence à envisager qu'à certaines conditions, le matériel phylogénétique puisse être privatisé. Une entreprise mettant au point une nouvelle variété de plantes peut ainsi empêcher ses concurrents de la commercialiser pour un temps donné. Dès les années 1960, c'est l'expansion des droits d'obtentions végétales (DOV) en Europe, suivis bientôt par les États-Unis qui adoptèrent la Loi sur la protection des variétés végétales³⁶ en 1970. Ces systèmes permettent aux agriculteurs ayant acquis des semences protégées de les replanter d'année en année (exception de l'agriculteur), mais pas de les transmettre à d'autres agriculteurs. Quant aux chercheurs, ils sont autorisés à utiliser la plante manipulée pour en créer de nouvelles (exception de recherche). La seule restriction est donc une interdiction du droit de copie. Cela semblait alors un compromis confortable pour ne pas priver les paysans de la liberté d'utilisation de leurs semences, tout en ouvrant un marché lucratif aux entreprises³⁷.

c) *Tensions croissantes entre le Nord et le Sud : la communauté internationale s'attelle à l'ouvrage*

En parallèle au développement des biotechnologies et des droits de propriété intellectuelle sur le vivant, deux phénomènes engendrent des préoccupations croissantes sur la scène internationale : les revendications toujours plus véhémentes des États du Sud et la concentration progressive du secteur semencier et pharmaceutique en géants de l'industrie. 15.12

34 *Ibid.*

35 Le dépôt de brevets sur des plantes, en particulier les espèces comestibles, était jusqu'alors bien plus critiqué que dans le domaine médical pour plusieurs raisons. Premièrement, il existe un intérêt public conséquent à permettre une utilisation aussi libre que possible des semences, ces dernières permettant l'alimentation de la population. Deuxièmement, si pour la confection d'un médicament, on isole une molécule donnée, ce qui permet de facilement distinguer la plante utilisée du produit breveté, il n'en est pas de même pour les cultures. Dans ce domaine, la ligne est ténue entre la notion de ressource biologique (c'est-à-dire la plante utilisée à des fins de culture), et celle de ressource génétique (utilisée elle pour la recherche et le développement). Comment distinguer par exemple le gène amélioré de la tomate elle-même ? Enfin, les cultures ont besoin de brassages génétiques constants pour demeurer viables, ce qui en fait les maillons d'une chaîne de progression constante plutôt qu'un produit fini : la tomate améliorée pourra elle-même servir à améliorer une autre variété à son tour. Ainsi, dans le domaine agroalimentaire, l'érosion de la biodiversité est due à la sous-exploitation des ressources, plutôt qu'à la surexploitation de ces dernières (cf. CHIAROLLA/LOUAFI/SCHLOEN, 119).

36 *Plant Variety Protection Act* du 24.12.1970 (États-Unis), 7 U.S.C., §§ 2321-2582.

37 Pour plus de précisions sur le développement et l'étendue des droits de propriété intellectuelle sur le vivant. Cf. N 15.27 ss.

- 15.13 Ainsi, les revenus colossaux perçus par les États du Nord, très actifs dans le domaine des biotechnologies ne tardent pas à créer des tensions avec les États du Sud, dont les ressources sont exploitées sans contrepartie aucune. Les États du Sud, préoccupés par leur rattrapage économique, estiment avoir le droit de bénéficier des retombées économiques découlant de leur biodiversité, qui constitue parfois leur principale richesse. C'est aussi durant ces années qu'éclateront de nombreux scandales concernant des cas de biopiraterie, envenimant d'autant plus une situation déjà conflictuelle.
- 15.14 Quant à la concentration du marché de la biodiversité, elle s'explique principalement par les risques que représentent les investissements dans le domaine des biotechnologies. D'une part, les recherches engendrent des coûts considérables que les petites entreprises ne peuvent assumer. D'autre part, même si les produits finis rapportent énormément, il existe une grande incertitude quant à savoir si les recherches déboucheront, ou non, sur un résultat commercialisable. Enfin, les entreprises dominant le marché des biotechnologies, y voyant la promesse de revenus considérables, ont rapidement cherché à asseoir leur mainmise en adoptant une politique offensive de rachat des petites entreprises concurrentes. Ainsi, les nombreuses *start-ups* qui avaient fleuri dans le domaine se sont vues absorbées par de grands groupes multinationaux tels que Monsanto, Sandoz ou Pfizer³⁸.
- 15.15 Dès les années 1980, cette constellation de facteurs généra un malaise grandissant auprès de politiciens, de scientifiques et de juristes³⁹. Il parut de ce fait urgent de créer un cadre juridique pour régler la situation sur le plan international. Les discussions dans les divers secteurs de la propriété intellectuelle, du commerce international, du droit de l'environnement et des droits de l'homme donnèrent lieu au régime décrit ci-après. Se distinguent alors deux mouvements antagonistes quant à savoir comment réguler la situation. D'un côté, certains experts estiment que les droits de propriété intellectuelle sur le vivant sont un danger, car ils encouragent une privatisation croissante de ce dernier en la main d'un secteur commercial oligarchique, facilitent une politique non concurrentielle des prix et génèrent une perte considérable de biodiversité. Cette vision conservationniste sera reflétée par l'esprit du texte adopté en 1983 par la *Food and Agriculture Organisation (FAO)*⁴⁰. À l'extrême inverse de l'échiquier idéologique, certains experts jugent qu'on ne peut lutter contre l'avènement des brevets sur le vivant ni contre la marchandisation de celui-ci. Au contraire, selon eux, il faut tirer parti de la valeur commerciale de la biodiversité pour encourager la conservation de cette dernière. Cette conception dite écolibérale correspond à la ligne directrice suivie par la Convention sur la diversité biologique⁴¹ (CDB) en 1992⁴².

38 KLOPPENBURG, 28.

39 LE PRESTRE, 64.

40 Cf. N 15.23 ss.

41 Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (CDB, RS 0.451.43).

42 Cf. N 15.17 ss.

2. Survol du régime juridique international en vigueur

Après avoir exposé la façon dont les changements conjoints dans les domaines politiques, commerciaux, juridiques et des sciences ont amené à une conception marchande du vivant, suscitant des revendications de la part des pays dont les ressources biologiques sont originaires, nous allons à présent nous pencher sur le cadre légal conçu pour résoudre les diverses problématiques soulevées. Bien que le phénomène de biopiraterie soit un régime complexe, impliquant l'intervention de domaines aussi divers que le droit du commerce international, les droits de l'homme, le droit environnemental ou encore le droit de la propriété intellectuelle, nous ne traiterons que de deux de ces régimes. Nous avons à cette fin fait le choix de centrer nos considérations sur les domaines de la propriété intellectuelle et de la conservation de la biodiversité. Ils sont selon nous les plus centraux à la compréhension du cadre légal actuel, le droit de la conservation de la diversité biologique définissant la manière dont les avantages issus de l'utilisation de ressources biologiques doivent être répartis, celui de la propriété intellectuelle en quelle mesure le vivant peut être breveté. De plus, c'est la violation de ces droits qui donnent usuellement lieu à des accusations de biopiraterie⁴³. 15.16

a) *En matière de conservation de la biodiversité*

aa) *Convention sur la diversité biologique : une convention-cadre à vocation universelle*

Négociée en 1992 à Rio de Janeiro lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement durable, la CDB constitue au niveau international un instrument majeur, si ce n'est le principal, en matière de préservation de la diversité biologique et de lutte contre la biopiraterie. Entrée en vigueur le 29 décembre 1993, elle compte à ce jour 196 États parties, avec un absent notable : les États-Unis. La CDB se distingue des accords précédents du fait qu'elle ne protège pas une espèce ou un écosystème donné, mais la variabilité du vivant en tant que telle⁴⁴. 15.17

D'un point de vue politique, elle consacre le mouvement d'écolibéralisation en cours les années précédant son entrée en vigueur, en adoptant une vision marchande du vivant. Au niveau juridique, elle constitue une convention-cadre, régissant un domaine particulièrement large⁴⁵, sans pour autant être juridiquement contraignante. Elle n'impose ainsi aucune sanction aux États membres en cas de non-respect de leurs obligations, et 15.18

43 Cf. N 15.36 ss.

44 AUBERTIN/POINTON/BOISVERT, 23.

45 En toute logique, l'adoption d'un texte d'une telle portée aurait dû amener à intégrer en les supprimant de nombreux textes préalables qui assuraient de manière parcellaire la protection de la diversité biologique. Ce ne fut pas le cas au moment de son adoption, ce qui générera par la suite des frictions avec d'autres textes légaux, et un besoin croissant d'harmonisation de ces derniers (cf. HERMITTE et al., 352).

se fonde sur ses instruments complémentaires pour préciser son contenu, et le rendre contraignant⁴⁶.

- 15.19 L'art. 1 de la CDB définit les trois objectifs poursuivis par la convention, à savoir la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage équitable des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques. C'est le troisième objectif qui nous intéresse tout particulièrement, car il concerne le cœur du dilemme auquel fait face la communauté internationale face à la problématique de la biopiraterie. Il faut en effet à la fois garantir un accès facilité aux ressources génétiques pour les pays du Nord, et permettre aux pays du Sud de conserver un contrôle sur leur biodiversité et d'en tirer des avantages⁴⁷. Pour ce faire, la CDB instaure un système dit d'accès et de partage des avantages (APA) fondé sur trois piliers. Tout d'abord, la convention reconnaît la souveraineté des États sur leurs ressources biologiques (art. 3 CDB), ce qui constitue un changement complet de paradigme. Jusqu'alors, ces ressources ressortaient du patrimoine commun de l'humanité et étaient librement et gratuitement accessibles. À présent, il incombe à chaque État la responsabilité de légiférer en matière d'accès à ces ressources, et aux conditions de partage des avantages qui en découlent (art. 15 CDB). Ensuite, les droits de propriété intellectuelle sur le vivant sont encouragés, car présentés comme des outils permettant la valorisation de la biodiversité, et conséquemment sa conservation (art. 16 CDB). Enfin, l'art. 8 lit. j CDB reconnaît l'importance des savoirs traditionnels et leur rôle dans la conservation de la biodiversité, et le développement d'innovations biotechnologiques⁴⁸. Si la densité normative de l'article en question est faible, la consécration du droit des peuples autochtones et des communautés locales de protéger leurs savoirs et de bénéficier de leurs retombées économiques (art. 15 CDB) dans un texte international est particulièrement novatrice.
- 15.20 Toutefois, si le système instauré par la CDB semble constituer un compromis adéquat et novateur, la convention souffre de sa faible densité normative. Elle demeure en effet un instrument juridique non contraignant et contient de nombreuses notions juridiques indéterminées. À titre d'exemple, il revient à chaque État membre le soin de déterminer en quoi consiste un partage « juste et équitable » des avantages, ou encore de permettre « des conditions convenues d'un commun accord » (art. 15 CDB). L'art 16 CDB, lui, traite de l'accès aux biotechnologies dans des conditions « justes et plus favorables ». Il prive toutefois instantanément ces lignes de leur intérêt en les subordonnant à la protection adéquate des droits de propriété intellectuelle⁴⁹. Ainsi, en pratique, les art. 15 et 16 CDB ne font guère plus qu'affirmer que les ressources génétiques peuvent être vendues et achetées, moyennant le respect des conditions de propriété intellec-

46 HERMITTE et al., 352.

47 LE PRESTRE, 65.

48 AUBERTIN/PINTON/BOISVERT, 16.

49 KLOPPENBURG, 37.

tuelle⁵⁰. Quant à l'art. 8 lit. j CDB, bien qu'il encourage la reconnaissance des savoirs traditionnels, il ne consacre aucun droit aux peuples autochtones, ou aux paysans. La CDB repose de ce fait principalement sur ses instruments complémentaires⁵¹ et ses institutions⁵² pour garantir son effectivité.

ab) Protocole de Nagoya : concrétisation du partage des avantages

Les carences susmentionnées ont mené à une mise en œuvre déficiente de la CDB. 15.21
Forte de ce constat, la Conférence des parties (COP) adopte en 2010 le Protocole de Nagoya du 29 octobre 2010 sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique⁵³, qui entrera en vigueur le 12 octobre 2014. Juridiquement contraignant, ce Protocole a pour but de garantir la mise en œuvre du partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques⁵⁴. Il impose ainsi deux obligations particulières supplémentaires à ses États membres : celle de s'assurer de la conformité aux lois nationales de la Partie fournissant les ressources génétiques, et celle de préciser les modalités contractuelles du partage dans des dispositions convenues d'un commun accord.

Ces obligations se sont traduites en pratique par la mise en place d'un système bilatéral 15.22
de contrats de bioprospection : les États du Sud, souverains de leurs ressources génétiques, établissent les conditions d'accès à ces dernières et délivrent des autorisations aux États du Nord qui souhaitent en bénéficier, en convenant d'un pourcentage du profit issu de la commercialisation du produit à reverser à l'État d'origine et/ou aux peuples autochtones dont les savoirs sont exploités. Ces autorisations sont nécessaires pour montrer patte blanche au moment du dépôt du brevet dans les pays du Nord, car elles permettent de démontrer que l'accès aux ressources et aux savoirs relatifs était légal, et qu'un partage des avantages est convenu.

50 *Ibid.*

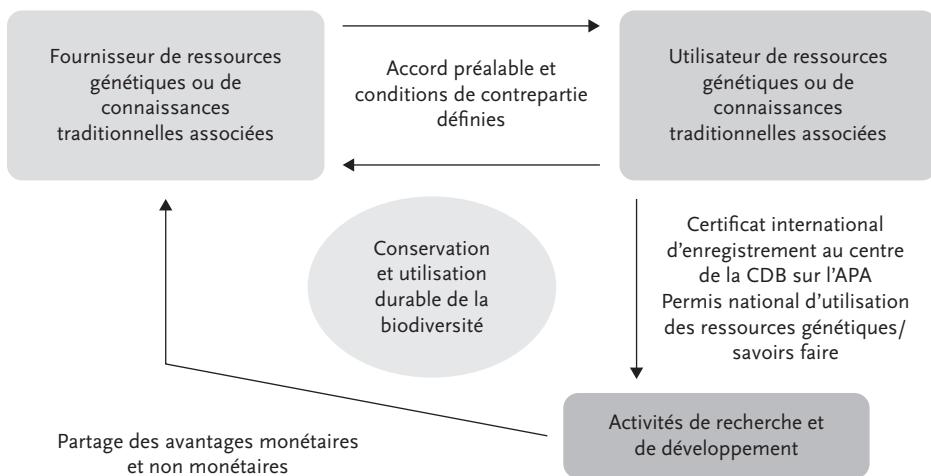
51 Dans le domaine de l'APA, on pense bien sûr au Protocole de Nagoya, mais aussi aux lignes directrices de Bonn, ou encore celles de Mo'otz Kuxtal qui définissent la notion de « consentement préalable donné en connaissance de cause », ou encore de « participation » des peuples autochtones et des communautés locales entre autres. Disponibles sous : <<https://dev-chm.cbd.int/doc/publications/8j-cbd-mootz-kuxtal-fr.pdf>> (23.11.2020).

52 Tandis que le secrétariat adopte le rôle crucial de récolte et de publication des informations, la conférence des parties (*Conference of Parties* ; COP), elle, a endossé un rôle quasi-parlementaire en adoptant des protocoles à la CDB, ainsi que des lignes directrices non obligatoires qui constituent la chair autour du squelette de la convention-cadre. De surcroît, la CDB touchant certains domaines éminemment techniques, elle s'est dotée d'un organe subsidiaire chargé des rapports à caractère scientifique. Enfin, elle a également constitué des groupes de travail thématiques chargés d'adresser certaines problématiques de manière plus complète et transcendante.

53 RS 0.451.432.

54 GŁOWKA/NORMAND, 21.

Figure 1 : Schéma sur l'APA selon le système prévu par le Protocole de Nagoya⁵⁵



ac) *Traité de la FAO : équivalent de Nagoya pour les plantes cultivées*

- 15.23 La *Food and Agriculture organisation* (FAO), de par sa mission de lutte contre la faim, a été la première institution à entamer des négociations pour régir au niveau international le transfert de ressources phylogénétiques. Ces discussions ont donné lieu à l'Engagement international sur les ressources phylogénétiques de 1983⁵⁶, qui défendait alors l'approche conservacionniste qui veut que les ressources phylogénétiques sont le patrimoine commun de l'humanité, et qu'elles doivent être accessibles sans restriction. Cet accord postulait qu'une forme de troc mutuellement profitable est possible entre les pays du Nord qui possèdent des technologies avancées, et les pays du Sud qui possèdent les ressources d'intérêt. Toutefois, il ne résista pas à la vague libérale qui résulta en l'adoption de la CDB en 1992, les pays du Sud ayant pris conscience de la valeur de leurs ressources. Le traité est modifié en 1989 dans l'espoir d'accroître son acceptabilité en promouvant les droits des agriculteurs, mais la conception de patrimoine commun de l'humanité semblait irrémédiablement désuète au vu de la marchandisation croissante du vivant⁵⁷.
- 15.24 En 2001, fondée sur les inquiétudes naissantes quant à l'efficacité de la mise en œuvre de la CDB, la Conférence de la FAO à Rome adopte un nouvel accord : le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁵⁸, (TIRPAA) entré

55 *Ibid.*, 38.

56 Engagement international sur les ressources phylogénétiques (*International Undertaking*), adopté le 29 novembre 1983 lors de la 22^e Conférence des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.

57 TROMMETTER/VAUTRIN/MARIE-VIVIEN, 62.

58 Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (*International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* : ITPGRFA) du 3 novembre 2001.

en vigueur le 29 juin 2004. Ce dernier se concentre sur les ressources liées à l'alimentation (à l'exclusion donc du domaine pharmaceutique), et vise à harmoniser le régime de l'Engagement international sur les ressources phylogénétiques de 1983 avec le régime de la CDB adoptée entre temps⁵⁹. Contrairement à la CDB, les États-Unis sont parties à ce traité, dont on déplore toutefois l'absence d'adhésion de la Chine et de la Russie⁶⁰.

Contrairement à la CDB et au Protocole de Nagoya, le TIRPAA met en place un système multilatéral, et non bilatéral d'accès aux ressources (art. 10 à 12 TIRPAA). En adhérant au traité, l'État partie accepte de mettre à disposition des autres membres les ressources génétiques qu'il détient dans ses collections de semences locales et nationales. En contrepartie, il accédera gratuitement aux collections des autres parties. L'idée est ainsi de constituer un *pool* de ressources phylogénétiques auquel tout État partie aurait accès sous réserve de la signature d'un accord type de transfert de matériel (ATTM)⁶¹. Plus besoin donc de négocier de manière isolée et répétée avec chacun des pays d'origine et pour chaque ressource différente, la simple signature de ce contrat permet de bénéficier des semences conservées dans les collections locales, nationales et internationales qui sont dans le domaine public.

Ce traité s'applique à une liste de 64 espèces de plantes (35 cultures vivrières et 29 cultures fourragères), décrite à l'Appendice I du TIRPAA. Il crée ainsi une exception de taille à l'application de la CDB, établissant que ces cultures font partie du domaine public et sont soumises au système multilatéral, qui englobe toutes les ressources gérées et administrées par les parties contractantes relevant du domaine public⁶². Il inclut également les ressources considérables maintenues dans les collections *ex situ* des Centres internationaux de recherche agronomique du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI). Le schéma ci-après offre une vision plus claire des délimitations juridiques existantes :

	Conservation et utilisation durable	Accès et partage des avantages
64 espèces cultivées figurant sur la liste du Système multilatéral	Traité sur les semences de la FAO	Traité sur les semences de la FAO
Toutes les autres espèces cultivées	Traité sur les semences de la FAO	Protocole de Nagoya
Plantes ornementales	Convention sur la diversité biologique	Protocole de Nagoya

Figure 2 : Champ d'application des textes dans le domaine agroalimentaire⁶³

59 DE CHASTONAY, 11.

60 *Ibid.*

61 L'accord est consultable sur le site de la FAO : <<http://www.fao.org/3/a-bc083f.pdf>> (23.11.2020).

62 DE CHASTONAY, 11.

63 Tableau issu du site de ProSpecieRara, disponible sous : <<https://www.prospecierara.ch/fr/>> (23.11.2020).

b) *En matière de propriété intellectuelle*

ba) *Généralités*

- 15.27 Le droit de la propriété intellectuelle englobe divers droits qui permettent de protéger une création de l'esprit en conférant à leur titulaire un monopole temporaire d'exploitation, pour une durée moyenne allant de 10 à 20 ans, à la suite de quoi l'invention tombe dans le domaine public et devient librement exploitable par tous. Pour ce travail, nous nous concentrerons sur les brevets et sur les droits d'obtentions végétales. Il n'existe pas de protection au niveau mondial de la propriété intellectuelle : ainsi, à l'exception des procédures de dépôts centralisées instituées par des Conventions internationales, pour protéger son invention, il est nécessaire de se conformer aux procédures de dépôt et d'enregistrement propres à chaque État.
- 15.28 Des diverses législations, on peut tout de même tirer les principes qui suivent. Tout d'abord, toute création n'est pas brevetable : il faut pour commencer qu'elle constitue une invention, à savoir une réponse technique à un problème technique, par opposition à la simple découverte qui consiste en l'observation d'un phénomène existant. Ainsi, la découverte d'un gène ou d'un micro-organisme existant dans la nature n'est brevetable que si elle est corrélée à un effet technique, par exemple son utilisation pour lutter contre une maladie donnée. Sans utilité pratique, il ne s'agit que d'une simple découverte non brevetable⁶⁴. Ensuite, il faut également que l'invention en question réponde à la condition de nouveauté, à savoir qu'elle n'ait pas fait l'objet d'un dépôt de brevet préalable, ni qu'elle soit connue du grand public⁶⁵. Cette condition s'avère épineuse dans le contexte de la biopiraterie au regard des savoirs traditionnels souvent exploités par les bioprospecteurs. En effet, bien que ces savoirs soient rarement brevetés par les peuples autochtones, on peut se demander dans quelle mesure une invention biotechnologique est réellement nouvelle et inconnue du public lorsqu'elle reprend en grande partie des savoirs séculaires développés de manière communautaire⁶⁶. De surcroît, l'invention doit dans beaucoup d'États résulter d'une activité inventive, c'est-à-dire proposer une solution à caractère innovant qui ne paraisse pas évidente pour un connaisseur du domaine en question. Enfin, elle doit pouvoir faire l'objet d'une application industrielle⁶⁷. Si les opportunités de commercialisation ne sont plus à démontrer dans le domaine de la biotechnologie, la question du caractère inventif se pose une fois de plus eut égard aux peuples autochtones, ou aux agriculteurs qui ont peut-être exploité cette solution sans pour autant la breveter.

64 COSTES, 7.

65 *Ibid.*, 10.

66 Cf. N 15.60.

67 COSTES, 9.

bb) Au niveau international : les ADPIC

Au niveau international, ce sont les Accords sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC)⁶⁸ qui précisent la protection accordée aux inventions. Adopté par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à la suite du cycle d'Uruguay en 1994, ce texte a pour but de fixer un seuil minimal de protection de la propriété intellectuelle dans un contexte de commerce international où les idées et les connaissances prennent de plus en plus de valeur et où les normes nationales diffèrent considérablement⁶⁹. Ces accords s'appliquent de ce fait à tous les États membres de l'OMC, soit 164 États sur les 197 reconnus par l'Organisation des Nations Unies (ONU)⁷⁰. Le siège de la matière concernant les brevets se situe à l'art. 27, plus particulièrement au § 3 lit. b) s'agissant des exceptions de brevetabilité pour les végétaux et les animaux. Le système de l'OMC prévoit donc que toute invention est brevetable pour autant qu'elle respecte les conditions générales énumérées ci-dessus, exception faite des inventions contraires à l'ordre public ou générant des atteintes graves et inutiles à l'environnement. S'agissant de l'objet du brevet, les micro-organismes sont librement brevetables, mais les États membres peuvent restreindre quelque peu la brevetabilité des végétaux et des animaux en excluant ceux obtenus par procédés essentiellement biologiques, pour autant qu'ils les protègent à l'aide d'un système alternatif *sui generis* (les DOV dans le domaine des obtentions végétales).

bc) Droit en vigueur dans l'Union européenne

En Europe, comme exposé préalablement⁷¹, les années 1960 marquent l'expansion dans les législations nationales de droits d'obtentions végétales. Aujourd'hui, la brevetabilité du vivant dans l'Union européenne est régie par la Directive 98/44 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁷² (Directive sur la biotechnologie) et l'art. 53 lit. b) de la Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens⁷³ (CBE). Ces dernières reprennent le droit de limitation accordé par l'art. 27 § 3 lit. b) ADPIC et excluent de la brevetabilité les variétés végétales et les races animales, ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux⁷⁴. *A contrario*, sont autorisés

68 Annexe de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994 (RS 0.632.20).

69 Site officiel de l'Organisation mondiale du commerce, disponible sous : <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm> (13.7.2020).

70 Liste officielle des 194 États membres de l'ONU, auxquels s'ajoutent deux pays observateurs (le Saint-Siège et la Palestine) ainsi que les Îles Cook et Niue, disponible sous : <<https://www.un.org/fr/member-states/>> (11.9.2020).

71 Cf. N 15.10 ss.

72 JO L 213 du 30.7.1998, 13-21.

73 RS 0.232.142.2.

74 Lors des affaires dites tomate et brocoli, la Grande Chambre des recours de l'OEB a précisé que lorsque des variétés sont obtenues par sélection, même si le procédé requiert une succession de

les brevets portant sur un procédé technique ou microbiologique, de même que les inventions qui ne sont pas limitées à une race animale ou une variété végétale. S'agissant de ces procédés essentiellement biologiques, le texte légal ne précise pas si seule la méthode n'est pas brevetable, ou si les produits issus de tels procédés sont également exclus de brevet. Ainsi, si grâce à un jeu de croisements, des chercheurs mettaient au point une nouvelle variété de tomate, la question se poserait alors de savoir si, à défaut de pouvoir monopoliser le procédé de croisements, la tomate, elle, serait brevetable. Cette incertitude juridique a donné lieu à une épopée jurisprudentielle au cours de laquelle la Grande Chambre des recours de l'Office européen des brevets (OEB) a, dans un premier temps, considéré à la surprise générale que si les méthodes susmentionnées ne sont pas brevetables, les produits obtenus par ce procédé le sont. Elle considère en effet que « l'exclusion des procédés essentiellement biologiques n'impacte pas négativement une revendication de produit portant sur des végétaux ou du matériel végétal »⁷⁵. À la suite de cette décision, la Commission européenne a émis un avis critique⁷⁶, estimant que l'esprit du texte de la Directive 98/44/CE était bel et bien d'exclure également les brevets sur les produits issus de procédés essentiellement biologiques. Afin de clarifier la situation, le Règlement d'exécution du 7 décembre 2006 de la Convention sur le brevet européen⁷⁷ est modifié en date du 1^{er} juillet 2017, ajoutant à l'art. 28 de ce dernier « Conformément à l'article 53b), les brevets européens ne sont pas délivrés pour des végétaux ou animaux obtenus exclusivement au moyen d'un procédé essentiellement biologique ». Cette interprétation fut entérinée par l'affaire dite des poivrons verts⁷⁸, dont la demande de brevet fut rejetée⁷⁹ au motif qu'elle portait sur un légume issu de procédés essentiellement biologiques en violation de l'art. 28 § 2 du Règlement d'exécution de la CBE. La décision de refus vient tout juste d'être confirmée par la Grande Chambre des recours de l'OEB, limitant enfin de manière claire les brevets sur les produits issus de procédés essentiellement biologiques⁸⁰.

croisements ou l'utilisation de gènes marqueurs, ce dernier s'avère essentiellement biologique et donc non brevetable (Grande Chambre des recours de l'OEB, Décision G1/08 du 9.12.2010).

75 Grande Chambre des recours de l'OEB, Décisions G2/12 et G2/13 du 23.4.2015 rendues en vertu de l'art. 53 lit. b CEB.

76 Avis de la Commission concernant certains articles de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, rendu le 8 novembre 2016, disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.411.01.0003.01.FRA&toc=OJ:C:2016:411:TOC> (13.7.2020).

77 RS 0.232.142.21.

78 Affaire des poivrons verts : Cette affaire concerne la demande de brevet EP2753168 déposée par Syngenta portant sur des poivrons verts aux prétendues valeurs nutritionnelles accrues (Chambre de recours techniques de l'OEB, Décision T1063/18 du 5.12.2018).

79 Décision de rejet de la demande n°12 756 468.0 du 22 mars 2018, disponible sous : <<https://register.epo.org/application?documentId=E1NSN2713451DSU&number=EP12756468&lng=en&npl=false>> (13.7.2020).

80 Grande Chambre des recours de l'OEB, Décision G3/19 du 14.5.2020, disponible sous : <<https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/g190003ex1.pdf>> (13.7.2020).

bc) Droit en vigueur aux États-Unis

Du côté des États-Unis, le vivant est brevetable de manière plus étendue. Le *Plant Patent Act* de 1930⁸¹ avait ouvert la voie au brevetage de plantes, ornementales pour la plupart. En 1970, se calquant sur les DOV européens, est adopté le *Plant Variety Protection Act*⁸² qui permet de déposer non seulement des Certificats d'obtentions végétales (COV), mais également des brevets sur les variétés tant transgéniques que classiques. En effet, aux États-Unis, la notion d'utilité est bien plus importante que celle d'inventivité lorsqu'il s'agit de déposer un brevet. Découverte et invention sont ainsi assimilables, contrairement au droit européen⁸³. 15.31

L'année 1980 marque un tournant décisif avec l'arrêt *Diamond c. Chakrabarty*⁸⁴ lors duquel la Cour Suprême des États-Unis accélère la brevetabilité du vivant en accordant un brevet portant sur une bactérie. En 1985, la Cour d'appel de l'US-PTO va jusqu'à déclarer que « tout ce qui pousse et vit sous le soleil grâce à l'ingéniosité humaine peut être breveté »⁸⁵. Dix ans plus tard, l'US-PTO adoptera pour la première fois ses *Utility Examination Guidelines* qui cherchent à clarifier les limites du brevetable. Dans ses recommandations de janvier 2001, l'Office franchira une étape considérable, allant dans le sens de la libéralisation des brevets accordés sur le vivant, en reconnaissant l'utilité, et donc la brevetabilité d'une séquence ADN dès lors que cette dernière est utilisée comme marqueur de gènes, ou pour produire une protéine⁸⁶. Ces manipulations surviennent très en amont dans le développement d'une innovation, si bien que jusqu'ici les séquences partielles d'ADN étaient considérées comme outil de recherche, et non comme produit brevetable⁸⁷. Ce changement de doctrine de l'US-PTO se traduira en pratique par l'apparition de brevets sur des séquences partielles d'ADN et de brevets sur des gènes impliqués dans la survenance de maladies^{88,89}. Après une levée de boucliers, notamment de la part du domaine des soins, la Cour suprême des États-Unis reviendra 15.32

81 *Plant Patent Act* du 17.6.1930 (États-Unis), 35 U.S.C., ch. 15.

82 *Plant Variety Protection Act* du 24.12.1970 Act (États-Unis), 7 U.S.C., ch. 2321-2582.

83 AUBERTIN/PINTON/BOISVERT, 25.

84 Cour Suprême des États-Unis, arrêt du 6.6.1980, *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980) : l'affaire débute lorsque le biologiste Ananda Mohan Chakrabarty modifie une bactérie, lui permettant de métaboliser le pétrole ce qui lui permettrait à grande échelle de lutter contre les marées noires. La demande de brevet déposée en 1972 fut rejetée par le commissaire des brevets Sidney Diamond, qui refusait qu'un organisme vivant fasse l'objet d'un brevet. L'affaire monte jusqu'à la Cour Suprême qui se trouve confrontée à la question juridique de savoir si le *Patent Act* de 1952 autorise, ou non, le dépôt d'un brevet sur un organisme vivant. Le 16 juin 1980, elle répond par l'affirmative à 5 voix contre 4.

85 Cour Suprême des États-Unis, arrêt du 6.6.1980, *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

86 AUBERTIN/PINTON/BOISVERT, 26.

87 *Ibid.*

88 ORSI, 81.

89 Le cas le plus célèbre est sans conteste celui du brevet déposé par l'entreprise Myriad Genetics sur les gènes BRCA1 et BRCA2, dont certaines mutations semblaient encourager l'apparition de cancers du sein ou des ovaires. Myriad Genetics menaça ainsi de poursuivre deux provinces canadiennes

sur cette conception en précisant que « les lois de la nature, les phénomènes naturels et les idées abstraites sont des outils fondamentaux du travail scientifique et technologique et n'entrent pas dans le domaine de la protection des brevets »⁹⁰. Cette décision a ainsi quelque peu fait reculer le curseur du brevetable en faisant tomber dans le domaine public tout génome isolé de son environnement du moment qu'il existe en l'état dans la nature, et ceci même si une utilité nouvelle lui est découverte^{91,92}.

3. Comment définir la biopiraterie ?

- 15.33 La notion même de biopiraterie connaît des définitions variables, ce qui floute les limites de ce qui est critiquable. Dans une perspective anthropocentrée classique, la biopiraterie désigne le pillage sans contrepartie des ressources biologiques des pays du Sud, et la violation du droit des agriculteurs et des peuples autochtones à la protection de leurs savoirs traditionnels. Ainsi, un partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation suffirait à pallier la problématique. Dans cette vision, adoptée par les défenseurs du système de la CDB, le fait d'accorder une valeur monétaire à la biodiversité favoriserait sa conservation. Aussi, en permettant l'obtention de droit de propriété intellectuelle sur le vivant, on incite à l'utilisation durable de la biodiversité, source de profit. Il convient de relever que selon cette définition, les sociétés multinationales peuvent également être victimes de biopiraterie dans les cas où un produit qu'elles ont breveté est commercialisé par d'autres, ou exploité sans redevance⁹³.
- 15.34 Toutefois, l'appellation générique de biopiraterie tend à s'appliquer à un nombre toujours croissant de situations. D'un point de vue plus global et écologiste, la biopiraterie comprend aussi les pratiques qui respectent un juste partage des avantages, mais qui se révèlent délétères pour l'environnement. C'est à cette conception large que se rallie aujourd'hui l'*Action Group on Erosion, Technology and Concentration*, précurseur de la notion même de biopiraterie, qu'il définit aujourd'hui comme « l'appropriation des connaissances et des ressources génétiques des communautés agricoles et indigènes par des individus ou des institutions qui cherchent à obtenir un contrôle monopolistique exclusif (brevets ou propriété intellectuelle) sur ces ressources et ces connaissances »⁹⁴.

qui, à la suite de cette découverte, effectuaient des tests de dépistage du cancer sur des patients qui ciblaient ces gènes, sans pour autant leur verser de redevance (cf. ORSI, 84).

90 Cour Suprême des États-Unis, arrêt du 13.6.2013, *Association for Molecular Pathology et al. c. Myriad Genetics, Inc., et al.*, 569 U.S. 576 (2013), 12-398.

91 Dans cet arrêt, la Cour suprême confirme sa jurisprudence *Diamond c. Chakrabarty* en rappelant que dans cette affaire, le brevet avait été délivré du fait que la bactérie en question était issue d'un croisement opéré par l'homme, et n'existait pas à l'état naturel.

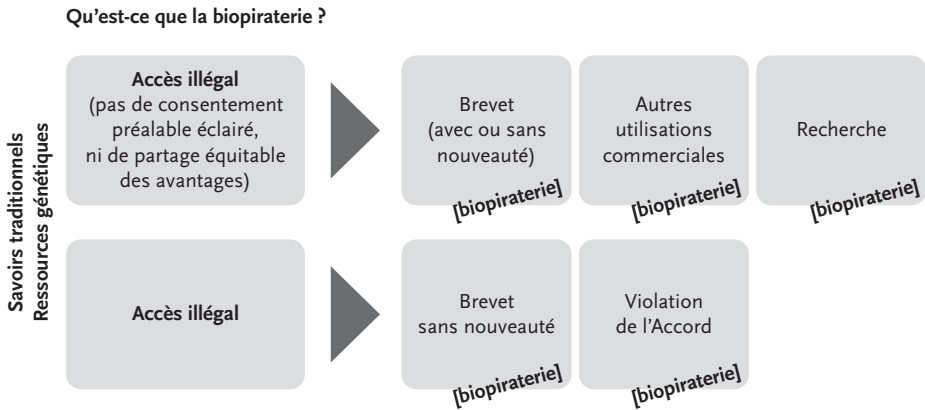
92 Tribune : La Cour suprême libère les gènes, *Le Monde*, 3.7.2013.

93 DJEMBA KANDJO/KOUTOUKI, 205.

94 À titre d'exemple, en 2006, lors de sa cérémonie bisannuelle des *Captain Hook Awards* visant à récompenser ironiquement les actes de biopiraterie les plus éhontés, le groupe a décerné à la société Syngenta le prix de la pire menace vis-à-vis de la souveraineté alimentaire pour son brevet sur la technologie dite *Terminator* qui permet par manipulation génétique de bloquer la germination, et

On dénonce ainsi un procédé plus pernicieux d'appropriation, dont la propriété intellectuelle est le *modus operandi*. Un moyen de lutte efficace serait donc de proscrire l'utilisation de brevets ou de DOV sur les innovations biotechnologiques, et de permettre l'accès le plus large possible aux ressources. Ce paradigme se traduit par des textes comme le TIRPAA. Il est intéressant de constater qu'en élargissant la définition de biopiraterie, on élargit également le cercle de ses victimes potentielles : outre les pays riches en biodiversité et les populations autochtones, les agriculteurs des pays du Nord, ainsi que les consommateurs et certains acteurs de la société civile s'estiment lésés par les pratiques éthiquement condamnables des géants de l'industrie des gènes et des semences⁹⁵.

Figure 3 : Les différents actes potentiellement constitutifs de biopiraterie⁹⁶



III. Mise en œuvre par les lois d'application nationales

Après avoir dessiné les contours de la notion de biopiraterie, et démêlé quelque peu 15.35 l'enchevêtrement de textes internationaux impliqués dans cette problématique, la présente partie s'intéresse à la manière dont certains États membres ont décidé de mobiliser le droit pénal dans leur législation interne afin de lutter contre les actes de biopiraterie. En effet, comme nous l'avons vu, le droit international n'impose aucune obligation de recourir au droit pénal pour sanctionner les pratiques décrites. Toutefois, certains pays ont adopté des législations innovantes qui traduisent, du moins en apparence, une volonté de se montrer plus sévère. Ainsi, dans une perspective de droit comparé, nous chercherons à déterminer ce qui est pénalisé, et de quelle manière. Dans un premier volet, l'accent sera mis sur les actes punissables : en suivant la chronologie classique d'un cas de biopiraterie, nous déterminerons quels comportements sont incriminés, et quels comportements échappent encore à la portée du droit pénal. Ensuite, dans un

donc la reproduction de certaines semences. (cf. AUBERTIN/MORETTI, 96) ; Cf. également l'affaire du coton Bt N 15.49 ss.

95 KLOPPENBURG, 38.

96 Schéma issu du site PublicEye, disponible sous : <<https://www.publiceye.ch/fr/>> (23.7.2020).

second volet, nous adopterons une perspective plus globale en exposant quelques problématiques choisies et qui semblent mettre en lumière l'efficacité encore limitée du droit pénal dans ce domaine.

1. Actes incriminés : que pénalisent les États membres ?

15.36 Le cas d'école de biopiraterie peut se découper en trois étapes majeures, centrées autour de la procédure de brevet⁹⁷ : d'abord une activité de recherche permettant la conception d'un produit d'intérêt survient dans un État du Sud, puis la demande de brevet pour protéger ledit produit est déposée dans un État du Nord, et enfin le produit est mis sur le marché et permet de percevoir des bénéfices. Bien que quelque peu caricaturale, cette structure permet de circonscrire clairement ce qui est pénalisé, et de mettre en exergue les limites au-delà desquelles le droit pénal n'est plus mobilisable.

a) Avant la demande de brevet, la bioprospection : accès aux ressources et recherche

15.37 Comme exposé ci-dessus, dans un premier temps, une activité de recherche est déployée. Si traditionnellement elle se traduisait par une enquête sur le terrain et un accès physique aux ressources génétiques, on peut y assimiler aujourd'hui son pendant moderne qu'est le recours à des ressources stockées dans des banques de gènes ou de semences *ex situ*. Cette activité est encadrée par un régime plus ou moins strict selon l'État d'autorisations administratives permettant l'accès aux ressources et leur utilisation à des fins de recherches ou de commercialisation. Dans la majorité des cas, c'est le non-respect de ces autorisations qui engendre une sanction dans les pays ayant décidé de faire recours au droit pénal.

15.38 Dans sa Loi portant sur la diversité biologique⁹⁸ adoptée en 2002 pour mettre en œuvre la CDB, l'Inde a institué une autorité nationale en matière d'accès à la diversité biologique (*National Biodiversity Authority* ; NBA). Décentralisée, cette dernière comporte un office dans chaque État et dans chaque Province auprès duquel quiconque entend exploiter des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels se doit de demander autorisation⁹⁹. L'art. 55 de la Loi sur la diversité biologique pénalise la violation de la section 3 (obtention d'une ressource génétique ou utilisation d'un savoir traditionnel sans autorisation de la NBA) et de la section 4 (transfert à l'étranger du résultat des recherches menées en Inde sans autorisation de la NBA). Cet article va assez loin, car il pénalise tant la commission de l'infraction que la tentative ou l'instigation. De surcroît, la sanction est conséquente, car elle prévoit une amende allant jusqu'à INR 1 000 000 de

97 À des fins de simplification, nous utilisons le terme de brevet, mais la présente partie s'applique aussi aux droits d'obtention végétale et concerne donc les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble.

98 *The Biological Diversity Act* de 2002 (Inde), n° 18 of 2004.

99 Une exception est faite pour les peuples autochtones indiens, tels que les Vaidis et les Hakim, qui eux peuvent exploiter librement la biodiversité (art. 7 de la Loi sur la diversité biologique).

roupies indiennes (CHF 12 100) ou une peine privative de liberté allant jusqu'à 5 ans. L'art. 56, lui, pénalise la violation de tout ordre ou instruction donné(e) par la NBA d'une amende à hauteur de INR 100 000 roupies indiennes (CHF 1 210) qui peut être doublée en cas de récidive. Cet article étend donc considérablement le champ pénal de la Loi sur la diversité biologique, ne la limitant pas à une liste exhaustive d'actes incriminés. Enfin, l'art. 57 traite des infractions commises par les sociétés, en permettant la poursuite de toute personne responsable du projet au moment de l'infraction, soit un champ large de responsabilité. On constate ainsi une réelle volonté législative de protéger l'accès et l'utilisation du patrimoine génétique et culturel indien.

L'Afrique du Sud fait également partie des pays ayant choisi de protéger leur biodiversité par une législation innovante. Sa Loi sur la biodiversité¹⁰⁰ a permis la création de l'Institut national sud-africain pour la biodiversité (*South African National Biodiversity Institute* ; ANBI). À son art. 101, la loi sanctionne toute une liste de comportements, allant de la chasse d'une espèce protégée à l'importation d'une espèce invasive. Le siège de la matière s'agissant de la biopiraterie est l'incrimination du non-respect de l'art. 81 § 1 de ladite loi (engager une activité de bioprospection sur sol sud-africain ou exporter des ressources sud-africaines à des fins de recherches sans autorisation de l'ANBI). L'art. 82 § 1 lit. b enjoint l'ANBI à prendre en considération les intérêts des peuples autochtones potentiellement en jeu avant de délivrer ladite autorisation. Pour ce faire, l'autorité émettrice du permis encourage le dialogue entre les parties impliquées et s'assure que les négociations soient menées sur un pied d'égalité donnant lieu à un partage juste et équitable des avantages. L'art. 101 condamne également toute personne qui, en dépit de l'obtention d'un permis, ne l'utilise pas conformément aux instructions de l'ANBI, ou encore toute personne qui réaliserait un faux dans les titres en confectionnant un faux permis. La sanction, consacrée à l'art. 102, s'élève à une peine privative de liberté allant jusqu'à 5 ans, à laquelle peut s'ajouter ou se substituer une amende. 15.39

On constate ainsi que ce système d'autorisation légalisant l'accès aux ressources génétiques et l'utilisation de savoirs traditionnels permet d'assurer un double consentement : celui de l'État souverain sur ses ressources, et celui des peuples autochtones pour l'exploitation de leurs savoirs. Les sanctions importantes mises en place par ces deux États semblent à même d'encourager le respect de la procédure mise en place. 15.40

b) Lors de la procédure de demande de brevet : obligation de déclarer la source

Ensuite, si la recherche est fructueuse et qu'une invention digne d'intérêt est mise au point, l'inventeur va entamer des démarches afin de breveter sa création. Ces démarches devront respecter la procédure nationale propre au pays dans lequel un brevet entend être déposé. Les inventeurs chercheront à obtenir protection de leur produit dans les pays où ils prévoient de le commercialiser, et dans la grande majorité des cas, ce n'est 15.41

100 *National Environmental Management : Biodiversity Act* de 2004 (Afrique du Sud), n° 10 of 2004.

pas le pays d'origine des ressources et des savoirs traditionnels qui offre les marchés les plus lucratifs¹⁰¹. Ainsi, en l'absence de vérification, il existe un risque conséquent que les offices de brevets délivrent des brevets erronés (soit des brevets sans activité inventive, car basés sur un savoir traditionnel préexistant), ou des brevets illicites car obtenus sans avoir respecté en amont les obligations de la CDB et de Nagoya concernant le consentement préalable et le partage des avantages¹⁰². C'est pour cette raison que de nombreux États ont mis en place une obligation de déclaration de la source : lors de la demande de brevet, l'inventeur doit révéler l'origine des ressources génétiques exploitées, et si un savoir traditionnel a servi à la conception du produit¹⁰³. Ce système peut s'avérer plus ou moins rigoureux selon que la déclaration est obligatoire ou volontaire, et selon si une violation de cette obligation a des conséquences, ou non sur la délivrance du brevet et est assortie, ou non de sanctions.

- 15.42 Ce sont majoritairement les États du Sud tels que le Costa Rica, l'Inde, le Pérou, le Brésil et la Communauté andine¹⁰⁴ qui ont introduit une déclaration de la source dite « forte »¹⁰⁵. À titre d'exemple, la Décision 391 adoptée en 1996 par la Communauté andine¹⁰⁶ institue un régime commun d'accès aux ressources génétiques. Complété par la Décision 486 de 2000, ce régime exige des inventeurs qui souhaitent obtenir un brevet auprès de l'un des États membres¹⁰⁷ qu'ils précisent le pays fournisseur des ressources génétiques, ainsi que les savoirs traditionnels potentiellement associés à l'invention. De surcroît, à son art. 46, la Décision exige des États membres qu'ils mettent en place des sanctions pour punir toute personne qui ne se conformerait pas au régime instauré, sanctions qui s'appliquent en sus de l'annulation du brevet et du paiement de dommages-intérêts.
- 15.43 La Suisse, en tant que pays du Nord, se distingue par sa législation avant-gardiste en matière de déclaration de la source. Lors de la révision de sa Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention¹⁰⁸ (LBI) du 1^{er} juillet 2008, l'art 49a sur l'indication de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels a été introduit¹⁰⁹. Ce der-

101 AUBERTIN/MORETTI, 107.

102 ABDEL-LATIF, 62.

103 HORBER, 122.

104 La Communauté andine est un ensemble régional comprenant la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou.

105 HORBER, 273.

106 *Comisión del acuerdo de cartagena (Venezuela), Decisión 391 du 2.7.1996, Régimen común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.*

107 En effet, ces dispositions ne sont valables que pour les autorités des pays de la Communauté andine. L'obligation de déclarer la source ne s'applique donc pas dans le cas où l'inventeur dépose un brevet dans un autre pays, même s'il avait trouvé la ressource dans l'un des États membres.

108 RS 232.14.

109 Ce dernier reprend les propositions que la Suisse avait présentées à l'OMPI concernant la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet (Cf. Propositions de la Suisse).

nier impose à l'inventeur de communiquer tant l'origine de la ressource génétique que le savoir traditionnel utilisé dans la demande de brevet, ou, si la source n'est pas connue, d'en faire une attestation écrite. L'art. 138 al. 1 lit. b LBI, lui, pose les conditions procédurales y-relatives. Quiconque viole cette obligation s'expose à des sanctions civiles prévues aux art. 72 ss LBI (action en nullité, action en dommages-intérêts et action en délivrance du gain), mais aussi à des sanctions d'ordre pénal¹¹⁰. Le siège de la matière se situe à l'art. 81a LBI, qui sanctionne la fourniture intentionnelle d'informations erronées d'une amende allant jusqu'à CHF 100 000. Le juge peut également publier le jugement pénal, conformément à l'art. 81a al. 2 LBI et à l'art. 68 du Code pénal (CP)¹¹¹, ce qui renforce l'effet répressif grâce à une politique de *naming and shaming* incitant les sociétés à respecter la loi par crainte d'une mauvaise publicité¹¹². À travers ces dispositions, la Suisse reproduit peu ou prou les propositions de révision du Traité de coopération en matière de brevets qu'elle avait présentées à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en 2004¹¹³, servant de la sorte d'exemple d'application.

La Suisse fait malheureusement figure d'exception parmi les pays du Nord en la matière^{114,115} : d'autres États, bien qu'ayant instauré un régime de déclaration de la source dans leur législation, ne corrélaient la violation de ces dispositions à aucune sanction. Ainsi, même si l'inventeur ne communique ni l'origine de la ressource génétique exploitée, ni le savoir traditionnel relatif, ceci ne constitue pas un motif d'annulation du brevet obtenu. La déclaration de la source s'assimile donc plus à une pratique de bonne conduite qu'à une réelle obligation légale¹¹⁶. On peut citer à ce titre la législation adoptée par l'Union européenne qui indique dans sa Directive sur la biotechnologie que le lieu d'origine d'une ressource génétique se doit d'être mentionné si ce dernier est connu. L'inexécution de la déclaration de la source n'a donc aucune influence sur la validité d'un brevet, et aucune sanction pénale n'est prévue en cas d'indication intentionnellement erronée de la source¹¹⁷. Ce laxisme est d'autant plus frappant que dans sa Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal¹¹⁸, la Commission européenne recon-

110 HORBER, 265.

111 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

112 *Ibid.*, 269.

113 OMPI, Union internationale de coopération en matière de brevets, groupe de travail sur la réforme du traité de coopération en matière de brevets, Observations supplémentaires de la Suisse portant sur les propositions concernant la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets sixième session, Genève, mai 2004. Disponible sous : <https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=23771> (17.8.2020).

114 OMPI, 46 ss.

115 On peut toutefois également citer les pays scandinaves tels que le Danemark et la Norvège, ou encore la Belgique qui ont des dispositions relativement rigoureuses quant à la déclaration de la source en droit des brevets (*cf.* HORBER, 273).

116 PatG/EPÜ-HEINRICH, art. 49a N 9.

117 HORBER, 272.

118 JO L 328 du 6.12.2008, 28-37.

naissait que de nombreux cas graves de manquement au droit de l'environnement européen étaient dus à l'absence de sanctions pénales conséquentes, les seules à même d'exercer un effet suffisamment dissuasif.

- 15.45 Enfin, certains États n'exigent même pas de déclaration de la source au moment du dépôt de la demande de brevet, soutenant que cette dernière aurait un effet négatif pour le développement de nouvelles technologies et pour les investissements¹¹⁹. C'est le cas des États-Unis, une exception déplorable au vu de l'importance mondiale qu'ils représentent en matière de délivrance de brevets, ainsi que du Japon, de la France ou encore de l'Autriche¹²⁰.
- 15.46 Partant, la déclaration de la source semble un moyen efficace de s'assurer que le consentement préalable en connaissance de cause a été recueilli, et qu'un accord sur le partage des avantages a été conclu en y conditionnant la délivrance d'un brevet. Toutefois, cette obligation n'étant pas consacrée au niveau international, il existe d'importantes différences d'exigences parmi les États, et plus schématiquement entre les États du Sud plus exigeants, et les États du Nord moins regardants. Ceci crée une faille de protection, car les pays du Sud sont incapables d'agir sur les conditions d'obtention des brevets déposés dans un pays du Nord, même si les ressources ont été récoltées sur leur territoire.

c) Après l'obtention d'un brevet : commercialisation du produit et partage des avantages

- 15.47 Une fois un brevet délivré, l'inventeur peut mettre son produit sur le marché. Il bénéficie ainsi de l'exclusivité quant à la production de son invention, et perçoit les bénéfices relatifs à sa commercialisation. Conformément au Protocole de Nagoya, et à la CDB, ces bénéfices doivent être partagés avec le pays fournisseur des ressources et les peuples autochtones dont les savoirs traditionnels sont exploités. Les règles de partage sont définies dans des contrats bilatéraux entre le fournisseur et le bénéficiaire sous forme de modalités mutuellement convenues (*Mutually Agreed Terms* ; MAT) qui déterminent les parties à la convention, les conditions d'accès aux ressources génétiques et les modalités de partage des avantages. Le non-respect de ces clauses peut être qualifié de biopiraterie. On peut citer à titre d'exemple le tristement célèbre cas survenu entre l'Université de Washington et les représentants des communautés Auguara et Huambisa au Pérou¹²¹. L'Université devait mener des recherches, et confia par la suite le soin de commercialiser le produit à la société Monsanto. Les MAT conclus accordaient aux communautés locales 25% des bénéfices issus de la vente du produit basé sur leurs savoirs traditionnels. Toutefois, une fois la mise sur le marché réalisée, il s'est avéré que l'Université de Washington ne touchait que 1% des profits réalisés par Monsanto, et que les Auguara et Huambisa n'avaient ainsi droit qu'à 25% de ce 1%, soit 0,25% ou cent fois

119 Conseil des ADPIC.

120 HORBER, 271.

121 ABDELGAWAD, 71.

moins que ce qui leur avait été promis¹²². Ces violations flagrantes des clauses des MAT, bien que choquantes et iniques, ne sont toutefois pas appréhendées par le droit pénal et relèvent du régime privé du droit des contrats. En effet, bien que cet état de fait se rapproche de ce que l'on pourrait qualifier d'escroquerie, les normes de propriété intellectuelle et de la CDB ont été respectées en ce sens qu'un MAT a été conclu, et le droit pénal s'avère dès lors inopérant.

Certaines entreprises profitent également de l'obtention de droits de propriété intellectuelle pour imposer une forme de monopole sur le marché d'intérêt. Dans une vision large de la biopiraterie, ces actes sont décriés, car ils encouragent la privatisation du vivant et la concentration des ressources génétiques en la main de géants de l'industrie. Les droits de propriété intellectuelle, loin d'être un moyen de protéger la biodiversité, deviennent alors un instrument délétère pour cette dernière¹²³. On songe ici tout particulièrement au domaine de l'agroalimentaire, dont les acteurs sur le marché sont toujours moins nombreux en raison d'acquisitions et de rachats de petites sociétés par des grandes partout dans le monde¹²⁴. En 2017 déjà, les trois multinationales Monsanto, DuPontDow et Syngenta détenaient à elles seules 55% du marché mondial des semences¹²⁵. Depuis le rachat de Monsanto par la société allemande Bayer, ce chiffre se monte à près de 60%¹²⁶. La constante concentration du marché, comparable aujourd'hui à un oligopole, n'est pas sans inquiéter : la question du commerce des semences est en effet directement liée à celle de la sécurité alimentaire dans un monde qui voit sa population croître de façon exponentielle¹²⁷. Cette prise d'assaut a des conséquences déplorable pour les agriculteurs : le prix des semences explose¹²⁸, et elles ne peuvent pas être replantées sans verser de royalties aux grandes compagnies qui les protègent par des droits de propriété intellectuelle, créant des monopoles de fait qui restreignent considérablement la liberté économique des paysans¹²⁹. Jacques Attali, économiste français, avertira à cet égard : « C'est un cartel plus dangereux que les GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) qui sont en train de maîtriser les instruments de prédiction. Les GAFA s'approprient nos données, mais les groupes qui vendent les semences s'approprient la vie. »¹³⁰. À la lecture de ce qui précède, on peut en effet comparer la mainmise

122 DJEMBA KANDJO/KOUTOUKI, 201.

123 COLTES, 7.

124 TROMMETTER/VAUTRIN/MARIE-VIVIEN, 58.

125 ETWAREEA RAM, Trois multinationales règnent sur 55% du marché mondial des semences, *Le Temps*, 17.11.2017.

126 *Ibid.*

127 O'BRIEN, 2.

128 Le prix des semences de coton, par exemple, a triplé voire quadruplé depuis l'introduction aux États-Unis du coton génétiquement modifié, et une augmentation considérable des prix a aussi été constatée dans les pays en développement (*cf.* PUBLIC EYE).

129 À ce sujet, voir en particulier l'affaire des *Enola Beans* (*Cf.* N 15.63 ss).

130 ETWAREEA RAM, Trois multinationales règnent sur 55% du marché mondial des semences, *Le Temps*, 17.11.2017.

des multinationales sur le domaine agroalimentaire avec une situation de cartel entravant une concurrence saine sur le marché. En Suisse, il n'existe malheureusement aucune donnée sur les variétés vendues et leur provenance¹³¹. Ce manque de transparence est regrettable, car il empêche la Commission de la concurrence (COMCO) de surveiller efficacement les agissements des multinationales dans le domaine agroalimentaire. On pourrait en effet imaginer un cas d'application de l'art. 7 de la Loi fédérale du 22 juin 2006 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence¹³² (LCart), qui condamne l'abus de position dominante, traduisible par le fait d'entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence et d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inévitables. Si tel s'avérait être le cas, alors des sanctions seraient envisageables au sens de l'art. 49a LCart.

- 15.49 Outre leur position dominante sur le marché, on peut également reprocher à ces entreprises leurs pratiques commerciales qui limitent l'offre agroalimentaire à une quantité toujours plus restreinte de semences, favorisant les variétés les plus productives qui s'avèrent souvent dépendantes de l'agrochimie, ce qui provoque une réelle érosion de la biodiversité¹³³. Enfin, la commercialisation toujours croissante de variétés OGM est sujette à caution. Sans pour autant condamner indistinctement tout recours au génie génétique pour l'amélioration des variétés végétales existantes, certaines expériences mettent en exergue le risque de telles cultures et le manque de recul dont nous souffrons en la matière. En 2002, l'Inde a ainsi introduit massivement la culture de coton transgénique (coton Bt¹³⁴), qui se voulait résistant au ver rose, un parasite ravageant les cultures ordinaires. Si les premières années, les récoltes furent si propices qu'on qualifia cette transition de révolution blanche, le tableau ne tarda pas à s'obscurcir. En effet, dix ans après son introduction, le coton Bt perdit sa résistance au parasite et développa une vulnérabilité à de nombreuses espèces de bactéries¹³⁵. Ainsi, en 2011, la récolte sur deux tiers du territoire cultivé fut inférieure de moitié à celle de l'année précédente¹³⁶. À ce jour, Monsanto nie encore sa responsabilité, accusant les mauvaises conditions météorologiques d'être à l'origine de la baisse de productivité. Les semences OGM appaurent aussi consommer plus d'eau, et épuiser plus rapidement les sols, les rendant dépendantes à de coûteux engrais pour demeurer productives. Cette conjoncture, combinant de mauvaises récoltes à des coûts toujours plus élevés de production, amena en 2006 dans la région de Vidarbha des milliers d'agriculteurs endettés à se suicider en ingurgitant les pesticides responsables de leur ruine¹³⁷. En 2012, un moratoire pour une

131 PUBLIC EYE.

132 RS 251.

133 TROMMETER/VAUTRIN/MARIE-VIVIEN, 58.

134 Le terme Bt fait référence à la *Bacillus thuringiensis*, une bactérie du sol dont l'un des gènes produit un puissant insecticide. Ce gène a ainsi été extrait et implanté dans les variétés cultivables, les rendant résistantes au parasite.

135 CABANES, 155.

136 BOUISSOU JULIEN, Les promesses non tenues du coton OGM en Inde, Le Monde, 26.4.2012.

137 BOUISSOU JULIEN, Les promesses non tenues du coton OGM en Inde, Le Monde, 26.4.2012.

durée indéterminée a été décrété par le gouvernement indien, interdisant ainsi la vente de coton Bt par la filiale indienne de Monsanto, Mahyco¹³⁸. Toutefois, aucune disposition pénale ne semble à même d'encadrer ce drame, qui transforma les agriculteurs en cobayes malgré eux. Pour pallier cette lacune, des tribunaux d'opinion publique ont été instaurés, tels que le tribunal contre Monsanto qui s'est tenu entre 2016 et 2017 à La Haye, et qui a reconnu Monsanto coupable d'adopter des agissements contrevenant aux droits humains fondamentaux¹³⁹. Le rôle de ces tribunaux est d'encourager un changement de pratiques, non pas à travers la menace d'une coercition internationale, mais sous la pression de l'opinion publique interne. Ces initiatives s'inspirent des tribunaux Russel, instaurés en 1966 par Jean-Paul Sartre et Bertrand Russel pour dénoncer les crimes de guerre commis par les États-Unis au Vietnam¹⁴⁰.

d) Discussion

À l'issue de cette première partie, on constate d'emblée que le droit pénal n'embrasse qu'une partie restreinte des actes de biopiraterie. En effet, on peut conclure de l'analyse qui précède que plus on avance dans la chronologie d'un acte de biopiraterie, moins le droit pénal est mobilisable. On pénalise ainsi la biopiraterie dans son sens étroit (accès illégal aux ressources génétiques et non-respect des normes de propriété intellectuelle). En revanche, lorsque l'on adopte le point de vue de ceux qui définissent la biopiraterie comme la privatisation du vivant, dont le *modus operandi* est justement le dépôt de droits de propriété intellectuelle, et la concentration des ressources en mains de géants commerciaux, qui promeuvent des pratiques nuisibles à la biodiversité, le droit pénal se trouve particulièrement démuné pour appréhender le phénomène. On relève également une distinction considérable entre la législation des pays du Nord, globalement beaucoup moins rigoureuse que celle des pays du Sud. 15.50

2. Problématiques transversales

a) Question du champ d'application des lois nationales

Comme exprimé *supra* dans la partie dédiée aux textes internationaux en vigueur, la CDB et le Protocole de Nagoya, afin d'accroître leur acceptabilité, ont étudié certaines questions cruciales, laissant le soin aux États de légiférer en la matière. L'une d'elles concerne le champ d'application même de ces textes internationaux, donnant lieu à des solutions disparates au niveau national ou régional. 15.51

Tout d'abord, au niveau temporel, le Protocole de Nagoya ne précise pas si l'obligation de partage des bénéfices est engendrée uniquement par l'accès physique initial à une ressource génétique, ou à chaque utilisation de cette dernière. La réponse à cette ques- 15.52

138 *Ibid.*

139 CABANES, 336.

140 *Ibid.*, 332.

tion est capitale lorsque l'on sait qu'avant l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya¹⁴¹, les pays du Nord ont constitué d'immenses collections *ex situ*¹⁴² dans lesquelles ils piochent allègrement pour alimenter la recherche dans le domaine des biotechnologies. Ainsi, si la législation de la vaste majorité des pays fournisseurs prévoit que l'obligation de partage des bénéfices s'applique dès lors qu'il y a utilisation d'une ressource génétique ou d'un savoir traditionnel associé après l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, et ce même si l'accès physique à la ressource a eu lieu bien avant, la législation européenne, elle, à titre d'exemple, considère que l'obligation du partage des bénéfices n'intervient que lorsqu'il y a accès physique à une ressource génétique ou un savoir traditionnel associé dans le pays d'origine après l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, et seulement si le pays en question a également ratifié ledit Protocole.

- 15.53 Il existe également une incertitude s'agissant de la portée territoriale des normes consacrant l'obligation de partage des avantages. En effet, si les États imposent de bonnes pratiques auxquelles se conformer sous leur législation, la question des produits développés à l'étranger, puis importés sur leur territoire demeure ouverte. De ce fait, un produit développé en violation des normes de la CDB ou du Protocole de Nagoya demeure librement commercialisable en Europe pour autant que les activités de recherches soient survenues hors du territoire communautaire.
- 15.54 Enfin, certaines lois d'application consacrent une définition particulièrement restreinte de ce qui est considéré comme un savoir traditionnel méritant un partage des avantages obtenus. Le Règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation¹⁴³ restreint le savoir traditionnel qui tombe sous le coup de ses dispositions au « savoir traditionnel détenu par une communauté autochtone ou locale présentant un intérêt pour l'utilisation des ressources génétiques et décrit en tant que tel dans les conditions convenues d'un commun accord (MAT) qui s'appliquent à l'utilisation des ressources génétiques »¹⁴⁴. Pour être reconnu, un savoir traditionnel doit avoir été décrit dans un contrat de bioprospection. Cette

141 Les ressources conservées dans les collections *ex situ* constituées avant l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya sont dans tous les cas librement utilisables, l'art. 15 § 3 CDB les écartant explicitement du champ d'application de sa disposition sur l'obligation de partage des avantages.

142 Les collections *ex situ* en lien avec la flore sont constituées de 1750 banques de gènes et 2500 jardins botaniques à travers le monde. De surcroît, elles connaissent une concentration croissante : si 45% des ressources étaient conservées dans douze pays en 1996, ils ne sont plus que sept en 2010. Pour plus d'informations, consulter FAO, 295 ss.

143 JO L 150 du 20.5.2014, 59-71.

144 Cette définition est justifiée au paragraphe 20 du Préambule du Règlement (UE) n° 511/2014 : aucune définition commune des savoirs traditionnels n'étant reconnue au niveau international, le parlement préfère laisser le soin aux parties de les définir dans leurs contrats.

définition est préoccupante, car elle exclut *de facto* les cas relativement nombreux où aucun contrat n'a été conclu, et que des connaissances traditionnelles sont usurpées.

Ainsi, les multiples notions juridiques indéterminées qui parsèment les textes internationaux permettent aux différentes parties d'implémenter leurs obligations de manière plus ou moins contraignante, générant parfois un manque de protection. En effet, en limitant autant que faire se peut le champ d'application de leur législation, les États réduisent également le nombre de situations où une déclaration de la source et un partage équitable des avantages sont requis, et conséquemment le nombre de situations où des sanctions sont envisageables en cas de violation des obligations légales. 15.55

b) Un droit pénal encore timide

ba) Caractère accessoire des infractions de biopiraterie : une dépendance au droit administratif

Les diverses législations étudiées permettent de constater qu'il n'existe pas encore à proprement parler d'infraction autonome de biopiraterie¹⁴⁵. Cette dernière est en effet pénalisée par le truchement de normes administratives (régime d'autorisations relatives à la CDB, et normes de propriété intellectuelle pour la déclaration de la source), dont la violation constitue une infraction. Comme nous l'avons déjà souligné en amont, cette conception étroite des actes punissables exclut toute sanction en cas de non-respect des MAT, ou encore pour les pratiques ostensiblement délétères à la biodiversité que sont par exemple la création d'une dépendance aux pesticides et aux OGM, l'instauration de monopoles sur les semences et de monocultures, ou encore de nouvelles technologies telle que *Terminator*¹⁴⁶. 15.56

Il est intéressant de relever à cet égard que la Colombie a institué une infraction dans son Code pénal qui sanctionne l'usurpation de droits de propriété intellectuelle, ou de droits d'obtention végétale¹⁴⁷. Ce dernier est libellé comme suit : « Quiconque utilise frauduleusement [...] un brevet d'invention [...] ou usurpe un droit d'obtention végétale, légalement protégé ou assimilable à un droit légalement protégé, est puni d'un emprisonnement de quatre (4) à huit (8) ans et d'une amende de vingt-six virgule soixante-six (26.66) à mille cinq cents (1 500) fois le salaire minimum mensuel légal en vigueur. »¹⁴⁸. Ce qui interpelle d'emblée, c'est l'ouverture qu'octroie le texte légal en consacrant la protection de droits *assimilables* à des droits légalement protégés. On songe automatiquement au droit coutumier qu'auraient pu acquérir les peuples autochtones sur leurs 15.57

145 FAURE, 1.

146 Cf. n. 90.

147 Art. 306 de la Ley 599 de 2000, modifié par l'art. 4 de la Ley 1032 de 2006 (Colombie).

148 « *El que, fraudulentamente, utilice [...] patente de invención [...] o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.* ».

savoirs traditionnels, et sur les variétés qu'ils ont développées séculairement. Cette disposition se serait ainsi avérée particulièrement innovante en consacrant, de surcroît dans le Code pénal, une protection topique aux savoirs traditionnels. Malheureusement, lorsque la Cour Constitutionnelle colombienne a eu à juger de la constitutionnalité de cet article le 16 juillet 2014¹⁴⁹, elle a estimé que les droits d'obtention de variétés végétales protégés d'une manière assimilable à une protection légale constituaient un élément indéterminé, générant une insécurité juridique trop grande. Ainsi, depuis cette décision, cet élément est considéré comme rayé du texte, et ne demeure que la protection des droits d'obtention de variétés végétales protégées légalement. Dans leur article sur la biopiraterie, Goyes et South n'hésitent pas à parler d'une inversion de la Justice¹⁵⁰ : en effet, au vu de ce qu'il reste de l'article après interprétation, les seules victimes potentielles de biopiraterie seraient les multinationales dont les semences protégées sont utilisées par des agriculteurs qui les replantent d'une année à l'autre sans leur verser de royalties¹⁵¹. En avril 2013, le bureau du procureur général recensait pour un seul des 32 départements colombiens 102 accusations d'utilisation frauduleuse de semences, dont 60% ont résulté en une condamnation du défendeur, soit de l'agriculteur en question¹⁵². On constate ainsi l'efficacité de la norme autonome instaurée, et des autorités pénales de ce fait mobilisées. L'ironie est d'autant plus amère sachant que lorsqu'il s'est agi de mettre en œuvre le régime commun de déclaration de la source décidé par la Communauté andine¹⁵³ qui vise à protéger les communautés locales et leurs savoirs traditionnels, la Colombie s'est avérée beaucoup moins efficiente. En effet, lors d'un colloque organisé en 2006 par le *Queen Mary Intellectual Property Research Institute* qui visait à débattre de l'efficacité des systèmes de déclaration de la source mis en place par différents États, la Colombie a admis que seul un cas de déclaration de la source avait été déposé en conformité avec les normes instaurées, tant la mise en œuvre de ces dispositions était complexe¹⁵⁴. On se trouve ainsi face à un système à géométrie variable qui semble protéger très efficacement les sociétés dont les droits sont usurpés, mais qui peine à lutter contre la biopiraterie dont sont victimes les parties les plus vulnérables¹⁵⁵.

bb) Nécessité d'une infraction par négligence

- 15.58 Il est également pertinent de relever qu'aucune des dispositions pénales étudiées ne sanctionne les actes par négligence. En effet, si le droit pénal incrimine la fourniture intentionnelle de faux renseignements, il ne permet pas de punir la négligence. Le sys-

149 *Corte Constitucional* (Colombie), sentencia C-501/14 du 16.7.2014.

150 SOUTH/GOYES, 566

151 RIBEIRO, 49.

152 *Fiscalia General*, disponible sous : <<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-adelanta-6-100-procesos-por-derechos-de-autor-y-propiedad-intelectual/>> (9.8.2020).

153 *Comisión del acuerdo de Cartagena* (Venezuela), *Decisión* 345 du 2.7.1996, *Régimen común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*.

154 HOARE/TARASOFKY, 9.

155 SOUTH/GOYES, 566.

tème suisse de l'art. 49a al. 2 LBI est en ce sens intéressant : il contraint l'inventeur qui prétend ignorer l'origine de la ressource génétique ou du savoir traditionnel à l'origine de sa création à le déclarer expressément par écrit. Ainsi, si par la suite il est démontré que ces éléments étaient connus, l'omission d'indiquer devrait être assimilable à une fausse information fournie activement. On pourrait aussi imaginer sanctionner cette pratique comme un faux dans les titres, grâce au renvoi aux dispositions du Code pénal qu'opère l'art. 83 LBI¹⁵⁶. Ceci ne revient pas pour autant à sanctionner la négligence. L'intérêt d'une telle disposition est qu'elle instaurerait un devoir de diligence quant à la vérification de la légalité des sources que les entreprises devraient respecter si elles ne souhaitent pas être accusées de biopiraterie. À ce jour, il semble en effet trop aisé pour les entreprises d'éviter toute condamnation en arguant qu'elles ignoraient l'existence d'un savoir traditionnel préexistant¹⁵⁷. Il est alors particulièrement épineux pour l'oppositaire au brevet de prouver un élément psychique, à savoir la connaissance du fait que le brevet était dépourvu de nouveauté.

bc) Des sanctions pas toujours dissuasives

Enfin, certains auteurs¹⁵⁸ estiment que les sanctions en cas de violation des normes relatives à la biopiraterie ne sont pas suffisamment sévères. Si les peines privatives de liberté prévues par l'Inde ou l'Afrique du Sud paraissent à même d'exercer un effet dissuasif, certaines amendes mises en place sont relativement faibles, ce qui engendre le risque qu'une entreprise préfère enfreindre la loi, au risque d'être condamnée par la suite, plutôt que d'investir dans tous les cas les coûts relatifs à la négociation avec le pays d'origine des ressources génétiques, et le partage des avantages avec ce dernier et d'éventuels peuples autochtones impliqués. À cet égard, le montant de l'amende prévue à l'art. 81a LBI d'un montant de CHF 100 000 semble insuffisant si l'on considère le chiffre d'affaires de sociétés telles que Syngenta, ou Nestlé, qui prendront vraisemblablement le risque de ne pas déclarer l'origine de leur source au moment du dépôt de la demande de brevet, quitte à devoir déboursier CHF 100 000 pour pouvoir continuer à exploiter ce dernier¹⁵⁹. C'est ce risque qui a encouragé certains intervenants¹⁶⁰, lors des débats parlementaires, à proposer une amende cinq fois plus élevée d'un montant de CHF 500 000. À notre avis, la sanction idéale serait une amende proportionnelle au chiffre d'affaires de la société en question, telle qu'on peut en trouver dans le domaine du droit pénal

156 HORBER, 270.

157 HORBER, 270.

158 *Ibid.*, 268; CURJI, 143; ABDELGAWAD, 85.

159 HORBER, 268.

160 BO CN 2006 1946 : lors de ces débats, le conseiller national Carlo Sommaruga (GE) exprimait cette crainte en déclarant : « le motif essentiel [de l'amende] est un motif de dissuasion, car sinon, nous nous retrouverions trop souvent avec dans des situations où des personnes peu scrupuleuses prendraient le risque de sanctions pénales, vu les faibles risques de tomber sous le coup de la disposition ou la faible peine encourue, et eut égard aux gains extraordinaires en jeu ».

économique^{161,162}. Cette solution permettrait d'instaurer une réelle épée de Damoclès sur la tête des grandes sociétés, sans pour autant écarter du marché les petites PME actives dans le domaine de la biotechnologie et pour qui une amende à hauteur de CHF 100 000, voire de CHF 500 000 serait fatale¹⁶³. On y voit ainsi un double avantage : un encouragement à se conformer aux lois pour les géants commerciaux, et le maintien d'entreprises concurrentes sur un marché déjà très concentré.

c) *Une preuve difficile à apporter*

ca) *Preuve et savoir collectif*

- 15.60 Afin d'invalider un brevet pour cause de biopiraterie, il existe deux cas de figure. Le premier survient dans les situations où le brevet a été délivré illégalement, à savoir en l'absence des autorisations ou d'un MAT requis. Dans ce cas, il incombe à l'entreprise en question de démontrer qu'elle a respecté les procédures établies. Le second cas de figure, plus complexe, survient lorsque le brevet a été délivré dans le respect des normes instituées, mais qu'il ne répond pas à l'exigence de nouveauté, car ne fait que reprendre des connaissances préexistantes. Comment démontrer alors qu'un savoir traditionnel antériorise la prétendue nouveauté ? Ces savoirs, collectifs et immatériels se concilient en effet mal avec la notion de propriété telle que développée par les pays occidentaux : ils ont été développés sur des décennies, voire des siècles, par une approche empirique plutôt que par une théorisation de la connaissance, sont transmis par oral et ne sont pas imputables à un inventeur identifiable^{164,165}. Ces particularités les rendent ainsi difficilement brevetables. De surcroît, de nombreuses communautés locales s'opposent à la marchandisation du vivant et au dépôt de droits de la propriété intellectuelle sur leurs connaissances en raison de leur dimension culturelle et sacrée¹⁶⁶. Cette conception entre directement en conflit avec certaines lois nationales, telle que la loi américaine en matière de brevets, qui ne considèrent pour juger de l'état de la technique d'une invention que les documents écrits. Ainsi, un savoir transmis oralement durant des généra-

161 Voir par exemple l'art. 49a LCart, qui instaure une amende allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé par une entreprise sur sol suisse durant les trois années précédant l'infraction.

162 En se penchant sur le droit pénal économique tel que régit par la législation suisse, il semble pertinent de relever que beaucoup d'infractions sont assorties de peines privatives de liberté. On peut citer à titre d'exemple l'art. 45 de la Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du (LFINMA ; RS 956.1), qui sanctionne la fourniture intentionnelle d'informations erronées d'une peine allant jusqu'à 3 ans de peine privative de liberté. Sachant que la structure de la norme est similaire à celle de l'art. 81a LBI et sanctionne le même type de comportement, on ne peut que déduire de la différence de sévérité dans les peines une volonté politique moins importante de sanctionner ce qui a trait à la protection d'intérêts écologiques et éthiques plutôt qu'économiques.

163 HORBER, 268.

164 COSTES, 4.

165 BASTOS, 148.

166 ABDELGAWAD, 62.

tions est considéré inexistant en l'absence de preuve écrite de son antériorité¹⁶⁷. C'est pour pallier cette difficulté que l'Inde a mis en place un gigantesque projet de bibliothèque numérique visant à recenser les savoirs traditionnels indiens accumulés au cours des siècles, la *Traditional Knowledge Digital Library* (TKDL). Cette dernière prodigue de ce fait une source écrite permettant de retracer l'origine d'un savoir, les autorités pouvant s'y référer avant de délivrer un brevet pour s'assurer que l'invention ne reprend pas simplement une connaissance préexistante. Le succès de ce mécanisme est incontestable : quelques années seulement après sa création, l'Office européen des brevets s'est appuyé 36 fois sur la TKDL pour rejeter une demande de brevet basée sur un savoir traditionnel, tandis que l'US-PTO le citait pas moins de 40 fois¹⁶⁸. Lorsque le personnel de la TKDL a choisi de comparer ses données collectées à des demandes de brevets d'ores et déjà accordées, pas moins de 2000 cas de détournement et de vol de savoirs traditionnels ont été découverts, dont 200 ont déjà été dénoncés¹⁶⁹. L'avantage d'un tel système est qu'il permet de contrer préventivement les brevets dépourvus de nouveauté, sans pour autant contraindre les communautés locales à protéger leurs savoirs traditionnels par des droits de propriété intellectuelle pour ce faire.

cb) À qui incombe le fardeau de la preuve ?

Ainsi, au vu de la difficulté à prouver, on comprend l'importance de déterminer à qui incombe le fardeau de la preuve. L'intérêt des normes instaurant une déclaration de la source obligatoire est qu'elles inversent le fardeau traditionnel : c'est à l'entreprise dépositaire d'une demande de brevet de présenter patte blanche en démontrant qu'elle a respecté les normes de la CDB et du droit de propriété intellectuelle en vigueur. Cette procédure survenant en amont de la délivrance de tout droit de propriété intellectuelle a ainsi cet avantage de limiter le nombre de brevets accordés sur une base fallacieuse. En effet, une fois le brevet accordé, c'est à l'oppositaire de démontrer que ce dernier n'a pas respecté la procédure en cours, ou qu'il est dépourvu de nouveauté, ce qui, pour les raisons évoquées ci-dessus, s'avère particulièrement ardu¹⁷⁰. 15.61

d) Un accès disparate à la Justice

Enfin, une dernière problématique a trait à des considérations d'organisation judiciaire. 15.62 En effet, si des droits matériels sont accordés aux pays d'origine des ressources, ainsi qu'aux communautés locales, leur capacité à les mettre en œuvre pour en bénéficier de manière concrète est questionnée. Si l'on considère les parties usuellement impliquées dans un cas classique de biopiraterie, on ne peut s'empêcher de constater un déséqui-

167 COSTES, 7.

168 DJEMBA KANDJO/KOUTOUKI, 205.

169 TWILLEY NICOLA, Who owns the Patent on Nutmeg?, *The New Yorker*, 26.10.2015, disponible sous : <<https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/who-owns-the-patent-on-nutmeg>> (9.2.2021).

170 HORBER, 122.

libre flagrant dans le rapport de force entre les sociétés multinationales, disposant de moyens financiers colossaux et d'avocats spécialisés en droit de la propriété intellectuelle et des contrats d'une part, et des autorités administratives de pays en développement, ou des communautés locales d'autre part¹⁷¹. Ainsi, si le système des contrats bilatéraux de bioprospection, et la conclusion de MAT paraît à même de permettre un partage équitable des avantages en théorie, beaucoup soulignent les difficultés pratiques auxquelles il se heurte¹⁷².

- 15.63 On peut tout d'abord mentionner les cas où aucun contrat de bioprospection n'est conclu, alors qu'il aurait été requis en vertu de la CDB. Abdelgawad dénonce à cet égard une tendance des sociétés bénéficiaires à éviter tout contact avec les autorités compétentes dans le pays d'origine ou avec les peuples autochtones, en préférant conclure des accords avec des partenaires locaux particuliers tels que des centres de recherches, des universités voire des collectionneurs privés. En éludant les procédures mises en place, ils économisent du temps sur les négociations, ainsi que de l'argent¹⁷³. Dans ce cas de figure, les communautés locales n'ont pas toujours les moyens juridiques et financiers d'entamer une action en justice, de surcroît si la société en question n'a pas de filiale dans le pays fournisseur des ressources génétiques. La fameuse affaire des haricots Enola (*Enola Beans*) illustre de manière flagrante la disparité de rapports de force alors en jeu. En 1996, de retour d'un voyage au Mexique, Larry Proctor, propriétaire de l'entreprise de semences américaine Pod-Ners L.L.C., ramène avec lui un sac d'haricots qui l'ont interpellé de par leur couleur jaune. Ils appartiennent en fait à une variété de haricots nommés Mayacoba par les Mexicains, développée depuis les Aztèques et enregistrée au Mexique depuis 1978 comme variété à part entière¹⁷⁴. En avril 1999, à la suite de deux ans de culture sélective de ses semences, Larry Proctor obtient un brevet auprès de l'US-PTO sur cette variété d'haricots jaunes, qu'il appellera Enola d'après sa femme¹⁷⁵. Débute alors une longue bataille judiciaire : le prétendu inventeur se montre en effet particulièrement processif et attaque tant les petites compagnies semencières américaines (seize au total), que l'importation d'haricots Mayacoba, arguant que ces derniers concurrencent de manière déloyale son haricot Enola. Cet embargo se révèle un véritable désastre pour les agriculteurs du nord du Mexique : les ventes de leurs haricots aux États-Unis, qui représentaient jusqu'alors un revenu annuel estimé à 50 millions de dollars américains, chutent de près de 90%¹⁷⁶. Cette affaire aura une issue heureuse, car insurgées par l'injustice de la situation, des associations telles que le Centre International pour l'Agriculture Tropicale (CIAT), soutenu par la FAO et par l'ONG ETC Group, qualifièrent ce brevet d'acte de « biopiraterie » et entamèrent des démarches auprès de

171 ABDELWADAD, 62 SS.

172 *Ibid.* ; MANIRABONA 153SS ; DJEMBA KANDJO/KOUTOUKI 195SS.

173 ABDELGAWAD, 61.

174 HINKLE, 8.

175 *Ibid.*, 7.

176 HINKLE, 8.

United States Patent and Trademark Office pour qu'il soit révoqué. Au terme d'une longue bataille judiciaire, qui coûta aux demandeurs près de USD 200 000¹⁷⁷, le brevet fut enfin annulé définitivement en 2009 pour défaut de nouveauté. De cette affaire, on peut déplorer deux choses : la lenteur du système judiciaire, qui mit près de 10 ans à empêcher le prétendu inventeur de monopoliser le marché de manière indue (soit la moitié de la durée de protection dont il aurait bénéficié si son brevet avait été licite), ainsi que le coût de l'action judiciaire, dont aucun des agriculteurs n'aurait pu s'acquitter sans l'intervention des associations militant pour leurs droits¹⁷⁸. Ceci démontre bien l'inaccessibilité du système pourtant instauré pour les protéger.

Certains auteurs maintiennent ensuite que même lorsque des négociations ont lieu 15.64 pour l'établissement d'un contrat de bioprospection et de MAT, ces dernières sont la majeure partie du temps biaisées. Abdelgawad observe à cet égard que ce sont souvent les sociétés qui initient les pourparlers avec l'autorité nationale du pays d'origine des ressources, ou avec les communautés locales, en les approchant avec des contrats dont les clauses sont préétablies et difficilement négociables, se transformant *de facto* en clauses d'adhésion¹⁷⁹. Les parties ainsi approchées n'ont pas toujours les connaissances techniques et économiques pour évaluer l'équité de la proposition qui leur est faite. Quand on sait que le chiffre d'affaires de certaines multinationales peut dépasser le produit national brut de l'État d'origine des ressources, outre le déséquilibre financier, on peut également souligner le risque de corruption¹⁸⁰.

Cette disparité des rapports de force se fait enfin ressentir lors de l'exécution du contrat. 15.65 Ainsi, même si un contrat satisfaisant est conclu, dans l'hypothèse où la société multinationale viole les MAT, par exemple en brevetant son invention alors qu'elle s'était engagée à ne pas déposer de droits de propriété intellectuelle sur cette dernière, on voit encore une fois mal comment les communautés locales auraient les moyens juridiques ou financiers de l'attaquer en justice. La situation se complexifie d'autant plus lorsqu'une clause d'arbitrage est insérée dans les MAT en question. En effet, ce mode de résolution des conflits semble inadéquat pour plusieurs motifs. Premièrement, l'arbitrage international constitue une procédure particulièrement coûteuse. Deuxièmement, la détermination du droit applicable au fond en l'absence de précision risquerait d'amener le tribunal arbitral à appliquer le droit d'un pays tel que les États-Unis qui n'a pas ratifié la CDB et dont les lois de propriété intellectuelle sont permissives quant aux brevets sur le vivant. Enfin, la majorité des arbitres internationaux ont également une activité de conseil auprès de sociétés multinationales. Bien qu'un devoir d'impartialité leur soit imposé, un nombre conséquent de cas de conflits d'intérêts est à prévoir¹⁸¹.

177 CEVALLOS DIEGO, Mexique : Un nouveau cas de biopiraterie : Les haricots de la discorde, *AlterInfos-DIAL*, 1.2.2001.

178 HINKLE, 9.

179 ABDELGAWAD, 63.

180 *Ibid.*

181 ABDELGAWAD, 66.

- 15.66 Force est de constater que la justice environnementale ne peut se cantonner à des obligations de droit matériel, mais nécessite la mise en place d'une organisation judiciaire à même de les rendre praticables. C'est pour pallier ces insuffisances que l'Inde a instauré des Tribunaux verts, chargés d'appliquer un régime de sanctions pénales suffisamment dissuasives pour lutter efficacement contre les atteintes à l'environnement¹⁸². Institué en 2010 par le *National Green Tribunal Act*, il comprend un siège principal à New Delhi, et des antennes à Bhopal, Pune, Kolkata et Chennai. Son principal rôle est de permettre un accès facilité à la justice environnementale en permettant aux justiciables de saisir cette instance à l'aide de formulaires-type, d'échanger par e-mail avec les intervenants et d'y comparaître sans être représentés par un avocat, ce qui diminue grandement le coût d'une action en justice. Il permet également d'accroître la célérité de la procédure en rendant des décisions dans un délai moyen de 6 mois, ce qui permet le cas échéant de stopper rapidement d'éventuelles atteintes à l'environnement¹⁸³. Si ce système semble exemplaire, il faut toutefois relever que l'Inde fait partie des pays en développement les plus riches, dont la vaste majorité de la population maîtrise l'anglais, langue internationale des brevets¹⁸⁴. Il n'est donc pas certain que d'autres États, pourtant victimes de biopiraterie, soient à même d'instituer un régime similairement efficace.

e) *Discussion*

- 15.67 Au terme de ce second volet, nous pouvons mettre en exergue plusieurs insuffisances dont souffre le droit pénal actuel. Tout d'abord, quant au droit matériel, la biopiraterie n'est jamais sanctionnée en tant que telle : c'est le non-respect d'obligations administratives qui est pénalisé. Le droit pénal est dès lors tributaire d'une violation de droit administratif pour entrer en effectivité. Ainsi, même en présence d'un acte qualifiable de biopiraterie, pour autant que les autorisations aient été obtenues et qu'un MAT ait été conclu conformément à la CDB, la pratique sera considérée comme licite. L'absence d'une infraction par négligence constitue également une échappatoire aisée pour les responsables d'actes de biopiraterie, qui n'ont qu'à arguer l'ignorance. Il sera alors très épineux pour les victimes de démontrer que l'infraction a eu lieu en connaissance de cause. De surcroît, d'un point de vue procédural, l'accès à la justice est entravé par des obstacles financiers et techniques. Enfin, lorsque des sanctions sont prononcées, elles ne paraissent pas suffisamment dissuasives. Il existe donc une possibilité non négligeable que les auteurs d'actes de biopiraterie enfreignent délibérément la loi, spéculant sur le fait que les chances de ne pas être condamnés et d'économiser ainsi temps et argent valent le risque d'encourir une faible sanction.

182 DJEMBA KANDJO/KOUTOUKI, 205.

183 Site officiel du *National Green Tribunal*, disponible sous : <<https://greentribunal.gov.in/about-us>> (23.8.2020).

184 *Ibid.*

Il découle de ce qui précède qu'un cadre juridique idéal de lutte contre la biopiraterie prévoirait des règles qui incluent les communautés autochtones et rurales, dont les coûts seraient soutenus par une entité externe, et dont le régime de sanctions serait compatible avec la particularité des actes de biopiraterie. 15.68

IV. Conclusion

Le premier élément à retenir de la présente contribution sont les difficultés inhérentes à la notion mouvante de biopiraterie. Si certains présentent les droits de propriété intellectuelle comme un moyen de valoriser la biodiversité, et donc de favoriser sa conservation, d'autres les accusent de contribuer à la monopolisation du vivant en mains de géants de l'industrie. Aussi, les moyens de lutte contre les pratiques décriées divisent. Au niveau légal, le régime de la CDB mettant en place une procédure de bioprospection « éthique » s'oppose diamétralement à celui de la FAO, favorisant un régime commun librement accessible. En parallèle, de nombreuses initiatives gouvernementales (création de bibliothèques de savoirs traditionnels, instauration de tribunaux verts, etc.) et de la société civile (instauration de tribunaux d'opinion publique, politiques de *naming and shaming* dans le milieu journalistique, etc.) proposent leur contribution pour mettre un terme aux pratiques décriées. 15.69

En filigrane, le droit pénal transcende ces controverses et se dessine aujourd'hui une place de choix comme mesure tant préventive que coercitive de lutte contre la biopiraterie. Toutefois, il ressort des observations qui précèdent que ce régime demande encore à être développé, tant quant aux actes incriminés que quant aux sanctions corrélées, pour pouvoir prétendre à une réelle efficacité. Il découle de l'absence de consensus au niveau international qu'aucun des textes adoptés n'impose le recours à des mesures pénales pour mettre un terme aux pratiques décriées. Ceci provoque d'importantes différences dans l'implémentation nationale de ces textes, le spectre de la criminalisation allant de régimes complets et sévères (principalement dans les pays du Sud), à une absence complète de dispositions pénales. Ces divergences ne sont pas sans soulever le risque d'impunité dans les affaires transnationales qui impliquent des États n'ayant que peu de moyens législatifs ou financiers de mettre en œuvre des mesures d'entraide, voire d'extradition. Ces considérations poussent certains auteurs à soulever la nécessité d'incriminer les actes de biopiraterie au niveau international. Toutefois, les dissidences quant à la notion même d'en quoi consiste un acte de biopiraterie, ainsi que les multiples intérêts économiques et technologiques en jeu nous amènent à penser qu'une telle incrimination n'est pas à envisager de sitôt. 15.70

§ 16 Le droit de la chasse en Suisse : cadre juridique et questions choisies en matière pénale

Aude Magnien*

*« L'enjeu, pour dire les choses sur un ton ironique, est
l'investiture du < Maître des animaux >, fonction divine
consistant à trancher sur les rapports entre les espèces,
à établir les limites du pur et de l'impur, du mangeable
et de l'immangeable, du licite et de l'illicite »
Sergio Dalla Bernardina*

Table des matières

I.	Introduction	518
II.	Sources du droit de la chasse en Suisse	519
	1. Droit international	519
	2. Droit fédéral	520
	a) Constitution fédérale	520
	b) Code pénal	523
	c) Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages	525
	d) Lois et ordonnances fédérales connexes	532
	3. Droit intercantonal	532
	4. Droit cantonal	533
	a) Compétence législative des cantons en matière de chasse	533
	b) Lois cantonales sur la chasse	533
III.	Aspects choisis de droit pénal de la chasse suisse	533
	1. Punissabilité des infractions commises par négligence	533
	a) En droit fédéral	533
	b) En droit cantonal	535
	2. Comportements incriminés	539
	a) Généralités	539
	b) Dans la LChP	539
	c) Conclusion	546
	3. Sanctions pénales	547
	a) En droit fédéral	547
	b) En droit cantonal	551
	4. Délit d'entrave à l'action pénale commis par le garde-chasse	554
	a) Généralités à propos de la fonction de garde-chasse	554
	b) Généralités à propos de l'entrave à l'action pénale	555

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un mémoire de master en droit à l'Université de Lausanne sous la direction de Me Parein.

c) Entrave à l'action pénale et le cas particulier du garde-chasse	556
d) Conclusion	557
5. Bien juridiquement protégé par les dispositions pénales du droit de la chasse	557
IV. Conclusion	561
V. Annexe	563

Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Notion et fonctions de la Constitution, *in* Thürer/Aubert /Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, 3 ss (cité : AUBERT, Notion et fonctions de la Constitution); AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de droit constitutionnel suisse: supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982 (cité : AUBERT, Traité de droit constitutionnel); AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse: L'État (vol. 1), 3^e éd., Berne 2013; BAUR ERNST, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über. Jagd und Vogelschutz vom 12 Mai 1929/1. Februar 1953/3. Oktober 1965, 2^e éd., Zurich 1967; BECCARIA CESARE, Traité des délits et des peines (Livourne 1764), Lausanne 1766; BIRDLIFE SCHWEIZ, La loi fédérale sur la chasse et la protection – en bref, 10 janvier 2018; BLANC LOUIS, Le régime de la chasse dans le canton de Fribourg, thèse, Fribourg 1930; BOLLIGER GIERI/RÜTTIMANN ANDREAS/GERRITSEN VANESSA, Baujagd unter dem Aspekt des Tier-schutz-und Jagdrechts, Zurich/Bâle/Genève 2012; BÜTLER MICHAEL, Besonderer Teil: JSG/BGF: Besonderer Teil Ausgewählte Aspekte zum Jagd- und Fischereirecht, *in* Keller/Zufferey/Fahrländer (éd.), Kommentar NHG/Commentaire LPN, Zurich 2019, 913 ss (cité : Comm. LPN-AUTEUR · E, N 1); BÜTLER MICHAEL, Rechtliche Möglichkeiten der Umsetzung von aktuellen Revisionsanliegen im Bereich Jagd/Wildtiere, Avis de droit du 15 mai 2018 sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement, Zurich 2008; DALLA BERNARDINA SERGIO, La nature sauvage et ses consommateurs: le Game Fair, Ethnologie française 31 (2001), 681 ss; DONGOIS NATHALIE/BICHOVSKY AUDE, Aspects pénaux de la protection de l'environnement, *in* Sifonios/Braun/Lukic (éd.), Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités, Lausanne 2009, 63 ss; FLEINER-GERSTER THOMAS, art. 25, *in* Aubert *et al.* (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 – vol. II, Berne 1989, 1 ss; FLEINER THOMAS/MISIC ALEXANDER., Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, *in* Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, 429 ss; GAILLEMIN BÉRÉNICE, Vivre et construire la mort des animaux: le cimetière d'Asnières, Ethnologie française 39 (2009), 495 ss; GARRETA ANNE/ORAIN MARIE-NOËLLE, Les enjeux relatifs aux conditions d'élevage, de transport et d'abattage en matière de bien-être animal, Journal officiel de la république française, séance du 27.11.2019; GONIN LUC, *in* Chappuis *et al.* (éd.), Droit constitutionnel suisse: Fondements, institutions et défis, Zurich 2015, 31 ss; GUETNY JEAN-PAUL, Postface: La mort change en France ..., *in* Faivre (éd.), La mort en questions: approches anthropologiques de la mort et du mourir, Toulouse 2013, 521 ss; HÄBERLING WALTER R., Waffenhandel, Erwerb, Besitz und Tragen von Waffen aus der Sicht des Nebenstrafrechts, thèse, Zurich 1990; HAGENBACH BERNHARD, Beiträge zur Geschichte des Jagdrechts auf dem Gebiete der Schweiz, thèse, Zurich 1971; HÄMMERLI WILLI, Das zürcherische Jagdrecht unter Huneman Philippe, Introduction: Diversités théoriques et empiriques de la notion de biodiversité, *in* Casetta/Delord, La biodiversité en question: enjeux philosophiques, éthiques et scientifiques, Paris 2014, 13 ss; HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal: Partie générale: Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2008; HURTADO POZO JOSÉ/GODEL THIERRY, Droit pénal général: Théorie: Tableaux synoptiques: Méthodologie de résolution de cas pénaux: Lexique pénal: Répertoire des termes allemands, 3^e éd., Zurich 2019; JEANNERET YVAN, Les amendes d'ordre dans le désordre, RPS 127 (2009), 321 ss; KAEGI MAX, Das schweizerische Jagdrecht, thèse, Zurich 1911; KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016; KNAPP BLAISE, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, *in* Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, 457 ss; LEGROS PATRICK/HERBÉ CARINE, La mort dissimulée, *in* La mort au quotidien: contribution à une sociologie de l'imaginaire de la mort et du deuil, Ramonville Saint-Agne 2006, 29 ss; MACALUSO ALAIN/MOREILLON

LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR·E, art. 1 N 1) ; MAHON PASCAL, Droit constitutionnel : Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure (vol. 1), 3^e éd., Neuchâtel 2014 ; MAHON PASCAL, art. 79, in Aubert/Mahon (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, 636 ss (cité : PC Cst.-AUTEUR·E, art. 1 N 1) ; MARTI ARNOLD, Rechtsgutachten betreffend Einführung einer eidgenössischen Jagdbefähigung als Grundlage der kantonalen Jagdberechtigung, Avis de droit du 8 juin 2016 sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement, Schaffhausen 2016, (cité : MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung) ; MAUZ ISABELLE/GRANJOU CÉLINE, La biodiversité et la circulation des animaux, in Dubied/Fall/Gerber (éd.), Aux frontières de l'animal : mises en scène et réflexivité, Genève 2012, 189 ss ; MONZANI STEFANO, L'animal de compagnie comme médiateur, Topique 142 (2018), 107 ss ; MOREILLON LAURENT *et al.* (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, Bâle 2021 (cité : CR CP I-AUTEUR·E, art. 1 N 1) ; MÜLLER KURT/BLANKENHORN HANS-JÖRG, Chasse, De 1875 à nos jours, in Académie suisse des sciences humaines et sociales (éd.), Dictionnaire historique de la Suisse en ligne, 28.01.2008 ; NAHRATH STÉPHANE, « Governing Wildlife Resources » ? L'organisation de la chasse en Suisse comme exemple de régimes institutionnels de gestion d'une ressource naturelle, SPSR 1 (2000), 123 ss ; PAPAUX ALAIN, in Chappuis *et al.* (éd.), Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève/Zurich/Bâle 2006 ; PESENTI ELIAS, Statistiques de la chasse 2018-2019, Fribourg 2019 ; PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE., Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse, in Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, 579 ss (cité : PETITPIERRE-SAUVAIN, Fondements écologiques) ; PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, La chasse en Suisse, in Société française pour le droit de l'environnement (éd.), La chasse en droit comparé, Paris/Montréal 1999, 337 ss (cité : PETITPIERRE-SAUVAIN, La chasse en Suisse) ; RAUSCH HERIBERT, Umwelt und Raumplanung, in Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, 915 ss ; RAUSCH HERIBERT/MARTI ARNOLD/GRIFFEL ALAIN, in Haller (éd.), Umweltrecht : Ein Lehrbuch, Zurich 2004 ; RISSE JACQUES, Histoire de l'élevage français, Paris 1994 ; RUSCONI BAPTISTE, L'application des art. 90 ss LCR dans le cadre des dispositions du droit pénal général, RPS 1964, 378 ss ; SCHÄRMELI LILIANE/GRIFFEL ALAIN, art. 79, in Waldmann/Belser/Epiney (éd.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015, 1340 ss (cité : BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 1) ; SIDI-ALI KARIN, La protection des biotopes en droit suisse : Etude de droit matériel, thèse, Genève/Bâle/Zurich 2008 ; SIEBER ISABEL R., Die Haftpflicht für Jagdschaden, thèse, Zurich 1998 ; VALLOTTON ANDRÉ, Introduction au monde de l'exécution des peines : de la peine à son exécution, Zurich 2019 ; VEYRIÉ NADIA, De la mort industrielle « donnée » à l'animal domestique à la perte des animaux de compagnie : Quelles sont les conséquences d'une société mortifère ?, Études sur la mort 145 (2014), 47 ss.

Travaux préparatoires

Aboutissement du référendum contre la modification du 27 septembre 2019 de la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, FF 2020 933 ; Arrêté du parlement concernant la modification du 27 septembre 2019 de la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, FF 2019 6267 ; Loi fédérale du 17 septembre 1875 sur la chasse et la protection des oiseaux, FF 1875 IV 514 ; Loi fédérale du 4 juin 1904 sur la chasse et la protection des oiseaux, FF 1904 IV 647 ; Loi fédérale du 10 juin 1925 sur la chasse et la protection des oiseaux, FF 1925 II 653 ; Loi fédérale du 13 juin 1941 modifiant l'art. 43, chiffre 5, et l'art. 55 de la Loi sur la chasse et la protection des oiseaux, FF 1941 I 553 ; Loi fédérale du 23 mars 1962 modifiant celle sur la chasse et la protection des oiseaux, FF 1962 I 707 ; Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, FF 1986 II 670 ; Message concernant un projet de Loi fédérale sur la chasse et sur la protection des oiseaux utiles, du 26 mai 1875, FF 1875 III 240 ; Message concernant la révision de l'article 22 de la Loi fédérale du 17 septembre 1875 sur la chasse et la protection des oiseaux, du 17 avril 1902, FF 1902 III 409 ; Message concernant un projet de Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux, du 20 mars 1922, FF 1922 I 377 ; Message concernant la révision de l'article 43, chiffre 5, et de l'article 55 de la Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux, du 19 avril 1940, FF 1940 I 424 ; Message sur un

projet de révision de la Loi sur la chasse et la protection des oiseaux, du 12 septembre 1961, FF 1961 II 410 (*sic*) ; Message concernant la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 27 avril 1983, FF 1983 II 1229 ; Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 ; Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787 ; Message concernant la Loi sur les amendes d'ordre, du 17 décembre 2014, FF 2015 909 ; Message concernant la modification de la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 23 août 2017, FF 2017 5745 ; Message concernant la Loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la Loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, du 25 avril 2018, FF 2018 2889.

I. Introduction

- 16.1 La question de la biodiversité – et plus particulièrement de la légitimité de la pratique de la chasse – en tant que question environnementale, suscite aujourd'hui un débat de plus en plus vif, opposant des opinions souvent bien tranchées.
- 16.2 Tant les partisans que les opposants à l'exercice de la chasse défendent leurs avis en soulevant un certain nombre d'arguments.
- 16.3 Les partisans évoquent en particulier les trois aspects suivants : premièrement, la chasse est une pratique traditionnelle représentant une réelle passion sportive pour ceux qui la pratiquent. Deuxièmement, la chasse permet une certaine régulation des espèces. Troisièmement, les chasseurs¹ jouent un rôle important dans le maintien de la biodiversité. En effet, à côté de l'activité de chasse à proprement parler, ces derniers entretiennent différents types de biotopes, procèdent à des comptages de faune et veillent au maintien d'habitats de qualité. C'est en particulier pour ces raisons que les partisans de la pratique de la chasse soutiennent qu'il convient de faire perdurer son autorisation.
- 16.4 Les opposants prétendent quant à eux que la chasse, dans la mesure où il s'agit d'une activité de loisir n'étant plus nécessaire pour se nourrir, consiste en une pratique immorale qui devrait – à l'image de ce qui prévaut dans le canton de Genève – être interdite.
- 16.5 D'après nous, une multitude de paramètres, dont ceux évoqués ci-dessus, sont à prendre en compte afin de répondre à la question de la légitimité – ou non – de l'exercice de la chasse. Nous avons toutefois fait le choix, pour la présente analyse, de nous concentrer sur l'étude du cadre juridique régissant cette pratique. En d'autres termes, nous nous demandons si le cadre légal suisse impose suffisamment de garde-fous à cette activité, la rendant ainsi « légitime » ?
- 16.6 Afin de répondre à cette interrogation, nous nous efforcerons, dans ce travail, de donner un aperçu global du cadre juridique suisse en matière de droit – en particulier pénal – de la chasse.

1 Le terme « chasseur », utilisé tout au long du travail, englobe tant le chasseur que la chasseresse.

Conscients qu'il s'agit de questions politiques, hautement liées aux convictions personnelles, cet exposé n'aura d'autre ambition que d'amorcer une réflexion permettant au lecteur d'établir sa propre opinion sur le sujet. À tout le moins, cette description devrait permettre au praticien du droit de s'orienter dans le vaste domaine qu'est celui du droit de la chasse. 16.7

La première partie de notre analyse fixera le cadre juridique dans lequel s'inscrit l'exercice de la chasse. Le chapitre premier sera consacré au droit international, le deuxième au droit fédéral, le troisième au droit intercantonal et le quatrième au droit cantonal. La seconde partie aura trait à cinq aspects choisis de droit pénal de la chasse suisse, soit la punissabilité des infractions commises par négligence, les comportements incriminés, les sanctions pénales, le délit d'entrave à l'action pénale commis par le garde-chasse et le bien juridiquement protégé par les dispositions pénales de la LChP². 16.8

II. Sources du droit de la chasse en Suisse

1. Droit international

Pour débiter ce panorama des différentes dispositions régissant le droit suisse de la chasse, nous mentionnerons, sans nous y attarder³, les différents actes internationaux susceptibles de concerner le domaine du droit de la chasse : 16.9

- La Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau du 2 février 1971⁴, aussi appelée Convention de Ramsar ;
- La Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel du 23 novembre 1972⁵ ;
- La Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage du 23 juin 1979⁶ ;
- La Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction du 3 mars 1973⁷ ;
- La Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992⁸ ;

2 Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP, RS 922.0).

3 Il est à noter qu'aucun de ces textes légaux ne contient de dispositions pénales.

4 RS 0.451.45.

5 RS 0.451.41.

6 RS 0.451.46.

7 RS 0.453.

8 RS 0.451.43.

- La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998⁹, aussi appelée Convention d'Aarhus ;
- La Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe du 19 septembre 1979¹⁰, aussi appelée Convention de Berne ;
- La Convention sur la protection des Alpes du 7 novembre 1991¹¹.

2. Droit fédéral

a) Constitution fédérale

- 16.10 L'analyse qui suit aura successivement pour objet quelques considérations sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, de manière générale (aa), puis sur la répartition spécifique des compétences en matière de chasse, à travers les époques (bb).

aa) Généralités sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons

- 16.11 La Suisse est un État fédéral¹². Cette structure étatique se caractérise notamment par la coexistence d'au minimum deux échelons de pouvoir : d'une part les entités fédérées et d'autre part l'État fédéral¹³. Chaque niveau dispose de compétences¹⁴ et d'institutions propres¹⁵. Dans ce type d'État, la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est centrale¹⁶. Pour chaque domaine du droit, il est nécessaire de déterminer qui de la Confédération ou des cantons a la tâche d'édicter des règles juridiques¹⁷.
- 16.12 En Suisse, cette répartition relève de la Constitution¹⁸. Ce principe est posé aux art. 3 et 42 al. 1 Cst. Le système est le suivant ; si la Constitution attribue une tâche à la Confédération, cette dernière a la possibilité de légiférer en la matière. En revanche, si La Constitution reste muette quant à une tâche, la compétence revient aux cantons¹⁹. Autrement dit, la Confédération ne dispose que de compétences d'attribution, énumé-

9 RS 0.814.07.

10 RS 0.455.

11 RS 0.700.1.

12 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 28; GONIN, 31.

13 AUBERT, Notion et fonctions de la Constitution, N 14 ; GONIN, 32.

14 *Ibid.*

15 GONIN, 32.

16 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1021; GONIN, 43; MAHON, N 96.

17 GONIN, 43 ; HÄMMERLI, 67; MAHON, N 96.

18 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

19 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1026 ; HÄMMERLI, 67 ; MAHON, N 97. Par ailleurs, il convient de préciser que malgré une attribution de compétence à la Confédération, dans le cas où cette dernière n'en fait pas usage, la législation cantonale adoptée reste en vigueur (AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1026 ; MAHON, N 97).

rées dans la Constitution, tandis que les cantons disposent, pour leur part, d'une compétence générale résiduelle²⁰.

bb) Répartition des compétences en matière de chasse sous les constitutions de 1848, 1874 et 1999

Du temps de la Constitution fédérale de 1848²¹, la législation en matière de chasse est de la compétence exclusive des cantons²². Coexistent donc vingt-cinq législations cantonales différentes²³. D'après le Message du Conseil fédéral concernant un projet de loi fédérale sur la chasse²⁴, même dans les demi-cantons étroitement liés, ces lois présentent de nombreuses différences²⁵; elles ne s'accordent pas pour considérer la chasse comme un droit régalien²⁶, sur la définition du droit à la chasse et sur la fixation d'un certain temps pour l'ouverture de la chasse. De plus, tous les cantons ne prévoient pas un système permettant d'assurer le maintien d'effectifs suffisants de gibier et d'oiseaux utiles²⁷. Dans de nombreux cantons, les périodes de chasse sont excessivement longues, un contrôle de la police n'est pas envisagé et le massacre du gibier atteint un niveau extrême²⁸.

De cette grande diversité de législations résulte, tout au long du 19^e siècle, une surexploitation des forêts, des rivières et des lacs²⁹. En outre, plusieurs espèces de gibier et de poissons³⁰ disparaissent du territoire³¹. Afin de pallier cette situation, en 1874, une disposition constitutionnelle est adoptée dans l'aCst.³² Il s'agit de l'art. 25 aCst.³³, une

20 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1025; FLEINER/MISIC, N 26; KNAPP, N 1 s.

21 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848 (FF 1849 I 1).

22 FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., N 1; MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung, 2; BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 1 et 2; SIEBER, 2 et 15.

23 FF 1875 III 240, 241; FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., N 1. Une précision quant au nombre de cantons que nous mentionnons s'impose. Il est fait référence à 25 cantons et non pas à 26 car jusqu'au 1^{er} janvier 1979, le canton du Jura n'était pas indépendant.

24 FF 1875 III 240, 241.

25 PC Cst.-MAHON, art. 79 N 1; MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung, 2; SIEBER, 15.

26 La Cst. traite des droits régaliens à son art. 94 al. 4, anciennement art. 31 al. 2 aCst. À l'origine, les droits régaliens étaient des droits privés appartenant à l'autorité. Ces droits furent repris par les cantons. Ces derniers sont libres d'user de ces droits comme ils l'entendent. La chasse constituant un droit régalien, cela signifie concrètement qu'il appartient à chaque canton de fixer, notamment, son régime de chasse (régime de chasse spécial, à fermage ou à patente), BÜTLER, 21 et FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., N 14 à 16. Pour davantage d'explications au sujet de ces trois types de régimes, cf. NAHRATH, 131 ss.

27 BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 1.

28 FF 1875 III 240, 241.

29 BSK-BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 1.

30 FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., 2.

31 FF 1875 III 240, 241.

32 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RO 1 I).

33 FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., N 1; KAEGI, 27; MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung, 2 s.; BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 2; SIEBER, 2 et 15. Pour davantage de détails au sujet du

des deux premières dispositions protégeant certains éléments de la nature³⁴. Ce nouvel article donne à la Confédération le « droit de statuer des dispositions législatives pour régler l'exercice de la pêche et de la chasse, principalement en vue de la conservation du gros gibier dans les montagnes, ainsi que pour protéger les oiseaux utiles à l'agriculture et à la sylviculture. ». Il y a désormais une disposition constitutionnelle donnant la compétence de légiférer en matière de chasse à la Confédération³⁵.

- 16.15 La Constitution fédérale actuelle traite de la chasse à son article 79. Celui-ci reprend l'art. 25 aCst., en le reformulant³⁶. Sa teneur est la suivante : « [l]a Confédération fixe les principes applicables à la pratique de la pêche et de la chasse, notamment au maintien de la diversité des espèces de poissons, de mammifères sauvages et d'oiseaux. ». À travers cette reformulation, la disposition constitutionnelle prend une dimension écologique plus marquée³⁷. En effet, la compétence donnée à la Confédération n'a plus pour objectif la « conservation du gros gibier dans les montagnes » et la « protection des oiseaux ». Il s'agit plutôt du « maintien de la diversité des espèces de poissons, de mammifères sauvages et d'oiseaux »³⁸. Ainsi, la Constitution se préoccupe désormais autant des espèces utiles que nuisibles ; elle se préoccupe des espèces dans leurs écosystèmes³⁹.
- 16.16 L'art. 79 Cst. attribue à la Confédération la compétence, mais aussi le devoir⁴⁰ de fixer les principes applicables à certains aspects de l'exercice de la pêche et de la chasse. Toutefois, la Confédération ne doit pas priver les cantons de leurs régales⁴¹ de chasse et de pêche⁴², ni les empêcher de réglementer la pratique de ces activités⁴³. Par exemple, la Confédération ne peut en principe⁴⁴ pas décider d'interdire ou d'autoriser la chasse et la pêche, cette compétence devant être laissée aux cantons⁴⁵. À cet égard, il convient de mentionner la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012⁴⁶ qui spécifie, à son art. 162, que : « [l]a chasse aux mammifères et aux oiseaux est interdite. Les mesures officielles de régulation de la faune sont réservées. ». Le canton de

processus d'adoption de cette première disposition constitutionnelle en matière de chasse (art. 25 aCst.), cf. HAGENBACH, 91 ss.

34 PC Cst.-MAHON, art. 79 N 1.

35 FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., N 1 ; KAEGI, 27 ; MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung, 2 s.; BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 2 ; SIEBER, 2.

36 PC Cst.-MAHON, art. 79 N 7.

37 *Ibid* ; RAUSCH, N 23 ; BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL, art. 79 N 4.

38 FF 1997 I 1, 259.

39 PETITPIERRE-SAUVAIN, Fondements écologiques, N 12.

40 KNAPP, N 16.

41 Pour davantage d'explications au sujet des régales, cf. n. 27.

42 FF 1997 I 1, 258.

43 Comm. LPN-BÜTLER, N 6 ; PC Cst.-MAHON, art. 79 N 6.

44 Comm. LPN-BÜTLER, N 7.

45 AUBERT, Traité de droit constitutionnel, N 701 ; BOLLIGER/RÜTTIMANN/GERRITSEN, 20 ; Comm. LPN-BÜTLER, N 7 et 11 ; PC Cst.-MAHON, art. 79 N 6.

46 RSGE A 2 00.

Genève a donc décidé d'exercer lui-même sa régalie de chasse et de ne pas transférer ce droit aux particuliers⁴⁷.

Concrètement, le législateur fédéral fixe les **principes** concernant les aspects suivants ; 16.17
 tout d'abord, les aspects ayant pour objectif le maintien de la diversité des espèces⁴⁸ ;
 ensuite, les aspects concernant notamment les modalités du droit de la chasse, les
 espèces à chasser et à pêcher, les périodes d'interdiction, les réserves protégées et la
 sauvegarde des milieux naturels⁴⁹. Le législateur attribue également expressément,
 dans la LChP, certaines autres compétences à la Confédération. Par exemple, par le biais
 de son art. 4 al. 1, la LChP octroie à la Confédération la compétence d'imposer à celui
 qui désire chasser d'être muni d'une autorisation⁵⁰.

Les cantons sont quant à eux compétents pour réglementer et organiser les **détails** de la 16.18
 chasse (art. 3 LChP)⁵¹ ; ils ont la compétence de fixer les conditions de l'autorisation de
 chasser, de choisir le régime applicable⁵², de déterminer le territoire de chasse et ils
 pourvoient à une surveillance efficace (art. 3 al. 2 LChP). En outre, les cantons assument
 notamment la tâche du travail de recensement et de maintenance de la statistique
 fédérale de la population d'animaux (art. 3 al. 3 LChP)⁵³.

b) Code pénal

Le droit de la chasse connaît des règles qui relèvent du droit pénal. En effet, une des 16.19
 sources du droit pénal de la chasse est le CP⁵⁴. Ce dernier peut trouver application de
 deux manières différentes⁵⁵.

En premier lieu, certaines de ses dispositions spéciales sont susceptibles de s'appliquer, 16.20
 en complément des infractions contenues dans les lois sur la chasse⁵⁶. Diverses juris-
 prudences cantonales permettent d'illustrer ce propos :

- Arrêt fribourgeois⁵⁷ : dans cet arrêt, le prévenu a grièvement blessé le plaignant qui se trouvait dans un champ de maïs, en lui tirant dessus. La Cour d'appel pénale cantonale a, entre autres, reconnu le prévenu coupable de lésions corporelles graves

47 AUBERT, Traité de droit constitutionnel, N 701 ; BOLLIGER/RÜTTIMANN/GERRITSEN, 20 ; Comm. LPN-BÜTLER, N 11 ; BÜTLER, 21 ; FLEINER-GERSTER, *ad* art. 25 aCst., N 17.

48 PC Cst.-MAHON, art. 79 N 7.

49 FF 1997 I 1, 258 ; PC Cst.-MAHON, art. 79 N 7.

50 BOLLIGER/RÜTTIMANN/GERRITSEN, 20.

51 *Ibid.*

52 Il existe trois types de régimes de chasse. Pour davantage d'explications à ce sujet, *cf.* NAHRATH, 131 ss.

53 NAHRATH, 131.

54 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

55 DONGOIS/BICHOVSKY, 63.

56 *Ibid.*, 63 s.

57 TC FR, 12.12.2016, 501 2016 41.

par négligence, en application de l'art. 125 al. 2 CP. Il est à noter qu'afin de retenir le caractère négligent des lésions corporelles graves, la Cour relève qu'en procédant à un tir sans voir la cible, le prévenu a « violé les règles les plus élémentaires de prudence en matière de chasse ».

- Arrêt vaudois⁵⁸ : dans cet arrêt, la chienne du plaignant a été tuée par le prévenu, son compagnon de chasse. Le propriétaire de la chienne reproche au prévenu d'avoir causé un dommage à sa propriété au sens de l'art. 144 CP. À cet égard, la Chambre des recours pénale du canton de Vaud rappelle que la punissabilité de tels dommages suppose un comportement intentionnel, soit dans le cas d'espèce que « l'auteur ait délibérément voulu abattre la chienne du plaignant ou qu'il ait, par dol éventuel, sciemment accepté une telle éventualité ». Le Tribunal considère que dans cet arrêt, aucun dommage intentionnel n'a été commis.
- Arrêt valaisan⁵⁹ : dans cet arrêt, le Juge unique de la Chambre pénale du tribunal cantonal a relevé l'existence de graves soupçons de la commission de l'infraction d'entrave à l'action pénale (art. 305 al. 1, 1^{re} hypothèse CP). En effet, le prévenu, un garde-chasse, n'aurait pas dénoncé trois tirs constitutifs de contraventions pénales.

16.21 En second lieu, en vertu de l'art. 333 al. 1 CP, il convient d'appliquer la partie générale du CP aux dispositions pénales se trouvant dans la LChP, à moins qu'elles ne prévoient des règles y dérogeant. Ainsi, lesdites dispositions – faisant partie de ce qu'on appelle le « droit pénal accessoire »⁶⁰ – doivent être considérées comme semblables à des dispositions pénales de la partie spéciale du CP⁶¹.

16.22 Contrairement à ce que connaît le droit français⁶², il n'existe pas de code de l'environnement en droit Suisse. Par conséquent, toutes les normes du droit pénal de la chasse se trouvent dans le droit pénal accessoire. Plus précisément, elles se trouvent dans l'une des sept⁶³ lois environnementales suisses⁶⁴ : la LChP.

58 TC VD, 8.10.2013, 2013/857.

59 TC VS, 24.7.2015, P3 15 44. Pour davantage de précisions quant à la commission de l'infraction d'entrave à l'action pénale par un garde-chasse, cf. N 16.153 ss.

60 Le droit pénal accessoire est une des sources du droit pénal matériel suisse. Il s'agit des dispositions pénales qui ne sont pas énoncées dans le CP, mais contenues – souvent en fin de texte – dans des lois (ou ordonnances) fédérales ou cantonales (HURTADO POZO/GODEL, N 11; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 126). Quand bien même ces dispositions ne se trouvent pas dans le CP, elles ne sont pas pour autant de moindre importance (cf. p. ex. les art. 49 al. 2 et 4 LChim ainsi que les art. 88 al. 2 et 89 al. 2 LENu). En pratique, beaucoup de condamnations pénales se basent sur le droit pénal accessoire (HILF/VEST, 10 ss).

61 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 126.

62 Code de l'environnement.

63 LPE, LEaux, LPN, LFo, Loi sur le Parc national, LChP, LFSP.

64 DONGOIS/BICHOVSKY, 65 ss.

c) *Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages*

Conformément à la compétence législative que lui octroie la Constitution⁶⁵, la Confédération régit l'essentiel du droit fédéral applicable à la pratique de la chasse dans la LChP. Cette loi, entrée en vigueur en 1988, a été adoptée en 1986. Elle suit celles de 1875, 1904 et 1925. 16.23

La première partie de la présentation qui suit sera consacrée à un aperçu historique de la LChP (aa), la deuxième partie à son but et son champ d'application (bb) et la troisième à sa modification du 27 septembre 2019 (cc). 16.24

aa) *Aperçu historique*

Suite à l'entrée en vigueur de l'art. 25 aCst., la Confédération fait usage de la compétence que lui attribue cet article en adoptant, le 17 septembre 1875, la Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux⁶⁶. Cette loi entre en vigueur le 14 février 1876⁶⁷. Elle est relativement courte⁶⁸ et se limite à fixer les grands principes du droit de la chasse⁶⁹. Cette première réglementation fédérale sur la chasse contient notamment des mesures relativement sévères pour l'époque, concernant la protection des espèces⁷⁰. Le but de ces mesures est, à cette époque, de conserver et d'augmenter le nombre de certaines espèces en voie de disparition⁷¹. Concernant le droit pénal, le législateur se limite à énumérer les éléments constitutifs de délits de chasse et à préciser certains minimums concernant les peines, laissant aux cantons la tâche de prévoir le surplus⁷². 16.25

En 1886, une première révision de la loi est demandée⁷³. En raison de désaccords au sein du Conseil national, le projet de loi n'est pas accepté⁷⁴. 16.26

En 1902, un nouveau projet de révision voit le jour⁷⁵. Ce dernier concerne l'art. 22 de la loi. Cette fois, les Chambres acceptent le projet et vont même au-delà de ce qui est proposé, en voulant soumettre l'ensemble du droit pénal de la chasse à la législation fédérale⁷⁶. Selon l'Assemblée fédérale, la Confédération ne doit plus se contenter de décrire les éléments constitutifs des différentes infractions de chasse, comme elle le faisait 16.27

65 Cf. N 16.16 et 16.17.

66 FF 1875 IV 514; BLANKENHORN, 4; HAGENBACH, 94; SIEBER, 15.

67 SIEBER, 15.

68 En effet, elle ne contenait que 26 articles.

69 HAGENBACH, 95; SIEBER, 15.

70 BLANKENHORN, 4; Comm. LPN-BÜTLER, N 2.

71 Comm. LPN-BÜTLER, N 2.

72 Art. 21 s.; BAUR, 8.

73 HAGENBACH, 96; SIEBER, 15. Cette demande de révision visait à réglementer la chasse de façon uniforme et à éliminer la dichotomie entre d'une part le titre concernant la chasse de plaine et d'autre part le titre concernant la chasse de montagne (HAGENBACH, 96).

74 HAGENBACH, 96; SIEBER, 15.

75 FF 1902 III 409; HAGENBACH, 96 s.; HÄMMERLI, 91.

76 HAGENBACH, 97.

jusqu'à présent. Elle doit également déterminer les conséquences pénales de la violation de ces infractions⁷⁷. Il semble incohérent de ne pas régler ces deux aspects au sein de la même loi⁷⁸. Il en résulte donc une révision totale de la Loi sur la chasse, qui aboutit à la Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux du 24 juin 1904⁷⁹.

- 16.28 Cette loi comble essentiellement des lacunes que présentait la loi de 1875 en matière de droit pénal⁸⁰; par les art. 21 ss de cette loi de 1904, le législateur fédéral se voit attribuer tout le domaine du droit pénal de la chasse⁸¹. En dehors de cela, la nouvelle législation reprend toutefois en grande partie le texte de la loi antérieure⁸².
- 16.29 Peu après son entrée en vigueur, la loi de 1904 suscite le mécontentement des chasseurs, agriculteurs et milieux s'occupant de la protection des oiseaux⁸³. La principale critique de ces derniers est que la loi de 1904 se calque de manière trop importante sur celle de 1875 et est, ainsi, insuffisante⁸⁴. Le 20 mars 1922, le CF reconnaît le fondement de cette critique dans son Message concernant un projet de Loi fédérale sur la chasse⁸⁵, en rappelant ce sur quoi avait porté la révision. Cette dernière avait porté uniquement sur le chapitre V, concernant les dispositions pénales ainsi que sur les dispositions s'y rapportant. Ce Message – faisant suite à la motion Zurburg du 14 février 1920⁸⁶ – contient un projet de loi. Ce dernier prévoit, de manière générale, une limitation de la compétence de la Confédération au strict nécessaire; la liberté dont disposaient les cantons d'adapter leurs prescriptions aux circonstances locales doit être conservée, voire étendue⁸⁷. Les innovations du projet sont notamment les suivantes: éliminer la dichotomie entre d'une part le titre concernant la chasse de plaine et d'autre part le titre concernant la chasse de montagne, pourvoir à une surveillance plus accrue et aggraver les peines en cas d'infraction à la loi, fixer des dates extrêmes pour l'ouverture et la fermeture des différentes sortes de chasse, étendre la protection des oiseaux utiles et prendre des mesures favorisant leur multiplication et la conservation de leurs espèces, séparer les périodes de chasse en fonction des espèces de gibier, instaurer des prescriptions distinctes pour la protection du gibier dans les districts affermés et dans les cantons délivrant le permis ordinaire et introduire le principe de l'indemnisation des dommages causés par le gibier et en cas de braconnage⁸⁸.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*; HÄMMERLI, 90.

79 FF 1904 IV 647.

80 HAGENBACH, 97.

81 BAUR, 8; HÄMMERLI, 91.

82 MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung, 3.

83 FF 1922 I 377, 377; HAGENBACH, 98; HÄMMERLI, 91.

84 HAGENBACH, 98; SIEBER, 16.

85 FF 1922 I 377, 377.

86 FF 1922 I 377, 378; HAGENBACH, 99.

87 FF 1922 I 377, 379; SIEBER, 16.

88 *Ibid.*; HAGENBACH, 100.

Pour revenir à ce qui concerne l'aggravation des peines, il est prévu que les amendes soient augmentées de manière considérable; tant le minimum que le maximum des amendes doivent être relevés. Entre les deux, il y aurait six classes d'amendes prévues. De plus, il est également à noter que la nouvelle loi condamnerait de nouveaux délits : par exemple, le tir au pigeon⁸⁹. Cette volonté d'aggravation des peines répond au fait que les délits de chasse ont, au cours des dernières années, augmenté de manière drastique⁹⁰. 16.30

Sur la base de ce Message, la nouvelle Loi sur la chasse est adoptée le 10 juin 1925⁹¹ et entre en vigueur le 1^{er} janvier 1926⁹². Plusieurs nouvelles dispositions sont intégrées à cette réglementation⁹³. Cette dernière apporte surtout une nouveauté; à ses art. 39 ss, elle énumère une série de dispositions pénales plus sévères qu'auparavant⁹⁴. Il convient également de relever que l'art. 65 de cette loi⁹⁵ édicte une prescription particulière concernant la délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine du droit pénal de la chasse. Les cantons ne sont autorisés à édicter de telles dispositions que pour autant que la loi fédérale le prévoit. En outre, les peines prévues par la loi ne peuvent être ni aggravées ni réduites par les cantons⁹⁶. 16.31

Cette menace de sanctions sévères, associée à une stricte surveillance a comme corollaire une diminution du braconnage et une augmentation des populations de gibier⁹⁷. Toutefois, quelques imperfections demeurent dans cette loi, ce qui amène, le 7 décembre 1931, le Conseiller aux États Bertoni à présenter le postulat suivant : « [c]onsidérant le nombre exorbitant des recours en grâce en matière de chasse, considérant que ces recours sont très souvent appuyés par les magistrats mêmes qui ont prononcé la condamnation, considérant que le Conseil fédéral propose, dans un grand nombre de cas, de réduire la peine au-dessous des *minima* prévus par la loi, prie le Conseil fédéral d'examiner s'il n'y a pas lieu de proposer par mesure législative l'atténuation de quelques dispositions pénales de la loi sur la chasse, particulièrement en ce qui concerne la protection de certains carnassiers et oiseaux de proie. »⁹⁸. Le CF accepte d'entrer en matière 16.32

89 FF 1922 I 377, 386 *if.* et 387.

90 FF 1922 I 377, 379. Il est à noter que le CF se limite, dans son Message, à relever cette augmentation « drastique », sans en détailler la signification concrète en termes de chiffres. Cette imprécision est à notre sens regrettable.

91 FF 1925 II 653.

92 HAGENBACH, 100; SIEBER, 16.

93 Pour davantage de précisions à ce sujet, cf. BLANC, 60 s. et MARTI, Rechtsgutachten Jagdbefähigung, 3 s.

94 BLANC, 61.

95 L'art. 65 de la Loi de 1925 sur la chasse disposait que : « [l]es cantons ne peuvent ni aggraver ni réduire les peines prévues par la présente loi. D'autre part, ils peuvent édicter des dispositions pénales en tant que la présente loi les autorise à légiférer en matière de chasse. »

96 HÄMMERLI, 91.

97 FF 1940 I 424, 424.

98 *Ibid.*; HAGENBACH, 100.

sur ce postulat, mais sans lui accorder d'urgence particulière⁹⁹. Suite à ce postulat notamment¹⁰⁰, le CF élabore un projet de révision partielle¹⁰¹.

- 16.33 La loi révisée est adoptée le 13 juin 1941¹⁰². Elle donne au juge la possibilité d'abaisser la peine qu'il prononce jusqu'à la moitié de son minimum légal, lorsqu'il s'agit d'un délit de « peu de gravité ou si les motifs auxquels a obéi le délinquant ou la situation personnelle de ce dernier sont tels que même l'application du minimum légal de la peine constituerait une rigueur manifeste. »¹⁰³.
- 16.34 Dès la fin des années 40, le CF reçoit beaucoup de requêtes, notamment de la part d'associations¹⁰⁴, allant dans le sens d'une révision de la loi de 1925. Ces demandes incitent le gouvernement à soumettre aux Chambres un projet de révision partielle de la Loi sur la chasse et la protection des oiseaux¹⁰⁵ devenu loi, qui est adoptée le 23 mars 1962. Elle entre en vigueur le 15 juillet 1962¹⁰⁶.
- 16.35 Cette révision introduit d'importantes modifications¹⁰⁷. Notamment, certaines espèces deviennent protégées¹⁰⁸ (p. ex. : l'ours, le lynx, le chat sauvage, la loutre, le castor et le hérisson¹⁰⁹). Ces dispositions aspirent dorénavant à la préservation des espèces¹¹⁰.
- 16.36 En décembre 1972, deux motions sont déposées par le Conseiller aux États Heimann et le Conseiller national Röthlin, demandant une révision totale de la loi fédérale sur la chasse. L'idée de la protection des espèces est clairement au premier plan, dans les deux

99 FF 1940 I 424 (424).

100 La commission fédérale des grâces a également recommandé une réduction de certains minimums de peines. M. Grünenfelder, Conseiller national, a quant à lui suggéré d'autres modifications de la loi fédérale sur la chasse (FF 1940 I 424, 425 ; HAGENBACH, 101).

101 FF 1940 I 424.

102 FF 1941 I 553. HAGENBACH, 101; SIEBER, 17.

103 Art. 55.

104 Pour une liste précise des différentes associations émettrices de ces demandes ainsi que de leur contenu, cf. FF 1961 II 410, 411 et 412 et HAGENBACH, 101 s.

105 FF 1961 II 410, 425 ss. Le CF précise, dans le Message accompagnant ce projet, que les principaux aspects justifiant une révision de la loi sont les suivants :

« 1. La liste des animaux protégés et celle du gibier doivent être adaptées aux conditions actuelles.

2. La chasse doit, autant que faire se peut, être libérée de pratiques pouvant faire souffrir et effrayer les animaux.

3. La limitation du calibre doit être revue compte tenu des améliorations apportées aux armes de chasse et aux munitions.

4. Les cantons doivent pouvoir mieux prévenir les dégâts causés par le gibier aux champs et à la forêt ; pour cela, ils doivent pouvoir régler le nombre des ongulés.

5. La loi sur la chasse devra tenir compte des nouvelles idées en matière de biologie. », FF 1961 II 410, 413.

106 FF 1962 I 707; HAGENBACH, 103.

107 BLANKENHORN, 5.

108 TF, 25.11.2020, 1C_243/2019, c. 4.1.1 ; Comm. LPN-BÜTLER, N 2.

109 Art. 4 ch. 4.

110 Comm. LPN-BÜTLER, N 2.

motions¹¹¹. Par la suite, les autorités cantonales de la chasse et les associations intéressées par la chasse sont invitées à se prononcer sur des questions fondamentales¹¹². La Commission consultative de la chasse du Département fédéral de l'intérieur, ainsi que deux représentants de la Société forestière suisse, sont alors chargés de préparer un premier avant-projet¹¹³. Ce dernier, par rapport à la Loi de 1925, délègue plus de compétences au CF et aux cantons ; il comprend 45 articles au lieu de 69¹¹⁴. En outre, un deuxième avant-projet de 22 articles, qui est exclusivement une loi-cadre, est introduit¹¹⁵. Les autorités cantonales de la chasse et les associations intéressées sont invitées à se prononcer sur ces deux avant-projets lors de la procédure de consultation qui se tient en février 1980 et à présenter leurs observations¹¹⁶. Les commentaires sur les deux avant-projets sont très différents. Cela amène le CF à charger le département compétent d'élaborer un nouveau projet de Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages et à présenter un Message y correspondant¹¹⁷. Cette loi doit « mieux répondre aux désirs des cantons et associations et tenir autant que possible compte de la structure fédéraliste du pays. »¹¹⁸.

La LChP entre en vigueur le 1^{er} avril 1988¹¹⁹, après l'expiration du délai référendaire¹²⁰ le 29 septembre 1986¹²¹. En même temps, l'ordonnance correspondante du CF, l'OChP¹²², entre également en vigueur. Après son entrée en vigueur, la LChP subira plusieurs modifications.

bb) But et champ d'application de la loi

Le premier chapitre de la LChP traite de son but et de son champ d'application. 16.38

L'art. 1 al. 1 LChP définit les buts poursuivis par la loi sur la chasse, à savoir : la conservation de la diversité des espèces et celle des biotopes des mammifères et oiseaux indigènes et migrateurs vivants à l'état sauvage, la préservation des espèces animales menacées, la réduction à une proportion supportable des dégâts causés par la faune sauvage aux forêts et aux cultures, l'exploitation équilibrée par la chasse des populations 16.39

111 FF 1983 II 1229, 1231 ; SIEBER, 17.

112 FF 1983 II 1229, 1231 ; SIEBER, 18.

113 *Ibid.*

114 SIEBER, 18.

115 *Ibid.*

116 FF 1983 II 1229, 1231 *i.f.* ; SIEBER, 18.

117 FF 1983 II 1229, 1232 ; SIEBER, 18.

118 FF 1983 II 1229, 1232. Pour davantage de précisions à ce sujet, cf. FF 1983 II 1229, 1239 et SIEBER, 19.

119 À partir de ce moment-là, les cantons ont cinq ans pour adapter leurs lois et ordonnances sur la chasse (art. 15 OChP).

120 FF 1986 II 670, 680.

121 SIEBER, 19. Il est à noter que lors de son adoption, la loi de 1986 était fondée sur l'art. 25 aCst.

122 Ordonnance du 29 février 1988 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS 922.01).

de gibier. L'art. 1 al. 2 LChP rappelle expressément le cadre dans lequel le législateur fédéral peut légiférer ; il est contraint de se limiter à fixer les principes selon lesquels les cantons doivent réglementer la chasse. Les deux premiers objectifs concernent la protection des espèces et renvoient donc au chapitre 3 de la loi (art. 7 à 11 LChP), intitulé « protection »¹²³. Le troisième objectif se rapporte quant à lui au chapitre 4 de la loi (art. 12 s. LChP) concernant les dommages causés par la faune sauvage, tandis que le chapitre 2 de la loi (art. 3 à 6 LChP), spécialement dédié à la réglementation de la chasse, correspond au quatrième et dernier objectif. Bütler précise qu'il n'existe aucune hiérarchie entre ces buts¹²⁴. Force est de constater que nous pourrions finalement quasiment nous limiter à la lecture du titre de la loi pour en comprendre ses objectifs. En effet, celui-ci mentionne déjà ses deux principaux buts, à savoir la réglementation de la chasse et la protection des espèces¹²⁵. Il convient de préciser que le premier est principalement du ressort des cantons, le second celui de la Confédération¹²⁶. Le succès de l'actuelle LChP¹²⁷ repose d'ailleurs sur ce subtil compromis entre la protection et la régulation des espèces¹²⁸.

- 16.40 Le siège de la matière, concernant le champ d'application, se trouve à l'art. 2 LChP. La LChP s'applique à trois conditions cumulatives : l'animal concerné fait partie d'une des cinq catégories énumérées à l'art. 2 LChP ; l'animal vit en Suisse ; et l'animal vit à l'état sauvage. Il convient d'appliquer la LPN¹²⁹ et la LFSP¹³⁰ en présence d'animaux n'entrant pas dans ce cadre¹³¹.

cc) Modification du 27 septembre 2019 de la LChP

- 16.41 Suite à deux motions¹³² et un postulat,¹³³ le CF a adopté, le 23 août 2017, un Message relatif à la modification de la LChP¹³⁴. Le 27 septembre 2019, le Parlement a approuvé, en vote final, la révision de la LChP¹³⁵. Le 13 janvier 2020, un référendum a été lancé contre cette loi par des organisations de protection de l'environnement et des ani-

123 BIRDLIFE SCHWEIZ, 3.

124 Comm. LPN-BÜTLER, N 3.

125 FF 1983 II 1229, 1231; Comm. LPN-BÜTLER, N 3.

126 FF 1983 II 1229, 1232.

127 Des solutions adéquates ont toujours été trouvées, sur la base de la LChP, afin de résoudre les problèmes liés à la chasse et à la protection de la nature. De plus, aucune initiative demandant l'interdiction de la chasse n'a abouti depuis l'entrée en vigueur de la loi (BirdLife Schweiz, 2).

128 BirdLife Schweiz, 2.

129 Loi fédérale du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451).

130 Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (RS 923.0).

131 Comm. LPN-BÜTLER, N 4.

132 Motion 14.3151 déposée par le conseiller aux États Engler; Motion 14.3830 déposée par le conseiller national Landolt.

133 Postulat Landolt 14.3818.

134 FF 2017 5745.

135 FF 2019 6267.

maux¹³⁶. Cette demande de référendum a abouti le 27 janvier 2020¹³⁷. Lors de la votation populaire du 27 septembre 2020¹³⁸, la révision de la LChP a été rejetée à 51,9%.

La nouvelle loi aurait introduit un certain nombre de modifications et de compléments. 16.42

Tout d'abord, le projet entendait abroger les art. 7 al. 2 et 3 LChP et ajouter un art. 7a nLChP. Ce dernier, intitulé « régulation des espèces protégées » aurait permis, à certaines conditions, de tirer des bouquetins¹³⁹, mais aussi des loups et d'autres espèces protégées. Ces dernières auraient été préalablement désignées par le CF dans l'OChP. Cette décision de régulation aurait été du ressort des cantons, après consultation de l'OFEV. L'approbation de la Confédération n'aurait plus été nécessaire. 16.43

Ensuite, concernant le droit pénal, l'art. 20 LChP¹⁴⁰, en particulier, devait être complété. Sa teneur aurait été la suivante : 16.44

1. *Le retrait de l'autorisation de chasser peut être prononcé par le juge, pour une année au minimum et dix ans au maximum :*

a. *lorsque le titulaire a, intentionnellement ou par négligence, tué ou blessé grièvement une personne au cours de la chasse ou a intentionnellement commis ou tenté de commettre un délit visé à l'art. 17, qu'il en soit l'auteur, l'instigateur ou le complice, et*

b. *s'il y a lieu de craindre que le titulaire commette de nouveau de tels actes.*

1bis. *Cette mesure peut également être prononcée en cas d'irresponsabilité ou de responsabilité restreinte de l'auteur au sens de l'art. 19, al. 1 et 2, du Code pénal* (le rédacteur souligne). 16.45

Pour commencer, la formulation « peut être » devait être ajoutée. Ainsi, le retrait de l'autorisation de chasser n'aurait pas été impératif (*Muss-Vorschrift*), mais potestatif (*Kann-Vorschrift*). Cette disposition potestative aurait conféré au juge une liberté d'appréciation. Ensuite, cette nouvelle loi entendait ajouter une seconde condition, cumulative à la première, permettant au magistrat de prononcer un retrait de l'autorisation de chasser. En effet, la lit. b aurait posé l'exigence d'un pronostic défavorable. En outre, l'alinéa 1^{bis} aurait ajouté qu'en cas d'irresponsabilité ou de responsabilité restreinte de l'auteur, ce dernier aurait été passible d'un retrait d'autorisation de chasser. Enfin, le même alinéa, par sa formulation, aurait clarifié la nature de ce retrait de permis ; il aurait été question d'une « mesure ». Bien que ce texte ne soit pas entré en vigueur, ce

136 ProNatura, WWF Suisse, BirdLife Suisse, zoosuisse et le groupe Loup Suisse.

137 FF 2020 933.

138 Initialement, cette votation aurait dû avoir lieu le 17 mai 2020. Elle a été reportée au 27 septembre 2020 en raison de la COVID-19.

139 La LChP, à son art. 7 al. 3, classe déjà le bouquetin en tant qu'espèce protégée pouvant être régulée. Toutefois cette régulation doit avoir lieu durant la période du 1^{er} septembre au 30 novembre, tandis qu'avec la nouvelle loi non entrée en vigueur, cette période se serait étendue du 1^{er} août au 30 novembre (art. 7a al. 1 lit. a nLChP).

140 Concernant l'art. 20 LChP et particulièrement la qualification de la sanction de retrait de l'autorisation de chasser, cf. aussi N 16.127 ss.

dernier élément met en lumière la volonté actuelle du législateur de qualifier le retrait de l'autorisation de chasser comme une mesure au sens du CP.

- 16.46 Il sied de relever que la nouvelle loi n'aurait introduit aucune modification allant dans le sens d'un durcissement de la répression pénale, en particulier d'une augmentation des peines-menaces. Cette question n'a d'ailleurs jamais été soulevée dans le cadre des débats parlementaires ayant eu lieu à l'occasion de la modification de la LChP.

d) Lois et ordonnances fédérales connexes

- 16.47 Nous l'avons vu, le siège de la matière concernant le droit de la chasse se trouve dans une législation spécialement conçue à cet effet, la LChP. Il n'en demeure pas moins que d'autres lois et ordonnances fédérales gravitent autour du droit de la chasse et doivent également être prises en considération lors de l'étude d'un cas relevant du droit de la chasse. Il s'agit principalement de la LPE¹⁴¹, la LPN, la LPA¹⁴², la LArm¹⁴³, l'OChP, l'ODF¹⁴⁴, l'OROEM¹⁴⁵, l'ORB¹⁴⁶ et l'OPN¹⁴⁷.

3. Droit intercantonal

- 16.48 Certains cantons ont, par le biais de concordats intercantonaux, légiféré de manière commune concernant certains aspects du droit de la chasse. Ces concordats sont au nombre de trois :
- Le Concordat du 22 mai 1978 sur l'exercice et la surveillance de la chasse¹⁴⁸
 - Le Concordat du 19 février 1998 concernant la chasse sur le lac de Neuchâtel¹⁴⁹
 - Le Concordat du 19 février 1998 concernant la chasse sur le lac de Morat¹⁵⁰.
- 16.49 La faune sauvage ainsi que son environnement ignorent les frontières cantonales. C'est pour cette raison qu'à notre sens, l'adoption de ces concordats intercantonaux est judicieuse. Cela permet d'homogénéiser la réglementation par zones, sans pour autant unifier le tout au niveau fédéral, ce qui empêcherait la prise en compte des spécificités régionales. Il serait souhaitable que ce type d'acte normatif se développe davantage.

141 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

142 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux (RS 455).

143 Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS 514.54).

144 Ordonnance du 30 septembre 1991 concernant les districts francs fédéraux (RS 922.31).

145 Ordonnance du 21 janvier 1991 sur les réserves d'oiseaux d'eau et de migrateurs d'importance internationale et nationale (RS 922.32).

146 Ordonnance du 30 avril 1990 sur la régulation des populations de bouquetins (RS 922.27).

147 Ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451.1).

148 RSV 922.91 ; RSF 922.4 ; RSN 922.511.

149 RSV 922.93 ; RSF 922.5 ; RSN 922-521.

150 RSV 922.95 ; RSF 922.6.

4. Droit cantonal

a) Compétence législative des cantons en matière de chasse

Comme nous l'avons exposé *supra*, une grande partie de la réglementation en matière de chasse revient aux cantons¹⁵¹. 16.50

b) Lois cantonales sur la chasse

Tous les droits cantonaux comprennent une loi, dont la dénomination varie, qui traite spécifiquement de la chasse. 16.51

Ces lois comptent toutes des règles concernant le permis de chasse, la surveillance de la chasse, la protection de la faune et des biotopes ainsi que les dommages causés par la faune. De plus, elles comprennent des dispositions pénales de rang cantonal. En outre, ces lois définissent le régime de chasse applicable pour leurs cantons respectifs. 16.52

Toutes les lois cantonales sur la chasse sont assorties d'ordonnances, de règlements, de directives ou d'arrêtés édictés par les cantons. 16.53

III. Aspects choisis de droit pénal de la chasse suisse

1. Punissabilité des infractions commises par négligence

a) En droit fédéral

aa) Généralités

En droit pénal suisse, l'auteur qui réalise tous les éléments constitutifs objectifs d'une infraction n'est pas forcément punissable; en principe¹⁵², toute infraction suppose encore un comportement intentionnel ou négligent de la part de l'auteur¹⁵³. 16.54

En ce qui concerne les infractions au CP, selon l'art. 12 al. 1 CP, seule la commission intentionnelle d'un crime, d'un délit ou d'une contravention¹⁵⁴ est en principe punissable; une infraction commise par négligence est uniquement punissable si une disposition légale le prévoit expressément¹⁵⁵. 16.55

En ce qui concerne les infractions de droit pénal accessoire, pour les **crimes** et les **délits**, cette règle d'interprétation est également valable (art. 333 al. 1 CP)¹⁵⁶. En revanche, pour 16.56

151 Cf. N 16.18. Pour une liste exemplative des compétences législatives cantonales en matière de droit de la chasse, cf. Comm. LPN-BÜTLER, N 12.

152 Pour l'« exception » à ce principe, cf. CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 21.

153 CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 10.

154 Le texte légal de l'art. 12 al. 1 CP ne mentionne pas les contraventions. Toutefois, au vu du renvoi de l'art. 104 CP, il faut admettre que l'art. 12 al. 1 CP englobe les contraventions (CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 23).

155 CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 18 s.; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 221.

156 CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 22; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 335.

les **contraventions** prévues par le droit pénal accessoire, l'art. 333 al. 7 CP institue une règle inverse : à moins qu'une disposition impose la répression de la seule intention, la négligence est réprimée¹⁵⁷.

bb) Dans la LChP

- 16.57 Concernant les infractions de droit pénal accessoire prévues dans la LChP, les choix suivants ont été faits.
- 16.58 S'agissant des délits, le siège de la matière se trouve à l'art. 17 LChP. Selon cet article, tant l'auteur agissant intentionnellement que celui agissant par négligence sont punissables. Le premier sera passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, tandis que le second sera amendable. La raison pour laquelle le législateur a décidé de réprimer également la négligence, en dérogeant au principe général découlant des art. 12 al. 1 et 333 al. 1 CP est simple : éviter qu'on ne puisse éluder ces dispositions¹⁵⁸.
- 16.59 S'agissant des contraventions, le siège de la matière se trouve à l'art. 18 LChP. Il convient de constater qu'en principe, le législateur les réprime toutes, qu'elles soient commises par intention ou par négligence. Selon Hilf et Vest, il existe toutefois deux exceptions à cela. En effet, ils considèrent que seul un comportement intentionnel est susceptible de constituer une violation des art. 18 al. 1 lit. h et 18 al. 4 LChP¹⁵⁹. À notre sens, concernant l'art. 18 al. 4 LChP, cette position est contestable, et ce pour la raison suivante : il ressort de l'art. 333 al. 7 CP qu'en matière de contraventions prévues par le droit pénal accessoire, le principe qui prévaut est celui de la punissabilité des contraventions, même quand elles ont été commises par négligence. Il est possible de déroger à ce principe s'il ressort de la disposition applicable que la contravention est réprimée uniquement si elle a été commise intentionnellement¹⁶⁰. En l'espèce, rien n'indique dans l'art 18 al. 4 LChP que la contravention doit être réprimée seulement en cas de comportement intentionnel. Par conséquent, il convient de la réprimer également en cas de négligence. Quant à l'art. 18 al. 1 lit. h LChP, réprimant celui qui entrave l'exercice de la chasse, nous approuvons l'opinion d'Hilf et Vest. En effet, l'art. 18 al. 3 LChP ne mentionne pas la lit. h. Il en résulte *a contrario* que ledit comportement n'est punissable que lorsque le délinquant a agi intentionnellement.
- 16.60 Ce choix de laisser la négligence impunie en cas d'entrave à l'exercice de la chasse repose sur l'idée que les utilisateurs de la forêt – notamment les promeneurs et les ramasseurs de champignons – peuvent être amenés relativement facilement à déranger l'exercice de

157 CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 23 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 335. Pour une critique de cette inversion de la règle concernant le droit pénal accessoire, cf. JENNY G., Tatbestands- und Verbotssirrtum im Nebenstrafrecht, RPS 108 (1990), 241 ss, 244.

158 FF 1983 II 1229, 1248.

159 HILF/VEST, 169.

160 Cf. aussi N 16.56.

la chasse. Leur infliger une sanction apparaîtrait trop strict¹⁶¹. Toutefois, selon Hilf et Vest, le comportement visé par l'art. 18 al. 1 lit. h LChP doit être interprété avec prudence ; il concerne le fait d'entraver une chasse **en cours**, excluant ainsi les actes ayant lieu **en amont** de cette dernière. En conséquence, l'art. 18 al. 1 lit. h LChP ne doit notamment pas couvrir des cas de vol et de destruction d'armes de chasse stockées¹⁶². À notre sens, de tels actes tomberaient dès lors sous le coup des art. 139 et 144 CP et seraient, ainsi, également punissables uniquement en cas de comportement intentionnel.

Il convient d'ajouter que Rusconi¹⁶³ formule une remarque au sujet du droit pénal de la circulation routière qui, selon nous, trouve également – par analogie – application en droit pénal de la chasse. La remarque est la suivante : la notion de négligence dans le droit pénal de la circulation routière revêt un caractère particulier. En effet, les règles de la circulation routière tracent les qualités du conducteur modèle. Par conséquent, l'appréciation subjective tend à s'effacer, laissant uniquement place à la comparaison objective avec le comportement du conducteur modèle¹⁶⁴. Les règles de l'exercice de la chasse tracent également les qualités du chasseur modèle. Par conséquent, cette remarque formulée par Rusconi peut à notre avis également s'appliquer, par analogie, en droit pénal de la chasse. Ainsi, lors de l'appréciation de l'éventuel caractère négligent d'un comportement prohibé par le droit pénal de la chasse, il convient selon nous de se limiter à comparer l'agissement de l'auteur avec celui d'un individu modèle, placé dans les mêmes circonstances. 16.61

*b) En droit cantonal*¹⁶⁵

aa) Généralités

Comme mentionné précédemment ; une infraction peut être commise de manière intentionnelle ou par négligence¹⁶⁶. 16.62

À l'inverse du principe qui prédomine dans le CP concernant les infractions, un certain nombre de cantons prévoient que les contraventions sont également punissables lorsqu'elles sont commises par négligence. Il est possible de déroger à ce principe si une disposition prévoit expressément le contraire. 16.63

161 BO CE 1985 2171.

162 HILF/VEST, 169.

163 RUSCONI, 382.

164 Pour rappel, l'imprévoyance est coupable lorsque l'auteur n'a pas agi avec toute la prudence qu'on pouvait attendre de lui objectivement (en comparaison avec un individu modèle, dans les mêmes circonstances) et subjectivement (en comparaison avec la situation personnelle de l'auteur), CR CP I-VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 90.

165 Comme mentionné supra (cf. N 16.16) le canton de Genève interdit la chasse aux particuliers. Par conséquent, nous ne l'aborderons pas dans la présente section.

166 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 221.

bb) Canton de Vaud

- 16.64 L'art. 12 de la Loi pénale vaudoise¹⁶⁷ renvoie à la LContr¹⁶⁸. Cette dernière, à son article 12, prévoit que la contravention est punissable même si elle est commise par négligence, sauf disposition contraire.
- 16.65 La LFaune¹⁶⁹ ne déroge pas à ce principe¹⁷⁰, ce qui signifie qu'une violation de cette dernière ou de ses dispositions d'application est punissable, qu'elle soit commise intentionnellement ou par négligence.

cc) Canton du Jura

- 16.66 Le législateur jurassien prévoit également, à l'art. 3 de sa Loi sur l'introduction du Code pénal¹⁷¹, que sauf disposition contraire, la contravention est punissable même si elle est commise par négligence.
- 16.67 La Loi du 11 décembre 2002 sur la chasse et la protection de la faune sauvage¹⁷² (Loi jurassienne) reste muette quant à la question de la forme de la faute requise pour être punissable. Il convient dès lors d'en déduire que la violation d'une des dispositions énumérées à l'art. 71 de la Loi jurassienne est punissable, qu'elle soit commise intentionnellement ou par négligence.

dd) Canton du Valais

- 16.68 Contrairement aux prescriptions cantonales examinées ci-dessus, à teneur de l'art. 73 de la Loi du 12 mai 2016 d'application du Code pénal¹⁷³ (LACP-VS), seule la contravention commise intentionnellement est punissable. Dans le cas où une disposition légale le prévoit, une contravention commise par négligence est envisageable.
- 16.69 Il sied de relever que l'art. 46 LcChP¹⁷⁴ ne fait nullement référence à la négligence. Son texte légal limite expressément la punissabilité à un comportement intentionnel en disposant que : « *[e]st passible d'une amende celui qui, intentionnellement, [...]* » (le rédacteur souligne). Partant, seul l'auteur d'un comportement intentionnel violant les dispositions de l'art. 46 LcChP est susceptible d'être puni. Le Message du Conseil d'État du

167 Loi pénale vaudoise du 19 novembre 1940 (RSV 311.15).

168 Loi du 19 mai 2009 sur les contraventions (RSV 312.11).

169 Loi du 28 février 1989 sur la faune (RSV 922.03).

170 Cf. art. 77 LFaune qui précise « [...] intentionnellement ou par négligence [...] ».

171 Loi du 9 novembre 1978 sur l'introduction du Code pénal suisse (RSJU 311).

172 RSJU 922.11.

173 RSVS 311.1.

174 Loi du 30 janvier 1991 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RSVS 922.1).

canton du Valais précise qu'à cet égard, la LcChP se distingue de la loi fédérale qui condamne la négligence¹⁷⁵.

ee) Canton de Fribourg

L'art. 10 al. 2 de la Loi du 6 octobre 2006 d'application du Code pénal¹⁷⁶ (LACP-FR) prévoit que la contravention est punissable même si elle est commise par négligence, sauf disposition contraire. 16.70

La LCha¹⁷⁷ ne déroge pas à ce principe¹⁷⁸, ce qui signifie en conséquence qu'une violation des art. 9, 11, 14 et 18 de la LCha ou des dispositions de la réglementation d'exécution est punissable, qu'elle soit commise intentionnellement ou par négligence¹⁷⁹. 16.71

ff) Canton de Neuchâtel

À teneur de l'art. 7 CPN¹⁸⁰, la contravention est également punissable si elle est commise par négligence, sauf disposition contraire. 16.72

L'art. 72 de la LFS¹⁸¹ ne dérogeant pas à ce principe¹⁸², une violation dudit article par négligence est – à l'instar d'une violation intentionnelle – punissable. 16.73

gg) Synthèse

Tous ces droits cantonaux prévoient une règle générale au sujet de la punissabilité des contraventions commises par négligence, se laissant toujours le choix d'y déroger en disposant le contraire dans une loi spéciale. 16.74

Dans tous les cantons examinés, le choix qui a été fait est le suivant : la loi cantonale sur la chasse – en tant que loi spéciale – ne prévoit pas d'exception à ladite règle générale. Cela signifie concrètement que les cantons de Vaud, du Jura, de Fribourg et de Neuchâtel punissent également les auteurs commettant des contraventions par négligence dans l'exercice de la chasse. De son côté, le canton du Valais ne déroge pas non plus à la règle générale de la LACP-VS, qui ne réprime pas la négligence en matière de contravention, et laisse la négligence impunie¹⁸³. 16.75

175 Message du Conseil d'État accompagnant le projet de loi cantonale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 27 septembre 1990, 16.

176 RSF 31.1.

177 Loi du 14 novembre 1996 sur la chasse et la protection des mammifères, des oiseaux sauvages et de leurs biotopes (RSF 922.1).

178 Cf. art. 54 LCha qui précise « [...] intentionnellement ou par négligence [...] ».

179 HILF/VEST, 233.

180 Code pénal neuchâtelois du 20 novembre 1940 (RSN 312.0).

181 Loi du 7 février 1995 sur la faune sauvage (RSN 922.10).

182 Cf. art. 72 LFS qui précise « [...] intentionnellement ou par négligence [...] ».

183 La tournure de la disposition générale valaisanne prévoyant que « sauf disposition contraire, les contraventions de droit cantonal ou de droit communal ne sont pas punissables lorsqu'elles ont été commises par négligence » a été voulue par le Grand Conseil du Canton du Valais, plus précisé-

- 16.76 À notre sens, la législation valaisanne devrait se calquer sur celle des autres cantons analysés, notamment pour les cinq raisons qui suivent.
- 16.77 Premièrement, Dongois et Bichovsky sont de l'avis que la répression de la négligence en matière environnementale est nécessaire, de manière générale. À l'appui de ce propos, elles soulignent que la majorité des atteintes à l'environnement sont commises par négligence¹⁸⁴.
- 16.78 Deuxièmement, il convient de rappeler deux des buts de la LcChP, soit la réalisation des objectifs définis par la LcChP¹⁸⁵ ainsi que la conservation des biotopes et de la diversité des espèces¹⁸⁶. Afin d'atteindre ces objectifs, la LcChP contient un certain nombre de dispositions, notamment pénales. En réprimant également la violation de ces dispositions commise par négligence, les destinataires de la loi seraient probablement poussés à la respecter de manière plus rigoureuse. En conséquence, l'atteinte des buts précités serait nécessairement favorisée.
- 16.79 Troisièmement, les actes constituant des contraventions sont expressément interdits dans la LcChP¹⁸⁷. Dès lors, un comportement négligent apparaît difficilement excusable et devrait être sanctionné.
- 16.80 Quatrièmement, la majorité des dispositions de la LcChP s'adresse aux chasseurs. Ces derniers sont titulaires d'un permis de chasse, obtenu suite à la réussite d'un examen de chasse portant notamment sur « la législation relative à la chasse et à la protection des mammifères et oiseaux sauvages, ainsi que sur les législations connexes » (art. 2 al. 4 lit. a RexChP¹⁸⁸). En conséquence, les exigences attendues d'un chasseur sont élevées et un comportement négligent n'est pas tolérable.
- 16.81 Cinquièmement, il peut s'avérer compliqué de prouver le caractère négligent ou intentionnel d'un comportement ayant eu lieu durant l'exercice de la chasse. Condamner la négligence permettrait de faciliter la preuve des faits et une économie de procédure.

ment par la Commission des institutions et de la famille. Cette dernière explique que « cette disposition vise à aider et à faciliter le travail des communes qui n'emploieraient pas de juristes. » (Rapport sur la LACP-VS de la Commission des institutions et de la famille du 22 février et du 1^{er} mars 2016, 15 s.).

184 DONGOIS/BICHOVSKY, 68.

185 Cf. N 16.39.

186 Art. 1 al. 1 lit. a et d LcChP.

187 Dans le cas du canton de Vaud, M. Jacques Matile, membre d'une commission d'experts, rapporte que le fait de réprimer la négligence est justifié « *s'agissant d'actes qui [...] sont manifestement interdits.* » (BGC VD, séance du 10.11.1969, 105). À ce sujet, il est à noter que dans certains cantons, le législateur se limite à renvoyer à sa loi sur la chasse et à ses dispositions d'application afin de définir les comportements punissables (VD, NE). Dans le cas du canton du Valais, la LcChP liste, en partie, lesdits actes (cf. art. 46 lit. a à d LcChP) ce qui rend, à notre sens, un comportement négligent difficilement excusable.

188 Règlement du 22 juin 2016 d'exécution de la loi sur la chasse (RSVS 922.100).

2. Comportements incriminés

a) Généralités

En vertu du principe *nullum crimen sine lege*¹⁸⁹, celui qui adopte un comportement qui n'est pas décrit dans un énoncé de fait légal ne peut être puni¹⁹⁰. Ce principe implique de cerner les comportements que la loi incrimine de sorte que dans la présentation qui suit, nous passerons en revue et préciserons tous les comportements incriminés par la LChP. 16.82

b) Dans la LChP

Divers comportements sont érigés en infraction pénale, leur fondement légal se trouvant aux art. 17 et 18 LChP. Ces articles décrivent les comportements incriminés ainsi que les peines associées. Ils ne prévoient pas de peines privatives de liberté de plus de trois ans, de sorte qu'il est impossible de commettre une infraction à la LChP sous la forme d'un crime. L'art. 17 LChP concerne les délits, tandis que l'art. 18 LChP traite des contraventions. 16.83

Relevons à titre liminaire que la LChP opère, à plusieurs reprises, une distinction entre les espèces « protégées » et les espèces « pouvant être chassées »¹⁹¹. Afin d'approcher correctement cette dichotomie, il convient de se référer à notre schéma y relatif¹⁹². 16.84

aa) délits de l'art. 17 LChP

Tout d'abord, il convient de noter que la première phrase de l'art. 17 al. 1 LChP établit le défaut d'autorisation comme condition générale de punissabilité. En effet, pour être punissable, l'auteur ayant adopté un des comportements mentionnés aux lit. a à i de l'art. 17 al. 1 LChP doit encore l'avoir fait sans autorisation justifiant son comportement. 16.85

Ensuite, le législateur énumère une série de comportements au travers des neuf lettres de l'art. 17 al. 1 LChP. 16.86

Premièrement, la lit. a mentionne cinq comportements prohibés. Les deux premiers, soit le fait de chasser et de tuer sans droit, concernent tant les espèces pouvant être 16.87

189 Ce principe est une composante du principe de la légalité, découlant de l'art. 1 CP (HURTADO POZO/GODEL, N 68).

190 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 805.

191 D'un point de vue terminologique, force est de constater que la version française de la LChP ne désigne pas les espèces qui peuvent être chassées de manière uniforme, ce qui ne facilite pas la compréhension de ladite loi. Elle emploie les formulations suivantes de manière synonyme : « les espèces pouvant être chassées », « le gibier » et « les animaux non protégés ». La doctrine parle aussi d'espèces « chassables » (cf. PETITPIERRE-SAUVAIN, La chasse en Suisse, 346). Cf. schéma explicatif en annexe (figure n° 1).

192 Cf. schéma explicatif en annexe (figure n° 1).

chassées que les espèces protégées¹⁹³. Les trois suivants, soit le fait de capturer, de garder en captivité et de s'approprier sans droit, concernent quant à eux uniquement les espèces protégées¹⁹⁴.

- 16.88 De manière générale, ces notions sont claires. Le verbe « chasser » soulève toutefois quelques interrogations. Englobe-t-il l'activité du chasseur qui chasse sans succès ? Qu'en est-il de celui qui attend dans une cachette sans se déplacer ? Les limites de la notion de « chasse » au sens de la LChP étant floues, le TF¹⁹⁵, certains auteurs¹⁹⁶ et l'OFEV¹⁹⁷ se sont exprimés à cet égard. Les définitions qu'ils proposent se rejoignent largement. Elles expriment l'idée générale selon laquelle tout comportement visant à tuer ou à manipuler des animaux sauvages doit être interprété comme un acte cynégétique. Partant, toute une série d'actions, soit notamment la recherche, la poursuite, l'attente et le tir d'animaux sauvages sont englobées par la notion de « chasse ». Elle comprend également le fait de chasser sans succès. Toutefois, la notion n'englobe pas les activités liées à la chasse n'ayant pas pour objectif direct la manipulation ou la mise à mort d'animaux sauvages. À titre d'exemple, l'observation non armée du gibier n'est pas considérée comme un comportement entrant dans la notion de « chasse ».
- 16.89 Il est à noter que dans un arrêt récent, le TF s'est penché plus particulièrement sur la notion de « chasse » par opposition à celle de « tir ». Cette analyse a eu lieu dans le contexte de l'art. 11 al. 5 LChP, qui mentionne ces deux notions. Selon cette jurisprudence, au contraire de la chasse, le tir, tel qu'évoqué aux art. 9 al. 4 ou 10 ODF, doit être ordonné sur une base individuelle et spécifique, qui détaille les personnes habilitées à

193 Juge du district de Sierre, RVJ 1999 343, c. 3a. Cet arrêt précise que cette disposition punit aussi bien celui qui chasse, sans droit, des espèces **pouvant être chassées** que des espèces **protégées**.

194 HILF/VEST, 158. Dans le cas où lesdits comportements concerneraient des espèces pouvant être chassées, il conviendrait de se référer à l'art. 18 al. 1 lit. a LChP, sur lequel nous reviendrons *infra* (cf. N 16.104).

195 ATF 74 IV 212 ; ATF 98 IV 139 ; ATF 113 IV 42. Ces arrêts définissent la chasse comme comprenant toutes les activités ou comportements visant à tuer ou à capturer le gibier, et ce peu importe que ce but soit atteint.

196 À titre d'exemple, HÄMMERLI propose cette définition de la chasse : « [l]a chasse comprend la recherche, la poursuite, l'abattage ou la capture de gibier dans l'intention de tuer ou du moins de se l'approprier, ainsi que la conservation de la faune. » (trad. libre dont la version originale est la suivante : « [J]agd ist das *Aufsuchen, Verfolgen, Erlegen oder Fangen des Wildes, in der Absicht, es sich anzueignen oder doch wenigstens zu toten, sowie die Hege des Wildes.* »), HÄMMERLI, 17.

197 « La notion de chasse porte non seulement sur la capture ou la mise à mort, mais englobe toute une chaîne d'actions qui vont de la recherche à la mise à mort et à l'appropriation. Au sens de la législation sur la chasse, le terme de chasse désigne le dépistage, la traque, l'affût, le débusquage, le tir, la capture ou la recherche, en groupe ou individuellement, d'animaux sauvages, dans le but de les abattre et/ou de se les approprier. En revanche, cette définition ne couvre pas d'autres activités liées à la chasse telles que l'observation, le recensement et le comptage du gibier par des personnes non armées, ou des activités scientifiques ayant trait au gibier, comme la capture d'animaux à des fins de recherche scientifique (p. ex. baguer des oiseaux ou capturer des lynx.) » (OFEV, Modification de l'ordonnance sur la chasse, Rapport explicatif du 15 juillet 2012, 3, disponible sous : <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/27657.pdf>> [6.5.2020]).

tirer et précise les conditions dans lesquelles le tir doit être effectué. De plus, il convient de procéder à une pesée des intérêts¹⁹⁸ afin de déterminer si la mesure est nécessaire et proportionnée¹⁹⁹.

Deuxièmement, la lit. b mentionne trois comportements, soit le fait de dénicher des œufs, de dénicher de jeunes oiseaux et de déranger les oiseaux pendant la couvaison. Ces comportements concernent uniquement les espèces protégées²⁰⁰.

Troisièmement, la lit. c mentionne le fait d'importer, de faire transiter, d'exporter, de mettre en vente et d'aliéner des « animaux protégés vivants ou morts, des parties ou produits de ces animaux, ainsi que des œufs ». Cette lettre, rédigée de manière claire, ne nécessite à notre sens aucun commentaire particulier.

Quatrièmement, la lit. d incrimine les sept comportements suivants : l'action d'acquérir, de recevoir en don ou en gage, de prendre sous sa garde, de dissimuler, d'écouler ou d'aider à écouler des animaux vivants ou morts ou des produits de ceux-ci²⁰¹. À teneur de ladite lettre, l'auteur doit avoir agi de la sorte en sachant ou devant présumer que lesdits animaux ont été obtenus par un acte délictueux.

Cette lit. d, à l'inverse de celle qui la précède, ne mentionne pas les « parties » et « œufs » des animaux. Il convient toutefois de considérer que cette lettre englobe également ces termes²⁰².

Cinquièmement, la lit. e érige en infraction pénale le fait de pénétrer dans une zone protégée, muni d'une arme de tir, sans motif suffisant.

Par « zone protégée », il sied de comprendre : les districts francs²⁰³ et les réserves d'oiseaux²⁰⁴. En revanche, Hilf et Vest précisent que les zones d'habitation occupées dans

198 Les intérêts à prendre en compte sont en particulier ceux du patrimoine culturel et du paysage, de la protection de la nature, ainsi que de la sylviculture et de l'agriculture.

199 TF, 25.11.2020, 1C_243/2019.

200 Deux remarques s'imposent. Premièrement, en ce qui concerne le dernier comportement mentionné, soit déranger les oiseaux pendant la couvaison, la loi ne précise pas s'il concerne aussi les espèces pouvant être chassées. Selon l'interprétation téléologique de Hilf et Vest il s'agit exclusivement des espèces protégées (HILF/VEST, 160). Deuxièmement, nous soulignons que dans le cas où des œufs ou de jeunes oiseaux d'espèces pouvant être chassées étaient dénichés, il conviendrait de se référer à l'art. 18 al. 1 lit. f LChP, sur lequel nous reviendrons *infra* (cf. N 16.112).

201 ATF 123 IV 70 : cet arrêt explicite que le fait d'empailler un animal sans se soumettre à la procédure obligatoire rentre dans le champ d'application de l'art. 17 al. 1 lit. d LChP.

202 ATF 61 I 425 : cet arrêt considère que l'achat d'une partie d'un cerf obtenue par un acte délictueux, soit sa fourrure, est également punissable; HILF/VEST, 161 : ces auteurs considèrent qu'il faut inclure à la lit. d les « parties » et « œufs » des animaux et ne pas s'écarter inutilement de la lit. c.

203 Les districts francs fédéraux sont des zones protégées, énumérées dans l'ODF (cf. annexe 1 ODF), où la chasse est en principe interdite (art. 11 al. 5 LChP). En sus, un certain nombre d'autres activités humaines – telles que la circulation automobile ou le ski (art. 5 al. 1 lit. g et h ODF) – sont également prohibées dans ces zones.

204 Art. 11 LChP.

lesquelles la chasse n'est pas permise en raison de la protection de la population et du patrimoine²⁰⁵ n'entrent pas dans cette notion²⁰⁶.

- 16.96 Par « arme de tir », selon Häberling, il convient d'entendre : armes à feu, arbalètes et arcs, dans la mesure où ils sont adaptés au braconnage²⁰⁷.
- 16.97 Par « motif suffisant », l'art. 17 al. 1 lit. e LChP vise en premier lieu les personnes autorisées à porter une arme non chargée en vertu de l'ordonnance concernant les districts francs fédéraux (art. 5 al. 1 lit. d ODF) ou de l'ordonnance sur les réserves d'oiseaux d'eau et de migrateurs d'importance internationale et nationale (art. 5 al. 1 lit. d OROEM)²⁰⁸. En second lieu, la disposition vise les personnes habitant à l'intérieur des zones concernées auxquelles les cantons ont accordé des dérogations²⁰⁹.
- 16.98 Sixièmement, la lit. f traite du fait de rabattre ou d'attirer des animaux hors de zones protégées. La différence entre les termes « rabattre » et « attirer » réside dans le point de départ de l'action. Le chasseur se plaçant à l'intérieur de la zone protégée afin de pousser des animaux hors de la zone protégée « rabat ». Celui qui se place à l'extérieur de la zone protégée afin de ramener les animaux à lui, « attire ». Quant à la « zone protégée », il s'agit de la même notion que celle développée pour la lettre précédente (lit. e)²¹⁰.
- 16.99 Septièmement, la lit. g sanctionne le lâcher d'animaux. À cet égard, il convient toutefois de préciser que certains peuvent tout de même être lâchés légalement. Il s'agit tout d'abord des animaux pouvant être chassés. Les cantons peuvent en lâcher à certaines conditions (art. 6 al. 1 LChP). Ensuite, le lâché d'animaux indigènes²¹¹ peut également être autorisés, à certaines conditions. Si ces derniers faisaient autrefois partie de l'ensemble des espèces indigènes, mais qu'on ne rencontre plus en Suisse, il appartient au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication de l'autoriser. Dans le cas où il s'agit d'animaux appartenant à des espèces protégées qu'on rencontre déjà en Suisse et qui sont menacées d'extinction, c'est à l'OFEV que revient la compétence de l'autoriser (art. 8 OChP).

205 Art. 41 al. 1 lit. c LFaune, 35 lit. b Loi jurassienne, 18 al. 1 lit. b LcChP, 24 al. 2 lit. a OCha et 43 lit. b LFS.

206 HILF/VEST, 162. Il convient d'ajouter qu'en cas de pénétration – muni d'une arme de tir et sans motif suffisant – sur le territoire de chasse, le siège de la matière se trouve à l'art. 18 al. 1 lit. b LChP sur lequel nous reviendrons *infra* (cf. N 16.105).

207 Il est à noter qu'à titre d'exemple, certains lance-pierres ne constituent pas une arme de tir au sens de la LChP, dans la mesure où ils ne sont pas adaptés au braconnage (HÄBERLING, 190 s.).

208 Soit, les personnes autorisées à chasser allant chasser dans la zone en question ou les personnes étant astreintes au service militaire allant exécuter une tâche militaire dans la zone en question.

209 Art. 5 al. 1 lit. d, 2^e phr. ODF ; art. 5 al. 1 lit. d, 2^e phr. OROEM.

210 HILF/VEST, 163.

211 Notons que les animaux non indigènes ne peuvent pas être lâchés (art. 8^{bis} al. 1 OChP).

Huitièmement, la lit. h mentionne explicitement quatre méthodes de chasse prohibées à l'égard de certaines espèces animales. Ces méthodes entrent dans le champ d'application, plus large, de la lit. i. Ainsi, la lit. h n'apporte aucune valeur ajoutée²¹². 16.100

Neuvièmement, la lit. i prohibe, de manière générale, certains moyens et engins de chasse. Cette disposition renvoie à l'art. 3 al. 4 LChP qui renvoie à l'art. 2 OChP²¹³. 16.101

bb) Contraventions de l'art. 18 LChP

Le chapeau de l'art. 18 LChP mentionne une absence de « raison valable », tandis que celui de l'art. 17 LChP évoque, nous l'avons vu, une absence « d'autorisation ». Le texte allemand, quant à lui, utilise la même formulation pour les deux articles, soit « *ohne Berechtigung* ». Selon Hilf et Vest, il est correct d'utiliser la même formulation pour les deux dispositions. L'absence de « raison valable » étant une mauvaise traduction de la part du Conseil national²¹⁴, il faudrait unifier la terminologie en une absence « d'autorisation »²¹⁵. La notion étant donc la même que celle de l'art. 17 LChP, il convient de se référer à l'explication que nous avons fournie à son sujet *supra*²¹⁶. 16.102

Ensuite, le législateur énumère également une série de comportements au travers des huit lettres de l'art. 18 al. 1 LChP et de l'art. 18 al. 4 LChP. 16.103

Premièrement, la lit. a mentionne quatre comportements se rapportant tous à des espèces pouvant être chassées. Concernant les trois premiers comportements énumérés – soit le fait de capturer, de tenir en captivité et de s'approprier –, la disposition correspondante en matière d'espèces protégées se trouve à l'art. 17 al. 1 lit. a LChP, examiné *surpa*. Concernant le quatrième comportement énuméré – soit le fait d'importer des espèces dans le but de les lâcher – il se rapporte à l'art. 9 al. 1 lit. c LChP²¹⁷. 16.104

Deuxièmement, la lit. b érige en infraction pénale le fait de pénétrer sur le territoire de chasse, muni d'une arme de tir, sans motif suffisant. 16.105

La définition de la notion de « territoire de chasse » revêt une certaine importance, et ce pour la raison suivante. Prenons un individu qui traverse une ville, muni d'une arme de tir. Se trouve-t-il sur un territoire de chasse, le rendant ainsi susceptible de se voir repro- 16.106

212 HILF/VEST, 163.

213 À titre d'exemple l'art. 2 OChP interdit, pour l'exercice de la chasse, l'utilisation d'« explosifs, engins pyrotechniques, poisons, soporifiques ainsi qu'appâts empoisonnés ou tranquillisants » ou encore les « tirs à partir de véhicules à moteur en marche, de téléphériques, de funiculaires, de télésièges, de téléskis, de chemins de fer et d'aéronefs ».

214 BO CN 1985 2172.

215 HILF/VEST, 164.

216 Cf. N 16.85.

217 Les mêmes remarques que celles faites à propos de l'art. 17 al. 1 lit. g LChP concernant le lâcher d'animaux légal s'appliquent.

cher le comportement que sanctionne l'art. 18 al. 1 lit. b LChP ? La réponse est affirmative si l'on considère que le territoire de chasse est tout endroit où la chasse n'est pas interdite de par la **loi**. En effet, la loi n'interdit en principe pas explicitement la chasse dans les villes, ce qui signifierait que ces dernières devraient être considérées comme des territoires de chasse. Il en va différemment si l'on considère que le territoire de chasse est tout endroit où la chasse peut être pratiquée, dans les **faits**. Dans ce cas – la ville n'étant pas un territoire adapté à la chasse – celui qui y pénètre avec une arme de tir ne tombera pas sous le coup de l'art. 18 al. 1 lit. b LChP. Hilf et Vest préconisent de suivre cette seconde interprétation, laquelle limite le champ d'application de la disposition²¹⁸. Nous partageons cette opinion, car nous considérons que suivre la première interprétation reviendrait à élargir de manière trop importante le champ d'application de l'art. 17 al. 1 lit. b LChP. Le corollaire de cet élargissement serait, notamment, que la disposition serait susceptible de couvrir des situations ne relevant finalement plus du cadre de la chasse²¹⁹.

- 16.107 Par « arme de tir », à l'instar de ce qui est exposé concernant cette notion dans le cadre de l'art. 17 al. 1 lit. e LChP, il convient d'entendre : armes à feu, arbalètes et arcs, dans la mesure où ils sont adaptés au braconnage²²⁰.
- 16.108 Par « motif suffisant », l'art. 18 al. 1 lit. b LChP vise tout motif rendant vraisemblable le fait que la personne n'était pas munie d'une arme de tir dans une perspective de braconnage²²¹. Le motif ne doit pas nécessairement être légal. À titre d'exemple, l'individu se rendant sur le territoire de chasse, muni d'une arme de tir, avec pour objectif de tuer une personne ne sera pas sanctionné sur la base de l'art. 18 al. 1 lit. b LChP²²².
- 16.109 Troisièmement, la lit. c sanctionne le fait de conserver des armes ou des pièges sur les mayens et les alpages, en dehors de la période de chasse. Or, en droit **fédéral**, il n'existe pas de période où la chasse est entièrement fermée, un certain nombre d'espèces restant chassables tout au long de l'année²²³. Partant, force est de constater que seul un acte ayant lieu dans un des **cantons** prévoyant des périodes où aucune espèce ne peut être chassée²²⁴ est susceptible de donner lieu à l'application de cette disposition pénale. En outre, il convient de préciser que dans le cas du mayen habité à l'année, la conservation d'armes et de pièges en son sein n'est pas punissable en vertu de cet article²²⁵.

218 HILF/VEST, 165.

219 Pour reprendre l'exemple de celui qui traverse une ville, muni d'une arme de tir, celui-ci a peut-être d'autres intentions que de tirer des animaux sauvages. Ainsi, dans un tel cas, il nous paraîtrait plus cohérent de se référer à la LArm.

220 HÄBERLING, 190 s.

221 *Ibid.*

222 HILF/VEST, 165.

223 Cf. art. 5 al. 3 LChP et 3^{bis} al. 2 lit. a et c OChP.

224 À titre d'exemple, le canton de Berne prévoit qu'aucune espèce ne peut être chassée entre les mois de mars et juillet (art. 10 al. 1 de l'ordonnance sur la chasse du 26 février 2003 [RSB 922.111]).

225 HILF/VEST, 166.

Quatrièmement, le lit. d mentionne le fait de laisser chasser des chiens. Cet énoncé mérite quelques précisions. Tout d'abord, à l'instar de la notion de « chasse » examinée à l'art. 17 al. 1 lit. a LChP, la présente notion de « chasse » comprend le fait, pour un chien, de chasser sans succès. En effet, selon la jurisprudence, laisser ce dernier entrer dans une poursuite de trente à quarante mètres est suffisant pour se voir reprocher cette infraction²²⁶. Ensuite, il sied de préciser que le fait de renoncer à tenir son animal en laisse ne signifie pas d'emblée enfreindre cette disposition légale. En effet, quiconque laisse son chien courir dans un environnement sans risque particulier – même si ce dernier poursuit un animal – n'agit pas en violation de l'art. 18 al. 1 lit. d LChP. Cela sous réserve de réglementations particulières imposant la tenue en laisse²²⁷. 16.110

Cinquièmement, la lit. e sanctionne la non-observation des mesures visant à protéger les animaux contre les dérangements. D'après le Message du CF concernant la Loi fédérale sur la chasse, cet article se réfère au non-respect de l'art. 7 al. 4 LChP, prévoyant que les cantons assurent une protection suffisante des mammifères et des oiseaux sauvages contre les dérangements²²⁸. Selon Hilf et Vest, le champ d'application de cette lettre s'étend de plus, potentiellement, au non-respect de toute mesure étatique ayant pour but la protection des animaux²²⁹ contre les dérangements²³⁰. En outre, il ressort de l'annexe 2 de l'OAD²³¹ qu'un certain nombre de comportements sont punissables sur la base de l'art. 18 al. 1 lit. e LChP. Il s'agit notamment du fait de pénétrer ou circuler dans les zones de tranquillité pour la faune sauvage en dehors des chemins et itinéraires qu'il est autorisé d'y emprunter²³², de camper librement dans les districts francs fédéraux²³³ et de pratiquer le ski en dehors des pistes et itinéraires balisés dans les districts francs fédéraux²³⁴. 16.111

Sixièmement, la lit. f traite du fait de dénicher des œufs ou de jeunes oiseaux d'espèces pouvant être chassées. La disposition correspondante en matière d'espèces protégées se trouve à l'art. 17 al. 1 lit. b LChP, examiné *surpa*. Cette lettre, rédigée de manière claire à notre sens, ne nécessite aucun autre commentaire particulier. 16.112

226 TF, 24.10.2007, 6B_89/2007. Dans cet arrêt, le chien de X a poursuivi un cerf sur une distance de trente à quarante mètres. X a rappelé son chien, et celui-ci a immédiatement fait demi-tour. Ces faits se sont produits lors d'une promenade à Pfäffikon (ZH), dans la Stogelenstrasse, en milieu de journée. X avait été accusée de ne pas avoir tenu le chien en laisse, sur la base des art. 18 al. 1 lit. d et al. 3 LChP.

227 TF, 24.10.2007, 6B_89/2007, c. 3.3. Concernant cette obligation de tenue en laisse, il convient toutefois de toujours se référer aux lois cantonales sur les chiens. Ces dernières contiennent d'autres dispositions pénales à cet égard qu'il sied de mettre en relation avec l'art. 18 al. 1 lit. d LChP, au cas par cas.

228 FF 1983 II 1229, 1248.

229 Plus précisément, les animaux sauvages au sens de l'art. 2 LChP.

230 HILF/VEST, 168.

231 Ordonnance du 16 janvier 2019 sur les amendes d'ordre (RS 314.11).

232 Ch. 12003.

233 Ch. 12005.

234 Ch. 12007.

- 16.113 Septièmement, la lit. g interdit le fait de brûler sur de grandes surfaces des talus, des lisières de champs ou des pâturages et d'éliminer des haies. Concernant cette dernière interdiction, la disposition pénale vise à protéger les haies en tant qu'habitats importants pour les mammifères et les oiseaux sauvages²³⁵. Sidi-Ali souligne qu'au vu de la lettre du chapeau de l'art. 18 LChP, une autorisation permettant une élimination de haie doit pouvoir exister, *a contrario*. Selon elle, il incombe à la LPN ou à la LFo²³⁶ de déterminer ces raisons et non pas à la LChP. Elle précise qu'en conséquence, on ne peut guère déduire une protection générale directe des haies uniquement de la LChP²³⁷. Le TF se prononce également sur cette question. D'après lui, il existe une protection directe déduite de cette lit. g, mais toutes les haies n'en bénéficient pas ; seules celles d'une certaine taille, qui sont dignes de protection, tombent sous le coup de la disposition pénale²³⁸. En outre, le Message du CF concernant la loi fédérale sur la chasse précise que les cantons sont compétents pour accorder des autorisations exceptionnelles d'élimination de haies²³⁹.
- 16.114 Huitièmement, la lit. h incrimine le comportement consistant à entraver l'exercice de la chasse²⁴⁰. La particularité de cette infraction est qu'elle ne punit pas un comportement négligent. Elle nécessite un comportement intentionnel. Nous l'avons vu, selon Hilf et Vest, le comportement visé par l'art. 18 al. 1 lit. h LChP doit toutefois être interprété avec prudence ; il ne doit notamment pas couvrir des cas de vol et de destruction d'armes de chasse stockées²⁴¹.
- 16.115 Pour terminer, l'art. 18 al. 4 LChP sanctionne celui qui se livre à la chasse sans avoir sur lui les pièces de légitimation prescrites ou refuse de les montrer aux organes de surveillance compétents. Cela est censé contribuer à « l'exercice normal » de la chasse²⁴². Cette lettre, rédigée de manière claire, ne nécessite selon nous aucun commentaire particulier.

c) Conclusion

- 16.116 La LChP réprime un certain nombre d'infractions par le biais d'énoncés de faits légaux nécessitant quelques précisions jurisprudentielles et doctrinales.
- 16.117 Il convient de garder à l'esprit qu'en sus, en vertu de l'art. 18 al. 5 LChP et de l'art. 335 al. 1 CP, du moment que la matière n'est pas complètement épuisée par la

235 RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 613. En parallèle, il existe également une protection spéciale à l'art. 18 al. 1^{bis} LPN.

236 Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0).

237 SIDI-ALI, 41.

238 ATF 133 II 220, c. 2.3. Il est également à noter que cet arrêt s'en tient au régime de protection de l'art. 18 LPN, essentiellement.

239 ATF 133 II 220, c. 2.3; FF 1983 II 1229, 1248; RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 613.

240 Dans son Message, le CF explique que « l'exercice de la chasse est souvent perturbé ou entravé à dessein. », FF 1983 II 1229, 1249.

241 HILF/VEST, 169.

242 FF 1983 II 1229, 1249.

LChP, les cantons ont la faculté de réprimer eux aussi, en tant que contraventions, d'autres infractions au droit cantonal²⁴³. La législation fédérale en matière de droit pénal de la chasse étant tout de même relativement limitée²⁴⁴, les cantons bénéficient dès lors d'une grande liberté dans l'élaboration de leurs législations.

3. Sanctions pénales

a) En droit fédéral

aa) Généralités

Le droit pénal suisse connaît, depuis 1942, un système de sanction dualiste. Le juge peut prononcer une peine, mais aussi, une mesure²⁴⁵. 16.118

Les énoncés de fait légaux de la LChP se réfèrent aux trois genres de peines existants en Suisse, soit l'amende, la peine pécuniaire et la peine privative de liberté²⁴⁶. Nous ne reviendrons pas sur les caractéristiques de ces notions si ce n'est sur celles de la procédure particulière de l'amende d'ordre, utilisée dans le cadre du droit de la chasse. 16.119

En dérogation à l'art. 106 al. 3 CP qui prévoit que le montant de l'amende sera fixé par le juge en fonction de la situation de l'auteur, le régime particulier de l'amende d'ordre a été mis en place. Ce type d'amende²⁴⁷ permet de réprimer des infractions mineures et faciles à constater, de manière simplifiée ; les montants des amendes sont fixés d'après un tarif préétabli²⁴⁸, sans tenir compte de la situation, notamment financière, de l'auteur²⁴⁹. En d'autres termes, la quotité de l'amende d'ordre tient compte uniquement de la gravité objective de l'acte²⁵⁰ (art. 1 al. 5 LAO²⁵¹). À cela s'ajoute, notamment, le fait que le prévenu identifié lors de l'infraction puisse payer l'amende immédiatement ou dans 16.120

243 HILF/VEST, 57 ; HURTADO POZO, N 103.

244 En effet, la LChP ne contient que deux articles concernant des infractions au droit pénal.

245 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1503. Nous n'entrerons pas ici en détail sur les différentes mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge, celles-ci ne présentant pas de caractère particulier dans le cadre du droit pénal de la chasse. Toutefois, il convient de garder à l'esprit qu'une mesure peut tout à fait être prononcée en plus d'une peine. En particulier, dans le cadre qui nous intéresse, la confiscation – notamment d'une arme – peut être ordonnée (À titre d'exemple, cf. TF, 7.3.2017, 6B_80/2016). Aussi, un retrait de l'autorisation de chasser peut être prononcé dans certains cas. À ce sujet, cf. N 16.44 et N 16.127 ss.

246 HURTADO POZO/GODEL, N 1156 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1303.

247 Nous nous permettons de qualifier cette notion de « type d'amende », à l'image de ce qu'insinuent Hurtado Pozo et Godel dans leur définition de l'amende contraventionnelle (HURTADO POZO/GODEL, 568).

248 Ces tarifs sont fixés par le CF dans l'annexe 1 OAO en cas de contraventions à la LCR et dans l'annexe 2 OAO en cas de contraventions à d'autres actes normatifs.

249 Toutefois, le montant ne saurait dépasser CHF 300 (art. 1 al. 4 LAO).

250 FF 2015 909, 910 ; HURTADO POZO, N 1608 ; HURTADO POZO/GODEL, N 1158 ; CR CP I-JEANNERET, art. 106 N 11 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1331.

251 Loi sur les amendes d'ordre du 18 mars 2016, RS 314.1.

un délai de trente jours (art. 6 al. 1 LAO) à un organe compétent au sens de l'art. 2 LAO²⁵². Ce régime constituant une exception aux modes de sanctions et de poursuites ordinaires, le TF rappelle qu'il convient de se montrer strict dans l'appréciation de ses conditions d'application²⁵³. Ces dernières se trouvent dans la LAO.

16.121 Du temps de l'aLAO²⁵⁴, les seules contraventions susceptibles d'être sanctionnées de l'amende d'ordre étaient celles à la Loi sur la circulation routière (LAO). L'actuelle LAO élargit le champ d'application de la procédure d'amende d'ordre à d'autres actes normatifs, dont la LChP.

bb) Dans la LChP

16.122 Des peines relativement importantes²⁵⁵ sont associées aux comportements incriminés que nous avons examinés *supra*²⁵⁶. Cela a pour but – du moins dans la loi actuelle – de prévenir le braconnage de manière efficace²⁵⁷.

16.123 Quiconque adopte l'un des comportements énumérés à l'art. 17 LChP commet un délit à la LChP. Concrètement, il est passible :

- En cas de comportement intentionnel :
 - D'une peine privative de liberté de trois jours²⁵⁸ à un an²⁵⁹ avec ou sans sursis²⁶⁰
 - D'une peine pécuniaire de trois²⁶¹ à 180 jours-amendes²⁶² avec ou sans sursis²⁶³.
- En cas de comportement négligent :
 - D'une amende de CHF 1²⁶⁴ à CHF 10 000²⁶⁵, ferme²⁶⁶.

16.124 Ainsi, la fourchette envisageable va d'une amende de CHF 1 à une peine privative de liberté d'un an.

252 Soit, les organes de police et les autorités chargés de l'application des lois visées par la LAO et des ordonnances d'exécution de ces lois (sous réserve de la LStup) ainsi qu'à certaines conditions, l'Administration fédérale des douanes. Ce sont les cantons qui sont chargés de désigner les organes autorisés à percevoir les amendes d'ordre.

253 ATF 103 IV 53, c. a, JdT 1977 I 452.

254 Loi du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre (RO 1972 742).

255 FF 1983 II 1229, 1247.

256 Cf. N 16.82 ss.

257 FF 1983 II 1229, 1247.

258 Cf. art. 40 al. 1 CP.

259 Cf. art. 17 al. 1 LChP.

260 Cf. art. 42 et 43 CP.

261 Cf. art. 34 al. 1 CP.

262 *Ibid.*

263 Cf. art. 42 et 43 CP.

264 Cf. HURTADO POZO/GODEL, N 1159; CR CP I-JEANNERET, art. 106 N 2.

265 Cf. art. 106 al. 1 CP.

266 Cf. art. 105 al. 1 CP.

Quiconque adopte l'un des comportements énumérés à l'art. 18 LChP commet une contravention à la LChP²⁶⁷. Dans le cas de l'art. 18 al. 1 lit. h LChP, le montant de l'amende se situe entre CHF 1²⁶⁸ et CHF 20000²⁶⁹. Dans les cas énumérés à l'art. 18 al. 1 lit. a à g LChP, l'auteur est concrètement passible d'une amende allant de CHF 1²⁷⁰ à CHF 20000²⁷¹ ferme²⁷² en cas de commission par intention. En cas de commission par négligence, l'amende ne peut s'élever au-dessus de la somme de CHF 10000²⁷³. La même limite supérieure est appliquée à celui qui « se livre à la chasse sans avoir sur lui les pièces de légitimation prescrites » ou refuse « de les montrer aux organes de surveillance compétents »²⁷⁴. 16.125

La commission de certaines contraventions prévues à l'art. 18 LChP est sanctionnée dans la procédure de l'amende d'ordre²⁷⁵. Il s'agit tout d'abord des contraventions aux art. 18 al. 1 lit. b et d LChP, soit le fait de « pénétrer sans motif suffisant sur le territoire de chasse, muni d'une arme de tir »²⁷⁶ ou de « laisser chasser des chiens »²⁷⁷. Ensuite, est visée la contravention à l'art. 18 al. 1 lit. e LChP, du moins pour les comportements concrets énumérés dans l'annexe 2 OAO, soit notamment le fait de « pénétrer ou circuler dans les zones de tranquillité pour la faune sauvage en dehors des chemins et itinéraires qu'il est autorisé d'y emprunter²⁷⁸ »²⁷⁹. Enfin, la contravention à l'art. 18 al. 4 LChP, soit « se livrer à la chasse sans avoir sur soi les pièces de légitimation prescrites »²⁸⁰ est également punie par le biais de la procédure de l'amende d'ordre. 16.126

En plus, un retrait de l'autorisation de chasser sur le territoire suisse peut être prononcé pour une durée allant d'une année à dix ans (art. 20 LChP)²⁸¹. 16.127

Un certain nombre de questions se posent quant à cette sanction. L'octroi d'un sursis est-il envisageable ? À l'heure actuelle, s'agit-il d'une peine ou d'une mesure ? 16.128

267 Comme nous l'exposons précédemment, au vu des peines prévues par la LChP, il est impossible de commettre une infraction à cette dernière sous la forme d'un crime, cf. N 16.83.

268 Cf. HURTADO POZO/GODEL, N 1159; CR CP I-JEANNERET, art. 106 N 2.

269 Cf. art. 18 al. 1 LChP.

270 Cf. HURTADO POZO/GODEL, N 1159; CR CP I-JEANNERET, art. 106 N 2.

271 Cf. art. 18 al. 1 LChP.

272 Cf. art. 105 al. 1 CP.

273 Cf. art. 18 al. 3 LChP et art. 106 al. 1 CP.

274 Cf. art. 18 al. 4 LChP et art. 106 al. 1 CP.

275 Art. 1 lit. a ch. 15 LAO, art. 1 lit. b OAO et annexe 2 OAO.

276 Dans ce cas, le montant de l'amende d'ordre est de CHF 200.

277 Dans ce cas, le montant de l'amende d'ordre est de CHF 150.

278 *Ibid.*

279 Pour ces trois cas, l'OAO précise que le délinquant qui agit par négligence est également sanctionné dans la procédure de l'amende d'ordre.

280 Dans ce cas, le montant de l'amende d'ordre est de CHF 20 par pièces manquantes.

281 Cf. aussi N 16.44.

- 16.129 L'art. 41 aCP disposait que : « [e]n cas de condamnation à une peine privative de liberté n'excédant pas dix-huit mois ou à une **peine accessoire**, le juge pourra suspendre l'exécution de la peine, si [...] » (le rédacteur souligne).
- 16.130 En tant que peine accessoire, en vertu de la disposition générale précitée, le retrait de l'autorisation de chasser pouvait donc être assorti du sursis, à l'époque de l'aCP.
- 16.131 Lors de la révision de la partie générale du Code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, les peines accessoires ainsi que les dispositions générales correspondantes ont été supprimées du CP²⁸². Seuls une peine pécuniaire, un travail d'intérêt général²⁸³ ou une peine privative de liberté pouvaient alors être assortis du sursis.
- 16.132 Dans d'autres lois que le CP, certaines peines accessoires – telles que le retrait de l'autorisation de chasser sur le territoire suisse – avaient été conservées par « inadvertance »²⁸⁴. Rien n'avait été prévu à l'égard de ces dernières lors du processus de révision²⁸⁵. Ces peines accessoires étaient donc toujours valables, mais les dispositions générales correspondantes avaient été supprimées du CP²⁸⁶. Par conséquent, s'est posée la question de savoir si de telles peines pouvaient encore être prononcées avec sursis²⁸⁷.
- 16.133 Le TF, dans sa jurisprudence²⁸⁸, y a répondu par l'affirmative. Il considérait en effet qu'il s'agissait d'une lacune proprement dite. Cette dernière devait être comblée ainsi, par souci de cohérence avec l'orientation générale de la révision²⁸⁹.
- 16.134 Un arrêt jurassien²⁹⁰ a repris la solution du TF. Il y est toutefois parvenu par un autre raisonnement, lequel est le suivant : en matière pénale, le comblement d'une lacune proprement dite doit obligatoirement profiter à l'accusé²⁹¹. La possibilité de l'octroi d'un sursis étant plus favorable à l'accusé, il convient dès lors d'admettre qu'il doit pouvoir être accordé également en présence de peines accessoires ressortant des lois spéciales.
- 16.135 Il est à noter que selon le CF, suite à la révision de la partie générale du Code pénal, il convient de classer le retrait de l'autorisation de chasser au sein de la catégorie d'« autre mesure » et non de « peine accessoire »²⁹². Il est cependant précisé dans le Message du 25 avril 2018, que l'octroi d'un sursis ou d'un sursis partiel sera – à l'inverse

282 FF 1999 II 1787, 1907. P. ex., l'art. 41 aCP a été supprimé.

283 Aujourd'hui, seule une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté peut être assortie du sursis.

284 FF 2018 2889, 2990.

285 TF, 6.7.2010, 6B_17/2010, c. 2.2.

286 FF 2018 2889, 2990.

287 TF, 6.7.2010, 6B_17/2010, c. 2.2; TC JU, RJJ 2010 164; CR CP I-KUHN/VUILLE, art. 42 N 8.

288 TF, 6.7.2010, 6B_17/2010, c. 2.2 s.

289 Le nouveau système de sanctions devait en effet être « organisé de manière plus souple et plus perméable. », FF 1999 II 1787, 1789.

290 TC JU, RJJ 2010 164.

291 ATF 103 IV 129, c. 3a.

292 FF 2017 5745, 5782; FF 2018 2889, 2991 et 3002.

de ce qui prévaut concernant les autres mesures ordinaires – possible²⁹³. Le CF ajoute qu'il doit être possible de prononcer cette mesure en cas d'irresponsabilité ou de responsabilité restreinte de l'auteur²⁹⁴.

D'un point de vue plus concret, sur la base de l'analyse de l'OFEV²⁹⁵ et de compléments d'informations de la part de ce dernier, l'on constate ce qui suit quant à l'année 2018 : 16.136

- La peine la plus prononcée sur la base de la LChP est l'amende. En effet, une centaine d'amendes ont été infligées. La plus élevée se monte à CHF 1 800, tandis que la plus douce s'élève à CHF 100.
- La peine la moins prononcée sur la base de la LChP est la peine privative de liberté, aucune n'ayant été infligée²⁹⁶
- La peine pécuniaire est une peine prononcée relativement fréquemment. En effet, une vingtaine de peines pécuniaires ont été infligées
- L'autorisation de chasser n'est retirée que très rarement. En effet, seuls quatre retraits ont eu lieu.

b) *En droit cantonal*²⁹⁷

aa) *Généralités*

Conformément à leurs compétences, les cantons ne prévoient qu'une seule sorte de peine en cas de contravention : l'amende²⁹⁸. Certains se limitent à prévoir des amendes contraventionnelles (amendes), tandis que d'autres prévoient également des amendes d'ordre. En effet, concernant les contraventions au droit cantonal et communal, le CF souligne que les « les cantons sont libres de déclarer la procédure de l'amende d'ordre applicable [...]. Aucune autorisation explicite n'est nécessaire »²⁹⁹. En sus, toutes les entités fédérées prévoient la possibilité d'interdire la chasse. 16.137

293 FF 2018 2889, 3002.

294 *Ibid.* ; FF 2017 5745, 5782.

295 Cette analyse des ordonnances et des jugements pénaux cantonaux des années 2012-2018 menée par l'OFEV a été fournie, à notre demande, par l'OFEV. Il est à noter qu'elle est basée uniquement sur les données dont l'OFEV dispose. Selon l'art. 3 ch. 24 de l'ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales du 10 novembre 2004 (RS 312.3), les autorités cantonales sont tenues de communiquer à l'OFEV tous les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus en application de la LChP. Toutefois, il ne peut être garanti que toutes les décisions prises en application de la LChP lui ont effectivement été communiquées.

296 Barbara Nägeli, juriste à l'OFEV, nous précise que ce constat reflète la situation normale en droit pénal de l'environnement. Les peines privatives de liberté sont très rares en la matière.

297 Comme mentionné supra (cf. N 16.16) le canton de Genève interdit la chasse aux particuliers. Par conséquent, nous ne l'aborderons pas dans la présente section.

298 Cf. art. 18 al. 5 LChP et art. 335 al. 1 CP.

299 FF 2015 909, 924.

bb) Canton de Vaud

- 16.138 Quiconque contrevient à la LFaune ou à ses dispositions d'application est passible d'une amende de CHF 1 à CHF 10 000, ferme. Dans le cas où l'auteur agit par cupidité, le montant de l'amende peut dépasser ladite somme (art. 77 al. 1 LFaune et 21 LContr).
- 16.139 Une interdiction de chasser peut également être prononcée en vertu de l'art. 78 LFaune.

cc) Canton du Jura

- 16.140 Celui qui adopte l'un des comportements énumérés à l'art. 71 al. 1 de la Loi jurassienne est passible d'une amende de CHF 1 à CHF 20 000, ferme (art. 71 al. 1 Loi jurassienne).
- 16.141 L'annexe au décret sur les amendes d'ordre³⁰⁰, abrogé le 29 janvier 2020, avec effet au 1^{er} juillet 2020, prévoyait la possibilité d'infliger une amende d'ordre dans un unique cas, lequel était le suivant : lorsque le chasseur n'était pas porteur du permis de chasse. Dans un tel cas, le tarif de l'amende d'ordre était de CHF 10³⁰¹. De nouvelles dispositions concernant les amendes d'ordre de droit cantonal entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2020³⁰².
- 16.142 Une interdiction de chasser peut également être prononcée en vertu de l'art. 21 de la Loi jurassienne.

dd) Canton du Valais

- 16.143 Quiconque adopte l'un des comportements énumérés à l'art. 46 LcChP est passible d'une amende de CHF 10 à CHF 10 000, ferme. Dans le cas où l'auteur récidive ou en présence d'un concours d'infraction, le montant de l'amende peut s'élever à CHF 20 000 (art. 74 al. 1 et 3 LACP-VS).
- 16.144 À teneur de l'art. 14 LcChP, certains comportements peuvent également entraîner le retrait du permis de chasse.

ee) Canton de Fribourg

- 16.145 Dans le canton de Fribourg, la fourchette envisageable concernant le montant de l'amende est plus restreinte que dans les autres cantons examinés. Le montant maximum auquel est susceptible de s'élever l'amende est inférieur à celui des autres cantons, tandis que le montant minimum est supérieur à celui des autres cantons. En effet, celui qui enfreint les dispositions des art. 9, 11, 14 et 18 de la LCha ou celles énumérées par la réglementation d'exécution est passible d'une amende allant de CHF 50 à CHF 3 000, ferme (art. 10 al. 4 LACP-FR et art. 54 al. 1 LCha).

300 Décret du 6 décembre 1978 sur les amendes d'ordre (RSJU 324.11).

301 Ch. 12 de l'annexe au décret sur les amendes d'ordre mentionné dans la n. précédente.

302 Art. 5 à 9 de la loi du 29 janvier 2020 portant introduction de la loi fédérale sur les amendes d'ordre (RSJU 324.1).

La législation fribourgeoise prévoit qu'un certain nombre de contraventions sont sujettes à la procédure de l'amende d'ordre³⁰³. Les infractions passibles d'une amende d'ordre ainsi que les montants forfaitaires de ces dernières se trouvent aux articles 86, respectivement 87 de l'OCha³⁰⁴. Il s'agit notamment d'infractions ayant trait aux modes et moyens de chasse (art. 24 LCha et art. 31 OCha)³⁰⁵, à l'utilisation des chiens (art. 27 LCha et art. 43 OCha)³⁰⁶ et aux formules de contrôle (art. 30 LCha et art. 73 OCha)³⁰⁷. De 2018 à 2019, 57 amendes d'ordre ont été infligées dans le canton de Fribourg³⁰⁸. 16.146

Une interdiction de chasser peut également être prononcée en vertu de l'art. 20 LCha. 16.147

ff) Canton de Neuchâtel

Celui qui adopte un comportement contrevenant à la LFS ou à ses dispositions d'exécution est passible d'une amende de CHF 20 à CHF 40 000, ferme (art. 6 al. 1 et 2 CPN et art. 72 al. 1 LFS). 16.148

Vu l'art. 5 de la Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse³⁰⁹, a été édictée la directive du procureur général du 17 décembre 2019 sur les dénonciations simplifiées au service de la justice (Directive sur les dénonciations simplifiées³¹⁰). Cette dernière prévoit une série d'amendes d'ordre, notamment en matière de chasse³¹¹. À titre d'exemple, une inscription incomplète, inexacte ou au crayon dans le carnet de contrôle sera sanctionnée CHF 100³¹², tandis que l'amende d'ordre s'élèvera à CHF 1 000 pour celui qui chassera un animal dont la chasse est interdite par le droit cantonal³¹³. 16.149

À teneur de l'art. 36 et 69 LFS, certains comportements peuvent également entraîner le retrait du permis de chasse. 16.150

gg) Synthèse

Nous constatons qu'à l'heure actuelle, le fait de pouvoir infliger des amendes d'ordre de niveau cantonal n'est pas encore généralisé. En effet, seuls les cantons de Fribourg et de Neuchâtel prévoient ce type d'amende. Toutefois, selon Frédéric Hofmann, chef de la Section pêche, chasse et surveillance de la Direction générale de l'environnement au 16.151

303 Art. 54a al. 1 LCha.

304 Ordonnance du 6 juin 2016 concernant la chasse (RSF 922.11).

305 Dans ce cas, le montant de l'amende d'ordre est de CHF 300.

306 Dans ce cas, le montant de l'amende d'ordre est de CHF 100.

307 Dans ce cas, le montant de l'amende d'ordre est de CHF 50.

308 PESENTI, 5.

309 Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 27 janvier 2010 (RSN 322.0).

310 RSN 322.00.

311 Cf. ch. 13.1 à 13.14 de l'annexe 1 à la Directive sur les dénonciations simplifiées. Notons que pour le tarif de certaines amendes d'ordre, la Directive sur les dénonciations simplifiées mentionne des numéros de référence. (p. ex., le ch. 13.2 mentionne «AO 12011»). Il s'agit de renvois à l'OA0.

312 Cf. ch. 13.6 de l'annexe 1 à la Directive sur les dénonciations simplifiées.

313 Cf. ch. 13.3 de l'annexe 1 à la Directive sur les dénonciations simplifiées.

canton de Vaud, cela devrait évoluer. En effet, le fait d'introduire de nouvelles bases légales prévoyant des amendes d'ordre de niveau cantonal, est en cours de réflexion dans les différents cantons romands. Cela n'aura toutefois probablement pas lieu avant la mi-2021³¹⁴.

- 16.152 La procédure de l'amende d'ordre présente certes des inconvénients. Notamment, à notre sens, son caractère rigide privilégie inévitablement la personne se trouvant dans une situation financière aisée³¹⁵. De surcroît, par ce biais, elle laisse à ceux qui peuvent se le permettre une certaine possibilité « d'acheter » le droit de commettre des infractions relevant en l'espèce du droit de la chasse. Cela pourrait selon nous constituer une entorse aux principes d'égalité des sacrifices et d'individualisation des peines. Toutefois, elle présente également les avantages suivants : elle est économique³¹⁶, rapide, simple d'application³¹⁷, évite l'engorgement des autorités pénales³¹⁸ et constitue une réponse instantanée à l'infraction³¹⁹, ce qui a généralement pour effet de dissuader les auteurs de commettre des infractions³²⁰. Les infractions et les sanctions pénales correspondantes sont connues de tous. À ce sujet, Beccaria expliquait déjà que la menace d'une sanction certaine est plus dissuasive que celle d'une sanction sévère³²¹. À notre sens, ces derniers aspects prédominent. C'est pourquoi nous³²² préconisons l'introduction d'une telle procédure dans tous les cantons.

4. Délit d'entrave à l'action pénale commis par le garde-chasse

a) Généralités à propos de la fonction de garde-chasse

- 16.153 Les gardes-chasse sont des professionnels de la chasse à qui les cantons en confient la surveillance. Ils doivent satisfaire à un certain nombre d'obligations, en particulier à celle de faire respecter la législation sur la chasse. De plus, ils peuvent notamment être chargés d'effectuer des tirs de régulation, et ce dans deux situations. Premièrement,

314 Cette information n'est pas encore publique. Elle nous a été fournie à notre demande par Frédéric Hofmann.

315 Et cela de manière contraire aux propos de Gautier qui indique, lors de l'élaboration du Code pénal suisse, qu'il ne faut pas que « l'amende écrase le pauvre qui en est frappé, tandis que le riche s'en rit. », Commission d'experts pour l'avant-projet du Code pénal, Code pénal suisse : procès-verbal de la deuxième commission d'experts, vol. I, Lucerne 1912, 275.

316 Notamment, à teneur de l'art. 7 LAO, aucun frais n'est perçu dans la procédure de l'amende d'ordre. Toutefois, la jurisprudence précise que si la procédure ordinaire est suivie, des frais peuvent être perçus (ATF 121 IV 375, c. 1c).

317 JEANNERET, 339.

318 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1331.

319 VALLOTTON, 219.

320 *Ibid.*

321 BECCARIA, 154 ss.

322 Frédéric Hofmann nous déclare être également favorable à la mise en place d'amendes d'ordre de niveau cantonal.

lorsqu'en dehors des périodes de chasse, ils se trouvent face à des animaux blessés et malades³²³. Secondement, lorsque certains animaux protégés ou pouvant être chassés causent des dégâts importants et que les cantons ordonnent ou autorisent de prendre des mesures pour prévenir des dommages causés par la faune sauvage³²⁴. En outre, ils ont l'obligation de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance.

Une violation de cette dernière est de nature à entraîner une condamnation pour entrave à l'action pénale (art. 305 CP). 16.154

b) Généralités à propos de l'entrave à l'action pénale

À teneur de l'art. 305 al. 1 CP, « celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une des mesures prévues aux art. 59 à 61, 63 et 64 sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. » 16.155

Le bien juridique que protège cette disposition est l'administration de la justice pénale³²⁵. 16.156

Ladite infraction suppose la réalisation des éléments constitutifs objectifs qui suivent : une personne exposée à la justice pénale et une entrave consistant en une soustraction de la personne à la justice pénale³²⁶. Sous l'angle des éléments constitutifs subjectifs, l'infraction suppose un comportement intentionnel, mais le dol éventuel suffit³²⁷. L'auteur doit avoir conscience et volonté d'adopter un comportement de nature à soustraire une personne à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une mesure³²⁸. 16.157

Précisons encore qu'en vertu de l'art. 305 al. 2 CP, le juge a la faculté d'atténuer³²⁹, de réduire ou d'exempter de toute peine l'auteur qui se trouve dans une relation suffisamment étroite avec la personne soustraite à l'action pénale³³⁰. Afin d'apprécier le caractère étroit de la relation, le juge ne se limite pas à prendre en compte les liens existants entre les proches et les familiers au sens de l'art. 110 ch. 2 et 3 CP. Poncet explique en effet que n'importe quelle relation « affective sérieuse et réelle » de nature à faire naître des liens de proximité émotionnelle – pouvant découler, par exemple, de rapports d'amitié ou de subordination – est également prise en compte³³¹. 16.158

323 Art. 8 LChP.

324 Art. 12 al. 2 LChP.

325 ATF 141 IV 459, c. 4.2 et les réf. citées ; CR CP II-PONCET, art. 305 N 1.

326 CR CP II-PONCET, art. 305 N 3 à 25.

327 Juge du district de Sierre, RVJ 1999 343, c. 4b *i.f.*; CR CP II-PONCET, art. 305 N 30.

328 CR CP II-PONCET, art. 305 N 30.

329 Art. 48a CP.

330 Toutefois, le juge n'a pas la faculté d'acquitter l'auteur (ATF 106 IV 189, JdT 1981 IV 137, c. 3b).

331 Juge du district de Sierre, RVJ 1999 343, c. 4d ; CR CP II-PONCET, art. 305 N 41.

c) *Entrave à l'action pénale et le cas particulier du garde-chasse*

- 16.159 Les devoirs du garde-chasse lui confèrent une position l'exposant davantage au risque de se voir reprocher une entrave à l'action pénale, et ce pour la raison suivante.
- 16.160 Le deuxième élément constitutif objectif énuméré ci-dessus, soit l'entrave consistant en une soustraction de la personne à la justice pénale, implique généralement une action³³². Il n'en demeure pas moins que l'infraction à l'art. 305 CP peut également être réalisée sous la forme d'une commission par omission³³³, ce point étant celui qui nous occupe dans la présente section. Cette possibilité est toutefois subordonnée à la condition que l'auteur ait eu une obligation juridique d'agir découlant de sa position de garant³³⁴. Il est à noter que n'importe quelle obligation ne suffit pas ; elle doit découler d'un devoir de surveillance ou de protection³³⁵. Selon la jurisprudence, « tel est le cas de celui qui a une obligation particulière de collaborer à l'administration de la justice pénale, notamment en raison de sa fonction »³³⁶. La jurisprudence et la doctrine considérant que le garde-chasse³³⁷ occupe précisément une telle position³³⁸, ce dernier risque de tomber sous le coup de l'art. 305 al. 1 CP s'il omet de dénoncer des infractions en matière de chasse, contrairement aux devoirs que lui impose la législation de son canton³³⁹.
- 16.161 Quelques arrêts traitant de non-dénonciations de la part de gardes-chasse et d'une éventuelle application de l'art. 305 al. 2 CP ont été rendus. Il sied de constater que bien souvent, le juge n'exemptera pas le garde-chasse, mais se contentera de prononcer une peine atténuée ou réduite. En effet, dans un arrêt valaisan³⁴⁰, l'autorité a atténué la peine d'un garde-chasse auxiliaire³⁴¹ ayant omis de dénoncer un acte commis par son ami de longue date, qu'il considérait « comme un frère »³⁴². Il convient également de mentionner un arrêt du TF³⁴³ concernant un garde-chasse n'ayant pas dénoncé un acte commis par son frère. Dans ce cas, la peine a été réduite.

332 CR CP II-PONCET, art. 305 N 20.

333 Cf. art. 11 CP.

334 ATF 123 IV 72, c. 2 ; ATF 120 IV 98, c. 2c ; ATF 117 IV 467, JdT 1993 IV 149, c. 3 ; CR CP II-PONCET, art. 305 N 23.

335 ATF 123 IV 72, c. 2 ; ATF 120 IV 98, c. 2c ; CR CP II-PONCET, art. 305 N 23.

336 ATF 141 IV 459, c. 4.2.

337 Il est à noter que le policier a également été reconnu coupable d'entrave à l'action pénale.

338 ATF 120 IV 98, JdT 1996 IV 45, c. 2c ; CR CP II-PONCET, art. 305 N 24.

339 La base légale conférant cette obligation ne se trouve pas dans la législation fédérale, mais dans les législations cantonales respectives (cf. art. 68 LFaune, 51 lit. a Loi jurassienne, 28 al. 1 lit. e LcChP, 44 al. 1 LCha et 66 LFS).

340 Juge du district de Sierre, RVJ 1999 343, c. 2c.

341 L'arrêt précise que le garde auxiliaire est soumis aux mêmes obligations que le garde professionnel (c. 4a). Partant, cette jurisprudence rendue quant au garde auxiliaire est transposable au cas du garde professionnel.

342 Juge du district de Sierre, RVJ 1999 343, c. 4e.

343 ATF 74 IV 168.

Au vu de ces éléments – à savoir la possibilité d’être reconnu coupable d’entrave à l’action pénale aussi par omission et la quasi-impossibilité d’être exempté de toute peine en vertu de l’art. 305 al. 2 CP – le garde-chasse doit tout particulièrement veiller à exécuter son obligation de dénonciation. 16.162

d) Conclusion

Le nombre de gardes-chasse par chasseur est relativement important. En effet, en 2019, les chasseurs représentaient uniquement 0, 3%³⁴⁴ de la population. Du côté des gardes-chasse, il y en a plusieurs par cantons. À titre d’exemple, le canton de Vaud est divisé en neuf circonscriptions³⁴⁵ à la tête de chacune desquelles est placé un garde-chasse. La probabilité pour un chasseur de connaître – voire parfois d’entretenir une relation avec – le garde-chasse auquel il a affaire est donc élevée³⁴⁶. Au vu de cette donnée, la législation, relativement stricte, encadrant la pratique du garde-chasse, s’avère appropriée. En effet, le fait d’obliger ce dernier à dénoncer les infractions dont il a connaissance sous peine de se voir sanctionner pénalement permet d’éviter qu’il ne puisse se laisser entraîner par des considérations étrangères à ses fonctions, telles qu’une relation amicale. Cela contribue ainsi à l’effectivité de la répression pénale et, indirectement, à la protection de l’environnement. 16.163

5. Bien juridiquement protégé par les dispositions pénales du droit de la chasse

a) Généralités à propos du bien juridiquement protégé

Par bien juridique, on entend des intérêts – individuels ou collectifs³⁴⁷ – essentiels à l’épanouissement des personnes au sein d’une société³⁴⁸. Le droit pénal protège ces biens en raison de la valeur leur étant accordée³⁴⁹, « l’évolution de la pensée sociale, le cadre politique, l’économie et l’ordre juridique »³⁵⁰ étant donc déterminants. L’examen d’un bien juridique permet dès lors non seulement d’élaborer et d’interpréter des lois 16.164

344 Plus précisément, 0,3565986790894%. Pour arriver à ce pourcentage, nous sommes partis des données suivantes : en 2019, le nombre de chasseurs enregistrés par les cantons était de 30 689 (chiffre composé de 1103 femmes et de 29 586 hommes) (OFEV, disponible sous : <<https://www.jagdstatistik.ch/fr/statistics?tt=1&sp=%20305>> [7.2.2021]), tandis que la population totale de la Suisse était de 8 606 033 habitants (OFS, La population de la Suisse en 2019, Neuchâtel 2020, disponible sous : <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/effectif-evolution/population.assetdetail.14941613.html>> [7.2.2021]).

345 Annexe V aux Directives du 9 juillet 2019 sur la chasse en 2019-2020 (VD).

346 À titre de comparaison, dans le domaine de la circulation routière, la probabilité pour le conducteur de connaître le policier qui lui inflige une sanction est nettement moindre.

347 Le bien juridique peut avoir pour titulaire une personne (biens juridiques individuels tels que la vie, l’intégrité corporelle, le patrimoine, l’honneur, l’intégrité sexuelle, etc.) ou la collectivité (biens juridiques collectifs tels que la famille, le danger collectif, la santé publique, la paix publique, etc.).

348 HURTADO POZO/GODEL, N 20.

349 *Ibid.*, N 24.

350 *Ibid.*

pénales³⁵¹, mais aussi d'accéder à une réalité sociale plus « profonde ». Ainsi, dans les lignes qui suivent, nous nous prêterons à un exercice réflexif autour du bien juridiquement protégé par les dispositions pénales de la LChP.

b) Bien juridiquement protégé par les dispositions pénales de la LChP

- 16.165 Les art. 17 et 18 LChP protègent, en particulier, le « gibier et [l]es animaux d'espèces protégées »³⁵². Cette tournure vise-t-elle une protection desdits animaux en tant que telle, tant et si bien que l'on puisse parler d'une protection de l'intégrité et de la vie de l'animal³⁵³ ? Ou aspire-t-elle à une préservation de la diversité des espèces, dans une perspective plus générale de protection de la biodiversité ?
- 16.166 Assurément, les deux. Bien qu'à teneur de l'art. 1 LChP, il s'agisse plutôt de la seconde hypothèse, il s'avère impensable – d'autant plus à notre époque et en Suisse, nous le verrons – d'écarter la dimension de protection des animaux, pour eux-mêmes, dans une loi sur la chasse.
- 16.167 Dès lors, il s'agit, à notre sens, d'infractions qui par la même disposition, protègent plusieurs biens juridiques, à des niveaux différents.
- 16.168 Concernant le premier bien juridiquement protégé, soit la biodiversité, il peut être défini de la manière suivante : « La biodiversité, c'est [...] l'ensemble du vivant, à toutes ses échelles, des gènes aux paysages en passant par les espèces et les écosystèmes, et sous toutes ses formes. »³⁵⁴. Dès lors, c'est à tort et de manière réductrice que cette notion est bien souvent assimilée à la diversité des espèces, cette dernière n'étant en fait qu'une composante de la biodiversité. Ceci dénote une certaine méconnaissance de ce terme, certes complexe, de la part du grand public³⁵⁵. Il n'en demeure pas moins que – probablement en partie en raison de la prise de conscience de l'urgence climatique et environnementale – un large consensus se dégage sur la nécessité d'accorder une place centrale à la protection de la biodiversité.
- 16.169 Concernant le second bien juridiquement protégé, soit l'intégrité et la vie de l'animal, le niveau de protection à lui accorder est quant à lui loin de faire l'unanimité au sein de la population. Pour ne prendre que les points de vue extrêmes ; certains considèrent que

351 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 140.

352 Ces termes découlent de l'art. 17 al. 1 LChP. Toutefois, plusieurs autres lit. des art. 17 et 18 LChP désignent également le gibier et/ou les animaux d'espèces protégées, par d'autres formulations (cf. art. 17 al. 1 lit. b, c, d, f, g et h et art. 18 al. 1 lit. a, e et f LChP).

353 Soit, l'intégrité et la vie de l'animal.

354 Cette définition est proposée par Isabelle Mauz et Céline Granjou, sociologues de l'environnement (MAUZ/GRANJOU, 190). Pour une définition plus juridique de la diversité biologique, cf. l'art. 2 de la Convention sur la diversité biologique, Sommet de Rio, 1992.

355 À ce sujet, Huneman affirme d'ailleurs que la biodiversité est une notion « labile et [...] presque insaisissable dès lors que l'on veut dépasser l'intuition de ce qu'elle désigne pour en comprendre le contenu de manière distincte et articulée. » (HUNEMAN, 27).

la protection de l'animal en tant que tel, si elle a lieu, doit se limiter à occuper une place secondaire. D'autres, et de plus en plus, estiment qu'il convient désormais de placer ladite protection au premier plan et à ce titre, font parfois certains choix éthiques tels que l'antispécisme³⁵⁶ et le véganisme³⁵⁷. À notre sens, ces tendances résultent d'une évolution du rapport à l'animal de manière générale, qui lui-même provient, principalement, des quatre évolutions suivantes : l'évolution de la relation à l'animal dit de compagnie, l'évolution du rapport à la mort, l'urbanisation de la société et la transformation de l'élevage.

S'agissant tout d'abord de la relation à l'animal dit de compagnie, force est de constater que de plus en plus de propriétaires glissent sur la pente de l'anthropomorphisme³⁵⁸ ; les animaux domestiques portent bien souvent des noms d'humains, occupent une place centrale au sein de la famille, font parfois figure de substitut de conjoint ou d'enfant, engendrent des dépenses importantes, voient leurs durées de vies rallongées par des traitements médicaux tels que des chimiothérapies, etc. Ce nouveau rapport à l'animal de compagnie a, à notre avis, une influence sur la perception de l'animal sauvage. 16.170

Concernant ensuite l'évolution du rapport à la mort, quiconque porte un tant soit peu d'attention à la société occidentale dont il fait partie pourra constater que la mort est éloignée, le plus loin possible, du quotidien de l'homme moderne. Il ne la connaît, pour ainsi dire, que par ouï-dire³⁵⁹, et surtout, la refuse³⁶⁰. La mort des animaux, à l'instar de celle des êtres humains, est déjà très invisible (vétérinaires chargés d'endormir l'animal de compagnie, abattoirs, etc.)³⁶¹, son refus n'en étant que l'inévitable suite logique. 16.171

S'agissant d'autre part de l'urbanisation de la société, l'on observe ce qui suit. Lorsqu'il s'agit de se positionner par rapport à des problématiques relatives à la nature, le citoyen, éloigné des racines rurales, se trouve bien souvent dans l'impossibilité de se prononcer d'après sa propre expérience. Dès lors, il se voit contraint de « fabriquer » son opinion. 16.172

356 Vision du monde qui récuse, la notion de hiérarchie entre les espèces animales et, particulièrement, la supériorité de l'être humain sur les animaux. (Accordant à tous les individus, indépendamment de l'espèce à laquelle ils appartiennent, un même statut moral, l'antispécisme combat toutes les formes de maltraitance et d'exploitation animales). *Larousse*, version électronique.

357 Mode de vie alliant une alimentation exclusive par les végétaux (végétalisme) et le refus de consommer tout produit (vêtements, chaussures, cosmétiques, etc.) issu des animaux ou de leur exploitation. *Larousse*, version électronique.

358 GAILLEMIN, N 38 ; MONZANI, N 4 ss.

359 Guetny relève à ce sujet que « [d]ans 60% des cas, c'est à l'hôpital ou dans une clinique privée que se passe la fin de vie et qu'intervient le décès. Dans un cas sur dix, c'est en maison de retraite. La mort au domicile, qui fut de règle durant des siècles, ne concerne plus qu'un malade sur quatre environ. » (GUETNY, N 13). Cf. également LEGROS/HERBÉ, N 169.

360 Ce phénomène est particulièrement observable face à la pandémie (COVID-19) que nous vivons actuellement. À cet égard, Comte-Sponville affirme d'ailleurs que « [t]ant que nous n'aurons pas accepté la mort, nous serons affolés à chaque épidémie. » (cf. l'article de presse « André Comte-Sponville: « Laissez-nous mourir comme nous voulons ! » », *Le Temps*, 17 avril 2020, COMTE-SPONVILLE).

361 À ce sujet, cf. VEYRIÉ, N 9.

Cette opération sera bien souvent basée sur la représentation qu'il se fait du sujet, elle-même influencée notamment par des discours politiques, fréquemment émis par d'autres urbains. En effet, les « espaces naturels, éloignés de [son] regard, de moins en moins contraignants, de plus en plus ouverts à la rêverie, [...] deviennent des écrans idéaux pour la projection des utopies les plus disparates. L'univers naturel se transforme ainsi en espace ludique, festif. »³⁶². L'augmentation du nombre de citadins, entraîne, corrélativement, une multiplication de ces avis dits « déconnectés » de la réalité du terrain. Dans le cadre plus précis qui nous intéresse, cela se traduit de la manière suivante : l'on assiste à un accroissement de la population se focalisant – de manière compréhensible – sur l'amélioration de la protection des animaux, sans toutefois prendre en considération un certain nombre d'autres problématiques relatives aux zones rurales.

- 16.173 Concernant pour terminer la transformation de l'élevage, il convient de constater qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, en vue de reconstruire l'économie détruite, l'élevage traditionnel fut profondément modifié. Il subit un large processus de concentration, d'intensification et d'industrialisation³⁶³, les productions animales étant aujourd'hui échangées à l'international, tout comme n'importe quelle autre production. L'actuelle prise de conscience des conséquences engendrées par ce système d'exploitation des animaux sur le traitement de ces derniers se traduit notamment, inévitablement, par une montée en puissance des préoccupations relatives au bien-être animal.
- 16.174 L'analyse qui précède démontre une tendance humaine à considérer l'animal comme un *alter ego* et, ainsi, à entendre dédier une place importante à sa protection. Toutefois, tout un pan de la population estime qu'une hiérarchie ontologique entre l'homme et la bête existe, de sorte que la place de l'animal et de sa protection doit rester – tout au mieux – « mesurée ». Cette multiplicité des regards gravitant autour de l'animal se traduit par un désaccord quant au niveau de la protection à accorder au bien juridique qu'est l'intégrité et la vie de l'animal. Plus concrètement, elle se traduit par de vifs débats autour des sujets touchant à la protection de l'animal en tant que tel, débats suscitant bien souvent des polémiques.
- 16.175 Les questions que soulèvent la pratique de la chasse sont, naturellement, au cœur desdits débats, la votation du 27 septembre 2020 sur la modification de la loi sur la chasse en étant l'exemple par excellence. Pour quelles raisons cette révision a-t-elle suscité de telles tensions ?
- 16.176 L'accent mis sur le loup lors de cette campagne illustre parfaitement l'importance de l'image que renvoie l'animal chez l'humain, discutée *supra*. Quand bien même le loup n'était pas le seul mammifère concerné par cette loi, il a occupé le devant de la scène. Selon nous, cela est en particulier dû au fait que, par les diverses symboliques qu'il inspire ; il « touche », que ça soit positivement ou négativement, en fonction du regard

362 DALLA BERNARDINA, N 3.

363 GARRETA/ORAIN, 7 SS ; RISSE, 5.

qu'on lui porte. Ces considérations, étant de l'ordre du subjectif, n'ont pas leur place – du moins, ne permettent pas de convaincre efficacement – dans un débat politique. C'est pourquoi, dans une volonté de « rationalisation » de la problématique, l'on invoquera plutôt des notions telles que la « protection de la biodiversité ». Cela étant, une question suffit pour comprendre qu'il s'agit là d'une notion non débattue fonctionnant comme prétexte d'objectivité : parmi les partisans et les opposants à cette modification de loi menant un débat acharné, qui d'entre eux est contre la « protection la biodiversité » ?

IV. Conclusion

Ce tour d'horizon de la législation – en particulier pénale – applicable en matière de chasse ne prétend pas à l'exhaustivité, mais permet de retenir ce qui suit. 16.177

Concernant le cadre juridique général, nous avons pu constater qu'une multitude d'actes normatifs gravitent autour de la LChP. L'arsenal juridique en matière de chasse est donc relativement complexe,³⁶⁴ mais aussi, complet. 16.178

Concernant plus particulièrement le cadre juridique pénal, nous avons tout d'abord pu relever qu'en droit fédéral et cantonal de la chasse, la grande majorité des infractions sont punissables qu'elles soient commises intentionnellement ou par négligence. En effet, au niveau fédéral, s'agissant des délits, le législateur déroge au principe général découlant des art. 12 al. 1 et 333 al. 1 CP et prévoit expressément de réprimer les comportements négligents. S'agissant des contraventions, il ne déroge que très exceptionnellement au principe énoncé à l'art. 333 al. 7 CP selon lequel la négligence est réprimée. Au niveau cantonal romand, la négligence est réprimée dans toutes les législations à l'exception du canton du Valais. Ces choix, présentant un certain degré de sévérité, permettent de réprimer un maximum d'atteintes aux biens juridiquement protégés. 16.179

Ensuite, étant donné le principe *nullum crimen sine lege*, il s'avère indispensable pour la mise en œuvre du droit pénal que le législateur incrimine un certain nombre de comportements. Nous avons pu constater que la LChP incrimine une large palette de comportements, allant par exemple du simple fait de ne pas tenir son chien en laisse pendant la période de couvaison au fait de tuer des animaux d'espèces protégées. En conséquence, il n'est que très peu probable que le juge se retrouve dans l'impossibilité d'infliger une sanction pénale ayant trait au droit de la chasse en raison de l'art. 1 CP. 16.180

En outre, concernant les sanctions pénales pouvant être infligées dans le cadre du droit de la chasse, nous avons pu relever ce qui suit : même si des peines privatives de liberté ne sont que rarement infligées dans ce contexte, chaque année, des autorisations de chasser sont retirées et un certain nombre d'amendes et de peines pécuniaires sont 16.181

364 À cet égard, Me Aurore Estoppey, chasserresse et avocate, nous confie d'ailleurs que désormais, dans le canton de Vaud, les affaires de droit pénal de la chasse, en raison de leur complexité, ne sont plus de la compétence des ministères publics d'arrondissement, mais du Ministère public central.

effectivement prononcées, ce qui démontre une réelle applicabilité du droit pénal de la chasse.

- 16.182 De plus, notre analyse a permis de souligner la position délicate du garde-chasse qui, de par sa position de garant, est susceptible de se voir reprocher une entrave à l'action pénale également en cas de comportement passif, ce mécanisme étant favorable à l'effectivité de la répression pénale.
- 16.183 Pour terminer, nous avons exposé qu'à notre sens, les dispositions pénales de la LChP ne se limitent pas à protéger la biodiversité. À l'heure actuelle, ces dispositions protègent tout autant – voire de manière prépondérante – l'intégrité et la vie de l'animal. Ce constat a permis de démontrer que le concept de bien juridiquement protégé est pluriel et évolutif, s'adaptant ainsi à la société dans laquelle il s'insère.
- 16.184 Au vu de ce qui précède et selon nous, le droit pénal de la chasse impose donc suffisamment de garde-fous à l'exercice de cette pratique. Toutefois, il convient de relever que les règles de droit présentent notamment les caractéristiques suivantes : elles sont violables³⁶⁵ ainsi que générales et abstraites. Ainsi, le chasseur est libre de ne pas respecter la loi et susceptible de se trouver face à une situation non prévue par le législateur. En conséquence, le cadre légal a beau être suffisamment strict, il ne peut remplacer le cadre éthique du chasseur. De ce fait, nous estimons que le jugement de la légitimité – ou non – de la pratique de la chasse ne peut se faire uniquement au regard du cadre juridique. L'éthique individuelle du chasseur concerné, en tant que relai indispensable de la loi, doit aussi inévitablement être prise en compte au cas par cas lors de cette appréciation de légitimité.
- 16.185 Force est de constater que la notion d'éthique occupe invariablement une place centrale lorsqu'il est question du domaine de la chasse. En effet, qu'il s'agisse par exemple de débats politiques concernant la votation fédérale du 27 septembre 2020 sur la modification de la LChP, de l'opinion publique en matière de chasse ou même de textes légaux³⁶⁶ cette notion réapparaît.
- 16.186 L'éthique étant au cœur de ce domaine, nous nous interrogeons sur l'élaboration d'un code de déontologie de la chasse en Suisse, à l'image de ce qui se fait dans de nombreux autres domaines.

365 Sur ce concept, cf. PAPAUX, 146 s.

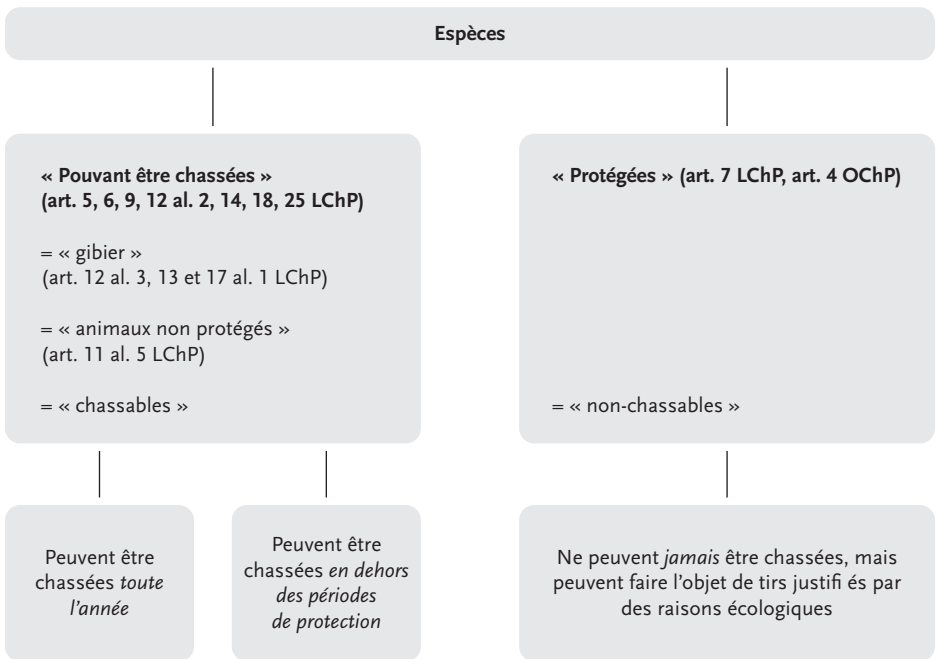
366 La LFaune, à son article 34 al. 2 lit. h, mentionne la notion d'éthique en prévoyant que : « En tout temps, le département peut interdire la chasse à celui qui a eu un comportement contraire aux règles de l'éthique cynégétique ou incorrect à l'égard de tiers dans l'exercice de la chasse. » (le rédacteur souligne). Notons que cette notion indéterminée d'éthique ne dispose d'aucune définition légale, jurisprudentielle ou doctrinale. La question de l'intérêt d'une telle disposition se pose alors. A-t-elle une réelle portée pratique ou se limite-t-elle à afficher une apparence de valorisation de l'éthique vis-à-vis de l'opinion publique, justifiant ainsi la légitimité de la pratique de la chasse ?

16.187
 Finalement, les questions environnementales, de manière plus générale, sont la plupart du temps liées à des conceptions morales et donc à l'éthique. Quid d'un code de déontologie environnemental suisse, dont l'une des sections serait consacrée à la chasse ?

V. Annexe

Figure 1 : Distinction entre les « espèces pouvant être chassées » et les « espèces protégées » au sens de la LChP³⁶⁷

- Définition de « espèces pouvant être chassées »³⁶⁸ : espèces « chassables », pour certaines ; en dehors des périodes de protection, et pour d'autres ; toute l'année.
- Définition de « espèces protégées » : espèces « non-chassables », ne pouvant jamais être chassées, mais pouvant faire l'objet de tirs justifiés par des raisons écologiques.



367 Les définitions proposées dans cette figure s'inspirent du Message du CF, FF 1983 II 1229 (1235).

368 HILF et VEST recommandent d'uniformiser la désignation à « pouvant être chassées » (HILF/VEST, 159).

Figure 2 : Les bases légales : vue d'ensemble

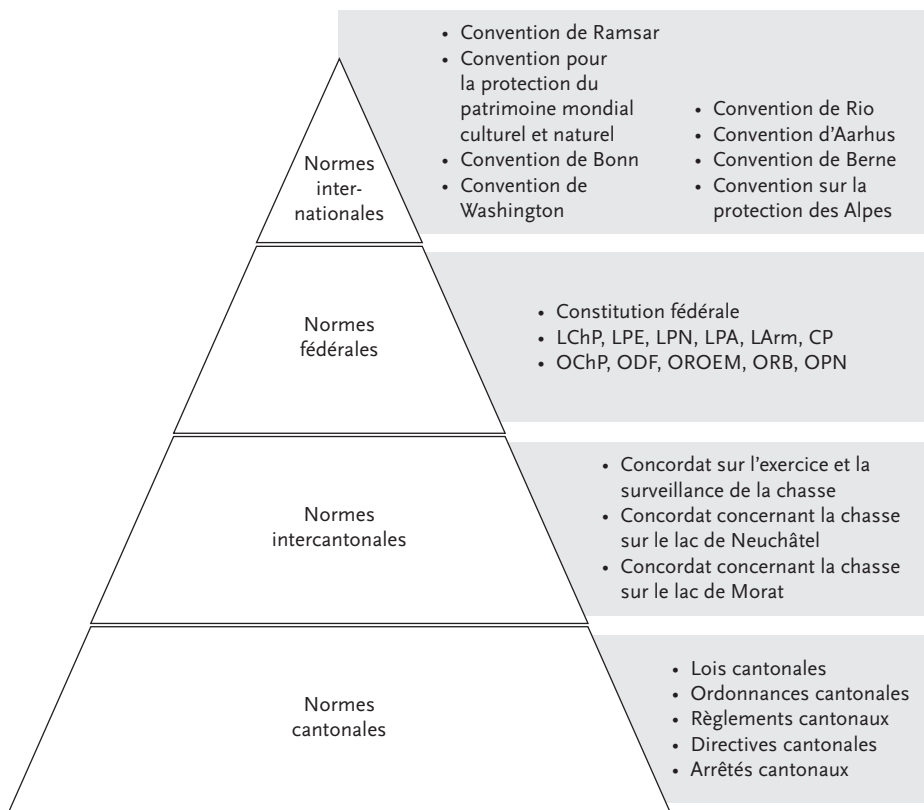


Figure 3 : Les bases légales : les cantons romands

Vaud	Neuchâtel	Fribourg	Valais	Jura
<i>Loi sur la faune (LFaune)</i>	<i>Loi sur la faune sauvage (LFS)</i>	<i>Loi sur la chasse et protection des mammifères, des oiseaux sauvages et de leurs biotopes (LCha)</i>	<i>Loi sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LcChP)</i>	<i>Loi sur la chasse et la protection de la fauna sauvages (Loi sur la chasse)</i>
Règlement d'exécution de la loi du 28 février 1989 sur la faune (RLFaune)	Règlement d'exécution de la loi sur la faune sauvage (RLFS)	Ordonnance concernant la chasse (OCha)	Règlement d'exécution de la loi sur la chasse	Ordonnance sur la chasse et la protection de la faune sauvage
Règlement sur les réserves de chasse et de protection de la faune du Canton de Vaud (RRCh)	Règlement de chasse (RCh) ...	Ordonnance DIAF concernant les limites des secteurs de faune	Règlement sur l'administration et l'utilisation du fond cantonal relatif au financement des dommages causés par la faune sauvage	Règlement sur l'exercice de la chasse en 2020
Directives du 18 juin 2020 sur la chasse en 2020-2021		Ordonnance DIAF concernant la planification de la chasse pour la saison 2020 (OPlan 2020)	Arrêté quinquennal sur l'exercice de la chasse en Valais pour les années 2016 à 2020	...
...		Ordonnance concernant la protection des mammifères, des oiseaux sauvages et de leurs biotopes (OProt)	...	
		...		

Figure 4 : Les divergences et recoupements entre les articles de la section « Environnement et aménagement du territoire » de la Constitution

Section 4 : Environnement et aménagement du territoire					
Article touchant à la problématique du développement durable	Type d'animal	Article fondant la loi sur la chasse (LChP)	Norme de protection de l'environnement	Protection de l'animal	Art. 73 Développement durable Art. 74 Protection de l'environnement Art. 75 Aménagement du territoire Art. 76 Eaux Art. 77 Forêts Art. 78 Protection de la nature et du patrimoine Art. 78 al. 4 Art. 79 Pêche et chasse Art. 80 Protection des animaux Art. 89 Politique énergétique Art. 120 Génie génétique dans le domaine non humain Art. 126 Gestion des finances
✓	-	-	-	-	-
-	Toutes espèces animales	✓	Norme générale	En tant qu'espèce	-
✓	-	-	-	-	-
✓	-	-	Norme spéciale	-	-
✓	-	-	Norme spéciale	-	-
✓	-	✓	Norme spéciale	Cf. Art. 78 al. 4 ci-après ->	-
-	Toutes espèces animales	✓	Norme spéciale	En tant qu'espèce	-
✓	Animaux susceptibles d'être chassés ou pêchés	✓	Norme spéciale	En tant qu'espèce	-
-	Vertébrés	✓	Norme spéciale	En tant qu'individus	-
✓	-	-	-	-	-
✓	-	-	-	-	-
✓	-	-	-	-	-

- : non traité, non concerné, négatif

✓ : affirmatif

Figure 5 : La forme de la faute requise et la possibilité d'infliger une amende d'ordre dans les cantons romands

	Forme de la faute requise	Possibilité d'infliger une amende d'ordre
Vaud	Commission intentionnelle ou par négligence	X
Jura	Commission intentionnelle ou par négligence	X
Valais	Commission intentionnelle	X
Fribourg	Commission intentionnelle ou par négligence	✓
Neuchâtel	Commission intentionnelle ou par négligence	✓

§ 17 L'instauration d'autorités de poursuite spécialisées en droit pénal de l'environnement : une nécessité ?

Yoann Favre et Chloé Pignolet*

Table des matières

I.	Introduction	570
II.	Aperçu général de l'organisation judiciaire suisse en matière de droit pénal de l'environnement	571
	1. Généralités	571
	2. Poursuite relevant de la compétence d'autorités fédérales	573
	3. Autorités de poursuite prévues dans les lois fédérales de droit pénal de l'environnement suisse	573
	4. Poursuite relevant de la compétence d'autorités cantonales	576
	5. Système prévoyant la poursuite par une autorité spécialisée en Suisse	578
	6. Cas du Valais lors de la procédure de révision de sa Constitution cantonale	580
III.	Droit comparé, en particulier en France, en Espagne et en Suède	581
	1. Préambule	581
	2. France	582
	3. Espagne	585
	4. Suède	588
	5. Synthèse	589
IV.	Réseau européen des procureurs pour l'environnement	590
V.	Possibilité de créer une autorité de poursuite spécialisée en Suisse	591
	1. Avantages de la spécialisation	591
	2. Inconvénients de la spécialisation	593
VI.	Conclusion	595

Bibliographie

BARONE SYLVAIN, L'impunité environnementale. L'État entre gestion différenciée des illégalismes et désinvestissement global, *Champ pénal XV* (2018); BIANCO FLORIANA/LUCIFORA ANNALISA/VAGLIASINDI GRAZIA MARIA, *Fighting Environmental Crime in France: A Country Report. Study in the framework of the EFFACE research project*, University of Catania, Catane 2015; BICHOVSKY AUDE/DONGOIS NATHALIE, Aspects pénaux de la protection de l'environnement, *in* Sifonios/Braun/Lukie (éd.), *Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités*, CEDIDAC, Lausanne 2009, 63 ss; BILLET CAROLE M./LAVRYSEN LUC/VAN DEN BERGHE JAN, Les acteurs de la procédure: vers une nécessaire spécialisation? Les autorités de jugement, *Cour de Cassation*, Paris 2017; CINOTTI BRUNO *et al.*, Une justice pour l'environnement, *Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement*, Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable/Inspection générale de la Justice, Paris 2019; COMMISSION 9, *Autorités cantonales III – Pouvoir judiciaire*, Rapport présenté au Bureau de la Constituante, mars 2020; DENZLER LUKAS, « Nous assumons le rôle d'un avocat de l'environnement », *in* Office fédéral de l'environnement, *Magazine « l'environnement » 1/2018 – Lutter contre l'éco-criminalité*, 26 ss; DONGOIS NATHALIE/KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ, *Précis de droit pénal général*, Stämpfli,

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre du mémoire de master en droit de Yoann Favre à l'Université de Lausanne.

4^e éd., Berne 2016; EICHENBERGER KATINKA, Art. 70-73, *in* Hettich/Jansen/Norer (éd.), Commentaire de la loi sur la protection des eaux et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau, Zurich 2016 (cité: Comm. LEAUX-AUTEUR·E, art. 1 N 1); EUROPEAN NETWORK OF PROSECUTORS FOR THE ENVIRONMENT, Sanctioning Environmental Crime (WG4), Prosecution and judicial practices, LIFE-ENPE Project, LIFE 14 GIE/UK/000043, Bruxelles 2018 (cité: ENPE); FAJARDO DEL CASTILLO TERESA *et al.*, Fighting Environmental Crime in Spain: A Country Report. Study in the framework of the EFFACE research project, University of Granada, Grenade 2015; FAURE MICHAEL/PHILIPSEN NIELS, Fighting Environmental Crime in Sweden: A Country Report. Study in the framework of the EFFACE research project, Maastricht University, Maastricht 2015; GIDDEY THIBAUD, The institutionalization of the fight against white-collar crime in Switzerland, 1970-1990, *Business History* 2020; GOGORZA AMANE/LACAZE MARION, Chronique de droit espagnol, *Revue internationale de droit penal* 84 (2013), 515 ss; HEINE GÜNTER, Reform des Umweltstrafrechts: Internationale Entwicklung und nationaler Stand, *in* Vereinigung für Umweltrecht (éd.), *Umweltrecht in der Praxis, Vereinigung für Umweltrecht*, Zurich 2011, 95 ss; JANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (éd.), Commentaire romand du Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2019 (cité: CR CPP-AUTEUR·E, art. 1 N 1); KELLER PETER M./ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/FAHRLÄNDER KARL LUDWIG (éd.), Kommentar NHG/Commentaire LPN, Zurich 2019 (cité: Comm. LPN-AUTEUR·E, art. 1 N 1); KRAYENBÜHL GUY, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, *in* Ackermann/Hilf (éd.), *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich 2017, 158 ss; KRAYENBÜHL GUY, « Les infractions sont souvent commises par négligence », entrevue menée avec Gattlen Nicolas, *in* Office fédéral de l'environnement, Magazine «l'environnement» 1/2018 – Lutter contre l'éco-criminalité, 32 ss (cité: KRAYENBÜHL/GATTLEN); LITTMANN-MARTIN MARIE-JOSÉ, Le droit pénal français de l'environnement et la prise en compte de la notion d'irréversibilité, RJE, numéro spécial « L'irréversibilité » (1998), 143 ss; MABILE SÉBASTIEN, Quelle organisation de la Justice pour enrayer la disparition du vivant?, *Délibérée* 8 (2019), 33 ss; OECD, OECD Environmental Performance Reviews: Sweden 2014, OECD Publishing, Paris 2014; PERROT ROGER/BEIGNIER BERNARD/MINIATO LIONEL, Institutions judiciaires, 17^e éd., Paris 2018; PRING GEORGE/PRING CATHERINE, Environmental Court & Tribunals: A Guide for Policy Makers, Nairobi 2016; REY LUCIENNE, Lois sévères, mais verdicts cléments, *in* Office fédéral de l'environnement, Magazine «l'environnement» 1/2018 – Lutter contre l'éco-criminalité, 8 ss; STUTZ HANS W., Spielräume für das kantonale Umweltrecht, *in* Vereinigung für Umweltrecht (éd.), *Umweltrecht in der Praxis, Vereinigung für Umweltrecht*, Zurich 2020, 245 ss; SWEDISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, Swedish Environmental Law, An introduction to the Swedish legal system for environmental protection, Report 6790, Naturvårdsverket, Stockholm 2017.

I. Introduction

- 17.1 En plein essor et au cœur de l'actualité, le droit pénal de l'environnement est un domaine dont la nature transversale, au croisement du droit administratif, du droit pénal et du droit pénal administratif, est particulièrement problématique lorsqu'il s'agit de déterminer l'autorité de poursuite compétente pour réprimer adéquatement les infractions commises contre l'environnement: la poursuite doit-elle être confiée aux autorités administratives chargées d'appliquer la législation sur l'environnement, aux autorités de poursuite pénale ou à des autorités spécialisées en la matière? Cette contribution vise à présenter l'état actuel de la poursuite des infractions environnementales en Suisse, ainsi que dans certains États choisis. À l'issue de ce panorama, des remarques et des propositions d'amélioration du système suisse seront formulées.
- 17.2 Avant toute chose, il est essentiel de définir le droit pénal de l'environnement. Selon Littmann-Martin, « le droit pénal de l'environnement peut se définir comme l'ensemble

des dispositifs répressifs mis en place pour protéger les différents éléments qui composent l'environnement en sanctionnant les activités humaines qui les menacent et/ou les dégradent »¹. Il s'agit ainsi de l'ensemble des normes pénales ayant vocation à protéger l'environnement, qu'elles figurent dans le Code pénal ou fassent partie de la législation sur le droit de l'environnement². Or, le droit pénal de l'environnement suisse se compose principalement de normes de droit pénal accessoire, normes se trouvant non pas dans le CP³, mais dans d'autres lois ou ordonnances⁴. En effet, si le CP comporte en son sein certaines normes pouvant relever du droit pénal de l'environnement, notamment les art. 230^{bis} et 234 CP, celles-ci ne concernent que certains domaines spécifiques, de sorte que le juge pénal demeure fortement limité dans leur application à des questions environnementales⁵. C'est la raison pour laquelle il convient de se focaliser davantage sur les normes de droit pénal accessoire, lesquelles sont réparties dans sept lois spéciales⁶, décrites plus précisément dans la suite de cette contribution⁷.

Le droit pénal de l'environnement suisse est ainsi fortement clairsemé, ce qui pose des problèmes de visibilité, que ce soit auprès du public ou des juristes, une grande partie des lois pertinentes étant méconnues, car peu médiatisées ou étudiées dans les universités. De même, cet éparpillement ne facilite pas la poursuite des infractions environnementales, ce que nous constaterons tout au long de cette contribution. 17.3

Nous nous concentrerons en premier lieu sur les formes et les types d'organisations que les autorités fédérales et cantonales utilisent pour réprimer les infractions environnementales (II), avant de présenter, dans une optique de droit comparé, les systèmes d'autres États européens (III) en vue d'en tirer des conclusions sur les améliorations à apporter au système suisse (V et VI). 17.4

II. Aperçu général de l'organisation judiciaire suisse en matière de droit pénal de l'environnement

1. Généralités

En droit suisse, la compétence des autorités de poursuite pénale dépend de la gravité de l'infraction, sous réserve de certains domaines spécifiques tombant sous la compétence exclusive des autorités fédérales. Les infractions pénales sont en effet réparties en trois catégories, en fonction de la peine maximale prévue. Tout d'abord, les crimes sont, selon l'art. 10 al. 2 CP, des infractions dont la peine maximale consiste en une peine privative de liberté d'au moins 3 ans. Les délits sont quant à eux des infractions sanctionnées par 17.5

1 LITTMANN-MARTIN, 143.

2 BICHOVSKY/DONGOIS, 63.

3 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

4 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, 17-18.

5 BICHOVSKY/DONGOIS, 65.

6 *Ibid.*, 5.

7 Voir en particulier N 17.9 ss.

une peine privative de liberté de 3 ans ou moins, ou d'une autre peine, conformément à l'art. 10 al. 3 CP⁸. La poursuite des crimes et des délits incombe en général au ministère public cantonal ou au Ministère public de la Confédération si l'infraction relève de la compétence des autorités fédérales. Finalement, sont qualifiées de contraventions par les art. 103 à 109 CP les infractions punies d'une amende d'au moins CHF 10 000.– ou d'une peine de substitution. Celles-ci sont en général réprimées par les autorités pénales cantonales, bien que l'art. 17 CPP⁹ prévoit la possibilité d'en déléguer la poursuite à des autorités administratives.

- 17.6 La seule disposition du CP pouvant être qualifiée de droit pénal de l'environnement est l'art. 234 CP, qui réprime la contamination d'eau potable. C'est également le seul crime parmi les infractions environnementales reconnues par le droit suisse, les infractions prévues dans les différentes lois spéciales pertinentes consistant uniquement en des délits ou des contraventions. La Loi fédérale sur la protection des eaux¹⁰ prévoit ainsi une peine maximale de trois ans en cas de violation de certaines de ses dispositions, listées à son art. 70, ou une amende pouvant aller jusqu'à CHF 20 000.– pour des infractions mineures (art. 71 LEaux). La Loi sur la protection de l'environnement¹¹ mentionne à son art. 60 les infractions constituant des délits au sens de cette loi. Tant la Loi sur la protection de la nature¹² que la Loi sur la chasse et la protection des mammifères et animaux sauvages¹³ et la Loi sur les forêts¹⁴ prévoient une liste de délits, avec pour particularité une peine privative de liberté maximale fixée à un an, et non à trois ans comme cela est habituellement le cas¹⁵. Quant à l'art. 16 de la Loi fédérale sur la pêche¹⁶, il liste des comportements réprimés par une peine maximale de 180 jours-amendes, ce qui exclut donc toute privation de liberté. Finalement, la Loi sur le parc national¹⁷ ne prévoit à son art. 8 al. 1 qu'une amende en cas de violation de certaines de ses dispositions. Toutes les autres infractions aux lois précitées sont des contraventions, ce qui a pour conséquence qu'une grande partie des infractions du droit pénal de l'environnement suisse sont poursuivies par les autorités chargées de la poursuite des contraventions, si de telles autorités sont mises en place par la Confédération ou les cantons, en application de l'art. 17 CPP.

8 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, 31-32.

9 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0).

10 Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20).

11 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

12 Loi fédérale du 1 juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN, RS 451).

13 Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du (LChp, RS 922.0).

14 Loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 (LFO), RS 921.0.

15 Art. 24 LPN ; art. 17 LChp ; art. 42 LFO.

16 Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP, RS 923.0).

17 Loi fédérale du 19 décembre 1980 sur le parc national suisse dans le canton des Grisons (RS 454).

2. Poursuite relevant de la compétence d'autorités fédérales

La compétence du Ministère public de la Confédération (MPC) est déterminée par les art. 22 et 23 CPP, ainsi que par certaines dispositions de lois fédérales spéciales¹⁸. Toutefois, aucune norme de droit pénal de l'environnement ne vient fonder une telle compétence, que ce soit pour réprimer des infractions prévues dans le CP ou des infractions faisant partie du droit pénal accessoire. Cela signifie que l'impact du droit pénal de l'environnement sur l'organisation judiciaire fédérale est nul et que la poursuite des infractions environnementales est du ressort exclusif des cantons. Si cette situation peut se justifier par le fait que la majorité des normes de droit pénal de l'environnement ne figurent pas dans le CP, il faut admettre que cette matière souffre de cette exclusion, qui la prive non seulement de moyens centralisés, mais aussi d'une visibilité auprès du public dont elle pourrait grandement bénéficier.

Toutefois, certaines autorités administratives fédérales ont la compétence de poursuivre des infractions de droit pénal de l'environnement. À titre d'exemple, l'art. 61a al. 4 LPE prévoit que l'autorité fédérale des douanes est chargée de poursuivre certaines infractions punies par cette loi, la procédure étant régie par la DPA¹⁹. De même, l'art. 21 LChP stipule que l'autorité fédérale de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires est compétente pour traiter des infractions réalisées lors de l'importation, de l'exportation et du transport des produits de la chasse. Cette même autorité est aussi compétente en vertu de l'art. 20 LFSP pour poursuivre les infractions commises lors de l'importation des produits de la pêche. Cette dernière compétence passe toutefois à l'autorité fédérale des douanes dans les cas où l'infraction constitue également un acte réprimé par la Loi sur la TVA²⁰ ou la Loi sur les douanes²¹.

3. Autorités de poursuite prévues dans les lois fédérales de droit pénal de l'environnement suisse

Les lois spéciales contenant des normes de droit pénal de l'environnement fondent la compétence de diverses autorités cantonales pour poursuivre les infractions commises à leur encontre. Par exemple, l'art. 45 LEaux prévoit que son exécution est du ressort des cantons et que le CPP est applicable aux procédures pénales qui en découlent, ce qui permet aux cantons qui le souhaitent de créer une autorité administrative ayant pour unique tâche de réprimer les contraventions à la loi (art. 71 LEaux). Toutefois, la poursuite d'office des délits reste de la compétence d'une autorité de poursuite pénale désignée par la législation cantonale (art. 70 LEaux). L'art. 72 LEaux stipule quant à lui qu'en cas d'application parallèle de l'art. 234 CP, seule cette dernière infraction pourra être

18 P. ex. Loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat Islamique » et les organisations apparentées (RS 122).

19 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

20 Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA, RS 641.20).

21 Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (LD), RS 631.0.

poursuivie. Il s'agit ici d'un cas de concours imparfait expressément prévu par la loi²². Une application conjointe du CP et de la LEaux est ainsi possible lorsque d'autres de leurs infractions entrent en concours, ce qui peut avoir des incidences sur l'autorité chargée de la répression de l'infraction, en fonction de la loi cantonale d'organisation judiciaire applicable. Par ailleurs, les art. 6 et 7 DPA s'appliquent par analogie aux infractions à la LEaux en cas d'infractions commises par une entreprise, conformément à l'art. 73 de la loi.

- 17.10 Il est intéressant de souligner ici qu'en vertu de l'art. 3 ch. 7 de l'Ordonnance réglant la communication des décisions pénales prise par les autorités cantonales²³, les autorités cantonales sont tenues de transmettre à l'Office fédéral de l'environnement l'ensemble des jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus en application de la LEaux²⁴. Cette ordonnance est également applicable aux cas relevant de la LPN, de la LPE, de la LFO, de la LChP et de la LFSP²⁵.
- 17.11 S'agissant de la LPE, son art. 36 prévoit une compétence cantonale pour son exécution, y compris pour réprimer les infractions aux art. 60 et 61 LPE, lesquels listent respectivement des délits et des contraventions. Les art. 6 et 7 DPA sont également applicables à ces procédures. L'art. 61a LPE contient cependant une spécificité selon laquelle les infractions aux prescriptions sur les taxes d'incitation, ainsi que sur les biocarburants et biocombustibles sont poursuivies par une autorité administrative fédérale, l'Administration fédérale des douanes, également autorité de jugement en la matière. Comme il s'agit ici d'une autorité fédérale qui est chargée de la répression, l'ensemble de la DPA y est applicable (art. 1 DPA)²⁶.
- 17.12 L'art. 24d LPN stipule expressément que la poursuite pénale échoit aux cantons²⁷. Comme dans les autres lois précitées, les art. 6 et 7 DPA sont applicables à la procédure. Soulignons cependant que l'art. 24c LPN prévoit l'application de l'art. 69 CP, portant sur la confiscation d'objets et d'avantages pécuniaires obtenus illicitement, à la répression des infractions visées par la LPN. Ce rappel est un tant soit peu redondant, du fait que l'art. 333 CP prévoit déjà que la partie générale du CP, dont l'art. 69 CP fait partie, est applicable au droit pénal accessoire²⁸.
- 17.13 En vertu de l'art. 21 al. 1 LChP, la poursuite pénale est en principe du ressort des cantons. Deux exceptions sont toutefois prévues à l'al. 2 de la disposition précitée. La pre-

22 Comm. LEaux-EICHENBERGER, art. 72 N 23.

23 Ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales (RS 312.3).

24 Comm. LEaux-EICHENBERGER, art.70-73 N 28.

25 Art. 3 de l'Ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales.

26 Art. 62 al. 2 LPE.

27 Comm. LPN-HILF/VEST, art. 24d N 1 ss.

28 Comm. LPN-HILF/VEST, art. 24c N 2.

mière prévoit le cas d'une infraction commise lors de l'importation, l'exportation ou le transport de produits issus de la chasse. Dans ce cas, la compétence est transmise à l'Office fédérale de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires. La seconde exception porte sur le cas dans lequel il y a simultanément une infraction à la LChP et à la Loi sur la TVA ou la Loi sur les douanes. Il y a alors une attraction de compétence en faveur de l'Administration fédérale des douanes. Il convient ici de rappeler l'application de la DPA lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de réprimer des infractions (art 1 DPA). Seul l'art. 6 DPA est applicable en cas de poursuite par une autorité cantonale, ce qui exclut donc l'art. 7 prévu dans les lois citées en amont.

Une compétence cantonale et une application des art. 6 et 7 DPA sont également prévus dans la LFO. Quant à l'art. 20 de la LFSP, il prévoit exactement les mêmes modalités que la LChP. 17.14

L'art. 8 de la Loi sur le parc national donne la compétence de poursuivre les infractions aux cantons, mais aucune application des art. 6 et/ou 7 DPA n'est prévue, ce qui différencie cette loi des autres. 17.15

Il ressort de ce qui précède que, comme en droit pénal général (art. 22 CPP)²⁹, la poursuite par des autorités cantonales est la règle en droit pénal de l'environnement³⁰. Il existe cependant des exceptions en cas de cumul d'infractions dans lesquelles la compétence passe à une autorité administrative fédérale. Par ailleurs, si les délits sont toujours poursuivis par les ministères publics cantonaux, il se peut que les contraventions soient réprimées par une autorité administrative compétente en la matière, si le canton en question a usé de la faculté octroyée par l'art. 17 CPP. Finalement, sous réserve des exceptions précitées, la procédure devant les autorités cantonales est régie par les art. 6 et 7 DPA. 17.16

Finalement, il faut préciser que le Service Coordination de l'exécution et de la surveillance de la Division Droit de l'OFEV a pour tâche de coordonner la répression des infractions environnementales par les cantons et les autres offices fédéraux. Ainsi, les cantons sont tout de même soumis à une forme de surveillance et bénéficie d'un certain soutien fédéral dans leur exécution des dispositions pénales des lois fédérales environnementales. De plus, le groupe EnviCrimeCH a été créé en 2014 au niveau fédéral pour rassembler des représentants des autorités fédérales et cantonales chargées de traiter des délits environnementaux et ainsi permettre les échanges d'expériences et de connaissances en la matière. Fin 2018, ce groupe a été remanié afin de permettre des discussions sur le développement du droit pénal de l'environnement et sur les améliorations possibles des outils de poursuite pénale à disposition dans le domaine. Il permet désor- 17.17

29 Voir N 17.7 s.

30 Cette exécution cantonale est illustrée sur le site officiel de l'OFEV : <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/droit/dossiers/magazin2018-1-dossier/fuer-die-umwelt.html>> (13.6.2021).

mais une coordination lors d'affaires concrètes³¹ et va prochainement lancer un programme de formation en matière environnementale pour les policiers et les procureurs en collaboration avec l'Institut suisse de police³².

4. Poursuite relevant de la compétence d'autorités cantonales

- 17.18 Mis à part pour les dispositions prévoyant de manière explicite une compétence fédérale, la poursuite pénale en matière environnementale est du ressort des cantons, car tant l'organisation judiciaire que l'administration de la justice pénale sont des compétences cantonales (art. 123 al. 2 Cst.³³). À cet égard, c'est l'art. 12 CPP qui définit la notion d'autorités de poursuite pénale, lesquelles doivent être instituées dans chaque canton : il s'agit de la police, du ministère public et des autorités compétentes en matière de contraventions.
- 17.19 En droit pénal de l'environnement, le fait que la grande majorité des infractions soient des contraventions conduit à s'intéresser tout particulièrement aux autorités compétentes en matière de contraventions, objets de l'art. 17 CPP. Cette disposition ne crée pas une obligation de constituer de telles autorités, les cantons pouvant choisir de les mettre en place ou de laisser le ministère public et les tribunaux compétents s'occuper de la répression des contraventions. Un système mixte peut également être mis en place par les cantons, lesquels peuvent par exemple confier la poursuite à des autorités administratives placées sous la supervision d'un Ministère public central. Tel est notamment le cas des cantons de Vaud³⁴ et de Genève³⁵, qui ont tous deux confié la répression et le jugement de certaines contraventions à des autorités administratives³⁶. L'octroi de la compétence de poursuivre pénalement les infractions environnementales à des collaborateurs non-juristes est une autre possibilité, notamment choisie par les cantons de Bâle-Campagne et de Berne³⁷.
- 17.20 L'art. 357 al. 1 CPP prévoit que ces autorités administratives ont des prérogatives similaires à celles du ministère public. Durant la phase d'enquête, elles ont notamment la compétence d'administrer des preuves (art. 139 ss CPP), de recevoir des plaintes (art. 304 al. 1 CPP), de procéder à des auditions (art. 142 al. 1 CPP) et d'émettre des mandats de comparution (art. 201 al. 1 CPP), mais uniquement si la procédure en question porte

31 CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué du 7 novembre 2018, Criminalité environnementale : le Conseil fédéral créer un groupe de coordination, disponible sous : <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72799.html>> (13.6.2021).

32 Information fournie par la police cantonale bernoise.

33 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

34 Art. 3-9 de la Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur les contraventions (LContr, RSV 312.11).

35 Art. 11 de la Loi genevoise du 27 août 2009 d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP, RSGE E 4 10).

36 CR CPP-HENZELIN/MAEDER MORVANT, art. 17 N 4.

37 *Ibid.*, N 5.

sur une contravention³⁸. Par ailleurs, l'art. 357 al. 2 CPP précise que les dispositions relatives à la possibilité de rendre des ordonnances pénales (art. 352 à 356 CPP) sont applicables par analogie à la poursuite des contraventions.

Si certains aspects de l'organisation judiciaire sont imposés aux cantons par le droit fédéral, ces derniers restent tout de même largement libres de légiférer en la matière. Il est impossible d'étudier en détail les vingt-six systèmes cantonaux en vigueur en Suisse dans la présente contribution, mais il paraît impératif de présenter l'organisation la plus fréquente en prenant le canton de Vaud comme exemple³⁹. Le ministère public cantonal ou une autorité administrative cantonale y est en effet compétent pour réprimer les infractions du droit pénal de l'environnement, ce qui signifie qu'aucune autorité spécialisée en la matière n'a été mise en place. 17.21

Dans le canton de Vaud, la Loi sur les contraventions prévoit une double compétence pour la poursuite des contraventions. En effet, le préfet est compétent, sauf disposition contraire, pour poursuivre les contraventions de droit cantonal en vertu de l'art. 5 LContr. Cependant, le ministère public a aussi une compétence en la matière, conformément à l'art. 6 LContr. Les contraventions placées sous la compétence des communes et les infractions aux règlements de police sont réprimées par les municipalités, soit l'organe exécutif de la commune (art. 3 à 9 LContr). Sauf disposition contraire de la LContr, le CPP est applicable à la poursuite pénale (art. 10 LContr), qui a lieu en application des dispositions relatives à l'ordonnance pénale (art. 352 à 356 CPP). Il est intéressant de souligner que la LContr réprime non seulement les infractions intentionnelles, mais également celles commises par négligence, sous réserve des lois spéciales prévoyant le contraire (art. 12 LContr). 17.22

Pour ce qui en est des infractions relevant du droit fédéral, les autorités de poursuite compétentes dans le canton de Vaud sont la police judiciaire et le ministère public, conformément à l'art. 3 LVCPP. Cependant, l'al. 2 de cette disposition traite du cas spécial de la poursuite des contraventions de droit fédéral et cantonal, et octroie une compétence en la matière au ministère public, au préfet, à l'autorité municipale, ainsi qu'à toutes autres autorités administratives désignées dans une loi spéciale. Il est ainsi impératif, en cas de poursuite d'une contravention dans le canton de Vaud, de vérifier dans chaque cas d'espèce ce que prévoit la loi spéciale applicable. 17.23

Au sein de la législation vaudoise, seules deux lois spéciales contiennent des dispositions pénales pouvant être considérées comme faisant partie du droit pénal de l'environnement. Il s'agit des art. 68 et 69 de la Loi vaudoise sur la pêche⁴⁰, qui prévoient une 17.24

38 CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, art. 357 N 3.

39 Art. 3-9 LContr; Art. 6 de la Loi vaudoise du 19 mai 2009 d'introduction du Code de procédure pénale suisse (LVCPP, RSV 312.01).

40 Loi vaudoise du 29 novembre 1978 sur la pêche (LPêche, RSV 923.01).

amende pour toute infraction, intentionnelle ou par négligence, à cette loi et à ses dispositions d'applications, sous réserve de la législation fédérale en matière de pêche. La poursuite est régie par la LContr et tombe sous la compétence du Département du territoire et de l'environnement⁴¹.

5. Système prévoyant la poursuite par une autorité spécialisée en Suisse

- 17.25 À l'heure actuelle, aucun canton suisse n'a mis en place d'entité ou d'autorité spécialisée s'occupant exclusivement de droit pénal de l'environnement. Il existe cependant dans certains cantons des mesures organisationnelles qu'il convient de développer, car s'approchant de cette idée d'autorité cantonale spécialisée en matière de droit pénal de l'environnement.
- 17.26 Tout d'abord, certaines polices cantonales disposent de services spécialisés en criminalité environnementale et de membres spécialement formés en la matière. Tel est notamment le cas de la police cantonale bernoise, dont le service compte quatre spécialistes, ainsi que des polices des cantons de Zurich, Argovie, Lucerne, Soleure et Vaud⁴².
- 17.27 Mais seul le canton de Zurich connaît une spécialisation au niveau des procureurs, avec son système de « procureur expert » (*Staatsanwalt und Experte für Umweltstrafrecht*⁴³) spécialisé en droit pénal de l'environnement et compétent pour fournir surveillance et conseils aux procureurs ordinaires⁴⁴. Ce « procureur expert » n'est en aucun cas chargé de prendre en main l'instruction de l'ensemble des affaires relevant du droit pénal de l'environnement⁴⁵. Il a pour seules tâches de veiller au suivi de la jurisprudence en la matière, et de transmettre à ses collègues les connaissances nécessaires pour mener à bien leurs recherches via le système interne de « gestion des connaissances »⁴⁶. Il est également responsable des relations entre le ministère public et le secteur de la police cantonale concerné par les infractions environnementales, ainsi qu'avec les autorités administratives cantonales responsables, dont l'Office cantonal de l'eau, de l'énergie et de l'air⁴⁷. On ne saurait donc parler d'un système de poursuite par une autorité spécialisée, mais plutôt d'un système de supervision interne.
- 17.28 Quand elles ne sont pas poursuivies par des autorités administratives, les infractions de droit pénal de l'environnement sont du ressort de membres du ministère public, lesquels ne sont pas forcément spécialisés en la matière. En effet, si la plupart des minis-

41 Art. 1 du Règlement d'application du 15 août 2007 de la loi du 29 novembre 1978 sur la pêche (RLPêche, RSV 923.01.1).

42 Information fournie par la police cantonale de Berne.

43 KRAYENBÜHL/GATTLEN.

44 KRAYENBÜHL/GATTLEN.

45 *Ibid.*

46 En allemand : « Wissenmanagement ». KRAYENBÜHL/GATTLEN, 37.

47 KRAYENBÜHL, 159 ss.

tères publics cantonaux sont organisés en divisions internes, chacune chargée de poursuivre les infractions commises dans un domaine spécifique⁴⁸, aucun canton ne s'est pour l'heure muni d'un tel service en matière de droit pénal de l'environnement et aucun projet allant dans ce sens ne semble être en cours.

Cette absence générale d'autorités cantonales de poursuite spécialisées en matière environnementale est certainement due au fait que ce domaine du droit est encore peu connu et du manque de formation disponible en la matière au niveau universitaire. À l'heure actuelle, seule l'Université de Fribourg a intégré à son plan d'études un cours consacré au droit pénal de l'environnement⁴⁹. Ce manque de formation et de spécialisation peut s'avérer problématique de par la nature-même du droit pénal de l'environnement, à la croisée du droit administratif, du droit pénal et des sciences environnementales, les procureurs et policiers risquant parfois de se retrouver démunis face à une affaire environnementale, faute de connaître en détail la doctrine et la jurisprudence pertinentes. De plus, il se peut que le fait que la majorité des infractions cantonales contre l'environnement ne soient « que » des contraventions⁵⁰ conduisent à la tentation de traiter ces affaires avec moins de sérieux qu'un délit ou un crime. Une telle attitude peut provoquer, aux yeux du grand public, une mauvaise image de la justice, à l'heure où les questions environnementales et les mouvements écologistes font la une de l'actualité⁵¹.

Toutefois, la mobilisation de ces dernières années, ainsi que l'urgence climatique de plus en plus pressante ont conduit les autorités à tenter de remédier aux lacunes de formation et de spécialisation en matière environnementale. Ainsi, comme cela a déjà été évoqué, des services spécialisés ont été créés ces dernières années au sein des polices cantonales et le groupe de coordination mis sur pied par le Conseil fédéral développe actuellement un programme de formation pour policiers et procureurs⁵². À cela s'ajoute le fait que les gardes-chasses, gardes-pêche, surveillants de la faune et autres gardes-forestiers ont tous des compétences précieuses dans leurs domaines d'activité spécifiques auxquelles il convient de faire appel dans le cadre de la lutte contre la criminalité environnementale.

48 Le canton de Berne par exemple, possède dans son organigramme un « Ministère public chargé de la poursuite des infractions économiques » ; voir à ce sujet : <<https://www.justice.be.ch/justice/fr/index/justiz/organisation/staatsanwaltschaft/organigramm.html>> (10.12.2020).

49 Il s'agit du cours-bloc intitulé « Droit pénal et atteintes à l'environnement et aux espèces vivantes », enseigné au cours du semestre de printemps 2022 par la Professeure Joëlle Vuille : <<https://www.unifr.ch/ius/vuille/fr/enseignement/cours/master/course/101126>> (10.5.2022).

50 P. ex. art. 68 LPêche (Vaud).

51 Sur ces questions, nous renvoyons aux contributions de TISSIÈRES et de DEMAY/LOETSCHER.

52 Voir N 17.18 ss.

6. Cas du Valais lors de la procédure de révision de sa Constitution cantonale

- 17.30 Courant 2018, les citoyens valaisans ont accepté une initiative cantonale visant à engager la révision totale de la Constitution cantonale⁵³. Des élections ont par la suite eu lieu pour former une assemblée constituante⁵⁴, laquelle s'est depuis attelée à mettre au point une Constitution valaisanne actualisée. Dans le cadre de ce mandat, une commission a été chargée de rechercher des pistes pour améliorer le système judiciaire valaisan⁵⁵.
- 17.31 De ce travail est né un rapport déposé auprès de l'assemblée constituante le 15 mars 2020⁵⁶, dans lequel a notamment été traitée la possibilité de créer une cour environnementale. Il en est ressorti que, selon le droit international⁵⁷, « un accès effectif à des actions judiciaires et administratives [en matière environnementale], notamment pour les cas de réparations et de recours, doit être assuré »⁵⁸. Selon le rapport, le droit de l'environnement suisse ne cesse de se développer, ce qui engendre une grande difficulté pour les autorités à appliquer ses normes de manière efficace. Les tribunaux devant traiter de ce type d'affaires se retrouvent souvent contraints, au moment d'examiner le cas, de sortir du pur domaine juridique pour migrer vers le domaine des sciences environnementales. Juger un délit environnemental requiert ainsi, de par l'essence même de ce pan du droit, de bénéficier à la fois d'une expertise en droit pénal et en droit de l'environnement, voire également d'une expertise plus technique ou scientifique⁵⁹.
- 17.32 À l'heure actuelle, le Valais connaît une organisation similaire à celles de nombreux autres cantons selon laquelle les tribunaux de droit commun et des autorités administratives sont compétents pour poursuivre et juger les litiges de droit pénal de l'environnement. La majorité des membres de la commission « Thématique 9 » de l'assemblée constituante étaient cependant d'avis que cette situation n'assurait pas aux citoyens un rendu de la justice environnementale qui soit à la fois équitable, rapide, économique et accessible⁶⁰. Ils ont donc proposé de saisir l'opportunité offerte par la révision de la Constitution valaisanne pour mettre en place une autorité de jugement spécialisée, justifiant cette dernière par la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire et le rôle primordial qu'une telle autorité occuperait dans la protection des droits fondamentaux des citoyens, ainsi que par la priorité actuelle que représentent les questions environnementales⁶¹.

53 <<https://www.vs.ch/web/constituante/accueil>> (22.2.2021).

54 *Ibid.*

55 <<https://www.vs.ch/web/constituante/commission-thematique-9>> (27.2.2021).

56 COMMISSION 9, 19 ss.

57 Voir notamment les art. 6 et 13 CEDH.

58 COMMISSION 9, 20.

59 COMMISSION 9, 47.

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*

Cette cour environnementale aurait, dans un premier temps, été rattachée au Tribunal cantonal, mais aurait pu devenir indépendante à terme. Elle aurait été composée d'au moins un juge, mais les jugements auraient été rendus par un juge et deux assesseurs, choisis en fonction des spécialisations nécessaires pour résoudre le cas d'espèce. 17.33

La commission avait ainsi soumis le texte suivant au vote de l'assemblée constituante⁶² : 17.34

Il existe pour tout le canton une Cour environnementale chargée de trancher sur le plan civil, pénal ou administratif les questions de droit environnemental et de droit de la protection de la nature et du monde vivant. Cette cour est composée d'un·e juge spécialisé·e et de deux assesseurs disposant des connaissances spécifiques relatives à la matière traitée.

Ce texte tenait bien compte de la nature à la fois juridique et technique du droit pénal de l'environnement. Le fait de prévoir la présence d'assesseurs dans la composition de la cour visait à garantir le meilleur traitement possible des affaires, et donc à assurer la qualité des jugements rendus. Toutefois, le projet se contentait de proposer la création d'une autorité de jugement, sans évoquer la question de l'autorité de poursuite. Cet oubli, peut-être involontaire, était regrettable, tant il semble évident que la qualité des jugements dépend en grande partie de la qualité de la poursuite et de l'instruction préalables. C'est en effet au cours de ces phases procédurales que sont récoltés et dévoilés les éléments nécessaires à la prise de décision. 17.35

Malgré tout, ce projet de disposition constitutionnelle aurait représenté une grande première en Suisse s'il avait été accepté, d'autant plus que, comme il en ressort clairement de son texte, la compétence de cette cour environnementale ne se serait pas limitée aux affaires de droit pénal, mais se serait également étendue à des questions de droit civil et administratif. Malheureusement, l'Assemblée constituante a finalement renoncé à établir cette cour lors d'un vote le 23 novembre 2021⁶³.

Un tel résultat est certainement regrettable, mais cet exemple valaisan montre que la question de la mise en place d'une autorité spécialisée en matière de droit pénal de l'environnement est au centre des considérations actuelles et pourrait, malgré son échec, servir de base de réflexion pour d'autres cantons, voire à la Confédération. 17.36

III. Droit comparé, en particulier en France, en Espagne et en Suède

1. Préambule

Les États étudiés dans le présent chapitre ont été sélectionnés sur la base de critères géographiques et organisationnels. Ainsi, la France a été choisie de par sa qualité de voisine de la Suisse, tandis que la Suède et l'Espagne se sont révélées particulièrement 17.37

62 *Ibid.*

63 <<https://www.vs.ch/web/constituante/documentation>> (10.5.2022).

intéressantes en raison de leur organisation en matière d'autorité de poursuite des infractions environnementales.

- 17.38 Il convient cependant de préciser que ces États ne sont pas les seuls à avoir pris le chemin de la spécialisation en matière environnementale. Que ce soit dans les pays dits développés ou dans les pays dits en voie de développement, on observe depuis le début des années 2000 une explosion du nombre d'autorités spécialisées en la matière⁶⁴. Cette spécialisation semble toutefois avoir principalement lieu au niveau des autorités de jugement, et non au niveau des autorités de poursuite. Ainsi, chaque arrondissement judiciaire belge est doté depuis 2014 d'une section Environnement compétente pour connaître toutes les affaires environnementales, qu'elles soient pénales, civiles ou administratives⁶⁵.

2. France

- 17.39 Contrairement à la Suisse, qui n'a que deux codes fédéraux (CC/CO et CP) et dont le reste des lois spéciales ne sont pas codifiées au sens strict du terme, les lois françaises sont réparties dans un grand nombre de codes, dont le Code de l'environnement⁶⁶. Ce dernier regroupe toutes les normes françaises de droit environnemental, dont certaines sont de nature pénale. Ses différents chapitres se regroupent cependant avec les différentes lois suisses portant sur le droit de l'environnement. Par exemple, le Titre II du Chapitre I^{er} du Livre IV de ce Code traite de la chasse, tandis que le Titre III porte sur la pêche.
- 17.40 À l'image du droit suisse, le droit pénal français classe les infractions en trois catégories : crimes, délits et contraventions⁶⁷. Les crimes sont des infractions pour lesquelles des peines de réclusion criminelle de 15, 20 ou 30 ans ou à perpétuité peuvent être prononcées, conformément à l'art. 131 al. 1 CPF. Selon l'al. 3 de ce même article, les délits sont des infractions pour lesquelles la peine encourue est une peine d'emprisonnement de 10 ans au maximum, ou une peine de jour-amende, voire de travail d'intérêt général. Finalement, l'art. 131 al. 12 à 14 CPF prévoit que sont des contraventions les infractions punissables d'une amende, n'excédant en principe pas EUR 1500, ou EUR 3000 en cas de récidive, d'une peine restrictive de droit (p. ex. le retrait d'un permis de chasse ou la confiscation d'une chose) ou d'une peine de sanction-réparation.
- 17.41 Toutefois, des différences entre le droit suisse et le droit français peuvent être remarquées en termes de peines-menaces. En effet, l'art. L16-6 du Code de l'environnement

64 BILLIET/LAVRYSEN/VAN DEN BERGHE; PRING/PRING, IV.

65 BILLIET/LAVRYSEN/VAN DEN BERGHE.

66 Code de l'environnement (France), approuvé par l'Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement et ratifié par la Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

67 Art. 111-1 du Code pénal du 22 juillet 1992 (CPF) (France).

prévoit une peine maximale de 2 ans de privation de liberté et de EUR 75 000 d'amende en cas d'infractions à la réglementation en matière d'eaux, alors que le droit suisse prévoit une peine maximale de 3 ans de privation de liberté pour ces mêmes infractions (art. 70 LEaux). De plus, l'art. 71 LEaux pose une limite à CHF 20 000 pour les amendes.

Le 24 janvier 2019, le Ministère de la transition écologique et solidaire et le Ministère de la justice ont mandaté leurs corps d'inspection respectifs pour élaborer un rapport sur la justice environnementale et proposer des pistes d'amélioration⁶⁸. Remis en octobre 2019, ce rapport d'inspection⁶⁹ a servi de base à l'élaboration du volet européen de la Loi relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée⁷⁰, adoptée en décembre 2020. Si ce rapport d'inspection débouche sur un constat général d'insatisfaction face au système mis en place pour lutter contre la criminalité environnementale, il se concentre tout particulièrement sur la nécessité d'institutionnaliser la coordination et les échanges entre les services de police, les autorités administratives et le système judiciaire, sur l'homogénéisation des procédures et sur la création de juridictions dédiées à l'environnement dans l'ordre judiciaire⁷¹. Sur ce dernier point, les experts indiquent en effet qu'« [a]ctuellement, le contentieux écologique, civil ou pénal, relève des juridictions judiciaires de droit commun. Toutefois ce contentieux peut, en certaines circonstances, être traité par des juridictions spécialisées qui disposent d'une compétence concurrente, laquelle tend en fait à devenir une compétence exclusive »⁷². Il est ici possible de tracer un parallèle entre la proposition française et le projet manqué de cour environnementale valaisanne⁷³, sous réserve du fait que les litiges administratifs ne seraient pas du ressort du juge administratif français.

Ainsi a été proposée la mise en place d'autorités de jugement spécialisées en droit de l'environnement, autorités dotées à la fois d'un volet civil et d'un volet pénal. À cet égard, les experts préconisaient une compétence pénale s'étendant à tous les délits et contraventions relevant du droit pénal de l'environnement, soit « tous les délits et contraventions prévus et réprimés, notamment par le code de l'environnement, le code forestier, le code de l'urbanisme, le code de la consommation, le code minier, le code rural et de la pêche maritime »⁷⁴. Finalement, un déploiement en deux temps des juridictions pour l'environnement a été proposé, avec pour commencer un déploiement au niveau régio-

68 RADISSON LAURENT, Justice et environnement : un rapport d'inspection demande à l'État de changer de paradigme, *Actu Environnement*, 30 janvier 2020, disponible sous : <<https://www.actu-environnement.com/ae/news/justice-environnement-rapport-mission-evaluation-cgedd-igi-34894.php4>> (17.6.2021).

69 CINOTTI *et al.*

70 Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, *JORF* n° 0312 du 26.12.2020.

71 CINOTTI *et al.*, 8-9.

72 *Ibid.*, 79. À ce propos, voir également BIANCO/LUCIFORA/VAGLIASINDI, 37 ss.

73 Voir N 17.25 ss.

74 CINOTTI *et al.*, 84.

nal à titre expérimental, puis un déploiement à l'ensemble des départements français si l'expérience s'avérait concluante.

- 17.44 Toutefois, ce déploiement progressif n'a pas eu lieu puisqu'en décembre 2020, le Parlement français a adopté une loi créant des juridictions spécialisées en matière d'environnement, dont les dispositions prévoient la désignation d'un tribunal judiciaire dans chaque cour d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions environnementales. À noter que ces tribunaux spécialisés seront non seulement compétents au niveau pénal, mais également pour trancher les actions civiles touchant au préjudice écologique, ainsi que les actions en responsabilité civile y relatives⁷⁵. Il est encore trop tôt pour évaluer l'impact pratique de leur création, d'autant plus que celle-ci implique une réorganisation judiciaire, ainsi que la nécessaire formation des juges d'instruction et magistrats concernés⁷⁶. Toutefois, si cette initiative a été saluée par les praticiens et autres spécialistes du droit de l'environnement, certains ont tout de même émis des doutes quant à son efficacité, en soulignant le manque de ressources financières et humaines à disposition⁷⁷.
- 17.45 Si le rapport d'inspection de 2019 a débouché sur la création d'autorités de jugement spécialisées en matière environnementale, la proposition faite par une partie de la doctrine française⁷⁸ de mettre ne place un parquet national spécialisé en droit pénal de l'environnement a été rejetée par les auteurs⁷⁹. Ceux-ci ont en effet estimé qu'une telle institution ne serait pas utile, les infractions concernées étant en grande majorité des contraventions et des délits, lesquels ne peuvent entraîner qu'une peine privative de liberté maximale d'un an au plus. Un parallèle peut ici être fait avec la situation en Suisse. Les experts indiquent également craindre qu'un tel parquet national et centralisé se trouve trop éloigné des préoccupations locales, lesquelles sont d'une importance majeure dans le domaine de la criminalité environnementale. En effet, « la mission [d'évaluation des relations entre justice et environnement], critique à l'égard d'une organisation trop centralisée face à des contentieux qui, pour une part importante, sont des contentieux de proximité, prône, à l'inverse, une spécialisation [...]. C'est pourquoi, la mission considère que pour atteindre cet objectif, une véritable spécialisation devrait être organisée au niveau régional, au sein d'une juridiction pour l'environnement (JPE),

75 Chap. II de la Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, JORF n° 0312 du 26.12.2020.

76 NOUGAILLON THOMAS, *Atteintes à l'environnement : le tribunal judiciaire de Dijon devient un pôle régional*, France Bleu, 1^{er} juin 2021, disponible sous : <<https://www.francebleu.fr/infos/faits-divers-justice/atteintes-a-l-environnement-le-tribunal-judiciaire-de-dijon-devient-un-pole-regional-1622580497>> (17.6.2021).

77 *Ibid.*

78 P. ex. MABILE.

79 CINOTTI *et al.*, 82.

à compétence civile et pénale, mise en place, en première instance, dans le ressort de chaque cour d'appel »⁸⁰.

Ainsi, la mission met la priorité sur l'accès à une juridiction spécialisée⁸¹ et propose de 17.46
procéder de la même manière qu'en droit pénal des mineurs : « [s]ans aller jusqu'à donner des droits objectifs à la nature, il s'agit ici de créer un juge prenant en compte les intérêts de l'environnement, à l'instar du juge des mineurs, dont la motivation des décisions est dictée par la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁸². Un parallèle peut être fait avec la Suisse qui, à l'instar de la France, connaît dans certains cantons une juridiction pénale spécialisée en matière de mineurs⁸³, mais pas en matière d'environnement. Cependant, cette comparaison reste délicate, les juridictions pour les mineurs étant spécialisées à raison des personnes concernées et non de la matière, ce qui est le cas en droit pénal de l'environnement.

Finalement, il convient de relever que la France, en tant qu'État unitaire⁸⁴, a des autorités 17.47
nationales fortes, à l'inverse de la Suisse, où les compétences sont en principe cantonales, à moins que la Constitution fédérale n'octroie expressément une compétence à l'État fédéral⁸⁵. Le rejet de la mise en place d'une autorité de poursuite spécialisée au niveau national dans un État unitaire, au prétexte qu'elle ne saurait apprécier les problématiques locales, signifie *a fortiori* qu'une telle autorité serait également jugée inadéquate dans un État fédéral tel que la Suisse. Ainsi, créer une autorité fédérale unique responsable de la poursuite de l'ensemble des infractions environnementales aurait pour conséquence de réduire considérablement l'indépendance des cantons dans ce domaine, alors que des autorités locales seraient peut-être plus à même de traiter les affaires environnementales, qui n'ont que rarement une portée nationale.

3. Espagne

En droit espagnol, les infractions environnementales relèvent soit du droit pénal admini- 17.48
nistratif, fragmenté entre différentes lois, soit du droit pénal de l'environnement⁸⁶, dont les normes sont incluses dans le Code pénal⁸⁷. D'une manière générale, seules les infractions les plus graves figurent dans le Code pénal, mais cette distinction complique quelque peu la répression en pratique, la compétence n'étant pas toujours clairement

80 *Ibid.*, 81-82.

81 *Ibid.*, 83.

82 *Ibid.*, 61.

83 P. ex. le Tribunal des mineurs (Vaud), établi par la Loi vaudoise du 2 février 2010 d'introduction à la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LVPPMin, RSV 312.05).

84 Art. 1 Constitution française du 4 octobre 1958.

85 Art. 3 Cst.

86 FAJARDO DEL CASTILLO *et al.*, 18.

87 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE-A-1995-25444 (Espagne) ; voir FAJARDO DEL CASTILLO *et al.*, 26.

déterminée⁸⁸. La poursuite de ces infractions tombe sous la compétence d'un procureur, qui peut éventuellement être saisi par un accusateur privé ou public⁸⁹. En cas de condamnation, les sanctions prennent généralement la forme de peines privatives de liberté, parfois assorties d'une amende⁹⁰.

- 17.49 En 2006, l'Espagne a créé le Parquet de l'environnement et de l'urbanisme (*fiscalía de Medio ambiente y Urbanismo*), rattaché au ministère public (*Ministerio Fiscal*)⁹¹, ce qui a constitué une avancée importante pour la protection de l'environnement. Cette création a été motivée d'une part par la complexité du droit de l'environnement espagnol, et d'autre part par la Résolution (77) 28 du Conseil de l'Europe, datant du 28 septembre 1977⁹², et recommandant en son point 4a « la création de sections spécialisées des parquets ou des tribunaux, équipés de juge qualifié en matière de protection de l'environnement ». En outre, les nombreux problèmes de corruption qui régnaient dans le domaine de l'urbanisme espagnol à cette époque⁹³ ont également pesé dans la décision de créer cette autorité chargée de faire respecter les normes environnementales espagnoles.
- 17.50 C'est l'art. 18 al. 3 de la Loi 50/1981⁹⁴ qui met en place ce Parquet de l'environnement et de l'urbanisme :

Il y aura également une section de l'environnement spécialisée dans les délits liés à l'aménagement du territoire, la protection du patrimoine historique, des ressources naturelles et de l'environnement, la protection de la flore, de la faune et des animaux domestiques et les incendies de forêt. Ces sections peuvent être constituées dans les bureaux des procureurs des communautés autonomes lorsque leurs pouvoirs, le volume de travail ou la meilleure organisation et prestation du service le conseillent⁹⁵.

- 17.51 Le Parquet est dirigé par un procureur général qui a pour rôle de coordonner les actions des différents procureurs spécialisés en place au sein des Hautes Cours et des Cours provinciales espagnoles (*Tribunal Superior de Justicia et Audiencia Provincial*)⁹⁶. En 2020,

88 FAJARDO DEL CASTILLO *et al.*, 18-19.

89 *Ibid.*, 54.

90 *Ibid.*, 24.

91 ENPE, 27.

92 Résolution (77) 28 sur la contribution du droit pénal à la protection de l'environnement, adoptée par le Comité des ministres le 28 septembre 1977.

93 ENPE, 2.

94 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE-A-1982-837 (Espagne).

95 Texte original : « También existirá una Sección de Medio Ambiente especializada en delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen. »

96 ENPE, 27 ss; FAJARDO DEL CASTILLO *et al.*, 57.

le Parquet comptait 190 procureurs, ainsi que des policiers et autres spécialistes environnementaux⁹⁷. Toutefois, cette institution, rattachée au procureur général de la Nation, apparaît difficilement transposable en France ou en Suisse⁹⁸, en raison de certaines spécificités de la poursuite pénale espagnole, telle que l'accusation populaire⁹⁹. Il convient également de souligner que cette autorité espagnole spécialisée ne compte pas uniquement des procureurs, mais aussi des experts en sciences environnementales¹⁰⁰. Cette approche pluridisciplinaire est intéressante, tant les questions de droit de l'environnement sont indissociables des problématiques scientifiques.

Si la mise en place d'une telle autorité spécialisée est un pas important pour la poursuite des infractions contre l'environnement, elle n'a cependant pas permis de régler tous les problèmes liés à la situation environnementale. En effet, Antonio Vercher, procureur chargé de la coordination de l'environnement et de l'urbanisme en Espagne, affirmait en 2015 que le Parquet ne pouvait fonctionner de manière optimale en raison d'un manque de financements suffisants¹⁰¹. À nouveau interrogé sur le sujet en 2019, il déclarait alors que « [le Parquet utilise] suffisamment d'imagination pour compenser le manque de ressources »¹⁰². Il ressort ainsi de cette situation que le geste politique de la mise en place d'autorités spécialisées dans la poursuite des infractions environnementales n'est pas suffisant, mais qu'il est impératif de donner à ces autorités les moyens nécessaires pour exercer leurs tâches de manière effective et satisfaisante. Toutefois, le même Vercher déclarait en 2020 que « [c]haque jour, nous recevons un grand nombre de plaintes pour crimes contre l'environnement, et nous sommes actuellement le pays

97 EUROPEAN NETWORK OF PROSECUTORS FOR THE ENVIRONMENT, ENPE newsletter – Issue 13, 17.7.2020, 3, disponible sous : <<https://www.environmentalprosecutors.eu/sites/default/files/document/ENPE%20newsletter%2013th%20edition.pdf>> (17.8.2020); BOLINCHES MARIE, Espagne : un paquet pour l'environnement, Arte, 2018, disponible sous : <<https://www.arte.tv/fr/videos/086797-000-A/espagne-un-parquet-pour-l-environnement/>> (1.7.2021).

98 Voir CINOTTI *et al.*

99 Sous certaines exigences légales, tout citoyen espagnol, y compris les personnes morales, peut intenter une action pénale, même s'il n'est pas directement lésé par l'infraction en question. En matière environnementale, ce mécanisme est régulièrement utilisé par des collectifs de citoyens ou des associations pour dénoncer des agissements illicites. TIRVIO PORTUS JORDI, L'action juridique dans la procédure espagnole, Village de la Justice, 7.2.2018, disponible sous : <<https://www.village-justice.com/articles/action-juridique-dans-procedure-penale-espagnole,27136.html>> (22.2.2021) ; voir également <<https://www.richter-echevarria.com/fr/francais-laccusation-populaire-dans-la-procedure-penal-espagnole/?reload=730999>> (22.2.2021).

100 DE LANZAROTE DIARIO, Entrevista al fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo, Ciencias Ambientales, 17.5.2019, disponible sous : <<https://www.cienciasambientales.com/es/noticias-ambientales/entrevista-fiscal-medio-ambiente-urbanismo-antonio-vercher-17669>> (17.7.2020).

101 <https://elpais.com/elpais/2015/09/18/ciencia/1442549519_239512.html> (22.2.2021).

102 En espagnol dans le texte : « *aplicamos bastante la imaginación para suplir la ausencia de recursos* », <<https://www.cienciasambientales.com/es/noticias-ambientales/entrevista-fiscal-medio-ambiente-urbanismo-antonio-vercher-17669>> (22.2.2021).

avec le plus de condamnations pénales à ce sujet»¹⁰³. Il semblerait donc que le Parquet espagnol obtient des résultats satisfaisants et que sa création s'est révélée être un atout majeur dans la lutte contre la criminalité environnementale en Espagne. À titre d'exemple, 1500 affaires ont débouché sur une condamnation en 2017¹⁰⁴.

4. Suède

- 17.53 Comme la grande majorité des pays de l'Union européenne, la Suède s'est munie en 1999 d'un Code de l'environnement¹⁰⁵, dont le chapitre 29 contient des normes pénales¹⁰⁶. Ce Code n'est cependant pas exhaustif et des dispositions de droit pénal de l'environnement se trouvent également, à l'instar de la Suisse, dans des lois spéciales¹⁰⁷ qui pourraient être qualifiées de droit pénal accessoire.
- 17.54 En Suède, les dénonciations peuvent être le fait des autorités administratives chargées de la protection de l'environnement, si celles-ci découvrent des irrégularités lors de leurs inspections, ou d'un particulier¹⁰⁸. Tant le ministère public que la police comptent en leur sein des membres spécialisés pour enquêter sur les infractions environnementales¹⁰⁹. La majorité des infractions environnementales sont punies par une amende ou une peine d'emprisonnement de maximum 2 ans¹¹⁰. Toutefois, les délits graves sont sanctionnés par une peine privative de liberté de 6 mois au minimum et de 6 ans au maximum (Chap. 29 Sec. 1 du Code de l'environnement suédois). Quant aux délits graves commis à l'encontre des dispositions protégeant certaines espèces, ils sont punis d'une amende ou d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à 4 ans¹¹¹.
- 17.55 Le parquet suédois comporte quatre autorités de poursuite spécialisées¹¹², dont une en matière de droit pénal de l'environnement (*Riksenheten för miljö- och arbetsmiljömål*¹¹³). Cette dernière a été créée en 2009, dans le cadre des efforts fournis par la Suède au cours

103 RUIZ MIGUEL ANGEL, Antonio Vercher: «España es el país con más condenas penales por medio ambiente de Europa», *La Verdad*, 29.1.2020, disponible sous : <<https://www.laverdad.es/murcia/espasa-pais-condenas-20200129004347-ntvo.html>> (17.7.2020).

104 BOLINCHES MARIE, Espagne : un paquet pour l'environnement, *Arte*, 2018, disponible sous : <<https://www.arte.tv/fr/videos/086797-000-A/espagne-un-parquet-pour-l-environnement/>> (1.7.2021).

105 Code de l'environnement du 11 juin 1998 (Suède), Ds 2000:61.

106 FAURE/PHILIPSEN, 13.

107 Voir <<https://www.aklagare.se/om-brottsligheten/olika-brottstyper/miljobrott/>> (24.8.2020).

108 OECD, 56.

109 FAURE/PHILIPSEN, 32 ; SWEDISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 35.

110 FAURE/PHILIPSEN, 15 s.

111 SWEDISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 35.

112 SWEDISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 34 ; voir aussi : <<https://www.aklagare.se/kontakt/aklagaromraden/nationella-aklagaravdelningen/>> (4.3.2021).

113 Traduction à partir du suédois : « Unité nationale pour la sécurité et la santé environnementales et professionnelles ».

des années 2000 pour améliorer l'efficacité des poursuites pénales environnementales¹¹⁴ et a été accueillie de manière positive par les experts et praticiens suédois¹¹⁵. Elle compte en son sein des procureurs spécialisés (vingt en 2012) et du personnel administratif, répartis sur l'ensemble du territoire suédois¹¹⁶. En effet, si les bureaux de l'unité nationale se trouvent à Malmö, elle possède des antennes à Göteborg, Jönköping, Stockholm et Östersund¹¹⁷. Ce découpage géographique lui permet d'avoir une perspective régionale et proche du terrain, point jugé primordial par l'analyse des autorités françaises¹¹⁸. Ce faisant, la Suède semble avoir trouvé un bon compromis entre la mise en place d'une autorité de poursuite nationale et la nécessité d'une perspective régionale. Ce compromis pourrait servir d'inspiration pour la Suisse et ouvrir la voie à la création d'une autorité fédérale comprenant des procureurs « mobiles » pouvant agir dans différents cantons.

L'autorité spécialisée suédoise est compétente pour poursuivre les violations du Code de l'environnement et des réglementations associées, mais également certaines infractions au droit dit primaire, tel qu'au Code pénal, lorsque celles-ci ont une composante environnementale¹¹⁹. Le fait que l'autorité se charge de la poursuite de toutes les infractions à caractère environnemental, et non pas uniquement de celles au Code de l'environnement, permet de tirer un parallèle avec la situation actuelle du droit pénal de l'environnement en Suisse¹²⁰, et démontre qu'une législation non codifiée ne saurait être un obstacle à la mise en place d'une autorité de poursuite spécialisée. 17.56

Précisons enfin que les compétences des procureurs de l'unité nationale suédoise pour les crimes environnementaux sont les mêmes que celles d'un procureur ordinaire suédois¹²¹. Ils ont pour tâches de mener les investigations, de décider quelle mesure coercitive appliquer, d'engager les procédures et de soutenir l'accusation au tribunal¹²². Ainsi, c'est le procureur qui dirige le déroulement de la poursuite pénale, tant dans la phase d'investigation qu'au cours du procès¹²³. 17.57

5. Synthèse

Ainsi, si la France est en passe d'établir des autorités de jugement spécialisées en droit pénal de l'environnement, l'Espagne et la Suède ont toutes les deux optées pour la mise en place d'une autorité de poursuite spécialisée, chacune adaptée à leurs caractéristiques nationales respectives. Ces pays, comme d'autres, pourraient servir d'exemples à 17.58

114 FAURE/PHILIPSEN, 31.

115 *Ibid.*, 87.

116 *Ibid.*, 82.

117 *Ibid.*, 79.

118 Voir N 17.37 ss.

119 FAURE/PHILIPSEN, 82.

120 Voir N 17.5 ss.

121 FAURE/PHILIPSEN, 33.

122 *Ibid.*, 87.

123 *Ibid.*

la Suisse ou à l'un de ses cantons, si l'un ou l'autre décide de faire de la poursuite des infractions environnementales une priorité. Le cas suédois est à ce titre particulièrement intéressant, car prouvant qu'il est possible de créer une autorité au niveau national, tout en garantissant la prise en compte des particularités régionales et locales.

IV. Réseau européen des procureurs pour l'environnement

- 17.59 Le 1^{er} juin 2012 a été créée une organisation à but non lucratif de droit belge visant à aider les praticiens à partager leurs expériences en matière de criminalité environnementale. Ce Réseau européen des procureurs pour l'environnement (RPEE) réunissait au moment de sa fondation des magistrats neuf États membres de l'Union européenne spécialisés en matière d'atteinte à l'environnement¹²⁴. Il compte aujourd'hui quarante et un membres, venant de vingt-huit États différents¹²⁵. L'art. 1 ch. 3 de ses Statuts¹²⁶ rend éligible pour le rejoindre toute organisation impliquée dans la répression des infractions pénales dans les États pertinents. Selon l'art. 1 ch. 7 des Statuts, ces États pertinents sont (1) un État membre de l'Union européenne, (2) un pays candidat à l'UE, un candidat potentiel ou un pays adhérent, (3) un État membre de l'Espace économique européen, (4) un État membre de l'Association européenne de libre-échange ou (5) un pays membre de l'Agence européenne de l'environnement. La Suisse ou un de ses cantons, qui représentent une organisation selon l'art 1 ch. 3 al. 1 des Statuts, pourrait envisager rejoindre ce réseau afin de bénéficier, de manière informelle, de l'expérience de procureurs issus d'autres États, dont certains connaissent des autorités spécialisées pour la poursuite des infractions contre l'environnement. À l'heure actuelle, seul le canton de Zurich, représenté par son ministère public, est membre du RPEE¹²⁷. Il faut également souligner que le RPEE s'ouvre de plus en plus aux États non européens, le Maroc et le Brésil ayant été admis en qualité de membres observateurs¹²⁸. À l'avenir, d'autres États tiers pourraient le rejoindre avec le même statut, ce qui renforcerait certainement la collaboration et la formation de ses membres grâce aux échanges.
- 17.60 Dans le cadre de ses activités, le RPEE a réalisé une enquête sur la situation actuelle de la répression des infractions environnementales¹²⁹. Il en ressort que de nombreux États membres de l'UE, dont l'Espagne et la Croatie, souffrent d'un manque de ressources financières, informatiques et humaines pour lutter contre la criminalité environnemen-

124 Voir <<http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/la-justice-europeenne-10282/le-reseau-des-procureurs-europeens-pour-lenvironnement-rpee-24172.html>> (17.8.2020).

125 Précision apportée par l'*European Network of Prosecutors for the Environment* (ENPE).

126 Disponible sous : <<https://www.environmentalprosecutors.eu/statutes>>.

127 Précision apportée par l'ENPE.

128 MOHAMED MUSTAPHA, Maroc : le pays intègre le réseau des procureurs européens de l'environnement », *énergie mines & carrières Magazine*, 24.6.2020, disponible sous : <<https://energiemines.ma/maroc-le-pays-integre-le-reseau-des-procureurs-europeens-pour-lenvironnement/>> (24.8.2020).

129 ENPE, 10 ss.

taie¹³⁰. Il semblerait également que les autorités de poursuite spécialisées, à l'image de celle de l'Espagne¹³¹, sont plus efficaces que les autorités ordinaires pour assurer la poursuite des infractions contre l'environnement, d'autant plus lorsqu'elles comprennent des experts scientifiques¹³². Finalement, il ressort du rapport qu'il est essentiel d'améliorer la formation des procureurs en charge des infractions environnementales, celle-ci étant insuffisante dans l'ensemble des États participant à l'étude, parmi lesquels la France et l'Espagne¹³³.

Il paraît clair que la Suisse tirerait profit d'une adhésion au RPEE, lequel lui permettrait d'être en contact étroit avec des autorités voisines et d'échanger des informations en vue d'améliorer la répression de la criminalité environnementale. S'il est regrettable que seul le ministère public du canton de Zurich soit intégré à ce réseau, sa présence est peu surprenante compte tenu du fait que ce canton est le seul à avoir mis en place un système se rapprochant un tant soit peu d'une autorité de poursuite spécialisée en droit pénal de l'environnement¹³⁴. Afin que les autres cantons puissent également profiter de cette collaboration internationale, il serait imaginable de créer, au niveau suisse, un réseau similaire pour permettre au ministère public zurichois de transmettre plus loin les informations acquises au sein du RPEE. Il se pourrait toutefois que ce type d'échanges aient déjà lieu de manière informelle dans le cadre du groupe de coordination mis sur pied par le Conseil fédéral en 2018¹³⁵. Une autre solution pourrait être la création d'un nouveau groupe de travail au sein de la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS)¹³⁶, ce qui pourrait mener à l'adoption de recommandations qui intégreraient l'expertise zurichoise acquise grâce au RPEE. À défaut, il faudrait que davantage de cantons rejoignent le réseau européen. Une adhésion du Ministère public de la Confédération ne fait à cet égard que peu de sens en l'absence d'une autorité centralisée, puisqu'il n'exerce aucune tâche de supervision des ministères publics cantonaux. 17.61

V. Possibilité de créer une autorité de poursuite spécialisée en Suisse

1. Avantages de la spécialisation

La spécialisation des autorités judiciaires a de nombreux avantages, à commencer par le fait qu'elles permettent de garantir les connaissances pointues et les compétences de leurs membres pour mener des procédures pénales dans les domaines concernés, lesquels exigent une approche pluridisciplinaire et une expertise solide¹³⁷. Tel est le cas en 17.62

130 *Ibid.*, 95.

131 Voir N 17.48 ss.

132 ENPE, 28.

133 ENPE, 27 et 46.

134 Voir N 17.18 ss.

135 *Ibid.*

136 <<https://www.ssk-cps.ch/content/portrait?lang=fr>> (12.3.2021).

137 BILLIET/LAVRYSEN/VAN DEN BERGHE; PRING/PRING, 13; BARONE, n 30.

droit de l'environnement. En effet, la pratique l'a démontré, « juger un délit environnemental requiert [...] de l'expertise tant en droit pénal qu'environnemental »¹³⁸. Or, seule une autorité spécialisée peut réunir en son sein des spécialistes en droit pénal, des experts en droit administratif de l'environnement et des scientifiques, permettant ainsi d'appréhender les affaires environnementales dans toute leur complexité et sous tous leurs angles. Un tel système a par ailleurs largement fait ses preuves en droit pénal économique, domaine dans lequel des autorités de poursuite spécialisées existent depuis longtemps¹³⁹.

- 17.63 Le cas de l'Espagne démontre également que, dotées de moyens suffisants, de telles autorités obtiennent de très bons résultats en matière environnementale, notamment sur la question du nombre de procédures menées¹⁴⁰. À cet égard, des réflexions menées au sein du RPEE sont arrivées à la conclusion que les autorités spécialisées semblent être plus efficaces que les autorités ordinaires, d'une part en raison d'un processus décisionnel souvent plus rapide¹⁴¹, et d'autre part parce qu'elles permettent un suivi des affaires par des spécialistes. Cette dernière constatation a conduit le réseau à recommander leur mise en place¹⁴².
- 17.64 À cela s'ajoute le fait non négligeable que la mise en place d'autorités spécialisées en droit pénal de l'environnement permet de mettre en lumière l'existence de telles infractions, et apporte la preuve de l'importance accordée par l'État à la protection de l'environnement¹⁴³. Cette fonction symbolique n'est pas à prendre à la légère, surtout dans un contexte d'activisme environnemental de plus en plus poussé, mais il est clair qu'il ne faut pas s'en arrêter là. Soulignons enfin que mettre en place des autorités spécialisées pourrait déboucher sur de plus grandes uniformité et cohérence entre les décisions rendues, contribuant en cela à la sécurité juridique du domaine et assurant son développement linéaire¹⁴⁴.
- 17.65 Dans une perspective suisse, la solution d'une autorité spécialisée nationale, mais décentralisée, à l'image du système suédois, serait sans doute la plus satisfaisante, car permettant à la fois qu'avoir une autorité composée d'experts et une autorité dotée d'une perspective locale, souvent essentielle en droit pénal de l'environnement. Cette solution

138 REY, 8.

139 GIDDEY. Par ex., le ministère public du canton de Vaud a une division consacrée à la criminalité économique (<<https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/ministere-public/ministere-public-central/division-criminalite-economique/>> [13.6.2021]).

140 GABINETE DE PRENSA, FISCAL.ES, entrevue avec Antonio Vercher, 5.6.2020, disponible sous : <<https://www.fiscal.es/-/antonio-vercher-noguera-fiscal-de-medio-ambiente-hemos-observado-un-mayor-numero-de-denuncias-sobre-gestion-irregular-de-residuos-medicos-hospitalario>> (25.2.2021).

141 BILLIET/LAVRYSEN/VAN DEN BERGHE; PRING/PRING, 13.

142 ENPE, 28.

143 BILLIET/LAVRYSEN/VAN DEN BERGHE.

144 *Ibid.*

nécessiterait cependant une bonne coordination entre les différents pôles géographiques. Tel est le cas en Espagne, où le procureur général assume le rôle de coordinateur entre les différentes (sous-)autorités régionales. La mise en place d'un tel système en Suisse serait imaginable, avec un procureur ou une unité fédérale responsable de la supervision des affaires pénales environnementales gérées par les ministères publics cantonaux. Il serait possible dans un tel cas de se limiter à la clarification et au renforcement des compétences du Service Coordination de l'exécution et de la surveillance de la Division Droit de l'OFEV. Toutefois, ce débat autour d'une éventuelle autorité fédérale semble vain en l'absence de compétences de la Confédération en matière de criminalité environnementale¹⁴⁵.

Quoiqu'il en soit, il est clair que créer des autorités spécialisées dans la poursuite des infractions contre l'environnement permet non seulement de mettre en lumière ce type de criminalité, encore trop méconnue et trop peu réprimée, mais aussi de signaler aux justiciables que l'époque où une certaine tolérance en la matière était de mise est désormais révolue. À ce titre, il semblerait qu'en Espagne, la mise en place d'une autorité spécialisée ait contribué à augmenter la conscience populaire sur les problématiques climatiques actuelles¹⁴⁶. 17.66

2. Inconvénients de la spécialisation

Peu nombreuses à l'heure actuelle, les autorités de poursuite spécialisées en droit pénal de l'environnement ont pour particularité de se charger tant de la répression d'infractions pénales que de cas relevant du droit administratif. Il semble cependant plus aisé de créer de telles entités dans des pays tels que la Suède ou la France qui possèdent des codes de l'environnement qui regroupent en leur sein l'ensemble de la législation y relative. Par opposition, il est certain que la dispersion de la législation environnementale suisse¹⁴⁷ est un obstacle à la spécialisation. En effet, il y est difficile de définir précisément le corpus de normes qui tomberait sous la compétence d'une éventuelle autorité spécialisée. Cela ne semble toutefois pas être un obstacle insurmontable, puisqu'il est possible de faire le même constat en droit pénal économique, domaine dans lequel une spécialisation existe depuis longtemps et pour lequel le MPC dispose de quelques compétences propres¹⁴⁸. 17.67

Par ailleurs, si l'on envisage la création d'une autorité sur le plan fédéral, il serait nécessaire d'examiner si le droit pénal de l'environnement constitue un domaine juridique d'une importance telle qu'il excéderait les capacités des cantons et nécessiterait une réglementation fédérale, conformément aux art. 3 et 42 ss Cst. Et bien que les questions environnementales prennent de plus en plus d'importance, que ce soit en Suisse ou à 17.68

145 Voir N 17.7 s.

146 ENPE, 35.

147 Voir N 17.5 ss.

148 GIDDEY. Voir également le site officiel du Ministère public de la Confédération : <<https://www.bundesanwalt.sch.ch/mpc/fr/home/die-bundesanwalt.sch.ch/aufgaben-breit11.html>> (17.6.2021).

l'étranger, un consensus politique pour conférer une compétence à la Confédération en la matière ne semble pour l'heure pas être atteint en Suisse, sans compter le fait que mettre en place une autorité spécialisée coûte de l'argent¹⁴⁹, et que l'inévitable analyse coûts-bénéfices qui devrait être conduite avant de l'envisager ne pencherait sans doute pas en sa faveur, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal. En effet, vu le système fédéral et le fait que chaque canton a sa propre organisation judiciaire, il est à ce jour difficile de dénombrer précisément les enquêtes relatives au droit pénal de l'environnement qui sont ouvertes chaque année en Suisse. Selon Martin Anderegg, responsable du Département Droit et études d'impact au sein de l'Office cantonal Saint-Gallois de l'environnement, l'autorité administrative spécialisée Saint-Galloise, qui a qualité de partie en procédure pénale cantonale, traite entre soixante et huitante infractions par année¹⁵⁰. Guy Krayenbühl, procureur zurichois en charge du droit pénal de l'environnement, estime quant à lui que les affaires environnementales représentent entre un et deux cas par année et par membre du personnel¹⁵¹. Il considère donc qu'au vu de ce faible chiffre, la création d'une autorité spécialisée serait peu judicieuse, et qu'il serait préférable de renforcer la formation des policiers en charge des enquêtes¹⁵², la qualité des procédures pénales dépendant largement des informations récoltées par la police au stade des investigations. Krayenbühl préconise également une plus grande utilisation de la confiscation par les autorités de poursuite pénale¹⁵³, ainsi que l'octroi de la qualité de parties aux autorités administratives compétentes en matière environnementale, sur la base de l'art. 104 al. 2 CPP, afin de leur permettre d'apporter leur expertise dans le cadre des procédures pénales¹⁵⁴. Enfin, il milite pour la codification des infractions environnementales les plus importantes dans le CP, citant à titre d'exemple l'art. 230^{bis} CP¹⁵⁵. Par conséquent, les statistiques disponibles semblent pour l'heure trop faibles pour venir justifier la création d'une autorité spécialisée en droit pénal de l'environnement dans chaque canton. Il semblerait dès lors plus adéquat de s'inspirer du canton de Saint-Gall, qui possède une autorité administrative spécialisée dont le rôle est d'agir en tant qu'« avocat de l'environnement »¹⁵⁶ en sa qualité de partie à la procédure pénale. Une autre solution serait la généralisation du modèle zurichois, avec l'instauration d'une division spéciale au sein du ministère public cantonal.

- 17.69 Certains auteurs proposent d'autres solutions pour rendre le droit pénal de l'environnement plus efficient. C'est notamment le cas de Katinka Eichenberger, qui évoque la possibilité de codifier dans le CP les normes pénales les plus importantes figurant dans

149 PRING/PRING, 15.

150 DENZLER, 26.

151 KRAYENBÜHL, 158.

152 *Ibid.*, 162.

153 *Ibid.*

154 *Ibid.*, 163.

155 *Ibid.*, 105.

156 DENZLER, 26.

les lois spéciales¹⁵⁷, prenant pour exemple les normes pénales contenues dans la LEaux dont l'introduction dans le CP pourrait en renforcer l'efficacité, comme l'ont démontré certaines expériences étrangères¹⁵⁸. Cette proposition placerait entre les mains des ministères publics cantonaux la responsabilité de réprimer ces infractions, pour l'heure de la compétence d'autorités administratives dont les membres ne sont que rarement formés en droit pénal. Organiser la formation de ses membres, ou créer une unité spécialisée, deviendrait également la responsabilité des ministères publics cantonaux, comme cela a été le cas à Berne dans le domaine de la criminalité économique¹⁵⁹.

VI. Conclusion

La présente contribution a permis de mettre en lumière les difficultés, en termes de rationalité et d'efficacité, que peut poser la création d'une autorité spécialisée de poursuite pénale en Suisse. Ces difficultés sont essentiellement dues à la structure de la procédure pénale suisse, qui laisse aux cantons la responsabilité de l'organisation judiciaire. Ainsi, là où la création d'une autorité nationale peut être envisagée dans des États unitaires tels que l'Espagne et la Suède, elle semble plus délicate dans un État fédéral. De plus, la petite taille de la Suisse rend quelque peu inopportune cette éventualité, en raison du faible nombre d'affaires concernées. 17.70

Par ailleurs, la poursuite des infractions environnementales y est d'autant plus complexe que les normes pertinentes sont dispersées dans diverses lois fédérales et cantonales, et que leur nature se trouve à la croisée du droit pénal, du droit administratif et des sciences environnementales. À cela s'ajoutent le manque flagrant de formation offerte en matière de droit pénal de l'environnement, ainsi qu'une certaine indifférence des autorités, bien que l'on observe depuis quelques années un regain d'intérêts vis-à-vis de la criminalité environnementale. On ne peut qu'espérer que ces aspects continuent de s'améliorer dans les années à venir, grâce aux publications et jurisprudences toujours plus nombreuses, ainsi qu'à l'actualité sensible aux questions environnementales. À cet égard, la mise sur pied de cours, tant universitaires que professionnels, dédiés au droit pénal de l'environnement semble être particulièrement importante, afin de remédier au cercle vicieux que l'on peut actuellement constater : le manque de formation provoque un désintérêt pour la matière, et donc des lacunes importantes au niveau jurisprudentiel et doctrinal, qui ont pour conséquence l'absence d'enseignement du droit pénal de l'environnement aux étudiants en droit. 17.71

Pour y palier et améliorer la répression des infractions environnementales, les législateurs cantonaux pourraient décider de réunir au sein d'une autorité de poursuite spécialisée les spécialistes en la matière, afin former une casuistique de plus en plus importante et de parfaire leur spécialisation via la pratique. Une autre piste pourrait être 17.72

157 Comm. LEaux-EICHENBERGER, art. 70 N 6.

158 HEINE, 112.

159 Voir N 17.18 ss.

l'octroi, dans les affaires environnementales, de la qualité de partie aux autorités administratives cantonales en charge de l'environnement. Il paraît en effet important d'associer les autorités administratives à la procédure pénale, afin de leur permettre d'y apporter leur expertise technique¹⁶⁰. Cette idée de collaboration entre juristes et non-juristes permettrait non seulement d'éviter que les professionnels du droit ne soient dépassés par des affaires dont les problématiques sortent parfois largement du domaine juridique, mais également d'y apporter une perspective différente, à l'image des compétences amenées par les assesseurs dans les tribunaux cantonaux. Plusieurs cantons, dont Saint-Gall et du Valais¹⁶¹, ont déjà mis en pratique un tel système, avec des résultats positifs¹⁶², tandis que d'autres connaissent des sections dédiées à l'environnement dans leur police cantonale respective.

- 17.73 Une amélioration de la collaboration et de la concertation entre les responsables cantonaux de la poursuite pénale environnementale est également une piste à explorer, bien qu'il faille saluer le travail déjà effectué au sein du groupe de coordination fédéral sur la criminalité environnementale, qui développe actuellement des programmes de formation pour policiers et procureurs. Il serait également avisé d'envisager renforcer les compétences de coordination de l'OFEV, qui pourrait être appelé à coordonner les actions des autorités cantonales et à gérer les affaires intercantionales, tout en conseillant au besoin les responsables cantonaux. Cette dernière hypothèse aurait l'avantage de s'inspirer des bons côtés du système espagnol, soit la supervision et la coordination par un supérieur, tout en respectant la culture juridique et l'organisation politique suisse.
- 17.74 Finalement, si des autorités de poursuite pénale spécialisées en droit pénal de l'environnement devaient tout de même être créées en Suisse, il faudrait veiller à en faire des unités multidisciplinaires composées à la fois d'experts juridiques et scientifiques, afin de permettre un traitement rapide et complet des affaires. Il semble primordial de mettre en valeur une approche pluridisciplinaire, laquelle est à l'origine du succès du modèle espagnol¹⁶³.
- 17.75 En conclusion, de nombreuses possibilités sont à la disposition des législateurs cantonaux, voire du législateur fédéral, pour réviser leur organisation judiciaire en matière de droit pénal de l'environnement et ainsi améliorer la répression des infractions environnementales. C'est cependant le partage de ressources et de connaissances entre les diverses autorités cantonales qui doit être le plus urgemment facilité. À ce titre, la création au niveau suisse d'un réseau similaire au RPEE ou d'un groupe de travail dédié à la poursuite des infractions environnementales au sein de la CAPS est une option intéressante qui mériterait d'être sérieusement considérée.

160 STUTZ, 280.

161 Art. 55 al. 2 de la Loi valaisanne du 18 novembre 2010 sur la protection de l'environnement (LcPE, RSVS 814.1).

162 STUTZ, 280.

163 Voir N 17.53 ss.

§ 18 Infractions environnementales et qualité pour agir

Anne-Christine Favre*

Table des matières

I.	Introduction	598
II.	Infractions environnementales	598
1.	Place de l'environnement en droit pénal	598
2.	Droit pénal accessoire	599
3.	Adéquation entre protection de l'environnement et répression pénale	600
4.	Vers un crime de mise en danger des biens collectifs environnementaux ?	602
III.	Qualité de partie en droit pénal de l'environnement	603
1.	La notion d'autorité au sens de l'art. 104 al. 2 CPP	603
a)	Autorités fédérales	604
b)	Autorités cantonales	604
c)	ONG délégataires de tâches publiques	606
2.	Notion de « personne lésée » au sens de l'art. 105 al. 1 CPP	606
a)	Particuliers	607
b)	Autorités publiques	608
c)	ONG	609
IV.	Remarques conclusives	609

Bibliographie

BENDANI YASMINA, Art. 104 CPP, in *Commentaire romand CPP*, JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (éd.), Bâle 2019 (cité: CR-CPP-AUTEUR·E, art. 1 N 1); BORLAT JULIEN, Art. 49, in *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz*, HETTICH PETER/JANSEN LUC/NORER ROLAND (éd.), Zurich 2016 (cité: Com. LEaux/LACE-AUTEUR·E, art. 1 N 1); ETTLER PETER, Vorbemerkungen zu Art. 60-62, in *Vereinigung für Umweltrecht/Keller (éd.)*, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité Komm. USG- AUTEUR·E, art. 1 N 1); FAVRE ANNE-CHRISTINE, Responsabilité pour atteintes à l'environnement : droit privé ou droit public ? in *Environnement et responsabilité*, CHRISTINE CHAPPUIS (éd.), Genève/Zurich 2021, 53 ss; GARBASKI ANDREW, Le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in *SJ 2017 II* 125 ss; HETTICH PETER /TSCHUMI TOBIAS, Art. 6, in *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz*, HETTICH PETER/JANSEN LUC/NORER ROLAND (éd.), Zurich 2016 (cité: Com. LEaux/LACE-AUTEUR·E, art. 1 N 1); HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Expertise «Droit pénal de l'environnement» sur mandat de l'OFEV, Berne, septembre 2016; MOREILLON Laurent/VON WURSTEMBERGER Mathilde, Réflexions sur l'art. 104 al. 2 CPP, in *Le droit public en mouvement*, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, BOILLET VÉRONIQUE/FAVRE ANNE-CHRISTINE/MARTENET VINCENT (éd.), Genève/Zurich 2020, 335 ss; KNOBEL ANNA/ANDEREGG MARTIN, Die Einziehung im Dienst der Umwelt, in *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, Vereinigung für Umweltrecht (éd.), 2016, 201 ss; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Lutter contre l'éco-criminalité, Investigations sur le terrain et ajustement des sanctions, in *L'environnement, les ressources naturelles en Suisse*, 1/2018; PIOTET DENIS, Commentaire de l'arrêt du 20.2.2004 de la Première Cour civile du Tribunal fédéral, *La Fondation pour la conservation de gypaète barbu c/Masse en faillite de la succession répudiée B.*, 4C.317/2002, in

* Professeure de droit public à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique.

Pratique juridique actuelle (PJA) 2004, 1262 ss; STUTZ HANS W., Commentaire de l'arrêt du TF 1C_62/2014, du 15 juin 2015, *in* DEP 2015, 394 ss; THURNHERR DANIELA, Art. 3, *in* Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, HETTICH PETER/JANSEN LUC/NORER ROLAND (éd.), Zurich 2016 (cité: Com. LEaux/LACE-AUTEUR·E, art. 1 N 1); WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Office fédéral de la justice (éd.), Berne 1999.

Travaux préparatoires

Message du Conseil fédéral, relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 (Message CPP), FF 2006 II 1057 ss.

Message du Conseil fédéral, concernant une nouvelle loi sur la protection des eaux du 26 août 1970 (Message LEaux 1970), FF 1970 II 429 ss.

Message du Conseil fédéral, concernant l'initiative populaire « pour la sauvegarde de nos eaux » et la révision de la loi fédérale sur la protection des eaux du 29 avril 1987 (Message LEaux 1987), FF 1987 1081 ss.

I. Introduction

- 18.1 La présente contribution se propose d'examiner le rôle joué par le droit pénal, dans la législation environnementale. Il s'agit tout d'abord d'approcher le rôle et les limites du droit pénal dit « accessoire », ancré dans l'arsenal de la législation administrative et d'apprécier la nécessité de compléter celle-ci par une ou plusieurs dispositions de mise en danger concrètes de l'environnement, dans le Code pénal. Puis, nous nous arrêterons sur les questions liées à la qualité pour agir dans les procès pénaux environnementaux.

II. Infractions environnementales

1. Place de l'environnement en droit pénal

- 18.2 Les atteintes à l'environnement constituent le parent pauvre du droit pénal, sans doute plus pour des raisons socio-historiques que par déni du législateur. Aucun titre du Code pénal n'est consacré aux atteintes à l'environnement, qui ne constitue pratiquement jamais un bien à protéger; ainsi, au chapitre des crimes ou délits créant un danger collectif, les art. 221 et 222 CP – qui traitent des incendies intentionnels ou par négligence – répriment ces actes lorsqu'ils portent préjudice à autrui ou font naître un danger collectif, sans qu'il soit certain que les biens juridiques protégés incluent l'environnement¹. Aux art. 223 ss CP, relatifs aux crimes ou délits liés à l'usage d'explosifs ou de gaz, à l'usage de rayonnements ionisants, tels l'énergie nucléaire, ou aux actes provoquant des inondations, ne sont visées que les atteintes aux personnes et parfois aux biens; la contamination de l'eau potable n'est réprimée que dans l'hypothèse de substances nuisibles pour la santé de l'homme ou des animaux domestiques (art. 234 CP); elle constitue toutefois un crime lorsque le délit est intentionnel. Par ailleurs, plusieurs dispositions protègent le bétail ou les cultures (propagation des épizooties [art. 232 CP],

¹ HILF/VEST, 30 s. et 210.

d'un parasite dangereux [art. 233 CP], altération de fourrages [art. 235 CP] ou mise en circulation de fourrages altérés [art. 236 CP]). La seule disposition qui a trait à la protection de l'environnement, considéré en tant que tel, est l'art. 230^{bis}CP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, relatif à la mise en danger par des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes.

2. Droit pénal accessoire

En droit suisse, le régime répressif des atteintes à l'environnement est essentiellement fondé sur le droit pénal dit « accessoire », soit les dispositions pénales contenues dans la législation administrative fédérale, ou cantonale – lorsque les compétences existent –², dans le but de renforcer la mise en œuvre du droit de l'environnement³. Ces régimes criminalisent les atteintes à l'environnement sous la forme de délits ou de contraventions, et répondent, le plus souvent, à la qualification de mise en danger abstraite. La survenance d'une situation de danger ou d'une atteinte à l'environnement n'est, dans ces cas, pas nécessaire ; c'est le comportement ou l'omission interdits qui sont punissables, indépendamment du fait qu'il y ait eu ou non une atteinte concrète dans la situation en question. Cette approche est conforme au principe de prévention, qui sous-tend le droit de l'environnement. Elle permet par ailleurs une parfaite transposition de l'acte qualifié d'illicite sur le plan administratif, dans le volet des infractions pénales. 18.3

De rares dispositions – telle l'art. 70 al. 1 lit. a et b LEaux⁴ – font appel à la notion de mise en danger concrète, en invitant à considérer un résultat effectif ou potentiel. Selon le Tribunal fédéral, les caractéristiques d'une mise en danger concrète sont réalisées lorsque, selon le cours ordinaire des choses, il existe une probabilité ou un risque sérieux d'atteinte au bien juridique protégé⁵. La jurisprudence montre que, par l'appréhension de la notion de risque, les critères de l'infraction d'une mise en danger concrète peuvent se rapprocher de ceux d'une mise en danger abstraite⁶ ; en effet, l'existence d'un danger concret doit être appréciée indépendamment du point de savoir s'il y a bel ou bien eu une pollution et indépendamment de la période pendant laquelle le danger a existé⁷. La différence entre ces deux formes de mise en danger réside donc essentiellement dans l'analyse du contexte, qui est nécessaire pour évaluer le risque, dans la première de ces formes de mise en danger, alors que l'on peut s'en dispenser, en cas de 18.4

2 HILF/VEST, 12.

3 Komm. USG-ETTLER, Vorbemerkungen zu Art. 60-62, N 15 s.

4 Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20).

5 ATF 123 IV 128, c. 2a ; TF, 5.9.2005, 6P.87/2005, c. 7.1 ; TF, 27.9.2002, 6S_520/2001, c. 1.2 ; TC ZH, 13.1.2003, c. 5, DEP 2003 769 ss.

6 TF, 1.11.2021, 6B_1036/2021, c. 3.2 : l'entrepôt de nombreux véhicules ainsi que diverses machines et des batteries usagées, sur le terrain de parcelles situées en zone de protection des eaux, réunit, les conditions d'une mise en danger durable et concrète des eaux publiques, au sens de l'art. 70 al. 1 lit. a LEaux. Seule une tache d'huile avait été remarquée sur le terrain (et non dans les eaux voisines).

7 TC ZH, 4.4.2001, DEP 2001 965 ss ; TF, 27.9.2002, 6S_520/2001, c. 1.2.

répression axée sur le seul comportement illicite. La difficulté générée par le constat, puis l'instruction nécessaires à un délit de mise en danger concrète n'est toutefois pas anodine, dans les situations où les dégradations du milieu environnemental sont générées par un cumul d'atteintes de sources diverses.

3. Adéquation entre protection de l'environnement et répression pénale

- 18.5 Les approches des pollutions d'un milieu naturel, varient en fonction du contexte, en droit administratif. En certains domaines, des atteintes sont tolérées – parce que jugées inévitables –, pour autant que des seuils d'émissions ou d'immissions ne soient pas dépassés. Il en va ainsi, dans le système de la LPE⁸, en matière de pollution de l'air (art. 7, 11 à 13 et 16 ss LPE) ou des sols (art. 32c, 33 et 34 LPE). La législation pénale corrélée à ces obligations – qui impliquent le plus souvent une décision de l'autorité –, est concrétisée généralement par des infractions de mise en danger abstraite (art. 60 et 61 al. 1 lit. e LPE), ce qui répond parfaitement aux obligations de prévention des atteintes nuisibles ou incommodes qui découlent de l'art. 1 LPE; en revanche, lorsque le risque se réalise (par exemple celui d'une explosion provoquée par une installation soumise à des obligations de prévention), la violation des mesures de sécurité est réprimée à l'art. 60 al. 1 lit. a LPE, sans considération des atteintes à l'environnement⁹, ce qui est problématique, puisque le régime des sanctions applicables est celui d'un délit et non celui propre à un crime.
- 18.6 En matière de pollution des eaux, l'objectif est plus ambitieux. L'art. 3 LEaux se réfère en effet à un principe de diligence, selon lequel chacun doit s'employer à empêcher toute atteinte nuisible aux eaux en y mettant la diligence qu'exigent les circonstances. Ce principe est directement applicable et vise toute personne susceptible de porter atteinte aux eaux, volontairement ou par imprudence¹⁰. Les actes de nature à polluer les eaux, par l'introduction ou l'infiltration de substances, même indirectement, sont ainsi interdits par l'art. 6 al. 1 LEaux, sous réserve d'une autorisation de l'autorité cantonale (art. 7 al. 1 LEaux). Il s'agit d'une règle absolue, fondée sur le principe de prévention, qui invite à une interprétation rigoureuse de la notion de pollution (définie à l'art. 4 lit. d LEaux) lorsque la substance peut constituer immédiatement ou ultérieurement une atteinte nuisible selon l'art. 4 lit. c LEaux¹¹. Une mise en danger concrète n'est pas pertinente face à une telle règle¹², ni la référence à des valeurs limites, mais plutôt la prise en considération du contexte¹³. Le but de cette disposition est d'éviter des atteintes nui-

8 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

9 Komm. USG-ETTLER, Vorbemerkungen zu Art. 60-62, N 30.

10 Com. LEaux/LACE-THURNHEER, art. 3 N 21 ss.

11 TF, 9.4.2008, 1C_43/2007, c. 3.6, DEP 2008 576ss; Com. LEaux/LACE-HETTICH/TSCHUMI, art. 6 N 8.

12 Com. LEaux/LACE-HETTICH/TSCHUMI, art. 6 N 16.

13 Ainsi, l'élevage de veaux dans des igloos, posés à même le sol, peut être problématique sur un terrain en pente et proche d'un cours d'eau; la surfertilisation du sol conduit vraisemblablement à une perte de nutriments contaminant les eaux souterraines. De telles observations suffisent à ordonner des

sibles par des substances cumulées, difficilement ou non dégradables, qui finissent par occasionner des pollutions dépassant les seuils admissibles¹⁴.

La transposition des normes précitées, au chapitre des infractions pénales, reste toutefois imparfaite, dans la mesure où l'art. 70 al. 1 lit. a LEaux prévoit un délit de mise en danger concrète, tant pour les situations traitées à l'art. 6 al. 1 LEaux (qui, on l'a vu, ne font pas appel à cette notion) que celles visées par l'art. 6 al. 2 LEaux (qui, lui, se réfère à une mise en danger concrète en cas de dépôt ou d'épandage de telles substances hors de l'eau)¹⁵. Cette contradiction entre le texte de l'art. 6 LEaux et celui l'art. 70 al. 1 lit. a LEaux a été maintes fois relevée par la doctrine¹⁶. Le législateur a semble-t-il voulu ici se référer à la notion de risque créé d'une altération des eaux, plutôt qu'à l'interdiction absolue d'introduire des substances de nature à polluer, découlant de l'art. 6 al. 1 LEaux. A un stade purement préventif, c'est en fin de compte la notion de risque, indépendamment de toute pollution, qui est décisive, en droit administratif comme en droit pénal¹⁷. Toutefois, en cas de pollutions avérées, un délit ne sera matériellement réalisé, au sens de l'art. 70 al. 1 lit. a LEaux, que lorsque l'acte a franchi certaines limites ; celles-ci pourront être relativisées en fonction du contexte (notamment le débit d'eau important d'un cours d'eau et les effets dilution pouvant en être attendus)¹⁸. A l'inverse, le comportement illicite, en droit administratif, sera considéré comme réalisé, même si les eaux conservent leurs propriétés qualitatives¹⁹, ce qui pourra avoir pour conséquence une obligation de cesser le comportement illicite, voire de prendre des mesures d'assainissement dans une telle situation²⁰.

Cela étant, il est indiscutable que le caractère technique des normes environnementales justifie l'importance occupée par le droit pénal accessoire. Celui-ci, permet, en général, une répression de la transgression des actes illicites en droit administratif, alignée au principe de prévention. Les quelques exemples donnés plus haut montrent toutefois que le régime des délits de mise en danger abstraite ne se préoccupe pas des dommages²¹. La criminalisation des atteintes, parfois conséquentes, pouvant être occasion-

mesures préventives telles une étanchéification des sols des igloos, mesure qui n'est pas usuelle pour ce type d'installation (TF, 15.6.2015, 1C_62/2014, c.8.3 et 9, DEP 2015 394, suivi du commentaire de STUTZ, 412 ss).

Le « risque de pollution pour les eaux », auquel se réfère l'art. 70 al. 1 lit. a LEaux, permet également d'intervenir indépendamment de toute atteinte, du seul fait du danger créé (TF, 1.11.2021, 6B_1036/2021, c. 3.2, évoqué plus haut).

14 STUTZ, 414 s.

15 Message LEaux 1970, FF 1970 II 480 et Message LEaux 1987, FF 1987 II 1188.

16 HILF/VEST, 134 ss.

17 TF, 1.11.2021, 6B_1036/2021, c. 3.2; TF, 15.6.2015, 1C_62/2014, c.8.3 et 9, DEP 2015 394.

18 Art. 3 OEaux.

19 Com. LEaux/LACE-HETTICH/TSCHUMI, Art. 6 N 6.

20 TF, 15.6.2015, 1C_62/2014, c. 8.3 et 9, DEP 2015 394, suivi du commentaire de STUTZ, 412 ss ; Com. LEaux/LACE-HETTICH/TSCHUMI, Art. 6 N 11 citent également des exemples dans ce sens.

21 HILF/VEST, 122 s.

nées à l'environnement fait encore défaut. Par ailleurs, lorsqu'il est fait référence à un délit de mise en danger concrète de l'environnement, cette notion pourra parfois être discordante avec l'acte qualifié d'illicite, sur le plan administratif, ce qui n'est pas satisfaisant non plus.

4. Vers un crime de mise en danger des biens collectifs environnementaux ?

- 18.9 Une meilleure prise en compte des délits environnement est à l'ordre du jour. Le Conseil de l'Europe a adopté, le 4 novembre 1998, la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, visant à renforcer la répression en la matière²²; en droit européen, la Directive 2008/99/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal va dans le même sens. On mentionnera les réflexions menées sur la notion d'écocide, qui peine encore à trouver une place réelle dans l'arsenal législatif international ou interne²³ ou celles sur la notion de mise en danger générale de l'environnement, qui pose diverses questions quant aux éléments caractéristiques de l'incrimination²⁴.
- 18.10 La place occupée par le droit pénal de l'environnement dans le corpus des normes administratives, permet sans doute de couvrir assez bien le champ des mesures préventives, mais elle affaiblit le rang du bien protégé²⁵.
- 18.11 En Suisse, un projet de révision de la LPE, soumis en consultation le 9 septembre 2021, prévoit désormais une criminalisation de certaines atteintes à l'environnement, en fonction de leur gravité, sans toutefois revoir fondamentalement la place de ces crimes au chapitre du droit pénal accessoire, ni le champ des infractions couvert par le droit pénal²⁶.
- 18.12 L'évolution du Code pénal, avec l'introduction d'une disposition telle l'art. 230^{bis}CP, relatif à la mise en danger par des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes, montre qu'il n'existe pas d'obstacle dogmatique à cet égard. On se trouve au contraire dans une matière où l'Etat, gardien des biens collectifs, peut jouer un rôle important en réprimant les atteintes qui mettent en danger les bases naturelles de la vie, les écosystèmes, de manière plus systématique. Un complément du Code pénal nous paraît incontournable à cet égard pour une approche plus holistique des atteintes et y inclure celles qui ne relèvent d'aucune disposition topique, en l'état (atteintes à la biodiversité,

22 N'ayant été ratifiée que par un seul Etat, cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

23 Voir, dans le présent ouvrage, la contribution d'ELEA BAUDEVIN, L'écocide : du concept au crime.

24 Voir, dans le présent ouvrage, la contribution de LAETITIA LEGER, L'infraction de mise en danger avec des perspectives en droit de l'environnement : Pertinence et caractéristiques.

25 HILF/VEST, 28.

26 OFEV, Rapport explicatif concernant la modification de la loi sur la protection de l'environnement (bruit, sites contaminés, taxes d'incitation, financement de cours de formations initiale et continue, systèmes d'information et de documentation, droit pénal), du 8 septembre 2021, 64 ss.

notamment, lorsque celles-ci ne se recourent pas avec la protection des biotopes ou autres milieux naturels protégés par la LPN²⁷). Cette étape permettrait également au droit pénal de s'affranchir du droit administratif, sur certains points, spécialement lorsque l'atteinte aux biens collectifs environnementaux ne constitue pas la violation d'une norme de prévention découlant de la législation spéciale, mais résulte de la transgression d'une injonction plus générale, tel le devoir de diligence, en droit de la protection des eaux (art. 3 LEaux).

En application de l'art. 73 Cst., la Confédération et les cantons doivent œuvrer à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. Or, toute atteinte d'une certaine importance aux éléments de la nature rend plus difficile la préservation du capital de ressources et sa capacité de renouvellement. Que l'on songe aux incendies de forêts, intentionnels ou par négligence, qui occasionnent des dégâts conséquents aux écosystèmes et espaces naturels, pour de nombreuses années ; on peut imaginer aussi que les pollutions des sols, de l'air ou des eaux, de même que les atteintes aux écosystèmes d'une certaine gravité, pourraient relever d'une incrimination de mise en danger de l'environnement, lorsque le risque de telles atteintes était suffisamment connu ou probable, par des actes uniques ou répétés (dans les usages agricoles, notamment, ou de par l'exercice d'activités à risques).

Sur ces questions, on renvoie aux propositions figurant dans le rapport de la commission d'experts désignée par l'Office fédéral de l'environnement, il y a quelques années²⁸. Ce rapport conclut également à un complément du Code pénal, par une incrimination de plusieurs délits de mise en danger collective, lors d'atteintes d'une certaine ampleur à l'environnement, telles que les pollutions massives, les incendies de forêt, les dangers liés à l'usage de produits chimiques, aux OGM ou à l'énergie nucléaire.

III. Qualité de partie en droit pénal de l'environnement

1. La notion d'autorité au sens de l'art. 104 al. 2 CPP

Un autre aspect crucial dans le domaine de la gestion des atteintes à l'environnement est celui de la qualité de partie dans un procès pénal.

En application de l'art. 104 al. 1 CPP²⁹, seul le prévenu, le plaignant et le ministère public ont qualité de partie lors des débats ou dans la procédure de recours. L'art. 104 al. 2 CPP permet à la Confédération et aux cantons de reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics. La reconnaissance de la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP

27 Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1^{er} juillet 1966 (LPN ; RS 451).

28 HILF/VEST, 15.

29 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

doit être expressément prévue dans une loi (fédérale ou cantonale) au sens formel³⁰. Par ailleurs, selon la jurisprudence, la notion d'autorité au sens de cette disposition doit être comprise dans un sens restrictif³¹.

- 18.17 Les autorités en question peuvent être cantonales (conseils communaux, autorités de protection de l'environnement) ou fédérales (ministère public de la Confédération, Chancellerie et départements fédéraux)³².

a) Autorités fédérales

- 18.18 Au niveau fédéral, les art. 20 et 21 DPA³³ prévoient que ce sont les autorités administratives fédérales qui sont compétentes pour procéder à l'enquête et juger des infractions, sauf lorsque les conditions de l'art. 21 al. 1 DPA sont réalisées, ou que la personne en cause demande à être jugée par un tribunal (art. 21 al. 2), auquel cas l'affaire est déferée devant le tribunal compétent³⁴.

b) Autorités cantonales

- 18.19 C'est en droit cantonal que l'intervention des autorités, en tant que partie à la procédure pénale, suscite les approches les plus variées. Les services en charge de la protection de l'environnement peuvent assurément se voir attribuer la qualité de partie, sur la base de l'art. 104 al. 2 CPP³⁵; cette disposition a été conçue pour permettre à des autorités spécialisées, telles celles qui oeuvrent à la protection de l'environnement, de pouvoir être pleinement partie à un procès pénal, ce qui peut impliquer, le cas échéant, la capacité de recourir contre un jugement³⁶. Ce dernier point doit toutefois ressortir clairement du texte de la loi et ne peut être déduit du seul fait qu'un service a la qualité de partie en procédure; seul le ministère public est responsable de l'action publique et pour aller à l'encontre de ce principe, il faut que le législateur ait montré sa volonté de permettre un contrôle de son activité par une autorité spécialisée³⁷.
- 18.20 En pratique, on rencontre un éventail de solutions sur le plan cantonal: certains cantons n'ont tout simplement pas fait usage de la compétence qui leur est attribuée par l'art. 104 al. 2 CPP; d'autres ont accordé une qualité de partie partielle aux autorités en charge de la protection de l'environnement, voire, plus rarement, comme dans le Canton de

30 TF, 21.8.2019, 6B_676/2019, c. 2.3.1.

31 ATF 144 IV 240 c. 2 = JdT 2018 IV 358.

32 CR-CPP-BENDANI, Art. 104, N 27 ss.

33 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0).

34 Concernant les législations environnementales renvoyant à la procédure prévue par le DPA, voir HILF/VEST, 76.

35 Message CPP, FF 2006 1057, 1141.

36 KNOBEL/ANDEREGG, 237.

37 TF, 1.4.2020, 6B_109/2020, c. 3.6.2; TF, 21.08.2019, 6B_676/2019, c. 2.3.4.

St-Gall, une pleine capacité de partie impliquant la qualité pour recourir³⁸, et parfois même la compétence de prononcer les sanctions liées aux contraventions³⁹.

En certains domaines, tel celui de la pollution des eaux, ce clivage entre la procédure administrative et la procédure pénale est particulièrement contreproductif. En effet, selon l'art. 49 al. 1 LEaux, les cantons doivent mettre sur pied une police de la protection des eaux et un service d'intervention en cas d'accident, ce par quoi on entend les moyens pour assurer la surveillance des eaux et les mesures de protection nécessaires⁴⁰; les services mis en place ont notamment pour tâche de contenir les conséquences des pollutions et d'en rechercher les causes⁴¹. Les services de police des eaux sont ainsi généralement au premier plan dans la récolte des preuves. Une coordination avec les autorités pénales s'avère ici incontournable, que ce soit dans la formation des personnes de terrain ou la transmission des informations, pour une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux⁴². 18.21

Outre les questions procédurales, une implication des services administratifs dans la procédure pénale paraît également indispensable pour que ceux-ci puissent exprimer leur point de vue quant aux faits à prendre en compte, à l'interprétation d'éléments de droit, ou la gravité des infractions commises. Les autorités administratives sont mues par le même intérêt public que le ministère public, dans la sanction des délits environnementaux⁴³; et l'expérience montre que, généralement, leur collaboration est fructueuse⁴⁴, voire nécessaire pour mieux permettre la prise en compte des intérêts environnementaux par l'autorité pénale et harmoniser les sanctions. L'ampleur et les effets des atteintes à l'environnement ne peuvent souvent être évalués qu'à l'aide de connaissances spécialisées et les études réalisées récemment montrent des disparités importantes quant à la manière d'approcher les délits environnementaux, que ce soit entre les cantons ou au sein d'une même unité d'instruction pénale⁴⁵. 18.22

La question de la qualité du ministère public en charge d'instruire est également matière à débat. En droit suisse on ne connaît pas le système d'un procureur voué spécifiquement aux questions environnementales, contrairement à d'autres pays européens⁴⁶; rien n'empêche toutefois les cantons de désigner des spécialistes parmi les membres du ministère public, ce qui est pratiqué dans plusieurs cantons avec succès. 18.23

38 Pour une recension, voir *KNOBEL/ANDEREGG*, 237 s; voir également OFEV, 15 et 26 s.

39 Loi valaisanne sur la protection de l'environnement du 18 novembre 2010, art. 55 (LcPE; RSVS 814.1).

40 Com. LEaux/LACE-BORLAT, art. 49 N 7.

41 Com. LEaux/LACE-BORLAT, art. 49 N 7 à 9.

42 OFEV, 26 ss.

43 TF, 1.4.2020, 6B_109/2020, c. 3.5.

44 *KNOBEL/ANDEREGG*, 237s.

45 OFEV, 26 ss.

46 OFEV, 15 ss.

c) *ONG délégataires de tâches publiques*

- 18.24 Le législateur fédéral a renoncé à accorder, dans le CPP, le droit de partie aux associations telles celles ayant pour but de protéger des intérêts généraux de la protection de l'environnement, par crainte qu'un trop grand nombre d'acteurs puissent intervenir activement dans la procédure⁴⁷. La qualité de partie d'une organisation non gouvernementale (ONG) défendant les intérêts de l'environnement pourrait découler de la législation spéciale, ce qui n'est pas le cas pour l'heure⁴⁸; le droit de recours reconnu à des organisations poursuivant un but idéal aux art. 55 LPE et 12 LPN ne leur confère pas la qualité de partie à une procédure pénale.
- 18.25 Il existe néanmoins une possibilité pour des ONG, de se voir reconnaître la qualité de partie sur la base de l'art. 104 al. 2 CPP. En effet, les entités privées ou publiques, voire de nature mixte, qui exécutent des tâches de droit public, sous la surveillance de l'Etat, peuvent être reconnues en tant qu'autorité au sens de la disposition précitée⁴⁹. Ainsi, une ONG qui se verrait déléguer des tâches en matière de protection de l'environnement (telles que des tâches de surveillance ou d'entretien), pourrait se voir reconnaître la qualité de partie. La législation devrait toutefois le prévoir expressément; il ne suffit pas qu'une ONG soit habilitée à recourir sur le fondement des dispositions de la LPE ou de la LPN, car, en ces domaines, les ONG n'exercent pas d'attributs de la puissance publique, mais se voient uniquement reconnaître la capacité de défendre les objectifs de la loi en lien avec leurs statuts dans le cadre du contentieux de droit administratif.
- 18.26 C'est l'occasion ici de noter que, généralement, les législations cantonales en matière de protection de la nature prévoient des possibilités de délégation de tâches à des personnes morales ou physiques⁵⁰, sans que cette faculté paraisse toujours pleinement utilisée.

2. Notion de « personne lésée » au sens de l'art. 105 al. 1 CPP

- 18.27 En sus des parties désignées à l'art. 104 CPP, l'art. 105 al. 1 CPP précise que certaines personnes telles les lésés (lit. a), les personnes qui dénoncent les infractions (lit. b) ou les personnes appelées à donner des renseignements (lit. d) participent également à la procédure; elles ont qualité de partie lorsqu'elles sont directement touchées dans leurs droits, dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts (al. 2).

47 Message CPP, FF 2006 1141 ss, 1292.

48 Voir l'art. 23 al. 2 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241), qui octroie le droit de déposer plainte aux associations professionnelles ou de protection des consommateurs.

49 ATF 144 IV 240 c. 2 = JdT 2018 IV 358; MOREILLON/VON WURSTEMBERGER, 342.

50 Art. 34 de la Loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites, du 10 décembre 1969 (LPNMS; RSVD 450.11).

a) *Particuliers*

Pour avoir la qualité de « lésé », au sens de cette dernière disposition, il faut être directement touché dans ses droits par l'infraction (art. 115 al. 1 CPP). En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte⁵¹. 18.28

En présence d'une infraction qui protège au premier plan un intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que l'atteinte subie apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé. Il suffit ainsi, en règle générale, que le bien juridique individuel dont le lésé invoque l'atteinte soit protégé secondairement ou accessoirement, même si la norme protège en première ligne des intérêts collectifs ; tel est être le cas de nombreuses règles en matière de gestion des atteintes et des risques, qui ont pour but de protéger le voisinage ou la population, en général (voir les délits évoqués aux art. 60 et 61 LPE). Il en va de même des dispositions – telles que les dérogations à la distance forestière – qui exercent une incidence sur le droit de propriété⁵². 18.29

En ce qui concerne les infractions de mise en danger abstraite, la personne n'est considérée comme lésée que si elle établit avoir été mise en danger concrètement par les actes incriminés⁵³. En revanche, celui dont les intérêts privés ne sont atteints qu'indirectement par une infraction qui ne lèse que des intérêts publics, n'est pas lésé au sens du droit de procédure pénale⁵⁴. N'a ainsi pas la qualité de lésé, celui qui dénonce une importation illégale d'un animal protégé (loup) ou l'éleveur ayant perdu des moutons attaqués par ce même loup⁵⁵. A notre sens, c'est à tort que l'on a écarté la qualité de plaignant des éleveurs, dans le cas d'espèce ; la législation sur la protection des espèces (en Suisse, elle découle de la LChP)⁵⁶ vise certes des intérêts publics, mais prévoit également des mesures pour assurer une protection contre les dommages causés par la faune sauvage. Aussi, la violation des prescriptions de la LChP, par l'éventuelle introduction illicite de prédateurs, peut générer des atteintes aux particuliers, spécialement lorsqu'il est question de grands prédateurs. 18.30

51 ATF 141 IV 1 c. 3.1.

52 ATF 139 IV 78 c. 3.3.3; ATF 138 IV 258 c. 2.2 et 2.3; TF, 16.5.2017, 6B_761/2016 : ainsi, les règles de distance à la forêt protègent non seulement l'intérêt public, mais également des intérêts privés ; GARBASKI, 129.

53 GARBASKI, 129.

54 ATF 138 IV 258 c. 2.3.

55 TF, 3.1.2012, 1B_556/2011, 1B_557/2011.

56 Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 20 juin 1986 (LChP ; RS 922.0).

b) *Autorités publiques*

- 18.31 L'art. 115 al. 2 CPP ajoute que sont toujours considérées comme des lésées les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale. Cette disposition étend donc la qualité de lésé à des personnes habilitées à déposer plainte, mais non directement et personnellement touchées par l'infraction, à l'instar des représentants légaux, des héritiers du lésé, ainsi que des autorités et organisations habilitées à porter plainte⁵⁷.
- 18.32 En principe, l'Etat, ou ses services ne peuvent se voir reconnaître la qualité de partie lorsqu'ils défendent les intérêts publics, même s'ils sont touchés par l'infraction; ils doivent être atteints directement dans leurs droits personnels, comme un privé. Or, il y a antinomie entre la défense des intérêts publics, par un acteur détenteur de la puissance publique, et le fait d'être touché directement dans des intérêts individuels qui lui sont propres; dans un tel cas, la sauvegarde des intérêts publics, dont il est le garant, incombe au ministère public⁵⁸.
- 18.33 A notre avis, les situations qui viennent d'être évoquées, où l'autorité exerce les attributs découlant de la puissance publique, ne sont pas à confondre avec les rares situations où le législateur a accordé à la collectivité publique le droit d'exiger la réparation d'un préjudice écologique, au sens où l'entend le droit de la responsabilité civile. En droit fédéral, la seule disposition à prévoir clairement une telle possibilité est l'art. 31 al. 2 LGG⁵⁹ qui précise que « lorsque les composantes de l'environnement détruites ou détériorées ne font pas l'objet d'un droit réel ou que l'ayant droit ne prend pas les mesures commandées par les circonstances, le droit à réparation revient à la collectivité publique compétente ». Dans une telle situation, la collectivité publique doit se voir reconnaître la qualité de « lésée » au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, comme si elle recevait le rôle d'un « curateur » des intérêts environnementaux; les dommages-intérêts que celle-ci peut exiger vont au-delà de la pure compensation des frais engagés dans le cadre de ses tâches publiques. La possibilité de demander « une compensation appropriée », lorsqu'un dommage aux éléments protégés par l'art. 24e LPN ne peut être réparé, peut éventuellement être comprise comme un droit d'exiger des dommages-intérêts de la part de la collectivité publique, non liés à des frais de mesures engagées⁶⁰; tant la place de cette règle, au chapitre des dispositions pénales, que sa *ratio legis* (elle inscrit une règle de réparation en nature ou d'une autre manière des atteintes illicites aux objets protégés) nous amènent à considérer que la collectivité publique se voit reconnaître la qualité de « personne lésée », par l'intermédiaire de cette disposition, qui lui donne les mêmes pouvoirs que ceux exprimés à l'art.

57 TF, 24.9.2013, 1B_294/2013, c. 2.1; Message CPP, FF 2006, 1148.

58 TF, 14.5.2020, 1B_450/2019; TF, 27.4.2021, 6B_267/2020, c. 2.1.2; TF, 26.7.2019, 1B_576/2018 c. 2.4 = JdT 2019 IV 91; TF, 11.7.2018, 1B_158/2018 du 11 juillet 2018, c. 2.5 et 2.6; ATF 95 I 439 c. 2d.

59 Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG; RS 814.91).

60 FAVRE, 71.

31 al. 2 LGG, à savoir ceux d'agir en curateur des intérêts protégés et non seulement celui d'exercer la surveillance des activités privées.

Les législations cantonales sur la chasse prévoient également régulièrement que la collectivité publique est habilitée à faire valoir des dommages-intérêts – généralement fixés de manière forfaitaire – du fait de violation des dispositions sur la protection de la faune sauvage ; ici, il s'agit plutôt de faire appel au régime de l'ancienne régale de la chasse. 18.34

c) ONG

En droit suisse, on ne reconnaît pas aux personnes morales défendant un but idéal, la qualité de personne lésée, même lorsqu'elles ont investi des montants importants pour la protection de l'environnement. Ainsi une ONG, qui avait financé à grands frais la réintroduction d'un oiseau protégé – abattu par la suite illégalement –, n'a pu se voir reconnaître la qualité de partie ni dans le procès pénal, ni dans un procès civil, au motif qu'elle ne subissait pas une atteinte directe à ses intérêts, l'oiseau étant considéré comme une « *res nullius* »⁶¹. 18.35

On notera ici la très grande divergence d'approche par rapport à d'autres législations, notamment le droit français, qui admet que des ONG puissent exiger la réparation du préjudice matériel et/ou moral subi, lorsque la commission d'une infraction pénale lèse de manière directe ou indirecte les intérêts statutaires qu'elles défendent⁶². 18.36

La question de l'intérêt juridiquement protégé des personnes morales qui défendent les intérêts de l'environnement, relève du législateur. C'est ici tout le débat autour du préjudice écologique, qui n'a guère suscité d'intérêt depuis l'abandon du projet de révision du droit de la responsabilité civile, à la fin des années 1990⁶³. 18.37

IV. Remarques conclusives

La prise en compte des atteintes à l'environnement, dans le code pénal ou le droit pénal accessoire, dépend de la manière dont nous concevons notre relation avec notre milieu de vie. Le bref état des lieux auquel nous avons procédé montre que cette approche est centrée sur les opérations illicites en droit administratif et repose sur le *credo* selon lequel chaque empreinte sur le milieu environnemental peut être contrôlée, soit par une obligation de prendre des mesures préventives, soit par une interdiction d'occasionner 18.38

61 TF, 20.2.2004, 4C.317/2002 ; pour une analyse critique, voir PIOTET, 1262 ss, qui considère que c'est à tort que l'on a refusé de reconnaître un intérêt à agir à l'ONG en question ; il se fonde pour cela sur la théorie de la différence, en raison de la double dépense nécessaire, liée à un fait unique.

62 Le fondement légal est l'art. L. 142-2 du Code français de l'environnement, qui a permis le développement d'une jurisprudence particulièrement étendue quant à la notion de préjudice écologique dans l'affaire dite « Erika », en distinguant le préjudice « résultant des atteintes portées à l'environnement » en sus du préjudice matériel ou moral des ONG (Bulletin criminel 2012, n° 198).

63 WIDMER/WESSNER, N 2.3.2.2.5.

un risque concret d'atteinte, lors de certaines activités ; la violation de ces injonctions entraîne une sanction pénale.

18.39 Sans que le système doive être remis fondamentalement en question, on peut lui reprocher deux points :

- le premier réside dans l'absence d'aggravation de l'incrimination et de la sanction, en cas de mise en danger concrète de l'environnement ; ainsi, en matière de prévention des accidents majeurs – au sens de l'art. 10 LPE –, l'art. 60 al. 1 lit. a LPE qualifie de délit, le fait d'omettre de prendre les mesures de sécurité arrêtées en vue de la protection contre les catastrophes ou de recourir à des entreposages ou à des procédés de fabrication interdits ; il s'agit d'une infraction de mise en danger abstraite, qui ne prévoit pas de qualifier de crime les situations où un dommage est causé à l'environnement ; la révision de la LPE en cours ne paraît pas traiter de cet objet, qui est pourtant celui qui, en France, a amené à réfléchir à la nécessité de mettre en place un délit de mise en danger général de l'environnement, à la suite de plusieurs affaires retentissantes (explosion de l'usine AZF à Toulouse et l'incendie de l'usine Lubrizol à Rouen) ;
- Le second repose sur une observation plus fondamentale : les atteintes à l'environnement peuvent ne pas être en lien avec la violation de prescriptions administratives ; un incendie en forêt, intentionnel ou par négligence, viole des devoirs généraux de diligence envers le milieu naturel et l'ensemble des êtres vivants plutôt que des directives administratives. La criminalisation de tels actes devrait prendre place dans le Code pénal, le cas échéant, en adaptant les art. 221 et 222 CP. Le principe de diligence auquel se réfère l'art. 3 LEaux est probablement le plus abouti, pour considérer les relations de l'homme avec son environnement ; il va au-delà du principe de prévention, en interdisant toute pollution ou toute substance de nature à polluer les eaux (voir les art. 6 et 70 al. 1 lit. a et b LEaux). On ne peut certes pas s'y référer en chaque domaine du droit de l'environnement, en particulier ceux où des atteintes sont jugées inévitables dans le respect de certains seuils (pollutions de l'air, des sols, etc.). Néanmoins, il nous paraît qu'une réflexion devrait être menée par le législateur, quant aux atteintes les plus graves, lorsque les effets sur le milieu naturel, par des actes uniques ou répétés, sont connus ou probables (dans les usages agricoles, notamment, ou de par l'exercice d'activités à risques), cela indépendamment de la violation de mesures de prévention prévues par la législation administrative.

18.40 Le renforcement du rôle joué par le droit pénal, en matière d'atteintes à l'environnement, passe ainsi, à notre sens, par une criminalisation de situations de mises en danger de l'environnement, en cas d'atteintes d'une certaine gravité.

18.41 La qualité pour agir dans les procédures pénales constitue un aspect tout aussi important, pour garantir l'effectivité du rôle joué par le droit pénal en matière de prévention des atteintes à l'environnement. Les quelques rares études en la matière convergent pour constater que les cantons ont peu fait usage des possibilités qui leur sont données

à l'art. 104 al. 2 CPP pour permettre à des ONG ou aux autorités spécialisées en matière d'environnement d'être partie à un procès pénal.

Les ONG peuvent se voir reconnaître la qualité de partie dans une procédure pénale, lorsqu'elles se sont vues confier des tâches publiques, telles que la surveillance ou l'entretien de sites protégés. Une base légale claire est nécessaire en droit cantonal et, à notre connaissance, cette possibilité n'est pas ou très peu utilisée. 18.42

Le problème est, à notre sens, plus sérieux encore, en ce qui concerne les autorités spécialisées en matière d'environnement. Alors que celles-ci sont au front et chargées de veiller aux intérêts environnementaux, elles devraient se voir reconnaître une pleine qualité de partie, pour leur permettre de prendre part aux débats et, le cas échéant, recourir. La possibilité pour les cantons de leur attribuer ce rôle existe ; elle doit être formalisée clairement dans une loi, mais elle est sous-utilisée (art. 104 al. 2 CPP). Il peut en résulter un clivage entre les autorités administratives et pénales, qui, de notre point de vue, peut être contraire à la loi, spécialement en matière de protection des eaux, où l'art. 49 LEaux charge les autorités administratives de veiller aux premiers constats et preuves ; ce sont ainsi des garde-pêche ou des ingénieurs spécialisés de la protection des eaux qui sont les premiers sur la scène d'une infraction, de telle sorte qu'il est cohérent que le service spécialisé dont ils dépendent puisse pleinement suivre la procédure, lorsqu'elle est dénoncée aux autorités pénales. Le risque, sinon, est que l'administration renonce à dénoncer certaines infractions pour lesquelles des mesures de contention de la pollution ont pu être prises ou que les autorités pénales ne saisissent pas réellement l'enjeu d'une atteinte à l'environnement. Les autorités compétentes en matière de la protection de l'environnement et le ministère public poursuivent le même but, et l'expérience a montré qu'un mécanisme où ces autorités se coordonnent est garant d'une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux dans les poursuites pénales. 18.43

§ 19 Pollution de l'environnement : exploiter le potentiel informatif des traces de contaminants

Nicolas Estoppey*

Table des matières

I.	Traces de contaminants, vecteurs d'information pour aider à limiter les comportements préjudiciables	614
1.	La trace au service de la justice	615
2.	La trace et la résolution de problèmes de pollution	617
3.	Un raisonnement hypothético-déductif comme moteur	619
II.	Traces de contaminants comme éléments de preuve	623
1.	Anticiper autant que possible les questions débattues au tribunal	623
2.	Sélectionner des caractéristiques aussi uniques et constantes que possible	626
3.	Recourir à des méthodes aussi efficaces et efficientes que possible	628
4.	Evaluer les résultats en caractérisant autant que possible les incertitudes	630
III.	Traces de contaminants comme éléments de base à la résolution de problèmes de pollution	633
1.	Au-delà du cas par cas	633
2.	Recourir à une approche systématique et coordonnée	634
IV.	Conclusion	637

Bibliographie

AITKEN COLIN *et al.*, Expressing evaluative opinions: A position statement, *Science & Justice* 51 (2011), 1 ss; BAECHLER SIMON *et al.*, Breaking the barriers between intelligence, investigation and evaluation: A continuous approach to define the contribution and scope of forensic science, *Forensic Science International* 309 (2020), 110213 ss; BAUMGARTNER HANSJAKOB, Lisier: gare aux fuites!, *Environnement* 3 (2014), 26 ss; BITZER SONJA, Utility of the Clue: Formalisation of the decision to analyse a trace and insights into the evaluation of the investigative contribution of forensic science, thèse, Lausanne 2016; CHÈVRE NATHALIE/ROSSI LUCA, Micropolluants organiques dans l'environnement aquatique, *GWA* 9 (2007), 679 ss; COOK R. *et al.*, A model for case assessment and interpretation, *Science & Justice* 38 (1998), 151 ss; DTEE, Monthey: dépollution de La Meunière et du canal des Manettes, communiqué de presse, Monthey 2014; ESTOPPEY NICOLAS *et al.*, Surveillance des micropolluants dans les rivières du bassin lémanique à l'aide d'échantillonneurs passifs, *Rapp. CIPEL contre pollut., Campagne 2018 (2019)*, 216 ss (cité: ESTOPPEY *et al.*, CIPEL); ESTOPPEY NICOLAS, Investigation des sources de pollution dans les rivières: Evaluation d'une approche forensique basée sur l'échantillonnage passif pour le cas des polychlorobiphényles, thèse, Lausanne 2017; ESTOPPEY NICOLAS *et al.*, Investigation of PCB sources in rivers using passive sampling, *Norman Bulletin* 5 (2016), 9 ss (cité: ESTOPPEY *et al.*, Norman); ESTOPPEY NICOLAS *et al.*, Low density polyethylene (LDPE) passive samplers for the investigation of polychlorinated biphenyl (PCB) point sources in rivers, *Chemosphere* 118 (2015), 268 ss (cité: ESTOPPEY *et al.*, LDPE); FRAME GEORGE M./COCHRAN JACK W./BØWADT SØREN S., Complete PCB congener distributions for 17 aroclor mixtures determined by 3 HRGC systems optimized for comprehensive, quantitative, congener-specific analysis, *Journal of High Resolution Chromatography* 19 (1996), 657 ss; GÁLLI RENÉ/ORT CHRISTOPH/SCHÄRER

* L'auteur remercie le Prof. O. Delémont pour son regard critique sur plusieurs concepts discutés dans ce chapitre ainsi que les Prof. O. Ribaux et C. Weyermann pour leur relecture attentive et leurs innombrables et précieux conseils.

MICHAEL, Micropolluants dans les eaux : Evaluation et réduction de la charge polluante des eaux usées urbaines, *Connaissance de l'environnement* 0917 (2009), 38 ss; GLÜGE JULIANE *et al.*, Import, use, and emissions of PCBs in Switzerland from 1930 to 2100, *PLoS One* 12 (2017), 1 ss; GROSSRIEDER LIONEL/RIBAUX OLIVIER, Towards Forensic Whistleblowing? From Traces to Intelligence, Policing : A Journal of Policy and Practice 13 (2017), 80 ss; GUTWIRTH SERGE/NAIM-GESBERT ÉRIC, Science et droit de l'environnement : réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités, *RIEJ* 34 (1995), 33 ss; KUHN ANDRÉ/VUILLE JOËLLE, La justice pénale : Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Lausanne 2010; KUHN ELMAR/ARNET ROLAND, PCB in Vorschaltgeräten von Fluoreszenzlampen – eine Bilanzierung, Aarau 1998; KWAN QUON YIN, Inference of identity of source, thèse, Berkeley 1977; LOHMANN RAINER *et al.*, Aquatic Global Passive Sampling (AQUA-GAPS) Revisited: First Steps toward a Network of Networks for Monitoring Organic Contaminants in the Aquatic Environment, *Environmental Science and Technology* 51 (2017), 1060 ss; MARGOT PIERRE, Traçologie : la trace, vecteur fondamental de la police scientifique, *RICPTS* 1 (2014), 72 ss; OFEV, Rapport explicatif relatif à l'ordonnance du DETEC concernant la modification de l'annexe 2, ch. 11, al. 3, de l'ordonnance du 28 octobre 1998 sur la protection des eaux : S512-0058, Berne 2020 (cité : OFEV, OEaux 2020); OFEV, Rapport explicatif concernant la modification de l'ordonnance sur la protection des eaux : M473-0796, Berne 2014 (cité : OFEV, OEaux 2014); OFEV, Le droit de l'environnement en bref : Aperçu du droit fédéral de l'environnement, Berne 2013 (cité : OFEV, Droit environnement); PAPAUX ALAIN, Droit et science : l'heure du dialogue dans la précaution : Ou comment la philosophie du droit de l'environnement en prépare les fiançailles au son du principe de précaution *in* Bovay/Nguyen (éd.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor : Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Berne 2005; PFEIFFER FABIENNE/MEDEIROS BOZIC SUSANA/ESTOPPEY NICOLAS, Surveillance des micropolluants dans les rivières du bassin lémanique à l'aide d'échantillonneurs passifs : Résultats de la campagne 2019 et comparaison avec la campagne 2018, *Rapp. CIPEL contre pollut.*, Campagne 2019 (2020), 158 ss; RIBAUX OLIVIER *et al.*, La science forensique au service de l'action de sécurité *in* Cusson *et al.* (éd.), *Nouveau traité de sécurité : Sécurité intérieure et sécurité urbaine*, Montréal 2019 (cité : RIBAUX *et al.*, La science forensique); RIBAUX OLIVIER *et al.*, *Forensic Intelligence in Siegel/Saukko/Houck (éd.), Encyclopedia of Forensic Sciences*, 2^{ème} éd., Waltham 2013 (cité : RIBAUX *et al.*, *Forensic Intelligence*); RIBAUX OLIVIER, *Police scientifique : Le renseignement par la trace*, Lausanne 2014; ROBERTSON BERNARD/VIGNAUX G.A./BERGER CHARLES E.H., *Interpreting Evidence : Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester 2016; ROSSY QUENTIN *et al.*, *Integrating forensic information in a crime intelligence database*, *Forensic Science International* 230 (2013), 137 ss; ROUX CLAUDE/CRISPINO FRANK/RIBAUX OLIVIER, From Forensics to Forensic Science, *Current Issues in Criminal Justice* 24 (2012), 7 ss; SCHMID PETER *et al.*, Polychlorobiphényles (PCB) dans les eaux en Suisse : Données concernant la contamination des poissons et des eaux par les PCB et les dioxines : évaluation de la situation, Berne 2010; STOLZ JÖRG, *Praxishilfe : PCB-Emissionen beim Korrosionsschutz*, Berne 2000; TARONI FRANCO *et al.*, *Data analysis in forensic science: A bayesian decision perspective*, Chichester 2010; ZENNEGG MARKUS/VERMEIRSEN ETIENNE/SCHMID PETER, *Mesure des PCB et des dioxines dans les cours d'eau : Évaluation de l'adéquation de l'analyse sédimentaire et de l'échantillonnage passif en milieu aqueux pour détecter les sources d'émission*, Berne 2016.

I. Traces de contaminants, vecteurs d'information pour aider à limiter les comportements préjudiciables

- 19.1 La réaction de la société vis-à-vis des atteintes à l'environnement s'accélère progressivement. Une nouvelle quantité et diversité de questions exigent d'examiner en profondeur les liens complexes entre un droit en mouvement et les sciences de la nature¹. C'est le rôle de la science forensique d'éclaircir cette relation au travers de la notion de trace.

¹ GUTWIRTH/NAIM-GESBERT, 33 ss; PAPAUX, 151 ss.

1. La trace au service de la justice

Lors de la **commission d'une infraction**, un auteur et les objets qu'il utilise laissent des traces de leur action à l'endroit de cette dernière². Les traces sont le résultat d'une modification de l'environnement par cette activité inhabituelle. Lors de l'investigation du lieu d'infraction, il s'agira donc pour la police scientifique de reconnaître et collecter les traces pertinentes, c'est-à-dire celles qui sont liées à l'activité délictueuse et qui apportent un élément explicatif de ce qui s'est passé³. Sur les scènes d'infraction où la police scientifique est traditionnellement appelée (p. ex. infractions contre la vie et l'intégrité corporelle ou contre le patrimoine), des traces biologiques, digitales, de semelles ou d'outils peuvent être repérées puis exploitées pour reconstruire ce qui s'est passé ; des **liens entre les traces et les personnes/objets** qui en sont à l'origine sont établis. Ce processus de reconstruction utilise l'information véhiculée par la trace pour servir la justice en l'aidant à qualifier des activités en tant qu'infractions, à en identifier les auteurs, à les accuser et à les juger⁴. 19.2

Comme toute autre infraction, les **atteintes nuisibles** (ou incommodantes) contre lesquelles la législation environnementale vise à protéger les hommes, les animaux, les plantes ainsi que leurs biocénoses et biotopes (art. 1 LPE⁵) sont inhabituelles dans les lieux et au moment où elles se déroulent. Elles laissent des traces – étrangères aux milieux environnementaux où elles se retrouvent – qui, une fois repérées et exploitées, peuvent potentiellement peser sur des décisions judiciaires (p. ex. comme moyen de preuve). Les atteintes à l'environnement sont nombreuses, celles mentionnées dans la LPE (art. 7 al. 1 LPE) étant complétées ou détaillées par plusieurs lois spéciales telles que la LEaux⁶ ou la LFo⁷. Le choix a été fait ici de discuter des **pollutions des milieux environnementaux** (eaux, sols et air). En premier lieu, il convient d'exposer pour chacun de ces milieux ce que la législation environnementale suisse entend par « pollution » (ou « polluants ») et comment le caractère « nuisible » (ou « incommodant ») est évalué : 19.3

- **Eaux** : Une « pollution » de l'eau est définie comme étant « toute altération nuisible des propriétés physiques, chimiques ou biologiques » de celle-ci (art. 4 let. d LEaux). Elle fait référence à l'introduction directe ou indirecte (ainsi qu'à l'infiltration) de substances dans une eau (art. 6 al. 1 LEaux). Elle est spécifiquement nommée dans

2 MARGOT, 74 s. Si les traces matérielles sont laissées dans un environnement physique, il convient de préciser que les traces numériques peuvent également se retrouver dans un environnement virtuel (RIBAUX, 186 s.). Ce dernier sort du cadre de cette contribution et l'auteur a pris le parti de faire uniquement référence aux traces matérielles et à l'environnement physique.

3 BITZER, 46 ss.

4 RIBAUX, 154.

5 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

6 Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20).

7 Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (LFo, RS 921.0).

la définition de l'« atteinte nuisible », à savoir « toute pollution et toute intervention⁸ susceptible de nuire à l'aspect ou aux fonctions d'une eau » (art. 4 let. c LEaux). Les exigences auxquelles doit satisfaire la qualité des eaux superficielles et souterraines figurent à l'annexe 2 de l'OEaux⁹.

- **Sols** : Par « atteintes portées aux sols », la loi entend les « modifications physiques, chimiques ou biologiques de l'état naturel des sols » (art. 7 al. 4^{bis} LPE). Ces atteintes sont évaluées sur la base de « valeurs indicatives » et de « valeurs d'assainissement » (art. 35 LPE) figurant dans les annexes de l'OSol¹⁰. Lorsque ces valeurs ne sont pas disponibles, l'évaluation se fait au cas par cas (art. 5 al. 2 et 3. OSol). La « pollution » des sols n'est pas définie en tant que telle dans les textes législatifs ; seule la notion de « polluants » est utilisée pour faire référence aux substances naturelles ou artificielles qui causent des atteintes chimiques aux sols (art. 2 al. 2 OSol).
- **Air** : Par « pollutions atmosphériques », la loi entend les « modifications de l'état naturel de l'air provoquées notamment par la fumée, la suie, la poussière, les gaz, les aérosols, les vapeurs, les odeurs ou les rejets thermiques » (art. 7 al. 3 LPE). Ces atteintes sont nuisibles ou incommodantes si elles dépassent des valeurs limites d'immission données à l'annexe 7 de l'OPair¹¹ ou lorsque les immissions sont considérées comme excessives au sens de l'art. 2 al. 5 de l'OPair (si aucune valeur limite n'est fixée pour un polluant).

19.4 Selon la loi suisse, la « pollution » de ces trois milieux environnementaux correspond donc à l'**introduction de substances** au-delà d'un certain **seuil**, ce dernier étant caractérisé par des exigences chiffrées ou qualitatives (qui définissent le caractère nuisible)¹². Comme les lois et ordonnances fédérales font très majoritairement référence à des polluants chimiques, c'est cette problématique qui est principalement traitée dans ce chapitre. Il faut toutefois garder en tête que les polluants biologiques (p. ex. organismes pathogènes) et physiques (p. ex. poussières en suspension dans l'air) sont également régulés. Une pollution des milieux environnementaux laisse donc des **traces de contaminants**¹³, ou

8 Des exemples d'« interventions » (qui ne sont donc pas des pollutions) sont les endiguements et corrections de cours d'eau (art. 37 LEaux), la couverture ou mise sous terre de cours d'eau (art. 38 LEaux) ou les exploitations de gravier, de sable ou d'autres matériaux (art. 44 LEaux).

9 Ordonnance du 28 octobre 1998 sur la protection des eaux (OEaux, RS 814.201).

10 Ordonnance du 1^{er} juillet 1998 sur les atteintes portées au sol (OSol, RS 814.12).

11 Ordonnance du 16 décembre 1985 sur la protection de l'air (OPair, RS 814.318.142.1).

12 La définition de telles exigences se base sur des connaissances et des méthodes scientifiques qui peuvent sensiblement évoluer dans le temps (OFEV, OEaux 2020, 4). De plus, les approches utilisées pour définir les exigences chiffrées simplifient nécessairement la réalité complexe de la pollution des milieux environnementaux. Ces exigences sont toutefois nécessaires pour opérationnaliser le droit et clarifier le travail de qualification des infractions réalisé par le juge : une exigence générale, non concrétisée par une valeur chiffrée, risque en effet d'être en tension avec le principe de la légalité.

13 Selon les cas de pollution, d'autres types de traces (p.ex. de personnes, d'objets ou numériques) peuvent être générées et peuvent être exploitées. Les traces de contaminants sont toutefois celles avec le plus grand potentiel informatif pour reconstruire ce qui s'est passé.

autrement dit, des substances (chimiques) dont la quantité a dépassé à un moment donné (ou sur une période donnée) les seuils admis par la loi. C'est par la détection de traces, à un certain moment dans un environnement particulier et à des quantités qui dépassent ces seuils, que la police scientifique aide à démontrer l'existence d'une infraction. Elle veut ensuite contribuer aux investigations qui visent à déterminer les liens entre la pollution et sa (ou ses) cause(s), en accompagnant la justice dans l'application des procédures jusqu'à leur terme. La section II discute la façon dont les informations extraites des traces peuvent être évaluées en s'appuyant sur un cadre unifié (utilisé par une communauté d'experts qui fait référence aujourd'hui)¹⁴. Lorsque l'évaluation de l'expert est utilisée comme **élément de preuve** au tribunal, elle soutient ainsi les juges dans leur prise de décision qui peut aboutir à infliger une peine au pollueur¹⁵ (procédure pénale) et/ou à exiger de celui-ci qu'il assume les frais des mesures qui font suite au dommage commis¹⁶ (procédure administrative).

La science forensique veut ici trouver des explications aux pollutions observées afin d'aider la justice à se déterminer sur des **événements singuliers se déroulant dans le passé**. Elle est souvent perçue ainsi, mais son impact va bien au-delà¹⁷. Les connaissances acquises par une détection et un suivi systématique par la trace des mécanismes liés aux différentes formes de pollution peuvent aussi indiquer l'ampleur de certaines pollutions ou l'intensité de comportements humains irresponsables. La science forensique s'ouvre ainsi vers des approches plus proactives qui relèvent de l'analyse de dangers et de menaces susceptibles d'influencer des politiques, d'aider à définir des stratégies ou d'approcher des problèmes répétitifs concrets. La contribution ne se réduit donc pas à la stricte application du droit, mais s'étend à tout l'éventail des approches alternatives qui visent à identifier et mitiger des problèmes de pollution. 19.5

2. La trace et la résolution de problèmes de pollution

Un ensemble d'activités répétitives et persistantes est potentiellement porteur d'une menace sur l'environnement et peut ainsi constituer un **problème de pollution** (p. ex. les mortalités aiguës de poissons dans les cours d'eau, les contaminations de réseaux d'eau potable ou les accumulations de certains composés persistants dans les organismes aquatiques). La recherche de liens entre des traces laissées par ces activités peut révéler des signes de l'existence d'un tel problème. Des similarités (*patterns*) sont détectées et analysées pour expliquer les causes et aboutir à une meilleure **compréhension globale d'un problème**¹⁸. Les connaissances produites orientent toute une variété de décisions, à différents niveaux, sur des actions à entreprendre pour contenir au mieux 19.6

14 AITKEN *et al.*, 1 s; COOK *et al.*, 152 ss.

15 Voir p.ex. Titre 5 LEaux et Titre 5 LPE.

16 Voir p.ex. art. 54 LEaux ou art. 20 OSites (Ordonnance du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués, [Ordonnance sur les sites contaminés, RS 814.680]).

17 RIBAUX *et al.*, Forensic Intelligence, 298; ROSSY *et al.*, 137; GROSSRIEDER/RIBAUX, 80 s.

18 RIBAUX *et al.*, La science forensique, 117 s.; RIBAUX, 242 s.

le problème en fonction des enjeux¹⁹. Les actions basées sur le résultat de ces analyses peuvent prendre différentes formes. Il peut s'agir de réponses taillées sur mesure, lorsqu'un problème déjà connu se reproduit : une nouvelle crise est contenue de façon plus efficace (p. ex. installation de barrages et pompage des eaux polluées), la population est protégée au plus vite (p. ex. publication rapide de recommandations quant à l'utilisation de l'eau), les opérations de la police sont ciblées sur les priorités d'enquête (p. ex. vérification d'installations ou de sites particulièrement sensibles), la méthodologie de recherche de traces est affinée (p. ex. prélèvement de matrices environnementales offrant les meilleures chances d'extraire l'information pertinente). Ces actions peuvent également prendre la forme de mesures préventives pour éviter autant que possible que de nouveaux cas similaires se produisent²⁰ : la commission d'un certain type d'infractions par un auteur potentiel peut être rendue plus difficile (p. ex. nécessité d'une autorisation pour détenir certaines installations), plus risquée (p. ex. contrôle régulier de certains sites par des agents de sécurité) ou moins bénéfique (p. ex. peines pécuniaires plus élevées que le prix du traitement des déchets). Dans cette vision fondée sur les problèmes, cette connaissance peut orienter le législateur en stimulant la **modification ou l'élaboration de dispositions**.

- 19.7 En droit environnemental, plusieurs dispositions visent à réduire « à titre préventif et assez tôt » les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodes (art. 1 al. 2 LPE). Elles requièrent par exemple qu'un certain nombre d'exigences soient remplies pour obtenir un permis de construire (p. ex. art. 17 LEaux) ou que la mise sur le marché d'installations fabriquées en série soit soumise à une évaluation de conformité (art. 40 LPE). Elles exigent également que le détenteur d'installations pouvant entraîner une pollution veille à ce qu'elles soient correctement exploitées, régulièrement contrôlées et qu'il signale immédiatement aux autorités un éventuel problème (p. ex. art. 22 LEaux ou art. 10 LPE). Les exigences concernant les installations et leurs émissions sont données dans les ordonnances y relatives (p. ex. annexe 3 OEaux ou annexes 1 à 4 OPair). De plus, dans le but d'appliquer le principe de lutte à la source²¹, certaines dispositions restreignent (voire interdisent) la fabrication, la mise sur le marché et l'emploi de catégories de substances problématiques telles que les substances particulièrement dangereuses (ORR-Chim²²) ou les produits phytosanitaires (OPPh²³). Le non-respect de ces différentes exigences et restrictions fait l'objet de sanctions administratives et pénales, ceci même dans les cas où le non-respect n'a pas conduit à la pollution de l'environnement. Ces disposi-

19 RIBAU, 237 ss; RIBAU *et al.*, Forensic Intelligence, 298 s.

20 RIBAU, 300 ss..

21 OFEV, Droit environnement, 9.

22 Ordonnance du 18 mai 2005 sur la réduction des risques liés à l'utilisation de substances, de préparations et d'objets particulièrement dangereux (Ordonnance sur la réduction des risques liés aux produits chimiques, ORRChim, RS 814.81).

23 Ordonnance du 12 mai 2010 sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (Ordonnance sur les produits phytosanitaires, OPPh, RS 916.161).

tions ont donc un rôle clé pour prévenir les comportements préjudiciables. Pour que leur efficacité préventive soit maximale, elles doivent s'adapter aux nouveaux problèmes de pollution et à l'évolution des pratiques polluantes. La section III discute en quoi les traces de contaminants sont des **éléments de base à la résolution de problèmes de pollution** et comment l'information qu'elles véhiculent – en plus de servir la justice – peut être utile à l'élaboration ou la modification de telles dispositions de droit. Dans l'ensemble de cette contribution, d'autres actions renseignées par la trace seront également évoquées, particulièrement leur potentiel pour améliorer l'efficacité de l'enquête judiciaire et donc diminuer le sentiment d'impunité que peuvent nourrir certains pollueurs.

3. Un raisonnement hypothético-déductif comme moteur

Il est indispensable que la forme sous laquelle est communiquée l'information véhiculée par les traces soit adaptée à la nature des processus décisionnels²⁴. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, les incertitudes liées à un élément de preuve doivent être connues et minimalisées pour éviter l'erreur judiciaire (section II). Les incertitudes liées à chacun des éléments qui indiquent l'existence éventuelle d'un nouveau problème de pollution ne demandent, quant à elles, pas le même genre d'examen. En effet, les conséquences d'une erreur ponctuelle sont d'une nature fondamentalement différente : un problème détecté faussement sera vite corrigé par des analyses subséquentes, alors qu'un problème non-détecté peut avoir des conséquences sérieuses sur l'environnement sans qu'on puisse s'en inquiéter suffisamment tôt (section III). Quoi qu'il en soit, **la trace suit un processus d'interprétation**, de sa détection jusqu'à sa présentation aux acteurs concernés. Le raisonnement générique d'ensemble peut être qualifié d'hypothético-déductif²⁵ (voir Figure 1) : toutes les causes possibles à l'existence des traces sont d'abord imaginées (dimension dite abductive du raisonnement)²⁶. Leur validité est ensuite éprouvée dans le contexte du cas ou du problème examiné (dimension dite globalement déductive).

La mise en œuvre du raisonnement hypothético-déductif procède par des cycles, de la manière suivante. Pour que les traces générées par les cas de pollution puissent être exploitées, il est nécessaire, comme dans toute enquête²⁷, que ces infractions soient d'abord découvertes. La police ou les agents chargés de fonctions de police (p. ex. police du lac, gardes-pêche ou gardes-faune) peuvent **découvrir les cas de pollutions** lors de la

24 RIBAUX *et al.*, La science forensique, 116.

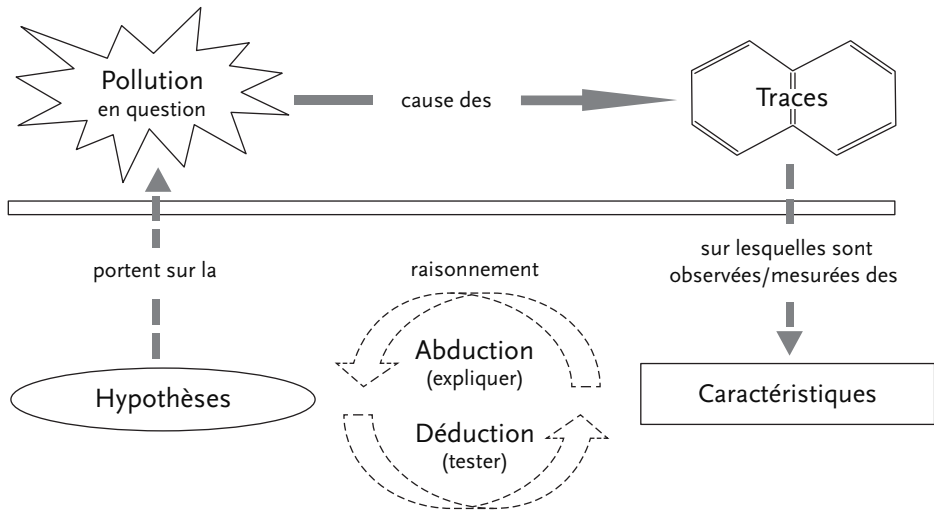
25 BAECHLER *et al.*, 3; RIBAUX, 167 ss.

26 La notion d'abduction est parfois confondue avec la notion d'induction. L'abduction (dont il est question dans le cycle hypothético-déductif décrit ici) cherche la cause la plus plausible des observations réalisées dans un cas particulier. L'induction (qui n'intervient pas dans ce cycle hypothético-déductif) relève d'un mécanisme de généralisation : elle consiste à émettre des règles générales à partir de faits singuliers observés plusieurs fois et présentant des similitudes.

27 KUHN/VUILLE, 12.

surveillance qu'ils opèrent²⁸, mais ces infractions leur sont aussi rapportées par l'intermédiaire de dénonciations (tiers) ou de plaintes (lésés). Si certaines pollutions peuvent être découvertes sans avoir recours à des appareillages particuliers (p. ex. des pollutions aiguës causant une forte mortalité de poissons, un changement de couleur de l'eau ou des odeurs inhabituelles), d'autres pollutions nécessitent des analyses instrumentales pour être décelées (p. ex. certaines pollutions chroniques causant l'accumulation de micropolluants dans les compartiments environnementaux).

Figure 1 : Cycle qualifié d'« hypothético-déductif ». Une pollution cause des traces. Certaines caractéristiques sont extraites (offrant des représentations simplifiées des traces). Des hypothèses sont générées pour expliquer la présence de telles traces (abduction). Elles sont testées en cherchant de nouvelles traces ou de nouvelles caractéristiques sur les traces déjà collectées (déduction). Le cycle continue jusqu'à ce que la confiance en les hypothèses soit stabilisée. Adapté de Ribaux²⁹.



19.10 À ce stade du processus (phase initiale de l'enquête), l'investigateur doit considérer l'ensemble des causes et scénarios pouvant expliquer les faits. Comme un médecin qui réalise un diagnostic différentiel, il a recours à une **approche abductive** pour envisager le maximum d'hypothèses à partir de l'information disponible³⁰. Des centaines de poissons sont retrouvés morts dans un cours d'eau³¹. Est-ce que cela pourrait être dû à du

28 Nous verrons à la section III que cette surveillance peut être guidée par les connaissances acquises à travers le processus de résolution de problèmes.

29 RIBAUX, 168.

30 BAECHLER *et al.*, 3 s.; RIBAUX, 173.

31 Différents exemples de pollutions des eaux sont utilisés pour illustrer les méthodologies présentées. Le domaine de recherche de l'auteur a dicté ce choix. La plupart des raisonnements présentés peuvent toutefois s'appliquer aux pollutions d'autres milieux.

lisier (p. ex. une fuite d'une fosse ou un épandage sur sols saturés d'eau) ou à des eaux usées (p. ex. un dysfonctionnement dans une station d'épuration ou un rejet provenant d'un déversoir d'orage) qui auraient privé les poissons d'oxygène ? Est-ce que cela est dû à des pesticides (p. ex. une mauvaise pratique lors du nettoyage d'un pulvérisateur ou un lessivage par la pluie des pesticides appliqués sur des champs) ou à d'autres produits de synthèse (une fuite à partir de cuves de stockage) qui auraient exposé les poissons à des doses létales ? Ou alors est-ce une cause naturelle (p. ex. mortalité post-fraie) ou un changement brusque dans leur habitat (un manque d'eau suite à un dysfonctionnement d'une installation hydroélectrique) ? Envisager toutes les causes possibles est extrêmement compliqué, mais l'expérience et les connaissances acquises à travers les cas ultérieurs (voir section III) permettent aux investigateurs de minimiser le risque que des hypothèses soient oubliées, ou du moins leur évitent de se focaliser uniquement sur l'hypothèse la plus conventionnelle.

Sur les lieux, l'investigateur évalue ses hypothèses initiales sur la base des traces qu'il repère. Certaines hypothèses sont exclues alors que d'autres sont renforcées, selon que l'information extraite des traces infirme ou soutienne les hypothèses. Il a recours à une **approche déductive** qui lui permet de progresser vers un état de connaissance plus structuré³². Dans le cours d'eau où de nombreux poissons morts ont été retrouvés, les caractéristiques des traces observées sur les lieux renforcent l'hypothèse d'une pollution au lisier. En effet, elles sont compatibles avec celles attendues pour une telle cause, tant au niveau spatial (p. ex. aval d'une exploitation agricole), visuel (p. ex. couleur brune), olfactif (p. ex. odeur âcre) que chimique (p. ex. résultat analytique obtenu avec des appareils portables compatibles avec la présence de lisier). Tester toutes les hypothèses n'est pas forcément possible, car le temps écoulé depuis la perpétration de l'infraction mène à la dispersion et la transformation des traces. À nouveau, l'expérience et les connaissances acquises dans des situations similaires (voir section III) peuvent guider l'investigateur dans la recherche des traces qui lui permettent de réduire au mieux le nombre de causes potentielles³³. De telles connaissances le guident également dans ses choix quant aux prélèvements à effectuer (p. ex. réaliser un prélèvement en amont de la zone polluée est essentiel pour la suite de la démarche). 19.11

En repérant les traces qui sont inhabituelles dans le milieu investigué, l'investigateur va également générer de nouvelles hypothèses (abduction). Il confirmera/infirmera ces dernières en allant chercher de nouvelles traces pertinentes ou de nouvelles informations sur les traces déjà collectées (déduction). Ce **raisonnement hypothético-déductif** itératif permet d'affiner les hypothèses, de travailler sur un nombre toujours plus délimité d'entre-elles et de stabiliser la confiance qui leur est accordée³⁴. Lors de l'investigation du cours d'eau présentant une forte mortalité de poissons (exemple initié ci-des- 19.12

32 BAECHLER *et al.*, 4; RIBAU, 174.

33 RIBAU, 250 ss; BAECHLER *et al.*, 6.

34 BAECHLER *et al.*, 3 s.; RIBAU, 167 ss; ROUX/CRISPINO/RIBAU, 17; KWAN, 42 s.

sus), l'investigateur repère que du lisier a été épandu sur un champ sans respecter la bordure tampon de 3 m de large le long de la rivière (annexe 2.6 ch. 3.3.1 let. d ORR-Chim). L'hypothèse que cet épandage est à l'origine de la pollution va être examinée en orientant les analyses vers ce lisier. L'investigateur doit toutefois toujours être prêt à mettre à jour ses hypothèses si de nouvelles informations viennent à sa connaissance. En consultant les bulletins météorologiques, il constate qu'il n'y a pas eu de précipitations depuis 2 jours, le lisier a donc difficilement pu être lessivé dans la rivière. De plus, en inspectant les environs, il repère une souillure des terres situées entre les berges du cours d'eau et le réservoir à lisier (engrais de ferme) d'une exploitation agricole. Des fissures sont présentes sur le réservoir en béton. L'investigateur doit alors mettre son raisonnement à jour et évaluer cette nouvelle piste³⁵.

- 19.13 Ce processus de raisonnement se poursuit tout au long de l'enquête, également au laboratoire lorsque des analyses instrumentales plus complexes sont nécessaires pour extraire de l'information à partir de traces collectées. Alors que l'accent était mis sur le développement d'hypothèses en début d'enquête (recherche des causes potentielles des effets observés), le test de ces hypothèses prend ensuite une place grandissante (vérification que les effets produits par les causes envisagées sont effectivement observés)³⁶. Dans un **processus probatoire** (associé au procès), le jeu d'hypothèses va idéalement être réduit de sorte à permettre au tribunal d'évaluer la proposition « Le lisier de la fosse X a causé la pollution de la rivière »³⁷, par opposition à la proposition « Le lisier de la fosse X n'a pas causé la pollution de la rivière, cette dernière a une autre origine ». Comme nous le verrons à la section II, le policier scientifique va chercher – à travers une démarche rigoureuse – à évaluer les probabilités des effets à la lumière de ces deux hypothèses³⁸. Souvent il n'est toutefois pas nécessaire de pousser l'évaluation aussi loin. En effet, comme le relèvent Ribaux *et al.*³⁹, il est fréquent que « seul le fait d'attester l'existence de traces dans un dossier pousse les acteurs à dénouer par eux-mêmes les litiges ». Cet usage des traces peut être particulièrement utile dans des procédures spéciales (amende d'ordre, procédure de l'ordonnance pénale et procédure simplifiée) qui permettent de ne pas surcharger le système judiciaire.
- 19.14 Dans un **processus de résolution de problèmes**, des hypothèses sont émises pour expliquer les similarités mises en évidence entre les cas (abduction). Elles sont ensuite testées par diverses expérimentations et observations supplémentaires (déduction). Ces dernières incluent la recherche systématique de traces spécifiques dans de nouveaux

35 Mentionnons que l'agriculteur n'ayant pas respecté la bordure tampon pourrait de toute manière être poursuivi pour avoir créé un risque de pollution des eaux (art. 70 al. 1 let. a LEaux), même non intentionnellement (art. 70 al. 2 LEaux).

36 BAECHLER *et al.*, 3.

37 Le détenteur de la fosse X peut être puni pour n'avoir pas maintenu son installation contenant des liquides de nature à polluer les eaux en état de fonctionner (art. 70 al. 1 let. b LEaux).

38 COOK *et al.*, 153 ss; ROBERTSON/VIGNAUX/BERGER, 9 ss; TARONI *et al.*, 10 s., 41 ss.

39 RIBAUX *et al.*, La science forensique, 118.

cas présentant les mêmes similarités. Les traces observées sur de nombreux cas de mortalité aiguë de poissons révèlent qu'un nombre élevé de cas se produit à la fin de l'hiver et met en cause des problèmes d'installations de stockage de lisier. L'épandage étant interdit quand le sol est saturé d'eau (annexe 2.6 ch 3.2.1 ORRChim), l'hypothèse est faite que les installations de stockage sont mises à rude épreuve en hiver et que des ruptures ou débordements se produisent quand les cuves sont aux limites de leurs capacités⁴⁰. Lors de nouveaux cas de pollutions au lisier, une attention particulière est portée sur les installations de stockage des exploitations avoisinantes et les observations confirment l'hypothèse. La constatation d'épandages (illégaux) réalisés sur des sols saturés d'eau tendent également à montrer que les capacités des cuves sont approchées en fin d'hiver. Cette connaissance soulève alors des questions pouvant donner lieu à différentes prises de décisions : la fréquence des contrôles d'installations de stockage requis par la loi (art. 22 al. 1 LEaux, art. 32a OEaux) est-elle suffisante pour éviter les ruptures (particulièrement pour les installations vieillissantes) ? La façon dont les autorités cantonales fixent le volume minimal de stockage des installations devrait-elle être revue ? Les agriculteurs sont-ils suffisamment bien sensibilisés aux bonnes pratiques pour protéger les eaux et reçoivent-ils des subventions qui leur permettent d'entretenir convenablement leurs installations ? Comme nous le verrons au chapitre III, le processus de résolution de problèmes peut être structuré et systématisé pour optimiser la production de connaissances et soutenir au mieux les décideurs dans leur prise de décision⁴¹.

II. Traces de contaminants comme éléments de preuve

1. Anticiper autant que possible les questions débattues au tribunal

Chaque cas de pollution demande une approche singulière qui dépend des circonstances. L'éventail des méthodes et des techniques à disposition pour détecter des traces et en extraire des caractéristiques est vaste. Il s'agit à chaque fois d'**effectuer des choix** quant à la séquence des techniques utilisées qui donne les meilleures chances d'extraire l'information pertinente de la trace⁴². Ceci afin d'aboutir à une évaluation robuste susceptible de constituer une preuve lorsque le juge l'intègre à sa prise de décision. Ces choix ne sont pas identiques d'un cas à l'autre. Cette approche nécessairement non-déterministe exige de développer des hypothèses sur l'origine de la pollution et d'anticiper les questions qui se poseront sur la preuve très tôt dans le processus pour orienter ces décisions d'ordre techniques. 19.15

Pour que l'évaluation fournie par l'expert en fin de processus soit robuste, il est nécessaire que l'ensemble de l'enquête soit centré sur la résolution du cas et non sur l'application machinale de techniques. Aussi rapidement que possible, le policier scientifique doit **définir le type de sources de pollution** (causes) auxquelles il est envisageable de 19.16

40 BAUMGARTNER, 27 s.

41 RIBAUX *et al.*, Forensic Intelligence, 300.

42 BAECHLER *et al.*, 5 s.

remonter sur la base des traces⁴³. Sur cette base, il s'efforce d'anticiper les futures questions, notamment celles qui pourraient être débattues devant le tribunal⁴⁴. Cette capacité d'anticipation lui permet de faire des choix pertinents concernant les caractéristiques à mesurer sur les traces (section II.2), les méthodes utilisées pour réaliser ces mesures (section II.3) et les hypothèses sous lesquelles il pourra évaluer ses observations de façon robuste (section II.4). Ainsi, très rapidement, il est essentiel de se demander si on cherche à remonter par exemple (i) à une origine géographique, (ii) à du liquide stocké dans (ou transitant par) une installation ou (iii) à des produits commerciaux spécifiques. Deux éléments clés doivent être pris en compte lors de la définition de la source envisagée. Le premier est la **délimitation dans l'espace du point d'entrée des polluants** dans l'environnement. On parle d'émissions (géographiquement) « ponctuelles » lorsque le point d'entrée est bien défini et d'émissions « diffuses » lorsque le point d'entrée s'étend sur une grande distance⁴⁵. Le deuxième élément est la **fréquence temporelle d'émission des polluants**. On parle d'émissions « continues » lorsque la dynamique d'utilisation des substances (ou des matériaux contenant ces substances) et la dynamique de leur entraînement dans l'environnement conduisent à une certaine constance dans le temps. Inversement, les émissions sont dites « intermittentes » lorsque les dynamiques d'utilisation et d'entraînement conduisent à des événements de pollution épisodiques⁴⁶.

- 19.17 Illustrons cette démarche de définition de la source par un exemple⁴⁷ concernant les **polychlorobiphényles (PCBs)**, des composés organiques persistants dont l'utilisation a été interdite en 1976 dans les systèmes ouverts (p. ex. peintures anticorrosives et masse d'étanchéité de joints) et en 1986⁴⁸ dans les systèmes fermés (condensateurs et transformateurs). Des analyses réalisées par un laboratoire cantonal révèlent que les teneurs de PCBs présents dans les poissons d'un cours d'eau dépassent les seuils légaux (annexe 5 Partie C : tableau 2 OCont⁴⁹), menant ainsi à l'interdiction de leur commercialisation et de leur consommation (art. 5 al. 1 OCont). Selon l'OEaux, de tels composés de synthèse persistants ne devraient pas être présents dans l'eau, les matières en suspension et les sédiments (annexe 1 ch. 1 al. 3 let. b OEaux). Bien que des exigences chiffrées n'existent pas dans l'annexe 2 de l'OEaux pour ces composés, le devoir de diligence (art. 3 LEaux) et l'interdiction générale de polluer les eaux (art. 6 LEaux) impliquent que des

43 KWAN, 1 ss.

44 BAECHLER *et al.*, 4.

45 CHÈVRE/ROSSI, 681 s.; GÄLLI/ORT/SCHÄRER, 37.

46 CHÈVRE/ROSSI, 680 s.; GÄLLI/ORT/SCHÄRER, 46.

47 Les différentes investigations auxquelles l'auteur a pris part (mandats de services cantonaux) n'ont jamais conduit à une procédure pénale. L'exemple donné ici regroupe différents éléments auxquels il a été confronté lors d'investigations.

48 L'élimination des appareils de plus de 1 kg devait être réalisée au 31 août 1998 et celles des appareils de moins de 1 kg d'ici à 2028.

49 Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les teneurs maximales en contaminants (Ordonnance sur les contaminants, OCont, RS 817.022.15).

mesures raisonnables soient prises par le détenteur d'installations pour éviter une pollution (ou pour la réduire autant que possible)⁵⁰. Une plainte contre inconnu est déposée par le service cantonal de protection de l'environnement. Les **connaissances basées sur d'anciens cas** sont prises en compte pour définir au mieux le type de sources envisagées dans le cas en question. Il a été constaté que, selon le type de sources, les émissions de ces composés peuvent être (géographiquement) « ponctuelles » (p. ex. un canal rejetant les eaux de refroidissement contaminées d'une fonderie dans le canton du Jura)⁵¹ ou « diffuses » (p. ex. les sédiments contaminés présents dans un cours d'eau du canton du Valais)⁵². Certains sites sont exposés aux eaux de pluie (p. ex. une ancienne décharge avec 20 tonnes de PCB dans le canton de Fribourg)⁵³ et les émissions peuvent donc être dépendantes des précipitations (émissions « intermittentes »). D'autres installations subissent l'abrasion permanente de l'eau (p. ex. conduites avec revêtement intérieur contenant des PCBs)⁵⁴ et les émissions peuvent donc être quasiment « continues ». Durant le travail investigatif du **cas en question**, une recherche dans le cadastre des sites pollués révèle que d'anciennes décharges sont présentes aux abords du cours d'eau. Ces décharges, en fonction entre les années 70 et 90, ont pu accueillir des matériaux contenant des PCBs. Si des émissions ont lieu, il peut être attendu qu'elles soient intermittentes et relativement ponctuelles dans l'espace. Le cours d'eau traverse également une zone industrielle où est présente une entreprise traitant des déchets métalliques. Ces derniers pourraient contenir des condensateurs qui ne sont pas toujours démantelés avant broyage, rejetant potentiellement des PCBs⁵⁵ via l'exutoire du bassin de décantation qui collecte les eaux claires⁵⁶. Si des émissions ont lieu, il est attendu qu'elles soient intermittentes et ponctuelles dans l'espace. À ce moment de l'enquête, il peut être décidé de définir la source comme l'eau stockée dans (ou transitant par) une installation, sachant qu'il est réaliste de pouvoir remonter aux « lixiviats⁵⁷ de la décharge » ou à « l'eau d'un bassin de décantation collectant les eaux claires de l'entreprise de ferrailage ». Il n'est pas impossible que la définition évolue au fur et à mesure de l'enquête, mais y réfléchir tôt dans le processus investigatif permet de **minimiser les risques** de manquer des traces pertinentes, de recourir à des techniques inadaptées et de se méprendre quant à l'information potentielle qui pourra être fournie. Vouloir remonter aux « matériaux de marques données présents dans une décharge » nécessiterait par exemple de mettre en œuvre d'énormes moyens et de coûteuses expérimenta-

50 OFEV, OEaux 2020, 3.

51 ZENNEGG/VERMEIRSSSEN/SCHMID, annexes 59 s.

52 DTEE, 1 s.

53 ZENNEGG/VERMEIRSSSEN/SCHMID, 11.

54 STOLZ, 47.

55 KUHN/ARNET, 4.

56 Les eaux claires sont les eaux de pluies ayant ruisselé sur les surfaces et qui ne sont pas épurées avant d'être rejetées dans les eaux de surface.

57 Eaux infiltrées dans la décharge emportant les substances dissoutes ou en suspension provenant des déchets.

tions, sans avoir la garantie que cela puisse être possible (étant donné le mélange de matériaux sur le site). Remonter à « l'origine géographique » serait beaucoup plus aisé ; c'est d'ailleurs ce qui est souvent réalisé dans une première phase de l'investigation. Toutefois, se limiter à cette définition de la source au tribunal réduirait l'utilité de l'information transmise au juge, car le lien entre la pollution et la personne (morale ou physique) qui en est responsable est plus difficile à démontrer.

2. Sélectionner des caractéristiques aussi uniques et constantes que possible

- 19.18 Pour réduire le nombre de sources potentiellement à l'origine d'une pollution, des caractéristiques sont mesurées sur les traces et sont comparées avec celles des sources potentielles de pollution. Ces caractéristiques doivent répondre au mieux à deux conditions. La première est la **condition d'unicité** : les caractéristiques doivent être capables de distinguer les sources. Idéalement, elles sont donc partagées par le moins de sources possibles, voire sont uniques à chaque source⁵⁸. Plus les caractéristiques mesurées sur les traces sont rares (ou « discriminantes »), plus le nombre de sources de pollution pouvant en être à l'origine est faible. La deuxième condition que doivent remplir les caractéristiques sélectionnées est la **condition de constance** : elles ne doivent pas varier avec le temps ou, du moins, doivent rester suffisamment stables sur la période d'intérêt⁵⁹. Différents processus environnementaux (p. ex. la dégradation microbienne, la photo-oxydation, l'adsorption sur la matière solide) changent les caractéristiques des traces et des sources. Des caractéristiques peu sensibles à ces processus sont donc privilégiées et les effets de ces processus doivent être connus et pris en compte autant que possible. En fonction de l'instabilité des caractéristiques, cela peut conduire à des caractéristiques mesurées sur les traces qui diffèrent plus ou moins fortement de celles de la source qui les a laissées. Se baser sur des caractéristiques trop instables comporte donc le risque d'exclure la véritable source lors de l'investigation.
- 19.19 Illustrons cela avec les caractéristiques qui peuvent être utilisées pour l'inférence de source de PCBs dans les rivières⁶⁰. La **situation géographique** peut difficilement être partagée par plusieurs sources (unicité) et ne varie pas sur le temps de l'enquête (constance). Cette caractéristique est extrêmement précieuse lors des investigations, car elle permet de rapidement exclure un très grand nombre de sources potentielles. L'unicité de cette caractéristique est toutefois réduite lorsque le point d'entrée des polluants dans l'environnement n'est pas précisément défini (émissions diffuses) ou lorsqu'une grande distance sépare la source de l'endroit où les traces ont été prélevées. En effet, dans ces cas, la probabilité d'avoir plusieurs sources sur une même portion de rivière augmente. Une deuxième caractéristique utilisable pour l'inférence de source est le **profil des PCBs**. De nombreuses molécules de PCBs ont été synthétisées, se distinguant

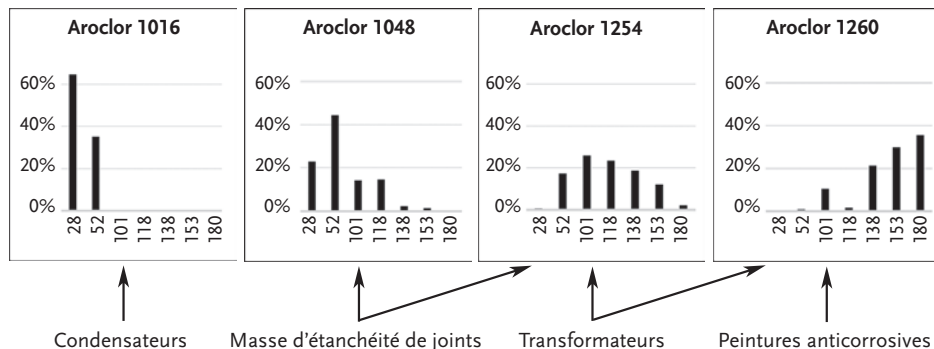
58 KWAN, 25 b.

59 KWAN, 25 c.

60 ESTOPPEY, 96 s.

les unes des autres par le nombre d'atomes de chlore qu'elles possèdent et l'emplacement de ceux-ci sur les molécules. Elles ont été utilisées dans différentes proportions dans les mélanges commerciaux (p. ex. les « Aroclors ») tel qu'illustré dans la Figure 2 pour sept PCBs majoritaires (PCBs 28, 52, 101, 118, 138, 153 et 180). Des mélanges commerciaux différents ont été employés selon la catégorie d'utilisation, les quatre principales en Suisse étant les condensateurs, les masses d'étanchéité de joints, les transformateurs et les peintures anticorrosives⁶¹. Comme plusieurs producteurs existaient et que plusieurs mélanges commerciaux sont souvent présents sur les sites/installations, il est raisonnable de faire l'hypothèse que peu de sources possèdent le même profil de PCBs (unicité sur une rivière donnée). De plus, les phénomènes environnementaux qui ont lieu au niveau des sources (adsorption ou solubilisation préférentielles de certains PCBs) augmentent encore cette unicité. Par contre, ces mêmes phénomènes impactent la stabilité de cette caractéristique (constance), risquant de rendre le profil de la trace différent de celui de la source au fur et à mesure que le temps s'écoule et que la trace s'éloigne géographiquement de sa source. La troisième caractéristique est la **charge de PCBs**, c'est-à-dire la quantité de PCBs rejetée par unité de temps⁶². Elle est particulièrement utile pour déterminer si la quantité de substances chimiques retrouvées dans la rivière est compatible avec le rejet de la source potentielle. Comme nous allons le voir, l'exploitation de cette caractéristique requiert une méthode qui puisse tenir compte des potentielles variations de charges dans le temps.

Figure 2 : Profil des sept principaux polychlorobiphényles (PCBs 28, 52, 101, 118, 138, 153 et 180) dans quatre mélanges commerciaux (« Aroclors ») ; le numéro attribué à chaque PCB tient compte du nombre croissant d'atomes de chlore et de la position de ceux-ci sur la molécule. Indication des mélanges majoritairement employés pour chacune des quatre catégories d'utilisation en Suisse⁶³.



61 GLÜGE *et al.*, 4.

62 La charge ne peut être mesurée que dans le cas où les composés sont rejetés au moment de l'enquête (pollutions chroniques). Pour une pollution aiguë (p. ex. la fuite soudaine d'une cuve à lisier), la caractéristique serait une quantité « finie » de contaminants plutôt qu'une charge.

63 FRAME/COCHRAN/BOWADT, 663 SS; GLÜGE *et al.*, 4.

3. Recourir à des méthodes aussi efficaces et efficientes que possible

- 19.20 Lors d'un cas de pollution, l'investigateur doit reconnaître les traces pertinentes, c'est-à-dire les traces liées à l'activité délictueuse et apportant une information sur cette activité. Lors de l'examen sélectif des traces – sur le terrain puis au laboratoire – il est également guidé par la notion d'utilité, c'est-à-dire la valeur ajoutée que chaque trace peut apporter en termes d'information⁶⁴. Ainsi, sachant que les traces de contaminants pertinentes peuvent se retrouver dans différentes matrices environnementales (p. ex. eau, sédiments, biote) et qu'il existe différentes techniques pour les prélever et les analyser, l'investigateur doit faire des **choix méthodologiques qui favorisent une exploitation efficace et efficiente des traces**. Pour se faire, les méthodes retenues doivent idéalement permettre l'exploitation des traces avec le potentiel informatif le plus grand dans le contexte donné (efficacité) tout en engageant le moins de moyens possible pour y arriver (efficience). Dans certains cas (en particulier pour les pollutions aiguës), le choix peut s'avérer très limité, parce que les traces sont initialement peu nombreuses et/ou en petite quantité et parce que le temps écoulé depuis la perpétration de l'infraction a conduit à la dispersion et la transformation de celles-ci. L'investigateur doit alors faire au mieux avec les traces qu'il peut prélever.
- 19.21 Afin de pouvoir exploiter des traces qui permettent de remonter « efficacement » aux sources de pollution, la méthode doit être capable de mesurer leurs caractéristiques en conservant le maximum de leurs caractères d'unicité et de constance. Les décisions prises à chaque étape (choix de la matrice, de la technique de prélèvement, de la technique analytique, de la façon de traiter les résultats) ont une importance sur l'efficacité finale de la méthode. Il est nécessaire que suffisamment de caractéristiques (rares et stables) puissent être mesurées par la méthode pour qu'elle ait un bon **pouvoir discriminant**, c'est-à-dire une bonne capacité à distinguer les sources. En outre, la mesure de ces caractéristiques nécessite des méthodes qui ont une excellente **sensibilité**, c'est-à-dire une capacité à mesurer des quantités infimes de matière. En effet, comme les substances chimiques peuvent être toxiques à des concentrations extrêmement faibles dans l'environnement, les seuils légaux sont de l'ordre du microgramme par litre, voire du nanogramme par litre⁶⁵. Finalement, pour assurer la **fiabilité** des résultats, il est indispensable que la méthode sélectionnée fournisse des mesures exactes (égales aux valeurs réelles) et précises (répétables d'une mesure à l'autre). Il est nécessaire que la réflexion portant sur l'efficacité de la méthode ne se limite pas aux choix des appareillages analytiques. Choisir de mesurer les PCBs accumulés dans le biote ou les sédiments facilite leur détection. Toutefois, dans ces deux matrices, les caractères d'unicité et de constance des caractéristiques ne sont que peu conservés. En effet, l'exploitation de la caractéristique de la « situation géographique » se confronte à la mobilité du biote

64 BITZER, 20 ss.

65 Ces concentrations équivalent à celles obtenues si un morceau de sucre, voire un grain de sel, est dissous dans le volume d'eau contenu dans une piscine olympique.

et des sédiments, régie par des processus complexes (p. ex. remise en suspension des sédiments ou dévalaison des poissons). De plus, l'accumulation des PCBs dans ces matrices est influencée par différents paramètres (p. ex. âge des organismes ou granulométrie des sédiments) qui rendent très complexe l'exploitation du « profil des PCBs » et de la « charge des PCBs ». Dans les cas de pollutions de la Birse ou de la Venoge par exemple, les traces de PCBs retrouvées dans ces matrices n'ont pas permis de remonter aux sources⁶⁶. C'est en détectant les PCBs dans l'eau que les sources ont pu être identifiées⁶⁷, cette matrice permettant une exploitation plus efficace de ces traces.

Pour permettre une exploitation des traces qui soit « efficace », la méthode se doit d'être applicable avec les moyens qui peuvent raisonnablement être alloués aux cas en question. L'efficacité peut donc dépendre de la gravité du cas, sachant que si la pollution est importante, davantage de moyens seront mis en œuvre pour remonter aux sources. Les méthodes présentant une certaine **simplicité** sont favorisées pour ne pas devoir faire appel à des opérateurs ultraspecialisés. La **rapidité** avec laquelle les résultats sont fournis entre également dans les critères de choix des méthodes puisque ces dernières doivent pouvoir être appliquées en routine. Le faible **coût** est évidemment aussi une qualité essentielle de la méthode. Un **équilibre entre efficacité et efficacité** doit être trouvé dans chaque cas. Prenons l'exemple de pollutions chroniques faisant intervenir des sources dont les émissions sont intermittentes. Il est attendu que les quantités de contaminants dans les eaux fluctuent avec le temps (voir Figure 3). Prélever une portion d'eau à un moment donné pour analyser les traces de contaminants qui s'y trouvent est une méthode qui a peu de chance d'être efficace puisque le risque est grand de ne pas prélever de traces (p. ex. au temps A). Même si le prélèvement peut être réalisé lors d'un épisode de pollution (p. ex. au temps B), certaines caractéristiques telles que la charge de contaminants ne peuvent pas être exploitées de manière fiable puisque la quantité moyenne de contaminants rejetés ne pourra pas être déterminée. L'utilisation de préleveurs automatiques pompant des portions d'eau à une fréquence très élevée permet d'être beaucoup plus efficace puisque les traces seront représentatives de leurs sources. Par contre, l'efficacité est faible, car il s'avère extrêmement cher et compliqué de les déployer à un grand nombre de sites tel que le requièrent des investigations. L'utilisation de capteurs passifs, qui accumulent de façon contrôlée les contaminants dans un polymère pendant plusieurs jours (voire semaines), permet de gagner largement en efficacité, car ils sont peu chers et facilement installables à un grand nombre de sites⁶⁸. Les résultats obtenus avec cette technique de prélèvement ne permettent pas de déterminer quand les pics de pollution ont lieu (contrairement aux résultats obtenus avec les préleveurs automatiques), mais ils fournissent une valeur moyenne de la quantité de contaminants sur la période d'intérêt qui est utile pour investiguer efficacement les sources de pollution chronique. De plus, cette technique permet d'améliorer la sensibi-

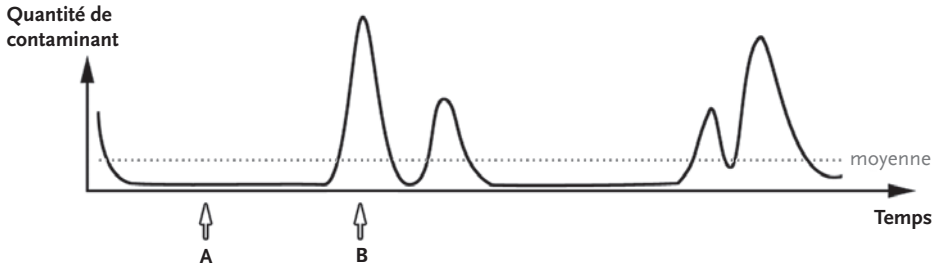
66 SCHMID *et al.*, 39; ZENNEGG/VERMEIRSEN/SCHMID, 46 s. et annexes, 42.

67 ESTOPPEY *et al.*, LDPE, 274 s.; ZENNEGG/VERMEIRSEN/SCHMID, 46 et annexes, 34 ss.

68 ESTOPPEY *et al.*, Norman, 9.

lité de la méthode grâce à l'accumulation des substances chimiques dans le capteur. Pour cette raison, elle a été utilisée plusieurs fois en Suisse pour remonter aux sources de pollutions⁶⁹.

Figure 3 : Variation de la quantité de contaminants présente dans un cours d'eau en fonction du temps. Des prélèvements aux temps «A» et «B» donnent respectivement lieu à une sous-estimation et une surestimation de la concentration moyenne.



4. Evaluer les résultats en caractérisant autant que possible les incertitudes

- 19.23 La réduction du nombre de sources potentielles d'une pollution dépend des circonstances du cas, des éléments d'enquête et des choix méthodologiques concernant l'exploitation des traces. Fréquemment, les auteurs reconnaissent les faits lorsque les traces de leurs forfaits (et d'autres éléments d'enquête) leurs sont présentés, évitant ainsi que le dossier soit jugé au tribunal. Lorsque ce n'est pas le cas et que l'existence des traces peut être attribuée à une source avec une confiance suffisamment stabilisée, l'expert peut être appelé à présenter une évaluation de ses résultats au tribunal. Un lien entre une trace et une source étant toujours entaché d'une incertitude (puisque résultant d'une inférence), il est nécessaire de systématiquement considérer qu'une autre cause peut être à l'origine de la trace. Pour évaluer l'incertitude (la probabilité P) des causes supposées être à l'origine des caractéristiques observées (E), un **canevas universel s'appuyant sur le théorème de Bayes** est proposé par une communauté d'experts qui fait référence aujourd'hui⁷⁰. Il permet de rationaliser le raisonnement et de minimiser les risques de biais produits par les raisonnements intuitifs⁷¹. À la connaissance de l'auteur, cette approche reste encore très peu exploitée dans le domaine environnemental et représente une piste de recherche à développer. L'utilisation de ce modèle interprétatif impose de se placer dans la situation où la pollution est uniquement explicable par deux versions : une première proposée par le procureur (H_p : la source X est à l'origine de la pollution) et une version alternative proposée par la défense (H_d : une autre source que X est à l'origine de la pollution)⁷². La description mathématique de

69 ESTOPPEY, 278; ESTOPPEY *et al.*, LDPE, 274 s.; ZENNEGG/VERMEIRSEN/SCHMID, 46 s.

70 AITKEN *et al.*, 1 s.; ROBERTSON/VIGNAUX/BERGER, 9 ss; TARONI *et al.*, 10 s., 41 ss.

71 RIBAUX, 37.

72 COOK *et al.*, 153.

cette approche est donnée dans la Figure 4. Elle permet de distinguer le rôle de l'expert de celui du tribunal.

Figure 4 : Canevas bayésien utilisé pour évaluer la probabilité (P) des causes (H) supposées être à l'origine des effets observés (E).

A priori du tribunal	Evaluation de l'expert	A posteriori du tribunal
$\frac{P(H_p/I)}{P(H_d/I)}$	$\frac{P(E/H_p,I)}{P(E/H_d,I)}$	$\frac{P(H_p/E,I)}{P(H_d/E,I)}$
*	=	
Confiance accordée aux versions du procureur (Hp) et de la défense (Hd) avant la présentation de l'évaluation de l'expert (sur la base des circonstances I)	Rapport de vraisemblance : Evaluation des effets (traces) en fonction des versions du procureur (Hp) et de la défense (Hd) (en prenant en compte les circonstances I)	Nouvelle confiance accordée aux versions du procureur (Hp) et de la défense (Hd) après avoir intégré l'avis de l'expert à l'a priori (conditionnée par les circonstances I)

Le rôle de l'**expert** est d'évaluer la probabilité de faire les observations E sous chacune des versions Hp et Hd. Pour ce faire, il détermine ce qui est appelé un **rapport de vraisemblance** (deuxième terme dans la Figure 4). Les **effets observés (E)** correspondent aux caractéristiques observées et/ou mesurées sur les traces (p. ex. les traces de PCBs dans la rivière) et sur la source non exclue (p. ex. les eaux d'un bassin de décantation d'une entreprise de traitement de ferraille). Comme cette source potentielle n'a pas été exclue lors du travail investigatif, plusieurs **concordances** ont nécessairement été mises en évidence entre ses caractéristiques et celles de la trace. Par exemple, (i) l'endroit à partir duquel les traces de PCBs sont détectées dans la rivière correspond à l'aval du rejet des eaux du bassin de décantation (situation géographique)⁷³, (ii) le profil mis en évidence dans la rivière concorde avec celui retrouvé dans les eaux du bassin de décantation, (iii) l'augmentation de charge de PCBs mise en évidence dans la rivière correspond à la charge rejetée par le bassin de décantation. De **potentielles discordances** peuvent aussi avoir été remarquées pendant l'investigation, mais comme elles peuvent être expliquées (p. ex. par des processus environnementaux), elles n'ont pas conduit à l'exclusion de la source. Elles doivent également être prises en compte lors de l'évaluation. Dans un premier temps, l'expert estime la probabilité d'obtenir les résultats (concordances et potentielles discordances) si Hp est vrai (« la source X est à l'origine de la pollution ») ; c'est le **numérateur du rapport de vraisemblance** (P(E/Hp,I)). Cette probabilité est sou-

73 En pratique, il y a toujours un bruit de fond dans la rivière. C'est une augmentation de la quantité de PCBs dans la rivière (et non la simple présence) qui permet d'exploiter cette caractéristique.

vent élevée (proche de 1) puisque les résultats en question ont contribué à remonter à la source traitée dans la proposition Hp. La probabilité peut toutefois diminuer en fonction de légères discordances observées. Dans un second temps, l'expert évalue les mêmes résultats E sous l'hypothèse que Hd est vrai («une autre source que X est à l'origine de la pollution»); c'est le **dénominateur du rapport de vraisemblance** ($P(E/Hd,I)$). La probabilité dépend de la rareté des caractéristiques (E) dans la population de sources de pollution (pertinentes dans le contexte donné). Pour estimer ces probabilités (tant au niveau du numérateur que du dénominateur), l'expert a également besoin de données sur la faculté des traces à être transférées d'une source à un milieu environnemental ainsi que de données sur la persistance des traces dans le milieu en question. Ces diverses données sont rarement disponibles en tant que telles puisqu'elles dépendent des circonstances du cas. L'expert doit donc se documenter, recourir aux connaissances acquises lors de précédents cas similaires et parfois même réaliser des expérimentations spécifiques. Comme la quantité de données nécessaires à l'interprétation dépend de la façon dont le type de sources (causes) a été définie dans les versions Hp et Hd, il est fondamental que ce travail ait été réalisé tôt dans le processus pour éviter de complexifier inutilement les calculs et leur présentation aux juges.

- 19.25 Dans l'approche bayésienne, le **juge** combine l'évaluation de l'expert à son évaluation *a priori*, c'est-à-dire à la confiance initiale qu'il a en la vérité des versions Hp et Hd (premier terme dans la Figure 4). Il obtient ainsi une probabilité *a posteriori* qui correspond à la nouvelle confiance qu'il accorde à ces deux versions après que l'expert a présenté son évaluation (troisième terme dans la Figure 4). Il lui appartiendra ensuite de décider si cette nouvelle confiance accordée à ces deux versions est suffisamment stabilisée pour prononcer un jugement.
- 19.26 Bien que l'utilisation d'un tel canevas permette de rationaliser le raisonnement, plusieurs controverses existent encore quant à l'estimation de certaines probabilités par l'expert et quant à l'acceptabilité des raisonnements probabilistes par le tribunal⁷⁴. Intégrer systématiquement une telle démarche nécessitera donc encore du temps. Se focaliser sur le canevas bayésien comporte également le risque de réduire le rôle de l'expert à la mise en œuvre d'une inférence relative à la partie « déductive » du cycle hypothéico-déductif (deux hypothèses sont considérées comme vraies et il lui est demandé d'en évaluer les conséquences sur les observations). La recherche des explications n'étant pas tolérée par le rapport de vraisemblance, c'est tout un potentiel de la trace qui n'est pas exploité, plaçant la science forensique dans une position très en retrait par rapport à l'ensemble des raisonnements auxquels elle peut contribuer⁷⁵.

74 RIBAUX, 45 ss.

75 BAECHLER *et al.*, 4.

III. Traces de contaminants comme éléments de base à la résolution de problèmes de pollution

1. Au-delà du cas par cas

L'objectif d'un processus global de résolution de problèmes – contrairement à celui d'une procédure judiciaire – n'est pas la reconstruction d'un événement en particulier. Ainsi, les traces générées par les activités litigieuses ne sont pas traitées au cas par cas, mais le potentiel informatif qu'elles véhiculent est exploité dans une **approche phénoménologique**. Les caractéristiques des traces sont comparées afin de mettre en évidence des similarités (p. ex. la proportion de certains contaminants, leur quantité ou la fluctuation de celle-ci en fonction du temps). En raisonnant par analogie, ces similarités permettent de faire l'hypothèse d'une **relation entre les causes des traces**. Cette inférence ne doit pas se limiter à celle d'une « même source » ou d'une « même activité ». En effet, des mises en relation entre « même type de sources » ou « même type d'activités » peuvent s'avérer extrêmement intéressantes pour regrouper les cas par types de problèmes (p. ex. des similarités dans les quantités, les profils ou les fluctuations de contaminants sont mises en évidence lorsqu'un certain type d'activités est exercé dans les bassins versants des rivières). Des généralités peuvent ensuite en être extraites et permettent d'obtenir une meilleure vue d'ensemble du problème, de son ampleur, de ses mécanismes et de ses évolutions. Ces connaissances peuvent **appuyer les prises de décision à différents niveaux**, en soutenant, au niveau le plus général, le développement de politiques publiques ou en renseignant des acteurs tels que des législateurs ou des responsables stratégiques (p. ex. des commandants de police). D'un point de vue plus opérationnel, les connaissances serviront à la résolution de problèmes particuliers qui perdurent ou donnera l'appui nécessaire à des enquêteurs⁷⁶. Ces différents niveaux s'alimentent mutuellement. Par exemple, chacune des pollutions détectées fait l'objet d'une investigation particulière. Ces investigations a priori séparées peuvent révéler des similitudes qui aident à la détection et à l'analyse d'un problème plus vaste. Cette nouvelle connaissance peut en retour restructurer et réorienter les enquêtes ou conduire à la mise en œuvre d'autres mesures. En période d'orage, des services cantonaux mettent en évidence des pollutions récurrentes de l'eau potable. Les traces de contaminants (biologiques) laissent apparaître qu'il s'agit très probablement de lisier ou d'eaux usées. Comme une grande partie du réseau est alimenté par les eaux souterraines en milieu karstique (aquifères à faible pouvoir filtrant), l'hypothèse est émise que les pollutions qui ont lieu sur la surface du bassin d'alimentation (p. ex. fuite de cuve ou épandage de lisier) se déplacent très rapidement à travers la nappe. Les zones de protection autour des puits de pompage ne seraient donc pas appropriées. Différentes expérimentations sont réalisées pour vérifier cette hypothèse. La connaissance de ce problème peut par exemple conduire à une modification de la législation lors de laquelle les zones de pro-

76 RIBAUX, 239.

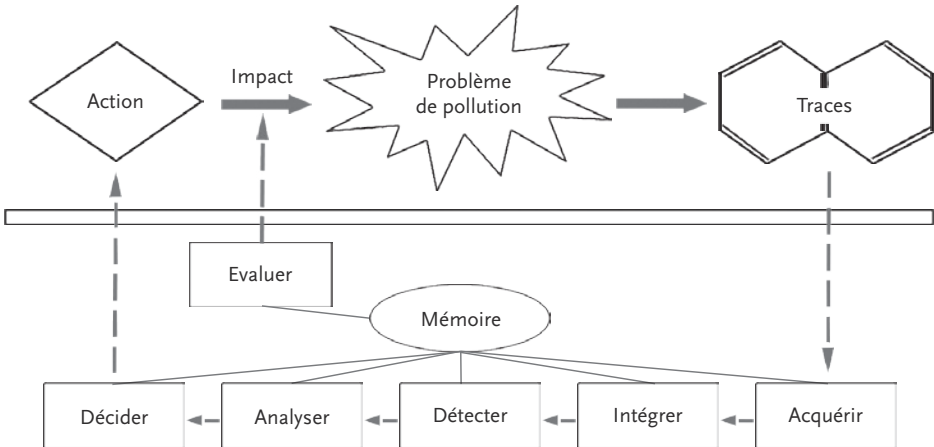
tection sont redéfinies pour qu'elles prennent mieux en compte les caractéristiques hydrogéologiques de l'aquifère⁷⁷.

- 19.28 La mise en œuvre d'un tel système de gestion des connaissances et d'analyse de problèmes se heurte toutefois à plusieurs difficultés. Les liens entre les cas peuvent parfois être réalisés de façon relativement intuitive par les acteurs concernés par un problème et rester confinés dans des silos organisationnels. Le traitement des différents cas de pollution étant souvent fragmenté entre plusieurs intervenants (p. ex. polices de la protection des eaux, gardes-pêche, laboratoires cantonaux), les données sont présentes sous différentes formes et sont souvent insuffisamment centralisées. Ceci peut grandement limiter la possibilité d'établir des liens entre les traces. Pour exploiter pleinement le potentiel des traces dans la résolution de problèmes de pollution, la mise en place d'une approche systématique et coordonnée est indispensable.

2. Recourir à une approche systématique et coordonnée

- 19.29 Afin que la trace puisse aider au mieux à détecter, comprendre et surveiller toute une variété de formes de pollutions, elle devrait être intégrée dans un processus systématique de résolution de problème. Le recours à un système de « veille opérationnelle » (voir Figure 5) qui implique un certain nombre d'étapes clés – alimentées et alimentant une « mémoire » – est particulièrement approprié⁷⁸.

Figure 5 : Processus itératif de la « veille opérationnelle ». Adapté de Ribaux⁷⁹.



77 OFEV, OÉaux 2014, 6 ss.

78 GROSSRIEDER/RIBAU, 84 ss; ROSSY *et al.*, 137 ss.

79 RIBAU, 296.

Les étapes de ce processus itératif sont décrites ci-dessous. Leur mise en application est illustrée avec le problème de la pollution du lac Léman par les PCBs, une veille des cours d'eau du bassin lémanique ayant été initiée en 2018⁸⁰ :

- **Acquérir** : Au moment de mettre en œuvre la veille opérationnelle, des données concernant le problème général sont disponibles (p. ex. résultats des analyses de PCBs réalisées par les laboratoires cantonaux). En se basant sur la compréhension (même partielle) du problème général à ce stade, de nouvelles traces pouvant y apporter un élément explicatif sont recherchées. Pour les PCBs, il a été choisi de réaliser l'acquisition avec une méthode basée sur l'échantillonnage passif (voir N 19.22). Cette méthode peut, en effet, être appliquée de façon systématique à large échelle (cours d'eau de l'ensemble du bassin lémanique) tout en restant suffisamment efficace et efficiente pour acquérir des traces qui soient comparables entre elles⁸¹. Le processus de la veille étant itératif, l'acquisition peut être adaptée en fonction des hypothèses à vérifier ensuite.
- **Intégrer** : Au fur et à mesure que de nouvelles données (traces) sont acquises, celles-ci sont intégrées dans une mémoire structurée (p. ex. une banque de données). Leurs caractéristiques sont comparées, des classifications sont réalisées, des liens sont établis. Idéalement cela se fait de façon automatisée. Les profils de PCBs peuvent être classés en fonction du degré de chloration (p. ex. « faiblement » vs « fortement » chlorés). Des classifications peuvent être réalisées sur la base des valeurs de concentration (p. ex. « en dessous » vs « en dessus » de valeurs seuils) ou de leur variation dans le temps (p. ex. « peu » vs « beaucoup » de fluctuations). Les situations géographiques peuvent être classées en fonction de l'« industrialisation » de la zone (p. ex. catégories basées sur le nombre de sites industriels et/ou pollués). Certaines caractéristiques peuvent être ajoutées au fur et à mesure des itérations, d'autres peuvent être retirées.
- **Détecter** : Des points de ressemblance entre événements sont recherchés en s'appuyant souvent sur des outils de visualisation ou d'analyse géospatiale. Des similarités et répétitions dans les situations (*patterns*) sont détectées et traitées en « sous-problèmes »⁸². Les rivières présentant les plus grandes concentrations de PCBs (c'est-à-dire les plus grandes quantités de PCBs par volume d'eau) traversent des zones fortement industrialisées et ont souvent un profil riche en congénères faiblement chlorés, cela particulièrement quand les précipitations sont importantes (sous-problème 1). Les cours d'eau présentant les plus grandes charges de PCBs (c'est-à-dire les plus grandes quantités de PCBs par unité de temps) sont à régime glaciaire et le profil est riche en PCBs fortement chlorés (sous-problème 2).

80 ESTOPPEY *et al.*, CIPEL, 218 ss; PFEIFFER/MEDEIROS BOZIC/ESTOPPEY, 158 ss.

81 LOHMANN *et al.*, 1061.

82 RIBAUX, 296.

- **Analyser** : Les sous-problèmes détectés sont analysés pour essayer de les expliquer. Pour émettre des hypothèses crédibles sur les causes, des connaissances du domaine en question sont nécessaires, des sources doivent être consultées, des recherches doivent être effectuées. Pour expliquer le sous-problème 1 mis en évidence dans le cas des PCBs, l'hypothèse peut être faite que ces composés proviennent en grande partie des entreprises ayant affaire au traitement d'anciens condensateurs. Ces derniers possèdent en effet des huiles de PCBs avec un profil riche en congénères faiblement chlorés (voir Figure 2). Or, d'après la littérature, il peut arriver qu'en Suisse les petits condensateurs (compacts) ne soient pas démantelés de certaines structures métalliques avant que ces dernières soient broyées par des entreprises traitant la ferraille⁸³. Les PCBs seraient alors lessivés par les eaux de pluie et finiraient dans les cours d'eau via les exutoires d'eaux claires. Pour le sous-problème 2, l'hypothèse peut être faite que les PCBs proviennent des peintures anticorrosives de conduites forcées d'installation hydroélectriques. En effet, les vernis au caoutchouc chloré utilisés entre les années 1950 et 1974 (revêtements intérieurs des conduites) contient des PCBs avec un profil riche en congénères fortement chlorés (voir Figure 2). Ces composés peuvent être relâchés par abrasion mécanique⁸⁴, rejoignant ainsi les cours d'eau qui accueillent les eaux turbinées
- **Décider** : Les interprétations faites lors de l'analyse font apparaître de potentielles actions pour réduire les sous-problèmes, et donc pour réduire une partie du problème général. Les connaissances acquises doivent pouvoir être exposées de façon claire à un public d'horizons divers (police, politiciens, juristes, etc.). Elles guident le décideur dans le choix du type d'actions à entreprendre. Dans le cas des affluents du Léman, les connaissances générées par les traces permettent aux autorités cantonales de prioriser les cours d'eau où des investigations sont réalisées : agir sur les cours d'eau présentant les plus grandes concentrations de PCBs permet de diminuer les risques les plus importants que représentent ces composés pour les organismes, agir sur les cours d'eau présentant les plus grandes charges permet de réduire la quantité de composés arrivant au Léman et donc d'améliorer la qualité des eaux du lac. Sur la base de l'art. 6 et l'annexe 3.2 de la OEaux, les autorités cantonales peuvent exiger des entreprises de traitement de déchets métalliques qu'elles prennent « les mesures qui s'imposent selon l'état de la technique pour éviter de polluer les eaux » (p.ex. couvrir les déchets traités pour éviter que les PCBs soient emportés par les eaux de pluie). D'entente avec les entreprises hydroélectriques, des stratégies pour renouveler les conduites peuvent être discutées. Selon l'importance du problème en Suisse, il pourrait aussi être envisagé que la législation étende l'interdiction d'utilisation de condensateurs et transformateurs (annexe 2.14 ch. 2 al. 2 ORRChim) à d'autres matériaux contenant de hautes teneurs en PCBs.

83 KUHN/ARNET, 4.

84 STOLZ, 47.

- **Evaluer** : Grâce aux données acquises de façon systématique, l'efficacité des actions peut être évaluée. Les actions peuvent ensuite être adaptées si nécessaire. Dans le cas des PCBs, une forte diminution des concentrations et des charges dans l'environnement serait une bonne indication que les actions au niveau de sources ponctuelles et/ou les adaptations de dispositions du droit ont réduit le problème de PCBs dans le bassin lémanique.

IV. Conclusion

Lorsqu'une pollution des milieux environnementaux est constatée, il est indispensable 19.31 qu'une investigation soit rapidement menée. Les traces laissées par l'infraction doivent être repérées, préservées et exploitées, non pas machinalement, mais en centrant l'ensemble de la démarche sur la résolution du cas en question. C'est, en effet, en ayant connaissance de l'ensemble du contexte que le potentiel informatif des traces peut être pleinement exploité pour remonter aux causes les plus probables de la pollution. C'est également en s'appuyant sur les circonstances du cas que l'expert peut fournir une évaluation robuste de ses résultats lorsque l'affaire va au tribunal. Le recours à un modèle bayésien aide l'expert à fournir une évaluation où l'incertitude est prise en compte. Le juge peut s'appuyer sur cet élément de preuve, parmi d'autres, pour prendre sa décision (jugement) et **sanctionner le pollueur**. Les traces de contaminants ont donc un rôle clé à jouer dans ce processus probatoire. Toutefois, le potentiel informatif des traces serait sous-exploité si l'usage se limitait à servir la justice. En les intégrant dans un processus global de résolution de problèmes, elles peuvent permettre de mettre évidence des similarités entre les cas, d'en expliquer les causes communes et ainsi de mieux comprendre les problèmes de pollution. En se basant sur ces connaissances, les décideurs peuvent opter pour des réponses plus efficaces aux nouveaux cas de pollution, mais – et c'est là que réside le plus grand espoir – ils peuvent aussi opter pour des actions qui permettent de **prévenir de nouveaux cas de pollution**, entre autres, à travers une modification de la législation. Les connaissances générées à partir des traces ont donc beaucoup à apporter au droit (pénal) de l'environnement.

§ 20 L'article 53 du Code pénal : vers un principe du « pollueur-réparateur » ?

Alexandre Guisan et Jonathan Rutschmann*

Table des matières

I.	Introduction	642
II.	Article 53 du Code pénal	642
1.	La norme et son fondement	642
2.	Conditions d'application	644
a)	Peine encourue	645
b)	Intérêt public peu important	646
c)	Intérêt privé peu important	647
d)	Aveux	647
e)	Réparation du dommage	648
III.	Article 53 CP à l'épreuve du droit pénal de l'environnement	649
1.	Peine encourue	649
a)	Infractions et leur peine	649
b)	Autorités compétentes	650
2.	Intérêt privé peu important	651
3.	Intérêt public peu important	652
4.	Aveux	653
5.	Réparation du dommage	654
a)	Quelques mots sur la notion de dommage environnemental et sa réparation	654
b)	Fondements juridiques de la réparation	655
c)	Modalités de la réparation	657
d)	Conséquences sur l'art. 53 CP : une possibilité, quelques difficultés	660
IV.	Conclusion	662

Bibliographie

ACKERMANN JÜRIG-BEAT/EGLI SAMUEL, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, Rechtsgüter – Normkonzepte – Sanktionen, in Ackermann/Hilf (éd.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2017, 9 ss; ACKERMANN JÜRIG-BEAT/WEILENMANN RETO, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – «Freikauf» oder Anreiz zum Fehlermanagement? in Ackermann/Hilf (éd.), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, Zurich 2019, 29 ss; ANGST RAINER/MAURER HANS, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, forumpoenale 1/5 (2008), 301 ss (Teil 1) et 1/6 (2008), 373 ss (Teil 2) (cité: ANGST/MAURER, Teil 1, Teil 2); BARY MARION, L'action en réparation, Rapport français, in Jourdain (éd.), La responsabilité environnementale, Bruxelles 2018, 267 ss; BAUMGARTNER ANITA, Note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_278/2012 du 16 août 2012, forumpoenale 6/1 (2013), 4 ss; BOMMER FELIX, Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), forumpoenale 1/3 (2008), 171 ss; CHAPPUIS BENOÎT, Le dommage environnemental: un état des lieux, in Sifonios

* Alexandre Guisan est titulaire du brevet d'avocat, greffier-juriste auprès de la Cour de justice à Genève et doctorant auprès du Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne. Jonathan Rutschmann est avocat à Lausanne et chargé de cours à l'Université de Lausanne. Les auteurs n'expriment ici que leur opinion personnelle.

(éd.), *Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, CEDIDAC Nr. 83, Lausanne 2009, 1 ss; CORNU PIERRE, *Exemption de peine et classement – absence d'intérêt à punir, réparation et atteinte subie par l'auteur du fait de son acte* (art. 52–54 CP), RPS 2009, 393 ss; DONGOIS NATHALIE/BICHOVSKY AUDE, *Aspects pénaux de la protection de l'environnement, in Sifonios (éd.), Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, CEDIDAC Nr. 83, Lausanne 2009, 63 ss; DUPONT ANNE-SYLIVIE, *Le dommage écologique : le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, thèse, Genève 2005; FAVRE ANNE-CHRISTINE, *Cent ans de droit administratif : de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux*, RDS 130 (2011), 227 ss; FOUCHARD ISABELLE/NEYRET LAURENT, *35 proposition pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement*, in Neyret (éd.), *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015, 303 ss; GÄHWILER FABIAN, Art. 15 BGF, in Fischer/Luterbacher (éd.), *Haftpflichtkommentar*, Zurich/Saint-Gall 2016, 2032 ss; GARBARSKI ANDREW M./RUTSCHMANN JONATHAN, *La réparation selon l'article 53 du Code pénal: justice de cabine ou disposition providentielle?*, RPS 134 (2016), 171 ss; GRIMONPREZ BENOÎT, *La réparation du dommage, Rapport de synthèse*, in Jourdain (éd.), *La responsabilité environnementale*, Bruxelles 2018, 345 ss; GRODECKI STÉPHANE, Art. 59 LPE, in Moor/Flückiger/Favre (éd.), *Loi sur la protection de l'environnement (LPE)*, Berne 2013; HAY JULIEN, *La réparation du dommage, Rapport économiste : éléments d'évaluation monétaire des dommages à l'environnement*, in Jourdain (éd.), *La responsabilité environnementale*, Bruxelles 2018, 395 ss; HILF MARIANNE JOHANNA, *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte*, in Ackermann/Hilf (éd.), *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht : 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich 2017, 89 ss; HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, *Expertise « Droit pénal de l'environnement », sur mandat de l'OFEV*, Berne 2016; JOSITSCH DANIEL, *Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGB^{neu} und prozessrechtliche Umsetzung*, RSJ 100 (2004), 1 ss; JOSITSCH DANIEL/EGE GIAN/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, *Strafrecht II : Strafen und Massnahmen*, Zurich 2018; KELLER PETER M./ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/FAHRLÄNDER KARL LUDWIG (éd.), *Kommentar NHG/Commentaire LPN*, 2^e éd., Zurich 2019 (cité : Comm. LPN-AUTEUR·E, art. 1 N 1); KRACHT MICHAEL, *Gewinnabschöpfung und Wiedergutmachung bei Umweltdelikten*, wistra 9 (2000), 326 ss; KRAYENBÜHL GUY, *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht aus staatsanwaltschaftlicher Sicht*, in Ackermann/Hilf (éd.), *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich 2017, 157 ss; LARGÉY THIERRY, *Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage*, RDAF 2014 I, 535 ss; MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111-392 CP*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR·E, art. 1 N 1); MACALUSO ALAIN, *L'application de l'art. 53 CP par le ministère public et sa portée transnationale*, in Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (éd.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zurich 2017, 121 ss; MAEDER STEFAN, *Anklageaufschub für Unternehmen ?* in Perrin *et al.* (éd.), *Droit pénal et criminologie, Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Bâle 2020, 361 ss; METTLER CHRISTOPH/MOSER NICOLA/STARKE PATRICK, *Umwelthaftung und Versicherung von Umweltrisiken*, HAVE 2016, 401 ss; MORIN ARIANE, *Le fait générateur et les fondements de la responsabilité, Rapport suisse*, in Jourdain (éd.), *La responsabilité environnementale*, Bruxelles 2018, 141 ss; NEYRET LAURENT *et al.*, *Proposition de nomenclature des préjudices liés au dommage environnemental*, in Neyret/Martin (éd.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris 2012, 13 ss (cité : NEYRET *et al.*, *Nomenclature*); NEYRET LAURENT *et al.*, *Des écocrimes à l'écocide : Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015 (cité : NEYRET *et al.*, *Ecocrimes*); NEYRET LAURENT *et al.*, *La réparation du préjudice écologique en pratique*, Association des Professionnels du Contentieux Économique et Financier (APCEF), *Rapport de la Commission « préjudice écologique »*, 2016 (cité : NEYRET *et al.*, *Réparation*); NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR·E, art. 1 N 1); NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, et Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz*, Bâle 2019 (cité : BSK StGB I/II-AUTEUR·E, art. 1 N 1); OBERHOLZER NIKLAUS, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, Berne 2020; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN) (éd.), *Bewertung von Schutz-, Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen bei Wasserkraftanlagen*, Berne 2008 (auteur·e·s : OTT WALDER/BADE STEPHANIE/HÜRLIMANN JOACHIM/LEIMBACHER JÖRG)

(cité : OFEN, *Bewertung*) ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (éd.), *Reconstitution et remplacement en protection de la nature et du paysage*, Guides de l'environnement, n°11, Berne 2002 (auteurs : KÄGI BRUNO/STALDER ANDREAS/THOMMEN MARKUS) (cité : OFEV, *Reconstitution*) ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (éd.), *Magazine l'environnement* 1/2018, *Lutter contre l'éco-criminalité*, Berne 2017 (cité : OFEV, *Eco-criminalité*) ; PARANCE BÉATRICE, *La réparation des préjudices liés au dommage environnemental*, in Neyret/Martin (éd.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris 2012, 287 ss ; PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, *Règlement consensuel des différends en droit pénal*, RDS 139 (2020) II, 97 ss ; PERRIER JEAN-BAPTISTE, *Le regard français sur la transaction environnementale*, *Énergie-Environnement-Infrastructure*, 2016, dossier 20 ; PETITPIERRE ANNE, *Portée et limite du droit pénal dans la protection de l'environnement*, RPS 101 (1984), 280 ss (cité : PETITPIERRE A.) ; PETITPIERRE DANIEL, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschädigungen nach schweizerischem Recht*, thèse, Bâle, 1993 (cité : PETITPIERRE D.) ; PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, *La responsabilité du pollueur : révision de la LPE et droit souhaitable*, SJ 1996 II, 17 ss ; PFLAUM SONJA, *Revision der Wiedergutmachungsnorm (Art. 53 StGB)*, PJA 2020, 413 ss ; PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, *Procédure pénale suisse*, Manuel, Zurich 2011 ; PREVITALI ADRIANO, *Pour une refonte du droit pénal de l'environnement*, in Perrin *et al.* (éd.), *Droit pénal et criminologie*, Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Bâle 2020, 123 ss ; SIDI-ALI KARIN, *La protection des biotopes en droit suisse*, thèse, Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2008 ; SCHULTZ HANS, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches « Einführung und Anwendung des Gesetzes » des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berne 1987 ; STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen*, Berne 2020 ; VIGNON-BARRAULT ALINE, *Les préjudices écologiques*, Rapport de synthèse, in Jourdain (éd.), *La responsabilité environnementale*, Bruxelles 2018, 161 ss ; VILLARD KATIA/BERTOSSA YVES, *La Suisse, l'OCDE et la corruption : enjeux actuels au regard de révisions législatives récentes*, SJ 2020 II, 155 ss ; WALDZUS DAGMAR, *Zur Sanktionsproblematik im Umweltstrafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Wiedergutmachungsgedankens*, thèse, Hambourg/Francfort 1997 ; WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, Berne 2017 ; WESSNER PIERRE, *Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée*, Rapport suisse, in Viney/Dubuisson (éd.), *Responsabilités environnementales dans l'espace européen : point de vue franco-belge*, Bruxelles 2006, 779 ss ; WINIGER BÉNÉDICT, *Les préjudices écologiques*, Rapport suisse, in Jourdain (éd.), *La responsabilité environnementale*, Bruxelles 2018, 219 ss ; ZEHR H., *Changing lenses: A new focus for crime and justice*, Scottsdale 1990 ; ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Pollueur-payeur, perturbateur, détenteur et responsable*, Concepts liés au principe de causalité et tentative de systématisation, DC 1999, 123 ss.

Travaux préparatoires

Initiative parlementaire « Modifier l'article 53 CP », Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 13 octobre 2016 (objet n°10.519), FF 2018 3881 ss (cité : Initiative parlementaire « Modifier l'article 53 CP ») ; Initiative parlementaire « Flexibilisation de la politique forestière en matière de surface », du 3 février 2011, rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil des Etats, FF 2011 4085 ss (cité : Initiative parlementaire « Flexibilisation ») ; Message relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 31 octobre 1979, FF 1979 III 741 ss (cité : Message LPE, FF 1979 III 741) ; Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 1787 ; Message relatif à la modification de la loi sur le génie génétique (Prolongation du moratoire sur l'utilisation d'OGM dans l'agriculture), FF 2009 4887 ss (cité : Message LGG, FF 2009 4887).

I. Introduction

- 20.1 Le Code pénal suisse abrite une disposition qui ne cesse de faire parler d'elle : l'art. 53 CP¹. Selon cette dernière, en réparant le dommage qu'il a causé, l'auteur d'une infraction peut, sous certaines conditions, échapper à une sanction.
- 20.2 Dans le cadre du présent ouvrage, les auteurs se sont intéressés à son usage dans le domaine du droit pénal de l'environnement. La contribution commence ainsi par dresser le portrait de l'art. 53 CP, notamment sa *ratio legis* (N 20.4 ss) et ses conditions d'application (N 20.14 ss). Dans un second temps, les conditions de la norme sont reprises et confrontées au droit pénal de l'environnement (N 20.36 ss). Disons-le d'entrée, ce n'est clairement pas dans ce contexte que la disposition a été pensée à l'origine. On verra cependant que, non sans certains écueils, il est imaginable de voir des poursuites pénales abandonnées, car l'auteur aura réparé le dommage (écologique) qu'il aura causé.
- 20.3 Mais alors comment procéder pour l'auteur qui souhaite réparer ? Devant quelle autorité : l'autorité pénale, l'autorité administrative, les deux ? Que signifie « réparer » dans ce domaine ? Comment réparer et selon quelles modalités ? La présente contribution tâche de répondre à ces questions afin de savoir *in fine* si, au-delà du principe du « pollueur-payeur », qui imprègne l'ensemble du droit de l'environnement, l'art. 53 CP est apte à mettre en œuvre un principe du « pollueur-réparateur » en matière de criminalité environnementale.

II. Article 53 du Code pénal

1. La norme et son fondement

- 20.4 On ne saurait discuter de l'art. 53 CP sans, au préalable, dire deux mots du principe d'opportunité – ou de l'opportunité – des poursuites.
- 20.5 Traditionnellement, on oppose deux modèles de poursuite pénale : le modèle « légaliste » et le modèle « opportuniste »². Le premier se définit comme l'obligation, pour les autorités pénales, de poursuivre l'auteur d'une infraction pénale, peu importe les circonstances³. La poursuite pénale est alors enclenchée avec un certain automatisme⁴, pour ne pas dire un schématisme pur : soupçon d'infraction = poursuite pénale. Le second modèle, quant à lui, laisse aux autorités une certaine marge d'appréciation⁵. Ainsi, dans certains cas, bien qu'une infraction pénale semble avoir été commise, on pourra, respectivement devra, renoncer à la poursuivre.

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0).

2 Voir déjà GARBARSKI/RUTSCHMANN, 171 ss.

3 PIQUEREZ/MACALUSO, N 514.

4 BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, art. 7 N 2.

5 OBERHOLZER, N 787 ss.

Le législateur helvétique a choisi la légalité comme principe (art. 7 CPP⁶) et l'opportunité comme exception (art. 8 CPP). Les autorités pénales sont, en règle générale, obligées de poursuivre l'auteur présumé d'une infraction, mais y renonceront « notamment lorsque les conditions visées aux art. 52, 53 et 54 CP sont remplies » (art. 8 al. 1 CPP). 20.6

Au premier abord, l'emplacement systématique des art. 52 ss CP peut être surprenant. Il s'explique notamment par le fait que le législateur fédéral, avant même l'unification de la procédure pénale, avait souhaité régler la question. Le but était alors d'harmoniser des pratiques cantonales par trop divergentes, mais aussi, et peut-être surtout de remédier à la surcharge chronique des autorités pénales⁷. On peut aisément comprendre qu'un système dans lequel les autorités pénales sont forcées d'instruire le moindre fait pénalement relevant sans aucun tri est sujet à son engorgement. C'est ainsi que furent introduites, dans le Code pénal, trois normes concrétisant le **principe d'opportunité des poursuites** : les art. 52, 53 et 54⁸. Elles furent placées dans le chapitre relatif aux peines et concernent trois cas dans lesquels les autorités pénales renoncent à poursuivre, à renvoyer le prévenu en jugement ou à le punir. 20.7

Si l'opportunité des poursuites poursuit l'objectif de désengorger les tribunaux, d'autres finalités peuvent être attachées plus spécifiquement à l'art. 53 CP. L'idée déclarée par le Conseil fédéral était de favoriser la « réparation du tort » que l'auteur a causé par son acte⁹. La réparation responsabiliserait l'auteur, améliorerait la relation entre celui-ci et sa victime et aiderait, plus globalement, le rétablissement de la paix sociale perturbée par la commission de l'infraction¹⁰. On reconnaît bien là les thèses élaborées notamment par la doctrine dite de la « **justice réparatrice** » ou du « *restorative justice model* »¹¹. 20.8

La norme est entrée en vigueur en 2007 et a été révisée le 1^{er} juillet 2019 avec quelques modifications qui seront abordées *infra*¹². Le libellé de la disposition est actuellement le suivant : 20.9

Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine :

- a. s'il encourt une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende ;

6 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0).

7 CORNU, 395.

8 Par choix et par manque de temps, on se focalisera ici sur l'art. 53, sans discuter les deux autres. Certaines considérations trouveront cependant une résonance pour celles-ci également.

9 FF 1999 1787, 1872 ; MACALUSO, 123.

10 FF 1999 1787, 1872 ; MACALUSO, 123.

11 Pour l'ouvrage probablement fondateur de cette doctrine, lire : ZEHR. Plus récemment : PERRIER DEPEURSINGE.

12 FF 1999 1787 ; RO 2019 1809 ; FF 2018 3881 ss. Sur la nouvelle mouture de l'art. 53 CP, voir notamment PFLAUM, 413 ss ; VILLARD/BERTOSSA, 157 ss.

- b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants, et
 - c. si l'auteur a admis les faits.
- 20.10 Puisque la présente contribution traite essentiellement des conditions de l'art. 53 CP, on sera très bref sur les **conséquences juridiques** de son application.
- 20.11 D'un point de vue procédural, la jurisprudence du Tribunal fédéral est très claire : l'application de l'art. 53 CP donnera lieu au prononcé d'une ordonnance classement de la procédure si la réparation intervient avant la mise en accusation et à une exemption de peine si elle intervient après, étant précisé que dans ce dernier cas, un verdict de culpabilité sera malgré tout prononcé¹³.
- 20.12 À l'heure actuelle, l'application de l'art. 53 CP ne donne lieu à aucune inscription au casier judiciaire (art. 366 al. 2 CP ; art. 9 let. b Ordonnance VOSTRA¹⁴). Cependant, la nouvelle loi sur le casier judiciaire (nLCJ¹⁵), qui devrait entrer en vigueur en 2023¹⁶, prévoit que les verdicts de culpabilité pour un crime ou un délit accompagnés d'une exemption de peine seront en principe inscrits au casier (art. 18 al. 1 let. c ch. 1 nLCJ), qui réserve comme exception l'art. 52, mais non l'art. 53 CP¹⁷.
- 20.13 Enfin, dans la très large majorité des cas, les frais de la procédure classée sur la base de l'art. 53 CP seront mis à la charge du prévenu¹⁸.

2. Conditions d'application

- 20.14 L'application de l'art 53 CP n'est envisageable que si cinq conditions sont réalisées : (i) l'auteur doit avoir « réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé », (ii) la peine encourue doit être compatible, (iii) l'intérêt public et (iv) l'intérêt du lésé à la poursuite pénale de l'auteur doivent être peu importants et enfin (v) l'auteur doit avoir admis les faits.
- 20.15 Traditionnellement, c'est dans cet ordre que sont examinées les conditions de l'art. 53 CP, ne serait-ce que parce que la loi les liste ainsi. Dans le cadre de la présente contri-

13 ATF 139 IV 220, c. 3.4.7, JdT 2014 IV 94 ; TF, 20.3.2018, 6B_983/2017, c. 1.2 [d].

14 Ordonnance sur le casier judiciaire (RS 331).

15 Nouvelle Loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (Loi sur le casier judiciaire, FF 2016 4703).

16 Selon l'annonce du Conseil fédéral à tout le moins, cf. < <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-85914.html> > (19.4.2022).

17 FF 2016 4703. À noter que dans le projet initial du Conseil fédéral, il était prévu que les ordonnances de classement rendues sur la base de l'art. 53 CP fassent également l'objet d'une inscription (art. 23), possibilité qui a toutefois été supprimée au cours des débats parlementaires (BO CN 2016 394 ss ; BO CE 2016 303 s.)

18 ATF 144 IV 202, c. 2.

bution, il a paru plus opportun de modifier quelque peu cette systématique en traitant la condition de la réparation du dommage en dernier. En effet, au moment de placer l'art. 53 CP dans le contexte du droit pénal de l'environnement (N 20.36 ss), la condition de la réparation sera centrale. Elle nécessitera une analyse plus profonde que les autres et méritera d'être abordée après avoir répondu aux autres questions.

a) *Peine encourue*

Le prévenu peut-il se voir appliquer l'art. 53 CP peu importe la peine encourue ? En d'autres termes, le prévenu peut-il voir la procédure dirigée contre lui être classée même s'il risque une peine privative de liberté à vie ? Jusqu'au mois de juillet 2019 et vu l'ancien art. 53 CP, on pouvait se poser la question. Le libellé de l'art. 53 aCP ne prévoyait en effet aucune « peine plafond » au-dessus de laquelle son application était exclue. Seule limite : les « conditions du sursis à l'exécution de la peine » devaient être remplies. Selon la doctrine d'alors¹⁹, il fallait entendre par « conditions du sursis », celles relatives au pronostic à faire au sujet de l'auteur et non la condition purement formelle relative à la peine. Pour rappel, le sursis total n'est envisageable qu'aux peines d'une quotité de deux ans au plus (art. 42 CP). Ainsi, il semblait possible d'appliquer l'art. 53 CP à n'importe quelle infraction – sous réserve bien sûr de la condition relative à l'intérêt public²⁰.

Depuis le 1^{er} juillet 2019, la question ne se pose plus : l'auteur doit encourir une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende. La précision opérée a deux conséquences s'agissant de la peine encourue.

Premièrement, la situation est clarifiée s'agissant des **contraventions**. Puisqu'auparavant il était requis que les conditions du sursis soient réalisées, on pouvait légitimement se demander si les infractions de degré contraventionnel entraient dans le champ d'application de l'art. 53 aCP. En effet, les contraventions ne peuvent être punies que de l'amende, le sursis étant exclu (art. 105 al. 1 CP). Le libellé de la norme en vigueur aujourd'hui lève l'incertitude. Ce ne sont d'ailleurs pas que les amendes contraventionnelles qui sont concernées, mais aussi les amendes infligées à des entreprises (art. 102 CP)²¹.

Secondement, la précision a **restreint** le champ d'application de la disposition. Le législateur a estimé qu'une limite supérieure à un an de peine privative de liberté serait « trop élevée puisqu'elle rendrait possible une réparation dans des cas où l'infraction est relativement grave »²². Le Conseil fédéral l'a dit sans détour, l'art. 53 CP doit concerner les cas de peu de gravité²³. La question de savoir comment déterminer la peine encourue

19 CORNU, 406 ; BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 26 et les références citées.

20 Cf. N 20.20 ss.

21 FF 2018 3881, 3884.

22 FF 2018 3881, 3888.

23 FF 2018 5029, sp. 5032 s. Pour un communiqué de presse à cet égard, voir <<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news.msg-id-71443.html>> (19.4.2022).

par l'auteur n'a toutefois pas été résolue par le législateur. On peut imaginer que les autorités pénales devront procéder à un bref pronostic de la peine que risquerait le prévenu s'il était jugé pour les faits en cause, tout comme elles devaient déjà le faire pour la réalisation des conditions du sursis.

b) Intérêt public peu important

- 20.20 L'intérêt public à poursuivre l'auteur doit être peu important pour imaginer le faire bénéficier de l'art. 53 CP.
- 20.21 Il s'agit certainement de la condition la plus vague, laissant ainsi une très large marge de manœuvre aux autorités pénales²⁴.
- 20.22 Sans définir à quoi correspond la notion de « peu d'importance », le Tribunal fédéral a fait référence à un objectif central de la répression pénale, soit la **prévention générale** : « dans la perspective de la prévention générale, la réparation du dommage doit procéder d'une réaction constructive à l'infraction et contribuer à l'efficacité de la norme violée par le renforcement du sentiment de ce qui est juste »²⁵, l'auteur devant ainsi « s'efforcer de restaurer la paix publique »²⁶.
- 20.23 Le critère du **bien juridique** sera également pertinent, en ce sens que la gravité du « tort » causé par l'auteur – et donc l'intérêt public à poursuivre ce dernier – dépendra notamment de l'importance du ou des biens juridiques protégés par l'infraction en cause²⁷. On admet généralement qu'en présence d'infractions contre des biens juridiques individuels (p. ex. l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur), la réparation du tort causé au lésé aura pour effet d'estomper l'intérêt public, sans toutefois qu'il puisse être automatiquement qualifié de « peu important »²⁸. En revanche, lorsque l'infraction protège (principalement)²⁹ un bien juridique collectif, l'autorité devra déterminer si, malgré la réparation du dommage, l'équité et le besoin de prévention appellent tout de même une réponse pénale³⁰.

24 Pour une casuistique intéressante, cf. ANGST/MAURER, Teil 1 et 2.

25 TF, 13.5.2008, 6B_152/2007, c. 5.2.3 [f].

26 ATF 135 IV 12, c. 3.4.3 et 3.5.3, JdT 2010 IV 139 (« [...] *sich bemühen, den Rechtsfrieden wiederherzustellen* »). Sur la réaction « constructive » face au crime, cf. BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 30.

27 ATF 135 IV 12, c. 3.4.3, JdT 2010 IV 139; TF, 27.1.2014, 6B_215/2013, c. 2.4 et ss [d]; PFLAUM, 417 s.; ACKERMANN/WEILENMANN, 42.

28 ATF 135 IV 12 c. 3.4.3, JdT 2010 IV 139. Cf. ég. GARBARSKI/RUTSCHMANN, 185; ACKERMANN/WEILENMANN, 42, tous deux avec des exemples.

29 Certaines normes protègent en effet à la fois un bien juridique collectif et, secondairement ou accessoirement seulement, un bien juridique individuel, à l'instar des infractions de faux dans les titres (art. 251 ss CP); cf. ATF 140 IV 155, c. 3.3.3.

30 ATF 135 IV 12, c. 3.4.3, JdT 2010 IV 139; ACKERMANN/WEILENMANN, 43; PFLAUM, 417 s.

c) *Intérêt privé peu important*

L'intérêt du lésé lui-même doit aussi être peu important. Le lésé doit être compris au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, soit toute personne dont les droits ont été touchés directement par l'infraction³¹. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral précise que seul peut être considéré comme lésé le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction³². 20.24

L'intérêt du lésé n'a donc un impact qu'en présence d'une infraction protégeant un **bien juridique individuel**. Lorsqu'un bien collectif est visé, la condition est simplement inopérante³³. 20.25

La doctrine circonscrit la notion en précisant qu'on examinera si le lésé a un « intérêt juridiquement protégé » à la poursuite pénale³⁴. Il n'est en tout cas pas question de refuser l'application de l'art. 53 CP simplement parce que le lésé s'y oppose³⁵. Par ailleurs, si le lésé ne s'est pas constitué partie plaignante (art. 118 CPP) dans la procédure en cause, on voit mal comment il pourrait invoquer avoir un intérêt juridiquement protégé à la poursuite pénale. 20.26

d) *Aveux*

Le prévenu qui souhaite réparer le tort qu'il a causé doit-il, en plus, avouer avoir commis l'infraction qui lui est reprochée pour qu'on envisage de lui appliquer l'art. 53 CP ? 20.27

Avant la modification de l'art. 53 CP, la question se posait avec des réponses variées dans la doctrine. Certains auteurs s'inquiétaient de ce que les prévenus soient découragés de réparer s'ils se trouvaient en quelque sorte forcés d'avouer leur délit avec toutes les conséquences que cela peut avoir en termes de réputation, de responsabilité civile et éventuellement de procédures administratives ou disciplinaires ultérieures³⁶. D'autres auteurs ne pouvaient imaginer le classement sans un repentir sincère manifesté par le prévenu, respectivement par des aveux purs et simples³⁷. Le Tribunal fédéral, de son côté, considérait que le prévenu devait avoir « reconnu la violation d'une norme pénale »³⁸. 20.28

Aujourd'hui, plus de place au doute : l'auteur **doit avoir avoué**. Mais avouer quoi exactement ? « Les circonstances objectives et subjectives telles qu'elles lui sont reprochées », les aveux ne portant que sur les faits et non sur la qualification juridique du comporte- 20.29

31 Dans le même sens, cf. ACKERMANN/WEILENMANN, 43, et la référence à TF, 16.8.2012, 6B_278/2012, c. 1.6 [d] ; BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 28. Comp. avec la notion de lésé au sens de l'art. 73 CP, plus large : ATF 145 IV 237, c. 5.1.

32 Récemment : ATF 147 IV 269, c. 3.1 ; 146 IV 76, c. 2.2.1 ; 145 IV 491, c. 2.3 et s., JdT 2020 IV 65.

33 ACKERMANN/WEILENMANN, 40 et les références citées.

34 CORNU, 406 et les références citées. Pour un arrêt dans lequel le Tribunal fédéral traite de l'intérêt du lésé dans ce contexte, cf. ATF 136 IV 41, JdT 2011 IV 235.

35 ATF 136 IV 41, c. 1.2.2, JdT 2011 IV 235.

36 MACALUSO, 130 ; GARBARSKI/RUTSCHMANN, 180 s. et les références citées.

37 CORNU, 408 s. et les références citées.

38 ATF 135 IV 12, c. 3.5.3, JdT 2010 IV 139 (traduction libre).

ment de l'auteur³⁹. Et la Commission des affaires juridiques du Conseil national de préciser que cela nécessitera « que les faits aient été établis comme il se doit »⁴⁰.

20.30 L'ajout des aveux comme condition de l'art. 53 CP est **critiquable** à deux égards au moins.

Premièrement, en forçant l'auteur à avouer, on prend un grand risque de perdre tout espoir de réparation. En avouant, il s'exposera à des conséquences pénales telles que la condamnation aux frais de la procédure, mais aussi à des conséquences extra-pénales (réputation, responsabilité civile, administrative, disciplinaire et pour des entreprises éventuellement sur d'éventuelles postulations à des marchés publics). Sans compter que dans certains cas, il est plus facile psychologiquement de réparer que d'admettre ses torts. Dans ces conditions, les prévenus seront-ils vraiment encore tentés de réparer ?

20.31 Secondement, un des grands objectifs des motifs d'opportunité en général est de s'économiser une longue et délicate instruction dans des cas qui le permettent⁴¹. En recommandant désormais que les faits soient « établis comme il se doit », on risque de perdre là aussi tout le sens de la norme. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est semblé-il écarté de cette conception, rappelant que l'art. 53 CP n'exigeait pas une procédure probatoire complète et qu'il suffisait, au stade de la procédure préliminaire, que le ministère public retienne l'existence d'un soupçon de commission d'une infraction⁴².

e) Réparation du dommage

20.32 Enfin, la note marginale de la disposition l'énonce, il est question de « réparation » (« *Wiedergutmachung* »). Plus précisément, l'auteur doit avoir « réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé ».

20.33 L'avant-projet traitant de la première version de l'art. 53 CP avait d'abord retenu la formule « d'efforts particuliers d'ordre économique », essentiellement pour ne pas favoriser les justiciables les plus nantis⁴³. Est resté de cette préoccupation l'idée d'efforts que l'on peut « raisonnablement attendre » de l'auteur. Ainsi, le délinquant pas assez fortuné pour réparer financièrement le dommage causé pourra bénéficier de l'art. 53 CP au même titre que celui qui dispose des moyens suffisants pour le faire entièrement.

20.34 Se pose ensuite la question du « **comment réparer** ». Le Message du Conseil fédéral d'abord et la doctrine ensuite ont établi une liste des comportements qui réalise la réparation du « tort » sollicitée par l'art. 53 CP : la réparation matérielle du dommage causé⁴⁴,

39 FF 2018 3881, 3889 s.

40 *Ibid.*

41 ATF 135 IV 27, c. 2.3, JdT 2010 IV 139, qui fait référence au principe de l'économie de procédure.

42 TF, 23.10.2020, 6B_765/2020, c. 1.2 [d] et la référence à BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 32. Cet arrêt a toutefois été rendu sur la base de l'ancienne version de l'art. 53 CP.

43 Cf. SCHULTZ, 141 : « *eine besondere wirtschaftliche Anstrengung* ».

44 CORNU, 402.

le travail en faveur de la victime⁴⁵, le don à une association que le lésé soutient, le cadeau à ce dernier ou même la participation à une médiation avec la victime⁴⁶. On l'aura compris, la réparation peut être tant économique et matérielle que morale et symbolique.

Par ailleurs, rien n'empêche d'appliquer l'art. 53 CP en présence d'une infraction visant un bien juridique collectif ne créant, par définition, pas de lésé direct⁴⁷. On pourrait, par exemple, imaginer qu'une personne appréhendée en état d'ébriété au volant de sa voiture bénéficie d'un classement après avoir déposé son permis, suivi des cours de sensibilisation au danger de son comportement et effectué un don au profit d'une association active dans le domaine⁴⁸. 20.35

III. Article 53 CP à l'épreuve du droit pénal de l'environnement

1. Peine encourue

Les infractions regroupées sous le terme de « droit pénal de l'environnement » sont-elles compatibles, du point de vue de leur peine, avec l'art. 53 CP ? À ce stade, il est également intéressant de se questionner sur les autorités qui seront amenées à appliquer les dispositions pénales en question. 20.36

a) Infractions et leur peine

Tout d'abord, le « droit pénal de l'environnement » peut se définir de manière variée. Naturellement, selon la définition retenue, la réponse à la question posée ici pourra être différente. Sans prétention à l'exhaustivité, on étudiera celles qui nous paraissent les plus clairement répondre à la définition et qui sont intéressantes au regard d'une éventuelle réparation par leur auteur⁴⁹. Pour rappel, la peine maximale prévue par l'art. 53 20.37

45 FF 1999 1787, 1872.

46 JOSITSCH/HUG/SCHWARZENEGGER, 68 ; JOSITSCH, 8 ; PFLAUM, 415.

47 Voir cependant les directives émises par l'*Oberstaatsanwaltschaft* du canton de Zurich, qui recommande, lorsque l'infraction ne crée pas de lésé individuel, une grande retenue dans l'application de l'art. 53 CP, cf. *Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA)*, ch. 12.9.3, à consulter sur : <<http://www.zh.ch/de/sicherheit-justiz.html>> (19.4.2022).

48 Sur ce sujet, voir notamment ANGST/MAURER, Teil 1, 304 et Teil 2, 373 ss.

49 Les infractions choisies sont essentiellement celles circonscrites par HILF/VEST, Section 3, à savoir celles figurant dans les lois suivantes : Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01), Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.2), Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (LCITES, RS 453), Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur la forêt (LFo, RS 921.0), Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP, RS 922.0), Loi fédérale du 21 mars 2001 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG, RS 814.91), Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂ (RS 641.71), Loi fédérale du 21 juin 1991 sur l'aménagement des cours d'eau (RS 721.100), Loi fédérale du 19 décembre 1980 sur le Parc national suisse dans le canton des Grisons (RS 454), Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP, RS 923.0) et la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la

CP est d'une quotité d'un an, la peine pertinente étant celle effectivement envisagée dans le cas d'espèce.

- 20.38 Premier constat : la quasi-totalité des infractions sont compatibles du point de vue de leur **peine-menace**. Il est effectivement fréquent que les infractions en question soient réprimées de l'amende ou, pour les infractions de degré délictuel, d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté d'un an au plus⁵⁰. Lorsque la peine-menace d'une infraction de degré délictuel est d'une quotité maximale de trois ans⁵¹, la réponse pourrait être différente. À cet égard, il est évidemment délicat de s'adonner à des considérations *in abstracto* en l'absence de tout dossier concret. On ne prend cependant pas beaucoup de risque à estimer, à tout le moins pour un auteur primo-délinquant, que la peine ne devrait dépasser une quotité d'un an que dans les cas relativement graves. En outre, le pronostic de la peine à retenir se faisant potentiellement au stade de l'instruction, on peut imaginer une certaine souplesse des autorités à cet égard.
- 20.39 Par ailleurs, des entreprises peuvent également être prévenues d'infractions au droit pénal de l'environnement, sur la base de l'art. 102 al. 1 CP⁵². Or la peine d'amende prévue par cette disposition est compatible avec l'application de l'art. 53 CP.
- 20.40 Ainsi, dans la très large majorité des cas, on peut en déduire que la condition de la peine compatible ne sera pas un obstacle à l'application de l'art. 53 CP.

b) Autorités compétentes

- 20.41 Beaucoup d'autorités différentes peuvent être amenées à connaître d'une infraction en droit pénal de l'environnement. La plupart du temps, il s'agit des autorités cantonales de poursuite pénale⁵³. Peuvent ainsi être compétents les ministères publics cantonaux ou notamment les préfetures selon l'organisation judiciaire interne au canton concerné. Certaines lois réservent cependant la compétence d'autorités administratives pour poursuivre et juger les infractions qu'elles prévoient. C'est par exemple le cas de la Loi sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (art. 27 al. 1 LCITES) qui déclare compétent l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV) pour les infractions ancrées en son art. 26.

nature, et du paysage (LPN, RS 451). On n'étudiera pas ici les infractions au droit cantonal même si elles pourraient tout à fait correspondre à la définition de droit pénal de l'environnement.

50 P. ex. : art. 61 et 61a LPE ; art. 71 LEaux ; art. 26 al. 1 LCITES ; art. 42 ss LFo ; art. 17 et 18 LChP ; art. 35 al. 2 LGG. Cf. ég. PREVITALI, 128.

51 P. ex. art. 60 LPE ; art. 70 LEaux ; art. 35 al. 1 LGG. Cf. aussi art. 26 al. 2 LCITES, qui est passible depuis le 1^{er} mars 2022 d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus, ce qui en fait un crime (RO 2022 128).

52 Mais aussi sur la base de l'art. 7 de la Loi sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) : cf. art. 62 al. 1 LPE ; art. 44 LFo ; art. 24b LPN ; art. 73 LEaux. *De lege lata* toutefois, la responsabilité pénale de l'entreprise revêt une portée limitée en matière environnementale : PREVITALI, 128 s. ; HILF, 98 ss, sp. 107 ; OFEV, Eco-criminalité, 13 ; HILF/VEST, 70 ss. Voir aussi N 10.1 ss et N 21.1 ss.

53 P. ex. art. 62 al. 1 LPE ; art. 22 CPP.

Au premier abord, les considérations qui précèdent ne semblent pas avoir d'impact sur la thématique de la présente contribution. Cependant, un des grands défis de la répression des infractions au droit pénal de l'environnement est qu'elle est menée par des autorités pénales qui maîtrisent le droit pénal, mais pas assez bien les problématiques environnementales, ainsi que par des autorités administratives pour lesquelles on peut faire le constat inverse⁵⁴. 20.42

Ainsi, lorsque des autorités administratives sont compétentes, on pourrait imaginer une certaine **frilosité** de leur part à faire usage d'instruments pénaux originaux tel que l'art. 53 CP, ce qui pourrait, par voie de conséquence, rendre son application plus rare. 20.43

2. Intérêt privé peu important

La condition de l'intérêt privé de peu d'importance ne pose pas de problème particulier en droit pénal de l'environnement. C'est d'autant plus vrai que les infractions prévues dans cette matière tendent à protéger, comme bien juridique, l'environnement en tant que tel ou, plus exactement, ses différentes **composantes** (selon l'infraction en cause : l'eau, l'air, les sols, les forêts, la faune et la flore, les biotopes, etc.), soit des biens juridiques collectifs, pour lesquels il n'y a en principe pas de lésé direct et donc pas d'intérêt privé au sens de l'art. 53 let. b CP⁵⁵. Ces infractions ne visent pas à protéger des biens juridiques individuels, ou alors de manière indirecte seulement. L'art. 60 al. 1 let. b et d LPE, qui évoque des substances pouvant « constituer une menace pour l'environnement ou, indirectement, pour l'homme », en est d'ailleurs un bon exemple⁵⁶. La jurisprudence s'est déjà prononcée en ce sens s'agissant des dispositions pénales de la LPN⁵⁷, de la LFo⁵⁸ et de la LPE⁵⁹. 20.44

54 Sur ce sujet, voir notamment OFEV, Eco-criminalité, 8.

55 Sur le bien juridique « environnement » et ses composantes : ACKERMANN/EGLI, 12 ss, sp. 14 ; HILF/VEST, 32 ss ; PREVITALI, 125 ss ; FAVRE, 264 s., 268 s. ; cf. déjà Message LPE, FF 1979 III 741, 747 ; PETITPIERRE A., 281 (n 2) et 288 ss. Sur la possibilité pour l'autorité publique de se voir reconnaître la qualité de lésée, cf. N 18.31 ss.

56 Comp. avec la formule du Tribunal fédéral qui nie la qualité de lésé à « celui dont les intérêts privés ne sont atteints qu'indirectement par une infraction qui ne lèse que des intérêts publics », cf. ATF 147 IV 269, c. 3.1. *Contra* : BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 92, qui admettent un lésé sur la base de l'art. 60 al. 1 dernière phrase aLPE, dans sa teneur jusqu'au 1^{er} août 2010, qui prévoyait une peine plus sévère si « l'homme ou l'environnement ont été gravement menacés ». Cette aggravante a cependant été abrogée car, selon le Conseil fédéral, elle est désormais « exclusivement pris[e] en compte dans le cadre de la fixation générale de la peine » (Message LGG, FF 2009 4887, 4902).

57 TF, 24.5.2018, 1B_96/2018, c. 2.2 [d] (art. 24 ss LPN).

58 TF, 16.5.2017, 6B_761/2016, c. 3.4.4 [d] (art. 17 *cum* art. 42 al. 1 let. b et/ou 43 al. 1 let. f LFo) *in* forumpoenale 1/2018 14 ss.

59 OGer TG, RBOG 2011 178 [d] (art. 61 al. 1 let. g LPE) ; OGer ZH, 3.8.2015, UE140296, c. 10 [d] (art. 61 al. 1 let. a LPE) ; cf. déjà TF, 4.10.2004, 1P.448/2004, c. 2 [f] (Loi neuchâteloise sur le traitement des déchets) ; voir ég. BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 92.

- 20.45 On réservera toutefois l'art. 230^{bis} CP (mise en danger par des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes), norme qui protège tant la biodiversité animale et végétale (cf. al. 1 let. a), bien juridique collectif, que la vie et l'intégrité corporelle d'autrui (cf. al. 1 let. b), biens juridiques individuels⁶⁰. Ainsi, un particulier dont la vie ou l'intégrité corporelle aura – concrètement – été mise en danger pourra se voir reconnaître la qualité de lésé⁶¹, et son intérêt privé devra par conséquent être pris en compte⁶². Il en ira de même pour les art. 226^{bis} et s. CP (danger imputable à l'énergie nucléaire, à la radioactivité et aux rayonnements ionisants)⁶³.
- 20.46 Ainsi, dans la plupart des cas, la question de l'intérêt privé ne se pose même pas. Pour les quelques infractions qui tendent à protéger des biens juridiques individuels, la position du lésé pourra néanmoins avoir un impact sur la mise en œuvre de l'art. 53 CP.

3. Intérêt public peu important

- 20.47 S'agissant de l'intérêt public à poursuivre l'auteur, on a vu qu'il dépendait, outre de considérations liées à la prévention générale, de la valeur du bien juridique protégé par l'infraction en cause ainsi que de l'intensité de sa violation par l'auteur.
- 20.48 En matière environnementale, sans prétendre à une quelconque hiérarchisation entre le bien « environnement » et les autres, ni entre ses différentes composantes elles-mêmes, on peut tout de même distinguer selon la **qualité** de l'atteinte ou de la mise en danger⁶⁴ : ainsi, l'intérêt à poursuivre l'auteur qui aura détruit ou endommagé sérieusement un site naturel ou un biotope protégé (art. 24 al. 1 let. a LPN) ou qui aura introduit illicitement des substances polluantes dans les eaux (art. 70 al. 1 let. a LEaux) devrait être sensiblement plus élevé qu'à l'encontre de celui qui limite l'accès à une forêt (art. 43 al. 1 let. b LFo) ou qui soustrait une taxe, par exemple celle sur le CO₂⁶⁵. L'intérêt à punir devrait aussi dépendre du point de savoir si l'auteur a agi intentionnellement ou par négligence seulement⁶⁶. On pense également aux nombreuses dispositions qui punissent le non-respect d'une décision de l'administration ou la poursuite d'une acti-

60 BSK StGB II-ACKERMANN/SCHRÖDER, art. 230^{bis} N 3 ; CR CP II-RODIGARI, art. 230^{bis} N 4 s ; HILF/VEST, 31. Cf. aussi N 5.48 ss.

61 Sur la personne lésée en cas d'infraction de mise en danger, cf. ATF 145 IV 491, c. 2.3.2, JdT 2020 IV 65 ; 141 IV 454, c. 2.3.2 ; 138 IV 258, c. 3.1.2, JdT 2013 IV 214.

62 Cf. ANGST/MAURER, Teil 2, 374.

63 Cf. CR CP II-PAREIN-REYMOND/PAREIN/VUILLE, art. 226^{bis} N 2 ; HILF/VEST, 12. Autre est bien sûr la question du nombre de lésés potentiels ainsi que celle de l'intérêt public à la poursuite d'une telle infraction.

64 Dans le même sens, cf. ANGST/MAURER, Teil 1, 305, Teil 2, 374 ; BOMMER, 174 (« massiven Wasser-verseuchung »).

65 Art. 42 de la Loi sur le CO₂.

66 Beaucoup d'infractions environnementales répriment l'intention puis, avec une peine plus clémente, la négligence (art. 60 al. 2 LPE ; 24 al. 1 let. d LPE ; 70 al. 2 LEaux).

vité sans autorisation, pour lesquelles la protection du bien juridique n'est qu'indirecte⁶⁷, ce qui devrait faciliter l'application de l'art. 53 CP.

Avec une partie de la doctrine, on peut ensuite se demander s'il ne faudrait pas également considérer les intérêts de tiers qui, sans être des lésés directs au sens de l'art. 53 let. b CP (et 115 CPP), sont toutefois indirectement touchés par l'infraction⁶⁸. Transposée en droit de l'environnement, cette approche permettrait d'inclure, dans la notion d'intérêt public, les attentes des particuliers qui ressentent, de près ou de loin, l'impact d'une atteinte à l'environnement, par exemple les voisins d'un site contaminé, les usagers des rives d'un lac ou d'un fleuve pollué, voire les ornithologues en herbe privés du chant de leur oiseau favori. Il s'agirait toutefois de trancher, préalablement, le vif débat autour de la nature concrète du bien juridique « environnement », compris dans une conception soit *éco-centrée*, revendiquant une protection de l'environnement pour lui-même, soit *anthropo-centrée*, ne concevant cette même protection qu'en tant qu'elle sert les intérêts humains⁶⁹. 20.49

Dans la même optique, on pourrait également imaginer que les autorités pénales consultent les divers services étatiques environnementaux, notamment ceux qui se voient reconnaître la qualité de partie à la procédure pénale en vertu du droit cantonal (cf. art. 104 al. 2 CPP)⁷⁰, afin de bénéficier de leur expertise sur l'étendue des efforts consentis par l'auteur pour réparer le dommage – par exemple au cours d'une procédure administrative parallèle – et déterminer en conséquence si l'intérêt public à poursuivre ce dernier est de peu d'importance. 20.50

Il ne faut pas perdre de vue que l'art. 53 CP a pour but de favoriser la réparation du dommage. Si l'autorité pénale peut être amenée à prendre en compte, dans son examen de l'intérêt public, la position d'autorités administratives, voire de tiers indirectement touchés par l'infraction, cela ne doit toutefois pas avoir pour conséquence de paralyser l'application de cette disposition et d'empêcher toute réparation du dommage par l'auteur. 20.51

4. Aveux

Pour bénéficier de l'art. 53 CP, l'auteur doit avoir admis les faits, soit toutes les circonstances objectives et subjectives telles qu'elles lui sont reprochées par les autorités pénales. 20.52

67 ACKERMANN/EGLI, 17 ss ; Comm. LPN-HILF/VEST, Vor. art. 24-24e N 8. P. ex. l'exploitation d'une décharge sans autorisation (art. 60 al. 1 let. e LPE), le non-respect des mesures de lutte contre le bruit prescrites par l'autorité (art. 61 al. 1 let. c LPE) ou encore le non-respect d'une charge liée à l'octroi d'une subvention (art. 24a al. 1 let. a LPN).

68 ACKERMANN/WEILENMANN, 43 s. (actionnaires et créanciers d'une personne morale lésée) ; BAUMGARTNER, 6 (assurés d'une institution de prévoyance lésée, ce que le Tribunal fédéral a toutefois refusé d'admettre dans l'arrêt du 16.8.2012, 6B_278/2012, c. 1.6 [d]).

69 Sur ces questions, voir aussi ACKERMANN/EGLI, 16 s. et OST, La nature hors la loi, Paris 2003. Cf. aussi N 3.14 ss.

70 HILF/VEST, 97 ss ; cf. aussi N 18.15 ss.

- 20.53 En présence de faits relevant du droit de l'environnement, une première difficulté existe : celle de savoir qui est responsable de quoi⁷¹. Le prévenu peut être tout à fait enclin à collaborer et à réparer ses erreurs, mais encore faut-il qu'il soit en mesure de savoir quelles sont précisément ses erreurs et leurs répercussions. Par exemple, il ne sera peut-être évident pour personne que le comportement du prévenu est bien dans un rapport de causalité avec le dommage qui est survenu⁷². Pour cette raison déjà, la condition des aveux peut poser problème.
- 20.54 L'auteur devra également être averti que ses éventuels aveux pourraient être utilisés dans le cadre d'autres procédures ouvertes pour les mêmes faits. C'est le cas de la procédure administrative qui pourra être menée en parallèle à l'instruction pénale. Dans certains cantons, l'autorité administrative revêt même la qualité de partie dans la procédure pénale avec tout ce que cela implique s'agissant notamment de son accès au dossier⁷³.

5. Réparation du dommage

a) *Quelques mots sur la notion de dommage environnemental et sa réparation*

- 20.55 Parler du dommage environnemental et de sa réparation en droit suisse est une gageure, tant la notion est vaste et controversée, parfois même à la limite du politique⁷⁴. On s'y risquera pourtant, en précisant d'emblée que le siège de la matière n'est pas le droit pénal, mais les droits civil et administratif⁷⁵. Le constat est identique chez nos voisins, étant précisé qu'il existe depuis 2004 une directive européenne sur la réparation des dommages environnementaux⁷⁶.
- 20.56 Une première distinction à faire est celle entre le **dommage environnemental au sens large**, aussi appelé préjudice écologique personnel ou subjectif, et le **dommage environnemental au sens étroit**, aussi appelé préjudice écologique pur, préjudice purement écologique ou encore Ökoschaden⁷⁷. Le premier désigne les conséquences d'une atteinte à l'environnement sur une personne (physique ou morale) déterminée, par

71 Pour les questions relatives à la définition du dommage et à sa réparation, cf. N 20.55 ss.

72 DONGOIS/BICHOVSKY, 79; WESSNER, 790 ss, sur les difficultés à estimer le dommage ainsi qu'à établir le lien de causalité entre celui-ci et le comportement de l'auteur présumé.

73 KRAYENBÜHL, 159.

74 Cf. dans ce sens CHAPPUIS, 32.

75 METTLER/MOSER/STARKE, 401; comp. avec la France, où c'est à la faveur du volet pénal de l'affaire de l'*Erika* que la notion de préjudice écologique pur a été consacrée par la Cour de cassation : cf. Cass. Crim., arrêt du 25.9.2012, n° 10-82.938.

76 Directive 2004/35/CE du 21.4.2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, OJL 143, 30.4.2004, p. 56-75. Sur la situation actuelle en Europe, cf. VIGNON-BARRAULT, 166 ss.

77 CHAPPUIS, 4 s.; WESSNER, 787 ss; METTLER/MOSER/STARKE, 403; sur les différentes terminologies en Europe (et en Suisse), cf. VIGNON-BARRAULT, 162 s. En France, voir la nomenclature des préjudices environnementaux proposée par NEYRET *et al.*, Nomenclature, 15 ss.

exemple une intoxication ou la perte de fertilité d'un terrain agricole ensuite d'une contamination des eaux⁷⁸. Le second vise les atteintes causées à l'environnement en tant que tel, compris dans ses différentes composantes, par exemple la pollution d'une rivière ou de l'air, l'extinction d'une espèce animale ou végétale, ou encore l'assèchement d'un marécage⁷⁹.

b) Fondements juridiques de la réparation

Cette première distinction en appelle une autre, liée au fondement juridique permettant de réparer ces deux types de dommages environnementaux : régime de la responsabilité civile tout d'abord, régime de droit administratif, ensuite. 20.57

Le dommage environnemental au sens large n'est qu'une forme de préjudice classique du droit de la **responsabilité civile**, qui trouve son origine dans une pollution ou une intoxication plutôt que dans un accident⁸⁰. Ainsi, le lésé qui, du fait d'une atteinte à l'environnement, aura subi une diminution involontaire de son patrimoine, sous la forme d'un dommage corporel, matériel, voire d'un dommage purement économique (p. ex. un gain manqué), pourra rechercher son auteur sur la base de la responsabilité pour faute (art. 41 CO⁸¹), de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) ou foncier (art. 679 et 684 CC), voire de l'une des nombreuses normes de responsabilité objective contenues dans les lois de protection de l'environnement (art. 59a et 59a^{bis} LPE ; art. 30 al. 1 LGG ; art. 15 LChP ; art. 3 LRCN⁸²)⁸³. Ces situations ne sont pas fondamentalement différentes de celles où l'auteur, par son comportement (p. ex. des lésions corporelles), s'en prend à une victime déterminée, ce qui ne pose pas de difficulté particulière s'agissant de la réparation du dommage ; il n'y sera donc pas revenu sous l'angle de l'art. 53 CP. 20.58

En revanche, le droit de la responsabilité civile est généralement impropre à réparer le dommage environnemental au sens étroit, ce dernier ne pouvant être appréhendé par la (sacro-sainte) théorie de la différence qui prévaut dans ce domaine : dès lors qu'une atteinte affecte le milieu naturel et lui seul, elle touche des choses sans maître (*res nullius* ; p. ex. des animaux sauvages) ou des biens communs (*res communes omnium* ; p. ex. l'air ou l'eau), sans léser les droits patrimoniaux d'un particulier ; le préjudice (purement écologique) qui en découle ne peut en principe pas donner lieu à une indemnisation au 20.59

78 Pour une parfaite illustration, voir le film *Dark Waters* (Focus Features, 2019), qui retrace le combat mené vingt ans durant par l'avocat américain Robert Bilott contre l'entreprise *DuPont*, accusée d'avoir déversé des produits chimiques dans les eaux de Virginie-Occidentale, affectant la santé de milliers d'habitants de la région.

79 Cf. déjà PETITPIERRE-SAUVAIN, 18 s.

80 WERRO, 43.

81 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO, RS 220).

82 Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN, RS 732.44).

83 Pour un aperçu, cf. CHAPPUIS, 7 ss ; WESSNER, 816 ss.

travers de la responsabilité civile⁸⁴. En principe seulement, car certaines lois sectorielles prévoient des exceptions : en matière de chasse par exemple, le canton ou la commune peut exiger la réparation du dommage causé par un délit de chasse ou par une contrevention (art. 23 LChP). Dans ce cas, le dommage correspond à la valeur de l'animal abattu illicitement⁸⁵ et donc à un préjudice écologique pur. De la même manière, la législation sur la pêche prévoit une norme de responsabilité civile (art. 15 LFSP) qui permet d'obtenir une indemnité pour les frais de repeuplement en poissons, mais également pour la perte de rendement des eaux (al. 2), ensuite notamment d'une pollution de celles-ci⁸⁶.

- 20.60 Ces quelques dispositions éparées de responsabilité civile ne doivent pas occulter le fait que dans la majorité des cas, c'est le **droit administratif** qui permettra la réparation du dommage environnemental au sens étroit⁸⁷. La disposition topique est ici l'art. 59 LPE. Cette norme concrétise le principe dit du « *pollueur-payeur* » (ou de causalité), qui veut que « celui qui est à l'origine d'une mesure prescrite par la présente loi en supporte les frais » (art. 2 LPE). Principe cardinal du droit suisse de l'environnement, le principe du « pollueur-payeur » ne fait qu'énoncer un programme général, un slogan, lequel demande à être ensuite transposé dans des règles plus précises⁸⁸. L'art. 59 LPE en est une ; il prescrit que « 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 ». Il s'agit du principal fondement de la responsabilité environnementale en droit public suisse, qui consacre une responsabilité de droit public objective – indépendante de toute faute – de la personne qui apparaît comme le perturbateur (ou le pollueur) au moment où l'autorité, confrontée à une atteinte, prend des mesures⁸⁹. Le but est ici de répartir – par une décision administrative – les coûts sociaux résultant d'une atteinte à l'environnement, et donc d'un dommage écologique pur, sans considération pour la situation d'éventuels tiers

84 WINIGER, 220 ; WERRO, 44 ss ; CHAPPUIS, 25 ; WESSNER, 789, 802. Une partie de la doctrine propose toutefois de revisiter le concept classique de dommage pour y intégrer le préjudice écologique pur : cf. DUPONT, 141 ss, 169 ss ; PETITPIERRE-SAUVAIN, 33.

85 TF, 11.2.2013, 2C_404/2012, c. 4.1.3 [f] ; 20.2.2004, 4C.317/2002, c. 5.2 [f]. À noter que le concordat du 22 mai 1978 sur l'exercice et la surveillance de la chasse, en vigueur dans les cantons de Vaud, Neuchâtel et Fribourg, arrête pour chaque espèce d'animal braconné les dommages-intérêts dus par le chasseur, p. ex. CHF 500.- pour un chevreuil ou un sanglier, CHF 1500.- pour un cerf ou, c'est d'actualité, CHF 3000.- pour un loup.

86 GÄHWILER, Art. 15 BGF N 33 s., 40 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, 20 et 26 s. Pour un exemple : TF, 25.9.2013, 1C_512/2012, c. 3 et 4 [f]. Des règles similaires se retrouvent dans le domaine des organismes pathogènes (art. 59a^{bis} al. 9 LPE) et des organismes génétiquement modifiés (art. 31 al. 2 LGG), cf. CHAPPUIS, 11 ss ; WERRO, 45 ; MORIN, 145, relève leur portée limitée.

87 La situation est similaire en Allemagne et en Angleterre : VIGNON-BARRAULT, 162 s., 172 s.

88 ATF 118 Ib 407, c. 3b ; ZUFFEREY, 123 s. ; plus récemment : MORIN, 144.

89 MORIN, 142, 149 ; WINIGER, 222 ; GRODECKI, Art. 59 LPE N 27 ; FAVRE, 301 ; WESSNER, 812 ; cf. déjà PETITPIERRE-SAUVAIN, 21.

lésés⁹⁰. Des règles comparables existent en matière d'assainissement des sites pollués (art. 32d LPE), de protection des eaux (art. 54 LEaux) ou de la nature (art. 24e LPN).

c) *Modalités de la réparation*

Le droit de la responsabilité civile connaît deux modes classiques de réparation du dommage : la réparation en espèces, par le versement d'une somme d'argent correspondant au préjudice (dommages-intérêts), et la réparation en nature, qui vise le rétablissement de l'état antérieur à l'atteinte. Si le juge détermine en principe librement le mode de réparation (*cf.* art. 43 al. 1 CO), en pratique, la réparation en espèces est la règle et celle en nature, l'exception⁹¹. 20.61

Le droit de l'environnement est toutefois un domaine dans lequel ce paradigme mérite d'être renversé, notamment pour les préjudices purement écologiques : en raison de l'objectif supérieur attaché à la protection de l'environnement, on ne peut raisonnablement se contenter d'une indemnisation pécuniaire, mais on doit au contraire privilégier, à chaque fois que cela est possible, la réparation du dommage en nature ou, dit autrement, la **réparation de la nature en nature**⁹². 20.62

La prévalence de ce mode de réparation ne dit encore rien sur ses modalités concrètes, en particulier sur la personne chargée de réparer : si l'auteur de l'atteinte peut être astreint à réparer lui-même le dommage⁹³, il peut également être condamné à s'acquitter des frais de remise en état déboursés par autrui⁹⁴. Le mécanisme prévu à l'art. 59 LPE en est le parfait exemple : en reportant sur le perturbateur le coût des mesures prises par l'autorité pour remédier à l'atteinte, il consacre lui aussi une forme de réparation en nature, exécutée par substitution. En matière de pêche, l'art. 15 al. 3 LFSP dispose que les dommages-intérêts perçus doivent être utilisés le plus rapidement possible pour réparer le dommage, ce qui sous-entend ici aussi une réparation en nature, en l'occurrence imposée au lésé⁹⁵. 20.63

S'agissant ensuite de la réparation à proprement parler, il faut viser une réhabilitation ou une restauration la plus complète possible des composantes environnementales touchées, en tenant compte du fait que, malgré sa faculté d'auto-régénération, la nature 20.64

90 MORIN, 148, 154 ss. Au-delà du dommage réparable, cette responsabilité se distingue du régime traditionnel de la responsabilité civile en ce qu'elle n'exige pas un comportement illicite et qu'elle obéit à des règles qui lui sont propres en matière de causalité : *cf.* ATF 142 II 232, c. 3.4, JdT 2017 I 265 ; 138 II 111, c. 5.3.2, RDAF 2013 I 504 ; METTLER/MOSER/STARKE, 410 ss ; FAVRE, 309.

91 WERRO, 354 ss ; WESSNER, 799 ; DUPONT, 142.

92 Dans ce sens, *cf.* DUPONT, 145 s. et 173 ss ; METTLER/MOSER/STARKE, 405 ; WESSNER, 800 ss, voir déjà PETITPIERRE D., 69 s. Le constat est identique dans nombre de pays européens : *cf.* GRIMONPREZ, 348 s. ; NEYRET et al., Réparation, 25 s.

93 C'est d'ailleurs la règle en matière de protection de la nature (art. 24e LPN) : *cf.* LARGEY, 579 ; plus nuancé : Comm. LPN-FAHRLÄNDER, art. 24e N 21.

94 FAVRE, 309 ; DUPONT, 173, pour qui une telle réparation par équivalent est la règle.

95 GÄHWILER, Art. 15 BGF N 48 ss ; WESSNER, 801.

dispose de ressources (toujours plus) limitées, rendant un retour au *statu quo ante* souvent illusoire⁹⁶. On peut s'inspirer ici de la Loi sur la protection de la nature et du paysage, qui prévoit, en cas d'atteintes illicites, un système de **mesures compensatoires en cascade** (art. 24e LPN)⁹⁷. Ce système en cascade doit valoir pour tout type de préjudice purement écologique⁹⁸; il correspond d'ailleurs aux standards fixés par la directive européenne de 2004 sur les dommages environnementaux et transposés dans plusieurs pays voisins, dont la France⁹⁹. Les mesures sont les suivantes :

- premièrement, la **reconstitution**¹⁰⁰, soit le rétablissement, sur le lieu même de l'atteinte (*in situ*), des ressources naturelles (biotopes, paysages, espèces) endommagées dans leurs fonctions écologiques et à l'échelle 1:1, par exemple la replante d'un arbre de la même espèce que celui ayant été abattu (même s'il faudra encore attendre plusieurs années avant qu'il ne remplisse des fonctions écologiques équivalentes)¹⁰¹, la reconstruction d'un bisse démolí le temps de travaux¹⁰² ou, plus largement, la dépollution d'une rivière, voire la diminution des émissions quotidiennes de gaz carbonique d'une entreprise afin de compenser une fuite accidentelle¹⁰³.
- subsidiairement, le **remplacement** (aussi appelé *nature swap*)¹⁰⁴, soit la création, généralement en un autre endroit que l'atteinte (*ex situ*), de ressources naturelles du même type ou d'un autre type que celles ayant été atteintes, mais aux fonctions écologiques équivalentes, par exemple la remise à ciel ouvert d'un cours d'eau qui coulait sous tuyau ailleurs sur la parcelle¹⁰⁵, la création d'aires de régénération boisées à la suite d'une modification irréversible de la structure du sol¹⁰⁶, le reboisement comme compensation au défrichement d'une forêt (dans la même région ou ailleurs)¹⁰⁷, le réempoissonnement d'une rivière, l'augmentation de son débit, voire la

96 Cf. GRIMONPREZ, 351 ; PARANCE, 288 ; DUPONT, 174 s. ; WALDZUS, 191.

97 Bien que placé à la fin du chapitre 4 sur les dispositions pénales, l'art. 24e LPN s'applique « [i]ndépendamment d'une procédure pénale ». Les mesures sont les mêmes qu'à l'art. 18 al. 1^{er} LPN, qui vaut dans le cadre de la procédure d'autorisation ordinaire d'un projet (de construction p. ex.) : cf. LARGEY, 558 ss, 578 s. ; Comm. LPN-FAHRLÄNDER, art. 24e N 17 s. ; SIDI-ALI, 107 s., 177 ss ; OFEV, Reconstitution, 19, 38 ss.

98 Prônant une approche similaire en droit de la responsabilité civile : DUPONT, 172 ss ; GÄHWILER, Art. 15 BGF N 50.

99 Directive 2004/35/CE (annexe II) ; NEYRET *et al.*, Réparation, 26 ss ; GRIMONPREZ, 350 ss.

100 Comp. avec l'annexe II de la directive 2004/35/CE, qui parle de réparation « primaire » (ch. 1a).

101 ATF 127 III 73, c. 5, JdT 2001 I 495 ; 129 III 331, c. 2.2, JdT 2003 I 629 ; DUPONT, 175 ; WESSNER, 800, souligne le cas, plus problématique, d'un arbre pluricentenaire.

102 Comm. LPN-FAHRLÄNDER, art. 24e N 17.

103 DUPONT, 176.

104 L'annexe II de la directive 2004/35/CE parle ici de réparation « complémentaire » (ch. 1b) et privilégie une approche « ressource-ressource » ou « service-service » (ch. 1.2.2).

105 OFEV, Reconstitution, 24.

106 TF, 17.4.2014, 1C_688/2013, c. 6.2 [f].

107 Voir le régime prévu à l'art. 7 LFo, qui permet également de renoncer au reboisement pour des mesures équivalentes en faveur de la nature et du paysage (al. 2 et 3). Cf. Initiative parlementaire « Flexibilisation », 4104 ss ; LARGEY, 555 s., 560 s.

construction de dispositifs de montaison pour poissons¹⁰⁸, l'aménagement d'un nouveau site de reproduction d'oiseaux protégés¹⁰⁹ ou même le fait de relâcher un ou plusieurs de ces oiseaux dans la nature, suite au braconnage de leurs congénères¹¹⁰ ;

- enfin, la **compensation financière**, laquelle est toutefois accueillie avec une certaine circonspection et ne devrait entrer en ligne de compte que lorsque des mesures de reconstitution ou de remplacement s'avèrent impossibles ou disproportionnées¹¹¹. Cette mesure suppose de chiffrer le dommage, exercice particulièrement délicat pour les préjudices écologiques purs, portant sur des biens qui, par définition, sont hors commerce¹¹². Des méthodes existent pourtant, qui s'attachent pour certaines à exprimer en des termes monétaires les pertes de bien-être subies par les individus¹¹³, pour d'autres à arrêter les coûts de remise en état de l'environnement ayant été économisés par l'auteur¹¹⁴. Dans tous les cas, on préférera, plutôt qu'une indemnité versée sans affectation particulière, des solutions plus innovantes, garantissant un gain écologique réel, telles que les « pool de mesures », soit la participation du responsable à un projet déjà élaboré (p. ex. la revitalisation d'une zone alluviale), mais n'ayant pas encore pu être mis en œuvre par manque de moyens financiers¹¹⁵. Certains pays vont plus loin encore, en instaurant de véritables banques de compensation écologique, qui vendent des unités immatérielles attachées à des espaces naturels agréés à des particuliers, dans le but d'éteindre leur obligation de réparer, au risque toutefois de renverser le paradigme et de passer du principe du « pollueur-payeur » à celui du « payeur-pollueur »¹¹⁶...
- bien qu'elle ne soit pas expressément prévue par la LPN, on peut encore mentionner la réparation dite « **compensatoire** »¹¹⁷, soit toute action entreprise afin de com-

108 OFEN, *Bewertung*, 15, 53 ss.

109 PARANCE, 290 ; voir aussi NEYRET et al., *Réparation*, 23.

110 Cf. TF, 20.2.2004, 4C.317/2002, c. 5.2 [f] (gypaète barbu abattu par un chasseur) : examinant l'art. 23 LChP, le TF cite les travaux préparatoires de l'ancienne législation sur la chasse, selon lesquels « les dommages-intérêts devaient principalement servir à l'acquisition de gibier vivant destiné à remplacer le gibier illicitement tué ». Voir aussi NEYRET *et al.*, *Réparation*, 27 : réintroduction d'une espèce au patrimoine génétique proche de celle qui a été touchée et qui est en voie d'extinction, p. ex. des ours bruns d'origine slovène dans les Pyrénées.

111 LARGEY, 562 s., 579 ; MORIN, 154 ; Comm. LPN-FAHRLÄNDER, art. 24e N 20 ; OFEV, *Reconstitution*, 68 ; voir aussi ATF 120 Ib 161, c. 2, JdT 1996 I 537 (LFo).

112 GRIMONPREZ, 354 ; WESSNER, 806 ; OFEN, *Bewertung*, 50, 64 ; WALDZUS, 200 ss.

113 En comparant les coûts de transport vers un site naturel ou le prix de l'immobilier, voire en interrogeant les agents économiques sur la base d'un questionnaire, cf. HAY, 398 s. Critique : DUPONT, 192 ss.

114 Cf. DUPONT, 195 ss, qui propose une indemnisation forfaitaire inspirée d'Allemagne ; OFEV, *Reconstitution*, 26 ; pour la France, voir HAY, 400 s.

115 OFEV, *Reconstitution*, 62 ss, qui mentionne aussi le « pool de terrains » ; Comm. LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 N 39 ; LARGEY, 562 ; Initiative parlementaire « Flexibilisation », 4105.

116 Cf. GRIMONPREZ, 355, pour la France ; pour le Luxembourg, voir le règlement grand-ducal du 1.8.2018 instituant un système numérique d'évaluation et de compensation en éco-points.

117 Cf. l'annexe II de la directive 2004/35/CE (ch. 1c).

penser les pertes intermédiaires de ressources naturelles (ou « moins-value écologique »¹¹⁸) qui surviennent jusqu'à ce que la réparation du dommage (par une mesure de reconstitution ou de remplacement) ait pleinement produit ses effets¹¹⁹.

d) *Conséquences sur l'art. 53 CP : une possibilité, quelques difficultés*

- 20.65 Les développements qui précèdent sur le dommage environnemental et sa réparation ne font pas obstacle à l'application de l'art. 53 CP en droit pénal de l'environnement, au contraire : on rappelle que la réparation au sens de cette disposition s'entend non seulement en espèces, mais aussi en nature, voire, si une réparation effective n'est pas possible, notamment parce que le dommage est irréparable, sous d'autres formes encore¹²⁰. Rien n'empêche donc de considérer que la réparation du préjudice écologique – qu'elle soit fondée sur le droit de la responsabilité civile ou, le plus souvent, administratif – auprès de l'autorité compétente emporte réparation au sens de l'art. 53 CP. Il en va de même lorsqu'une réparation effective, par des mesures de **reconstitution**, n'est pas possible, mais qu'en lieu et place sont prises des mesures de **remplacement** voire, en dernier recours, de **compensation financière**¹²¹.
- 20.66 Cette admissibilité de principe ne saurait occulter le fait que la réparation du dommage, notamment du dommage purement écologique, peut néanmoins se heurter à certaines difficultés, qui sont au moins au nombre de trois :
- 20.67 La première porte sur la **personne de l'auteur de l'infraction**, dont il n'est pas rare qu'elle ne coïncide pas avec celle désignée par le droit civil ou administratif pour réparer le dommage. Certes, la doctrine admet que la réparation de l'art. 53 CP peut provenir d'un tiers (p. ex. d'une assurance), que l'auteur rembourse ensuite¹²², soit une situation qui n'est pas foncièrement différente de celle où l'État prend lui-même les mesures qui s'imposent, puis met leur coût à la charge du perturbateur (art. 59 LPE), qui s'en acquitte. Encore faut-il que le perturbateur soit bel et bien l'auteur de l'infraction, à défaut de quoi ce dernier n'aura en définitive rien fait pour réparer le dommage. Or, dès lors qu'une activité économique est en cause (p. ex. le domaine de la construction), le perturbateur

118 DUPONT, 175, 200.

119 P. ex. la mise en place d'un biotope provisoire servant de corridor migratoire, cf. OFEV, Reconstitution, 46. En France, le ministère de la transition écologique a développé une méthode destinée à évaluer l'étendue de cette réparation compensatoire, voir le rapport « Comment réparer des dommages écologiques de moindre gravité ? » de mai 2017.

120 BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 9 s., 14 s., qui cite à titre d'exemple de ces autres formes de réparation l'assainissement d'un terrain contaminé par une pollution ; voir aussi STRATENWERTH/BOMMER, 252 s.

121 Sur l'application de ces mesures aux actes destructeurs d'ordre criminel également, cf. SIDI-ALI, 179.

122 BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 20 ss ; ACKERMANN/WEILENMANN, 50 s. ; plus nuancé : MACALUSO, 124.

au sens de l'art. 59 LPE sera bien souvent une personne morale¹²³ et l'auteur de l'infraction, un ou plusieurs individus déterminés au sein de celle-ci¹²⁴. La situation est rendue plus opaque encore par la possibilité, prévue par le droit administratif, de partager les coûts entre une pluralité de perturbateurs (par comportement ou par situation)¹²⁵. Dans tous ces cas de figure, la réparation du dommage écologique pur n'émanera pas de l'auteur de l'infraction, lequel devra envisager une autre forme de réparation afin de pouvoir malgré tout bénéficier de l'art. 53 CP.

La deuxième difficulté part du constat que **le temps de la justice pénale** n'est pas le même que celui de la justice civile ou administrative, avec pour conséquence que l'instruction risque d'arriver à son terme bien avant que les autorités civiles ou administratives aient pu seulement arrêter le dommage et donc constater s'il avait ou non été réparé¹²⁶. Ce décalage, qui peut s'expliquer par des considérations liées au principe de célérité et à la prescription de l'action pénale¹²⁷, complique la tâche des autorités répressives amenées à examiner si le dommage a pu être réparé, ce qui pourrait, ici aussi, favoriser d'autres formes de réparation.

La troisième et dernière difficulté tient au fait que nombre d'infractions prévues en droit pénal de l'environnement sont des délits de **mise en danger**, punissant parfois le seul non-respect d'une décision prise par l'autorité¹²⁸, sans exiger pour le surplus que le comportement réprimé ait effectivement causé un dommage à autrui ou à l'environnement en tant que tel, dommage qui peut donc faire défaut dans le cas d'espèce.

Ces trois situations ont de commun qu'une réparation du dommage (purement écologique) par l'auteur ne pourra être constatée par l'autorité pénale. Parfois, elle ne sera du reste techniquement pas possible. L'application de l'art. 53 CP n'en est pas exclue pour autant, puisque cette disposition vise également le cas dans lequel l'auteur a « accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé ». En cas d'infraction contre des biens juridiques collectifs, ces efforts devraient, dans la mesure du possible, se rapporter au bien juridique concerné (la doc-

123 Cf. MORIN, 150.

124 Pour une illustration, cf. TF, 14.12.2006, 1A.250/2005, partie en fait, let. A [f]. Sur la portée limitée de la responsabilité pénale des entreprises en droit de l'environnement : cf. n. 53 *supra*.

125 P. ex. l'exploitant d'une décharge comme perturbateur par comportement, et le propriétaire du bien-fonds sur lequel se trouve la décharge comme perturbateur par situation. Cf. ATF 144 II 332, c. 3.1, JdT 2019 I 225 ; MORIN, 150.

126 Cf. TF, 20.2.2004, 4C.317/2002 [f] ; 14.12.2006, 1A.250/2005 [f] ; 11.2.2013, 2C_404/2012 [f] ; 17.4.2014, 1C_688/2013 [f], symptomatiques à cet égard, puisque dans chacun de ces arrêts, un jugement pénal avait déjà été rendu au moment où la procédure civile ou administrative débutait.

127 Voir l'exemple cité par KRAYENBÜHL, 161 ; comp. avec le caractère en principe imprescriptible de l'obligation (de droit public) de restaurer l'état antérieur à l'atteinte : METTLER/MOSER/STARKE, 412 ; TF, 24.2.2016, 1C_524/2014, c. 8 [f].

128 Soit des situations dans lesquelles on a vu que l'intérêt public à poursuivre l'auteur pourra être qualifié de peu important, cf. N 20.47 ss.

trine parle de « *spiegelnde Wiedergutmachung* »)¹²⁹. Dans notre domaine, on peut penser à une **réparation symbolique**, comme un don en faveur d'une association de protection de la nature¹³⁰, le soutien apporté à un « pool de mesures », ou encore la participation à un projet de compensation des émissions de CO₂¹³¹, soit autant de mesures concrètes préférables à un simple versement dans les caisses étatiques. Selon la gravité de l'acte, l'auteur pourrait également être amené à prendre à sa charge les coûts incombant aux différents perturbateurs désignés par le droit administratif (si ces coûts ont pu être arrêtés dans l'intervalle)¹³², voire à adopter lui-même des **mesures de réparation dites « compensatoires »**, destinées à compenser la moins-value écologique des ressources naturelles touchées, dans l'attente de leur réparation pleine et entière. Enfin, des **mesures organisationnelles** peuvent aussi être considérées, par exemple la mise en place de nouvelles procédures de gestion des risques écologiques au sein de l'entreprise prévenue, respectivement de l'entreprise qui emploie l'auteur et au travers de laquelle il a agi, ou encore la surveillance – on parle de *compliance* écologique – des entreprises « mauvais élèves » dans le domaine de la protection de l'environnement. Ce qui importe alors, c'est que l'auteur soit à l'initiative des mesures ou y prenne à tout le moins une part active¹³³.

IV. Conclusion

- 20.71 Un des principes cardinaux du droit (public) de l'environnement est celui du « pollueur-payeur ». Ce principe vise à faire supporter le coût des mesures prises ensuite d'une atteinte à l'environnement à celui qui est à l'origine de celle-ci. Hormis quelques dispositions éparées de responsabilité civile, le principe du « pollueur-payeur », tel qu'il est concrétisé à l'art. 59 LPE, constitue le principal fondement de la réparation du dommage purement écologique en droit suisse.
- 20.72 Or lorsque l'atteinte à l'environnement est suffisamment grave pour constituer une infraction au droit (pénal) de l'environnement, se pose naturellement la question de l'articulation entre le principe du « pollueur-payeur » et celui d'**opportunité des pour-**

129 ACKERMANN/WEILENMANN, 44 s.; BSK StGB I-RIKLIN, art. 53 N 17; ANGST/MAURER, Teil 2, 373; voir aussi STRATENWERTH/BOMMER, 253.

130 Soit la forme de réparation qui semble avoir été privilégiée en pratique : cf. les exemples cités par KRAYENBÜHL, 160 ss et HILF, 96 s. Pour l'Allemagne, voir KRACHT, 333, avec d'autres exemples sur l'utilisation de fonds confisqués.

131 Cf. art. 26 de la Loi sur le CO₂. Voir les nombreux projets de compensation en Suisse sur le site de l'OFEV : www.bafu.admin.ch > thèmes > climat > informations pour spécialistes > politique climatique > compensation des émissions de CO₂.

132 Cf. GRODECKI, Art. 59 LPE N 93 s. et SIDI-ALI, 209 ss, sur la possibilité de conclure des conventions de droit privé ou de droit administratif entre les perturbateurs et/ou l'autorité. Pour l'Allemagne, cf. WALDZUS, 207 ss, sur la prise en charge par l'auteur des coûts d'investigation de l'État en tant que mesure de réparation, lorsque l'infraction n'a pas causé de dommage écologique.

133 Cf. ACKERMANN/WEILENMANN, 56, avec l'exemple d'une pollution des eaux causée par un employé d'une entreprise chimique.

suites, plus particulièrement l'art. 53 CP. Le pollueur qui est également auteur peut-il ainsi se « dédouaner » en prenant à sa charge les coûts de la pollution et donc en réparant le dommage résultant de l'infraction au sens de cette disposition ?

La réponse à cette question est entre les mains des autorités de poursuite pénale, dont la marge de manœuvre est grande pour décider si l'auteur aura, dans un cas concret, effectivement (et suffisamment) réparé le tort qu'il a causé¹³⁴. C'est bien là l'enjeu principal de l'application de l'art. 53 CP en droit pénal de l'environnement. En effet, le passage en revue de ses **autres conditions** n'a pas permis de déceler d'obstacle insurmontable à la transposition de la norme dans cette matière : les infractions prévues sont compatibles du point de vue de la peine (let. a), l'intérêt du lésé fera régulièrement défaut, l'intérêt public sera déterminé en fonction de l'atteinte à la composante environnementale touchée (let. b) et les aveux, bien qu'ils soient critiquables et parfois difficiles à circonscrire, devront désormais ressortir clairement du dossier (let. c).

Pour la **réparation**, on a vu que le droit public de l'environnement prévoyait déjà toute une batterie de mesures destinées à réparer, dans la mesure du possible, le dommage causé à l'environnement : reconstitution, remplacement, compensation financière, voire réparation dite « compensatoire ». Chacune de ces mesures devrait selon nous permettre à l'autorité pénale de retenir que l'auteur, en se conformant à ses obligations de nature administrative, aura réparé le dommage au sens de l'art. 53 CP. Dans certains cas toutefois, la réparation du dommage par l'auteur s'avérera plus difficile. On pense ici notamment aux situations dans lesquelles la personne de l'auteur et celle du pollueur divergent, aux lenteurs dans la procédure administrative (ou civile) parallèle, voire aux infractions n'ayant pas causé de dommage concret. Cela n'empêche pas que l'auteur tente de réparer d'une autre manière le tort causé, par exemple en apportant son soutien à des projets d'intérêt public ou en mettant sur pied des procédures de *compliance* écologique.

En définitive, l'affirmation selon laquelle l'art. 53 CP serait compatible avec le principe du « pollueur-payeur » est certes soutenable sur un plan théorique, mais doit toutefois être immédiatement assortie de **deux réserves**. D'abord, les enjeux environnementaux actuels devraient *de facto* empêcher une application par trop généreuse de cette norme, dont le champ devrait se limiter, en pratique, aux infractions de faible (voire moyenne) gravité, à l'exclusion de celles ayant causé des atteintes importantes, voire irréversibles à l'environnement. Sur un plan juridique, cela se traduira probablement par un examen toujours plus strict de la condition du peu d'importance de l'intérêt public à poursuivre l'auteur (art. 53 let. b CP)¹³⁵. Ensuite, si réparation il y a, il faut selon nous privilégier la réparation en nature qui, bien que souvent imparfaite, pourrait être soumise au contrôle d'une autorité spécialisée (p. ex. l'OFEV) et reste préférable au versement désintéressé

134 Cf. MACALUSO, 124.

135 Le problème se retrouve en matière de corruption transnationale : cf. VILLARD/BERTOSSA, 180.

d'une somme d'argent¹³⁶. Aussi, l'auteur qui s'efforce de prendre par lui-même les mesures prescrites devrait plus facilement pouvoir bénéficier de l'art. 53 CP que celui qui se contente de s'acquitter de leur coût. Dans ce contexte, le principe du « pollueur-payeur » gagnerait à être renommé en principe du « pollueur-réparateur ».

- 20.76 Au moment de conclure, on doit encore mentionner un outil qui, bien qu'inconnu du droit suisse, pourrait néanmoins être une bonne alternative à l'art. 53 CP, tout particulièrement en matière de criminalité « verte » : la **transaction pénale**. Plutôt qu'un abandon unilatéral des poursuites, cette procédure permettrait au prévenu et au ministère public de passer un accord, au terme duquel le procureur consent à différer la mise en accusation, pour autant que le prévenu remplisse des obligations définies et adopte certains comportements. Si, au terme d'un délai, le prévenu a respecté l'accord, la procédure à son encontre est classée. Par rapport à l'art. 53 CP, ce mécanisme a l'avantage de ne pas être limité aux cas de peu de gravité et, surtout, d'être transparent, puisque l'accord trouvé entre les parties sera rendu public.
- 20.77 Sous d'autres latitudes, ces procédures existent déjà. Elles sont d'ailleurs régulièrement mises en œuvre pour des infractions de nature environnementale perpétrées par des entreprises¹³⁷. Aux États-Unis, l'entreprise Monsanto Company, soupçonnée d'avoir usé d'un pesticide interdit sur le sol de l'État d'Hawaï, a ainsi récemment conclu un *Deferred Prosecution Agreement* avec les ministères publics des districts californiens et hawaïens¹³⁸. Plus proche de nous, la France connaît l'institution dite de la transaction judiciaire, qui a progressivement été généralisée à l'ensemble des infractions prévues par le Code de l'environnement et que certains voient désormais comme un outil pour la réparation du dommage écologique¹³⁹. De telles considérations pourraient guider le législateur suisse vers l'adoption d'un mécanisme similaire, qui permettrait d'assurer une réparation effective du préjudice écologique par l'auteur, processus souvent long et fastidieux, pou-

136 Dans le même sens, voir SIDI-ALI, 249 s.

137 Pour l'exemple canadien, cf. N 22.33 ss ; pour les Pays-Bas, cf. WALDZUS, 187. Voir aussi l'art. 10 de la proposition de convention internationale contre la criminalité environnementale (convention écocrime), émise en 2015 par des chercheurs de plusieurs pays : NEYRET *et al.*, *Ecocrimes*, 269 ss, sp. 276.

138 Au terme de l'accord, daté du 21 novembre 2019, Monsanto s'est engagée à verser USD 10,2 millions aux autorités hawaïennes, qui useront de ce montant pour mettre en œuvre un large programme de purification des sols infectés par le pesticide en question ; en outre, un auditeur indépendant a été chargé de vérifier, tous les six mois, que la firme s'est bel et bien conformée aux règles relatives aux pesticides. Cf. Département américain de la Justice (DOJ), *Monsanto Agrees to Plead Guilty to Illegally Spraying Banned Pesticide at Maui Facility*, <<https://www.justice.gov/usao-cdca/pr/monsanto-agrees-plead-guilty-illegally-spraying-banned-pesticide-maui-facility>> (19.4.2022) ; l'accord entier est disponible sur le site internet du DOJ, cf. <<https://www.justice.gov/usao-cdca/press-release/file/1219526/download>> (19.4.2022).

139 BARY, 276 s. ; PERRIER, 3. Selon une circulaire du Ministère de la justice du 21.4.2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement, cet outil devrait toutefois être réservé aux infractions de faible gravité et n'ayant pas causé de dommages importants à l'environnement ou à des victimes.

vant s'étendre bien au-delà de la perspective de l'autorité pénale. On pourrait également penser à une meilleure intégration des services administratifs de protection de l'environnement, lesquels seraient par exemple chargés de contrôler le respect des conditions de l'accord appartenant à leur domaine d'expertise¹⁴⁰.

Séduisante, l'institution ne concerne cependant que les infractions commises par les entreprises. En outre, l'idée semble avoir encore du chemin à faire : une proposition du ministère public de la Confédération visant à introduire dans le CPP une procédure de ce type s'est récemment vu opposer une fin de non-recevoir par le Conseil fédéral, du fait qu'elle aurait entraîné un « monnayage » de la renonciation à la poursuite pénale¹⁴¹. En l'état actuel du droit, il faudra donc se contenter de l'art. 53 CP pour faire le lien entre justice restaurative et droit pénal de l'environnement¹⁴², au travers d'un principe du « pollueur-payeur » revisité, pour l'occasion, en principe du « pollueur-réparateur ».

140 Tout en assurant une coordination entre les procédures pénale et administrative parallèles ; cf. dans ce sens NEYRET *et al.*, Réparation, 13 ss, avec des propositions en droit français.

141 Cf. VILLARD/BERTOSSA, 161, qui le regrettent (180) ; voir aussi MAEDER, 365 ss.

142 Sur la place de la justice restaurative en droit pénal de l'environnement, cf. NEYRET *et al.*, Eco-crimes, 418 ss et la contribution de NIETO MARTÍN dans le même ouvrage (183 ss).

§ 21 Comment sanctionner efficacement les personnes morales en matière d'atteinte à l'environnement ?

Nathalie Dongois et Nicolas Benoit*

« C'est une triste chose de songer que la nature parle et que le genre humain n'écoute pas. »

Victor Hugo

Table des matières

I.	Introduction	668
II.	De la culpabilité pénale d'une personne morale : à la recherche d'un rattachement possible	671
III.	De l'incrimination des infractions environnementales commises par des personnes morales : à la recherche de concepts et d'outils juridiques adaptés	674
IV.	De la poursuite et du jugement des infractions environnementales commises par des personnes morales : à la recherche d'un cadre idoine	677
V.	Des sanctions des infractions environnementales commises par des personnes morales : à la recherche de l'efficacité	683
VI.	Conclusion : à la recherche d'autres solutions	687

Bibliographie

BERETTA ALLISON, Sanctionner en vertu des art. 6 et 7 DPA, Jusletter du 8.7.2019; BICHOVSKY AUDE/JENNY FABIAN, La confiscation dans le droit pénal de l'environnement, RPS 122/1 (2004), 68 ss; CABANES VALÉRIE, Vers la reconnaissance du crime d'écocide : Un Droit Pour La Terre, 2020; DURKHEIM EMILE, De la division du travail social, 8^e éd., Paris 2013; JENNY GUIDO/KUNZ KARL-LUDWIG, Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt, Bâle 1996; DONGOIS NATHALIE/BICHOVSKY AUDE, Aspects pénaux de la protection de l'environnement, in Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités, Lausanne 2009, 63 ss; DONGOIS NATHALIE/SWATON SOPHIE, The enterprise face to the environmental challenge : straddling the fence between social responsibility and penal responsibility, in Allisson/Baranzini (éd.), Economics and other branches : in the shade of the oak tree: essays in honour of Pascal Bridel, Londres 2014, 435 ss; EICKER ANDREAS/FRANCK FRIEDERICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Berne 2012; HEINE GÜNTER, Reform des Umweltstrafrechts : Internationale Entwicklung und nationaler Stand, in Vereinigung für Umwelrecht (éd.), Umweltrecht in der Praxis, Vereinigung für Umwelrecht, Zurich 2011, 95 ss; HILF MARIANNE JOHANNA/VEST HANS, Expertise « Droit pénal de l'environnement » sur mandat de l'OFEV, Berne 2016; HILF MARIANNE JOHANNA, Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in Ackermann/Hilf (éd.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht : 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2017, 89 ss; KNOBEL ANNA/ANDEREGG MARTIN, Die Einziehung im Dienst der Umwelt, URP 2016, 201 ss; MACALUSO ALAIN, L'article 102 CP (responsabilité pénale de l'entreprise) ne crée pas une nouvelle, mais constitue une norme d'imputation : le Tribunal fédéral a enfin tranché cette ancienne querelle doctrinale, Droit

* Dongois N., maître d'enseignement et de recherche.
Benoit N., juriste MLaw.

pénal des affaires 2019 ; MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW, L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, *PJA* 2 (2019), 194 ss ; MOREILLON LAURENT/MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/DONGOIS NATHALIE (éd.), *Commentaire romand, Code pénale I, Art. 1-110 CP*, 2^e éd., Bâle 2020 (cité : CR CP I-AUTEUR · E, art. 1 N 1) ; NEYRET LAURENT (dir.), *Des écocrimes à l'écocide : le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles 2015 (cité : NEYRET, *Des écocrimes à l'écocide*) ; NEYRET LAURENT, Pour la reconnaissance du crime d'écocide, *RJE HS01/14* (2014), 177 ss (cité : NEYRET, *Pour la reconnaissance du crime d'écocide*) ; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 4^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK StGB-AUTEUR · E, art. 1 N 1) ; PAYER ANDRES, *Klimawandel als strafrechtlicher Notstand, Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne, Sui generis* 2020, 226 ss ; ROETS DAMIEN, Naissance du droit pénal européen de l'environnement (à propos de la directive 2008/99/CE du parlement européen et du conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal), *Revue Européenne de Droit de l'Environnement* 3 (2009), 271 ss ; ROTH ROBERT, Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion, *RPS* 115 (1997), 345 ss ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), *L'environnement, les ressources naturelles de la Suisse*, 1/2018 (cité : OFEV, *Environnement* 1/18).

Travaux préparatoires

Message concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, *FF* 1999 II 1787 (cité : Message nCP, *FF* 1999 II 1787).

I. Introduction

- 21.1 Il existe une différence importante entre le nombre d'infractions qui sont commises, celles dont les autorités ont connaissance, et celles qui finissent par être sanctionnées. On pourrait imaginer des cercles concentriques où le plus grand cercle représenterait l'ensemble des infractions commises, le suivant comprendrait les infractions constatées, le suivant les infractions poursuivies, le suivant encore les infractions jugées et le dernier – le plus petit – les infractions sanctionnées. Si cela est une réalité pour toutes les infractions, celles constitutives d'atteintes à l'environnement semblent être encore moins bien poursuivies que d'autres infractions. Lors d'une interview, Florian Wild, le chef de la division droit de l'Office fédéral de l'environnement expliquait en 2018 que certains cantons semblaient avoir un taux important d'affaires classées ou non traitées. En outre, il y soulignait qu'il y avait une différence marquée entre les cantons tant au niveau du nombre d'infractions environnementales commises par habitant que du taux de condamnation pour ces infractions¹.
- 21.2 Si le déclenchement de l'action pénale suppose qu'une personne adopte intentionnellement ou par négligence un comportement réprimé par une norme pénale, ce simple comportement ne fait toutefois pas immédiatement et systématiquement démarrer la poursuite pénale. À ce stade déjà, la punissabilité des personnes morales pose problème tant il est difficile d'imaginer qu'une telle faute pénale – relevant de la subjectivité – puisse être reprochée à une personne autre que physique. En outre, il faut que les autorités chargées de réprimer les infractions aient connaissance de la commission de tels

1 OFEV, *Environnement* 1/18, 14.

actes. Laissant de côté la distinction entre les infractions poursuivies d'office et celles poursuivies sur plainte – et donc de manière générale – le législateur a prévu que le ministère public doit ouvrir une enquête lorsqu'il ressort du rapport de police, des dénonciations ou de ses propres constatations qu'il existe des soupçons suffisants laissant présumer qu'une infraction a été commise². Or, il est parfois difficile de constater la commission d'une infraction environnementale. Beaucoup de pollutions sont invisibles à l'œil et il est nécessaire de mandater des spécialistes qui ont les outils technologiques afin de mesurer et évaluer les dégâts causés à l'environnement. L'une des raisons du manque de détection des infractions environnementales par les autorités est à notre sens l'absence de victime(s) directe(s) de l'acte. En effet, il semble évident que, lorsqu'une personne se fait voler son portefeuille, elle aille au commissariat le plus proche afin de déposer plainte. Ayant été directement lésée dans un de ses biens juridiquement protégés individuels – à savoir son patrimoine – la victime est légitimée et intéressée à ce qu'une action pénale soit déclenchée. L'environnement est, quant à lui, un bien juridiquement protégé collectif. Il appartient de ce fait à tout le monde. Ainsi, lorsqu'une atteinte lui est portée, toute la population suisse est censée être touchée. Pour autant, un citoyen n'a pas la qualité de partie dans une éventuelle procédure pénale, il ne peut que dénoncer l'atteinte qui a été faite à l'environnement³. Or, pour dénoncer un acte, il faut tout d'abord qu'il en prenne connaissance, soit en étant le témoin oculaire direct de l'atteinte, soit en observant les effets visibles de la pollution, il faut ensuite qu'il considère que ce qu'il vient de voir est assez grave pour mériter d'être dénoncé.

À partir de là, force est de reconnaître non seulement que toutes les infractions environnementales ne sont pas détectées, mais aussi et surtout que certaines, même lorsqu'elles le sont, ne sont pas dénoncées comme il se devrait aux autorités, tout citoyen ne s'estimant pas suffisamment intéressé à la cause, soit parce qu'il ne se sent pas directement ou suffisamment touché par l'atteinte à l'environnement qui n'est pas un bien lui appartenant en propre, mais un bien collectif, soit parce qu'il considère qu'il incombe à d'autres de faire la démarche nécessaire. 21.3

Ensuite, il convient de relever que le rassemblement d'indices en matière d'atteintes environnementales n'est pas aisé. Lors de l'enquête, le ministère public doit recueillir des preuves suffisantes pour démontrer qu'une infraction a bel et bien été commise⁴. Il peut déléguer et il délègue souvent cette tâche à la police⁵. La police mène alors ses investigations et tente de recueillir un maximum d'indices et de preuves afin de consti- 21.4

2 Cf. art. 309 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0).

3 Nous notons que pour remédier à ce problème, une association a récemment lancé l'idée d'accorder la personnalité juridique à un cours d'eau (le Rhône en l'espèce). À ce sujet cf. <<https://www.rts.ch/info/suisse/11613689-et-si-le-rhone-pour-se-defendre-devenait-une-personnalite-juridique.html>> (28.9.2020). L'idée est intéressante, il faut toutefois souligner qu'il risque d'être compliqué de déterminer qui sera la personne compétente pour déterminer et défendre les intérêts du fleuve.

4 Cf. art. 308 ss CPP.

5 Cf. art. 309 al. 2 CPP, ainsi que 311 et 312 CPP.

tuer un rapport qui permettra au ministère public de préparer un acte d'accusation. Si, lors de cette phase, les preuves semblent insuffisantes ou s'il est impossible de trouver le coupable, le ministère public doit alors prononcer une ordonnance de classement⁶. Cela signifie qu'une atteinte potentielle à l'environnement n'est alors pas punie. Si, au contraire, les preuves permettent de déterminer qu'une infraction pénale a été commise et que l'on peut identifier son auteur, le ministère public doit rendre soit une ordonnance pénale⁷ – ce qui correspond à une proposition de jugement – soit un acte d'accusation qu'il devra ensuite défendre devant le tribunal⁸. À ce niveau, lorsque l'on a affaire à une atteinte à l'environnement que l'on ne parvient à imputer à aucune personne physique, le manque de cet élément risque fort de se traduire par l'impossibilité de retenir l'infraction en cause tant il est vrai d'une part que la plupart des infractions environnementales réprimées par le CP⁹ ou le droit pénal accessoire¹⁰ supposent que leur auteur soit une personne physique et non une personne morale et d'autre part qu'il s'avère difficile en pratique de remonter à la responsabilité d'une personne physique en particulier. Aussi le défaut de responsabilité pénale des personnes morales en matière d'infractions environnementales mérite-t-il à notre sens d'être relevé.

- 21.5 Ensuite, lors du procès, les juges doivent examiner la solidité des actes d'accusation en vérifiant que les faits ont été correctement établis, grâce à des moyens de preuve admissibles et convaincants. Ils peuvent en outre recueillir eux-mêmes de nouveaux moyens

6 Cf. art. 319 al. 1 lit. a CPP.

7 Cf. art. 352 CPP et les conditions énumérées.

8 Cf. art. 324 CPP.

9 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

10 Au niveau suisse, les dispositions répressives du droit de l'environnement sont éparpillées dans divers textes. Certaines se trouvent directement dans le CP, dont on peut citer à titre d'exemples les articles 117, 122, 123, 125, 129 et 221 à 230. D'autres se trouvent dans des lois fédérales spécifiques au pan de la protection de l'environnement au sens large, à savoir non seulement dans la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01), mais aussi dans la Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20), la Loi fédérale du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (LCITES, RS 453), la Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur la forêt (LFo, RS 921.0), la Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP, RS 922.0), la Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG, RS 814.91), la Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction de émissions de CO₂ (Loi sur le CO₂, RS 641.71), la Loi fédérale du 21 juin 1991 sur l'aménagement des cours d'eau (LACE, RS 721.100), la Loi fédérale du 19 novembre 1980 sur le Parc national suisse (Loi sur le Parc national, RS 454), la Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP, RS 923.0) et la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN, RS 451). La plupart de ces lois contiennent des dispositions pénales qui permettent de sanctionner certains comportements. Ainsi, on peut citer les articles 60, 61, 61a LPE, 70 et 71 LEaux, 42 et 43 LFo, 17 et 18 LChP, 35 LGG, 42 et 43 Loi sur le CO₂, 16 et 17 LFSP, 24 et 24a LPN, 8 de la Loi sur le Parc national. Ces lois fédérales sont accompagnées de très nombreuses ordonnances auxquelles certaines dispositions pénales font indirectement référence. Cette réglementation morcelée n'est pas sans poser quelques problèmes de lisibilité législative – et selon certains auteurs sa conformité au principe fondamental de la clarté de la base légale mérite d'être examinée au cas par cas (HILF/VEST, 61 ss).

de preuve¹¹. Enfin, si les juges ont encore un doute quant à la culpabilité du prévenu, ils doivent l'acquitter¹².

Idéalement, certes, les citoyens devraient être plus sensibles à la cause environnementale, les policiers et les procureurs convenablement formés pour détecter et maîtriser les infractions spécifiques à l'environnement, mais il faudrait surtout que les juges utilisent les outils mis à leur disposition ou même qu'ils aient de tels outils pour sanctionner efficacement ce type d'atteintes. Or, nous considérons que ces outils de répression, notamment lorsque les infractions environnementales sont le fait de personnes morales, doivent être repensés au vu de la spécificité des problèmes qui se posent en la matière : le rattachement de la culpabilité, plus particulièrement d'une faute pénale, à une personne morale est en soi problématique (II) ; l'incrimination même des infractions environnementales commises par des personnes morales suppose – pour être (plus) efficace – le recours à des concepts/outils juridiques adaptés (III) ; la poursuite et le jugement de telles infractions nécessitent qu'un cadre légal idoine soit posé (IV) ; il faut également que les infractions environnementales commises par des personnes morales soient assorties de sanctions efficaces (V)¹³ ; enfin, quelques solutions alternatives ou complémentaires peuvent – encore – être proposées, ce que nous verrons en conclusion (VI). 21.6

II. De la culpabilité pénale d'une personne morale : à la recherche d'un rattachement possible

La nécessité de prévoir la punissabilité de la personne morale en cas d'atteinte à l'environnement ne coule – de prime abord – pas de source, et ce pour deux raisons principales. 21.7

D'une part, il convient de s'interroger sur le sens que peut avoir une peine pénale pour une personne morale. En effet, cette sanction ne pourrait remplir toutes les fonctions qui lui sont d'ordinaire attachées dès lors qu'elle viserait une personne morale. Par exemple, la question de savoir si la fonction de resocialisation pourrait avoir le moindre écho sur une personne morale mérite d'être posée¹⁴. Dans ce contexte, punir une personne physique en raison de la faute (intention ou négligence) qui assortit son comportement blâmable, non seulement semble plus opportun, mais revêt tout son intérêt 21.8

11 Cf. art. 6, 9, 10 al. 2 et 139 ss CPP.

12 Cf. art. 10 al. 3 CPP.

13 La question de la réparation faisant l'objet d'une autre contribution de cet ouvrage (cf. sur ce point § 20 *in toto*), l'application de l'article 53 CP qui permet de renoncer à poursuivre une personne ou une entreprise ou encore à l'exempter de toute peine si elle a réparé le dommage, ne sera pas traité dans cette contribution.

14 Nous reprenons ici la distinction faite par Durkheim s'agissant des fonctions de la peine pénale, l'un étant morale (en rapport avec la notion d'expiation), les autres étant utilitaires (en rapport notamment avec la nécessité d'assurer la prévention tant générale que spéciale, de neutraliser l'auteur, ou encore d'assurer la réinsertion sociale de ce dernier ou la cohésion sociale ...). (DURKHEIM, 1 ss).

du fait que les peines pénales prennent dès lors pleinement leur sens et sont toutes applicables¹⁵.

- 21.9 D'autre part, si l'essentiel réside dans la possibilité d'exiger la réparation du dommage environnemental provoqué par une personne morale dans le cadre de son activité, le principe du pollueur-payeur, en droit administratif, devrait suffire à pallier tout problème résultant d'une pollution par exemple. En effet, ce principe permet d'engager la responsabilité civile d'une entreprise dans de tels cas. Au vu des difficultés qu'il y a à imputer une faute pénale à une personne morale, se contenter du principe du pollueur-payeur, qui invite l'autorité administrative à reporter le coût des mesures prévues par la loi sur le perturbateur par comportement ou situation (art. 2 et 59 LPE ; art. 54 LEaux), peut sembler approprié. Toutefois, si les autorités peuvent, en application de ce principe, demander la réparation du préjudice environnemental généré dans le cadre de l'activité d'une entreprise, il faut, pour sa mise en œuvre, qu'une mesure puisse être imputée à une personne physique ou morale, indépendamment de l'illicéité de l'acte (ainsi, en matière de sites contaminés, les perturbateurs par situation ou comportement peuvent devoir prendre en charge les frais de diverses opérations liées à l'assainissement, pour autant que les atteintes à l'environnement soient en lien « immédiat » avec un bien-fonds et indépendamment du fait que l'activité qui a généré les atteintes ait pu être licite ou non, au moment des faits) ; la faute peut par ailleurs jouer un rôle au moment de la répartition des coûts (art. 32d al. 2 LPE) d'une atteinte¹⁶.
- 21.10 Aussi, agir pénalement contre les entreprises en tant que personnes morales pour les atteintes à l'environnement qu'elles causent dans le cadre de leurs activités apparaît-il comme un pas supplémentaire qu'il convient de franchir et ce bien que de nombreux auteurs soient arrivés à la conclusion qu'il était souvent très difficile d'assurer une telle punissabilité¹⁷. La notion de culpabilité des entreprises est d'ailleurs très récente, la devise latine « *societas delinquere non potest* » selon laquelle une personne morale ne peut pas se rendre coupable d'un délit ayant longtemps prédominé¹⁸. Avec l'évolution de la société et le développement de la criminalité organisée, il a toutefois été nécessaire de remettre en cause cet adage issu de la période antique¹⁹. Le temps est venu de malmenner une nouvelle fois ce principe au vu de la nécessité de lutter efficacement contre les atteintes environnementales. Dans ce contexte, comment repenser le rattachement de la culpabilité pénale à une personne morale ?

15 Faut-il indiquer ici qu'une peine privative de liberté ne peut pas être subie par une personne autre que physique ?

16 La définition du « pollueur » a fait l'objet de débats au sein de l'OCDE. Sur ce point, voir par exemple Les Analyses et Recommandations de l'OCDE sur le Principe Pollueur-Payeur (OCDE/GD (92) 81), 8 ss, disponible sous : <<http://www.oecd.org>> (22.4.2021).

17 HILF/VEST, 69 ss ; DONGOIS/BICHOVSKY, 79 ss ; BICHOVSKY/JENNY, 74 ss.

18 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 9 ss et les réf. citées ; Message nCP, FF 1999 II 1787,1944-1948.

19 BERETTA, N 5.

Une faute pénale ne peut en principe être imputée qu'à une personne physique ayant précisément la capacité d'assortir un comportement d'une certaine subjectivité, que ce soit sous la forme d'une intention ou d'une négligence. Imputer un acte répréhensible à une personne morale suppose alors une nouvelle forme de faute pénale dans la mesure où l'intention comme la négligence ne peuvent être reprochées qu'à des personnes physiques. Toutefois, le législateur a prévu à l'article 102 CP, qu'un « défaut d'organisation de l'entreprise » permettrait de poursuivre pénalement une personne morale, instituant ainsi une nouvelle forme de faute pénale²⁰ réprimant ainsi une personne morale²¹. En droit pénal administratif, les articles 6 et 7 DPA, permettent, quant à eux, aux autorités d'infliger une amende aux entreprises lorsque l'amende prévue ne dépasse pas CHF 5 000²² et que les mesures d'instruction pour déterminer qui est la personne physique responsable du délit apparaissent disproportionnées par rapport à la peine encourue. Ce système a donc pour but de simplifier le travail des autorités en les autorisant à s'épargner des recherches dans le cas où elles sembleraient trop coûteuses²³.

Lorsque la responsabilité pénale de la personne morale a été envisagée par le droit, cela a d'abord été conçu à titre de solution par défaut, se justifiant par l'impossibilité d'imputer la faute à une personne physique (voir sur ce point l'article 102 al. 1 CP)²⁴ ou par le surcoût que cela générerait (voir sur ce point les articles 6 et 7 DPA)²⁵. Cela est peut-être regrettable ... Quoi qu'il en soit, ces dispositions présentent le mérite de montrer qu'il est

20 CR CP I-MACALUSO, art 102 N 1.

21 Selon le premier alinéa de l'article 102 CP, il est possible de réprimer une entreprise si une infraction a été commise en son sein et qu'en raison d'un manque d'organisation on ne peut imputer l'infraction à aucune personne physique déterminée. La responsabilité de la personne morale est donc subsidiaire par rapport à celle visant une personne physique. Cela est possible pour tous types de crimes et délits commis au sein d'une entreprise, dans le cadre de ses activités. Le deuxième alinéa de cette disposition permet de réprimer une entreprise lorsqu'elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission d'un certain type d'infraction en son sein. Dans ce cadre, la responsabilité de l'entreprise est engagée indépendamment de celle de la personne physique, on parle donc d'une responsabilité primaire de l'entreprise. Toutefois cette responsabilité primaire de l'entreprise n'est prévue que pour certaines infractions spécifiques en lien avec le blanchiment d'argent.

22 Ce montant peut être plus élevé en vertu de certaines dispositions légales et va parfois jusqu'à 100 000 CHF. Cf. BERETTA, 9 à ce sujet, qui cite à titre d'exemples les art. 133 al. 1 de la Loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (LJar, RS 935.51), 40 de la Loi fédérale du 21 mars 1969 sur l'imposition du tabac (LTab, RS 641.31), 39 de la Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur l'imposition de la bière (LIB, RS 641.411), 89 de la Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh, RS 812.21), 71 al. 1 de la Loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne, RS 730.0), 100 de la Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA, RS 641.20) et 125 de la Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (LD, RS 631.0).

23 Ces articles peuvent s'appliquer à la plupart des infractions environnementales, toutefois la *ratio legis* qui est l'économie de procédure semble incompatible avec le concept d'État de droit et ne se justifie pas d'un point de vue de politique criminelle.

24 Cf. N 21.33.

25 Cf. N 21.32.

possible d'engager la responsabilité pénale des personnes morales dans certains cas. À partir de là, il reste à penser une nouvelle incrimination pour les atteintes à l'environnement commises par les personnes morales comme les entreprises dans leurs activités.

III. De l'incrimination des infractions environnementales commises par des personnes morales : à la recherche de concepts et d'outils juridiques adaptés

- 21.13 Lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est envisagée de manière subsidiaire, il existe un risque que la personne physique responsable fasse en sorte de ne pouvoir être visée afin de « faire payer » la personne morale qu'est l'entreprise elle-même « à sa place », en quelque sorte. En effet, en mettant en place un processus décisionnel et de contrôle volontairement trop complexe, le dirigeant de l'entreprise peut éviter de se voir imputer la moindre faute et permettre, par voie de conséquence, d'engager la responsabilité pénale de la personne morale. La possibilité d'engager la responsabilité de la personne morale envisagée originellement pour empêcher une impunité de fait – faute de pouvoir reprocher quoi que ce soit à une personne physique – peut ainsi être détournée de son objectif premier et représenter une opportunité pour le dirigeant d'échapper à toute poursuite pénale quitte à ce que la responsabilité pénale de l'entreprise soit engagée, car cela génère un coût moindre qui de surcroît se répercute sur l'entreprise dans sa globalité et non une personne physique ciblée. Ce subterfuge se fonde sur un calcul économique, le montant de l'amende infligée à la personne morale – insuffisamment élevé, à tout le moins pour les grandes entreprises – étant préférable à toute autre forme d'atteinte que causerait une peine pénale pour le dirigeant en tant que personne physique.
- 21.14 Ainsi, la responsabilité pénale de la personne morale en cas d'atteintes à l'environnement devrait – à notre sens – être pensée de manière primaire et non subsidiaire et la sanction encourue devrait être sévère afin de s'avérer dissuasive. Une nouvelle forme de faute pénale propre à la personne morale en ce domaine permettrait de responsabiliser par le biais de la personne morale elle-même toute personne impliquée dans l'activité économique de l'entreprise. L'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale, indépendamment et/ou en parallèle de la responsabilité pénale d'une personne physique mérite en effet d'être perçu comme un moyen de faire évoluer les mentalités face au défi de la protection de l'environnement. De ce point de vue, la Responsabilité Sociale des Entreprises (ci-après : RSE), traduit du concept américain de « *Corporate Social Responsibility* », a déjà ouvert une certaine voie. En effet, les préoccupations environnementale et sociale ont progressivement intégré le domaine économique dans les années 1960, obligeant les entreprises à ne plus focaliser leurs actions uniquement sur des objectifs de profit, mais également à insérer à leurs buts commerciaux des enjeux environnementaux et sociaux. C'est ainsi que la RSE a vu le jour²⁶. Or, la RSE a été

26 La RSE a été définie en 2001 par la Commission Européenne dans son « Livre Vert » comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs acti-

instrumentalisée par les entreprises, lesquelles ont usé de ce « label » dans une démarche relevant du marketing leur permettant de donner une « bonne image » d'elles-mêmes. Cette instrumentalisation montre à quel point la logique économique de recherche de profit est parvenue à prendre le pas sur les préoccupations environnementales dans la dynamique des entreprises. Il était dès lors nécessaire d'aller au-delà²⁷ : de simples recommandations, il s'agit désormais d'imposer des obligations, que ce soit au nom de la RSE ou dans tout autre contexte, leur violation devenant constitutive d'une infraction pénale engageant la responsabilité de l'entreprise en tant que personne morale.

Ainsi, des mesures de précaution devraient être assurées – il s'agirait d'une obligation – 21.15 par les personnes morales afin de leur permettre d'éviter de commettre toute atteinte à l'environnement dans le cadre de leurs activités. Peu importerait alors de savoir qui – en tant que personne physique employée – a violé l'une de ces mesures puisque la faute pénale reprochée alors à l'entreprise en tant que personne morale serait un manque de surveillance et/ou de diligence. Les professeurs Hilf et Vest de l'Université de Berne, auteurs d'un rapport de 2016 sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement, considèrent que la seule alternative efficace consiste à établir une responsabilité de l'entreprise pour les actes de ses subordonnés qu'elle n'aurait pas suffisamment surveillés. Nous ajoutons que la violation d'une des mesures de précaution peut relever d'un défaut de vigilance au niveau du système global de fonctionnement de l'entreprise. Même si cette solution peut être critiquée – et l'a largement été lors de l'adoption de la nouvelle partie générale du Code pénal entrée en vigueur en 2007 au motif qu'elle aurait pour effet de créer une responsabilité causale de l'entreprise et non basée sur la faute²⁸ – nous persistons à vouloir ériger ce manque de surveillance/diligence en faute pénale propre aux personnes morales afin d'assurer au mieux la protection de l'environnement. En outre, cette responsabilité causale a déjà été introduite pour les infractions financières et de criminalité organisée (à l'article 102 al. 2 CP) et nous échouons à voir en quoi la protection de l'environnement ne devrait pas justifier un même processus.

Ces mesures de précaution seraient édictées en amont à un niveau international et 21.16 rendues obligatoires pour les entreprises et autres personnes morales des États parties ; leur violation fautive (intentionnelle ou par négligence) correspondrait au comportement typique de l'infraction d'atteinte à l'environnement et permettrait de punir pénalement l'entreprise en cause dès lors qu'une atteinte environnementale serait constatée, ce deuxième élément s'analysant comme une condition objective de punissabilité. Prévoir une telle condition objective de punissabilité serait en effet un bon moyen – à notre sens – d'éviter que l'entreprise en cause puisse arguer du fait qu'elle ne voulait en aucun cas commettre une telle atteinte. Il s'agirait d'une infraction formelle punie différem-

vités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes » (COMMISSION EUROPÉENNE, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre Vert, juillet 2001).

27 Sur ce point, voir DONGOIS/SWATON, 1 ss.

28 Message nCP, FF 1999 II 1787, 1944 ss.

ment selon qu'il y a une faute intentionnelle ou une imprévoyance coupable à l'origine du non-respect des normes. Ne pas avoir à chercher la moindre faute pénale au niveau de la réalisation du dommage environnemental du fait que cet élément aurait précisément été érigé en condition objective de punissabilité présenterait à notre sens un grand intérêt. Reste qu'il conviendrait quand même de démontrer l'existence d'un certain lien causal entre le non-respect des mesures et la survenance de l'atteinte à l'environnement. Il faut en effet veiller à pouvoir identifier l'entreprise à laquelle l'atteinte doit être imputée²⁹. La peine menace envisagée pourrait prendre la forme d'une sanction pécuniaire³⁰. Enfin, une compétence universelle devrait être prévue pour la poursuite et le jugement de telles causes³¹.

- 21.17 La violation de mesures obligatoires de précaution serait reprochée à l'entreprise elle-même, indépendamment de la possibilité de poursuivre et de punir le dirigeant par exemple en tant que personne physique pour avoir décidé de ne pas prendre les mesures qui s'imposaient. L'idée est alors de faire peser sur les épaules de toute personne impliquée dans l'activité économique de l'entreprise la responsabilité de l'engagement pris par la personne morale de respecter les normes préventives. Cela suppose que chacun en ait connaissance et puisse signaler tout manquement à une haute autorité qui puisse ensuite exiger la cessation des activités économiques de l'entreprise en cause.
- 21.18 Aussi, il convient de relever que l'on dispose – en théorie – d'outils juridiques permettant de mettre en place un tel système dans le but d'engager la responsabilité pénale des personnes morales qui, dans le cadre de leurs activités économiques, causeraient une atteinte à l'environnement : une nouvelle forme de faute pénale pour les personnes morales dans ce domaine qui consisterait en la violation des mesures de précaution édictées au niveau international ; le recours à une infraction formelle comprenant une condition objective de punissabilité, le recours à une compétence universelle et des sanctions dissuasives peuvent rapidement être trouvés ...
- 21.19 Reste que la mise en œuvre de tels outils et les conditions de leur effectivité peuvent quant à elles s'avérer plus délicates à assurer, la base légale internationale ne suffisant pas à pallier tous les problèmes susceptibles de se poser.

29 On peut imaginer une pollution de rivière dans laquelle plusieurs entreprises sont susceptibles d'avoir déversé certains déchets. Dans pareils cas, il conviendrait idéalement d'imputer la pollution à l'entreprise responsable. Si cela ne s'avère pas possible, on pourrait envisager de mettre en cause toutes les entreprises potentiellement responsables, à charge pour chacune d'entre elles de démontrer qu'elles ont respecté les normes de précaution (une telle preuve libératoire a déjà été pensée dans le cadre de l'initiative populaire pour des multinationales responsables). Si plusieurs entreprises n'apportent pas cette preuve, elles pourraient être tenues solidairement responsables de l'atteinte à l'environnement et être toutes condamnées à ce titre.

30 Cf. N 21.31 ss à ce sujet.

31 Cf. N 21.20 ss à ce sujet.

IV. De la poursuite et du jugement des infractions environnementales commises par des personnes morales : à la recherche d'un cadre idoine

Il est nécessaire que tous les employés d'une entreprise aient la possibilité d'agir en amont en assurant – de manière effective – un contrôle des mesures prises au niveau du fonctionnement ou de la gestion de leur entreprise. À cette condition seulement, il pourrait être imposé que les salariés, de la même manière que tous les cadres dirigeants, voire tous les actionnaires soient concernés au même titre. Cela suppose que chacun se sente investi d'un devoir de contrôle et de respect des normes. En parallèle, lorsqu'une faute de gestion, de contrôle ou d'organisation mérite d'être reprochée à une ou plusieurs personnes physiques identifiées au sein de la personne morale, il conviendrait de pouvoir en plus engager leur propre responsabilité pénale. Un tel système de responsabilité pénale suppose que des normes de précaution décidées en amont et à un niveau international soient édictées, que leur application puisse être contrôlée par tout membre de la personne morale et qu'une autorité soit en mesure de juger au cas par cas si les mesures de précaution (obligatoires) ont été violées (soit intentionnellement, soit par négligence) ou respectées, sachant que cette question ne se poserait que lorsque la condition objective de punissabilité se serait produite, soit en cas de réalisation d'une atteinte environnementale. 21.20

Les difficultés que présente la punissabilité des personnes morales en matière d'atteinte à l'environnement demeurent à notre sens – outre l'évolution des mentalités – l'exigence préalable de ce cadre, mais aussi l'assurance du respect de ces normes obligatoires au niveau non seulement international, mais mondial et leur poursuite et punissabilité en toutes circonstances, ce qui supposerait notamment une compétence universelle en la matière comme nous l'avons déjà mentionné. 21.21

Il convient ainsi d'agir au niveau international. Les atteintes à l'environnement se caractérisent souvent par leur dimension transfrontalière comme en atteste la catastrophe de la *Schweizerhalle* du 1^{er} novembre 1986³² obligeant à réfléchir à une réponse dépassant les cadres nationaux. Cette catastrophe est intervenue peu après celle de Tchernobyl qui 21.22

32 Un incendie s'était déclaré dans un local du groupe chimique Sandoz (devenu Novartis en 1996) près de Bâle. En essayant d'arrêter l'incendie, les pompiers avaient abondamment arrosé l'entrepôt, de telle sorte que les bassins de rétention avaient débordé et une importante quantité de produits chimiques s'était alors déversée dans le Rhin, en causant une importante pollution en Allemagne, en France et au Pays-Bas, ainsi qu'en Suisse. Sandoz a dû verser 43 millions de CHF de dédommagement. Toutefois, aucun membre de la direction n'a été inquiété pénalement, alors que deux pompiers ont été condamnés pour avoir provoqué une pollution du Rhin. (Cf. ATS, La catastrophe de Schweizerhalle 25 ans après, RTS, 1.1.2011, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/suisse/3556650-la-catastrophe-de-schweizerhalle-25-ans-apres.html>> [22.4.2021]). Pourtant, la direction de Sandoz avait affirmé que la plupart des substances stockées étaient inoffensives (cf. OFEV, Schweizerhalle, un incendie à l'origine de la prévention des accidents majeurs, 28.10.2016, disponible sous : <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/accidents-majeurs/dossiers/accident-chimique-schweizerhalle/incendie-origine-prevention%20.html>> [22.4.2021]).

avait provoqué un nuage radioactif se déplaçant dans toute l'Europe et causant de nombreux décès directs et indirects. La première catastrophe est partie de Suisse et a ensuite causé d'importants dégâts dans d'autres pays alors que l'accident nucléaire est partie d'ex-URSS et a causé de nombreux dégâts écologiques dans de nombreux pays d'Europe dont la Suisse.

- 21.23 À l'échelle internationale, une première tentative pour utiliser le droit pénal afin de protéger l'environnement est venue de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal³³, adoptée le 4 novembre 1998 par le Conseil de l'Europe. Toutefois cette tentative s'est soldée par un échec, car elle ne fut jamais ratifiée par assez d'États pour pouvoir entrer en vigueur³⁴. À l'heure actuelle elle n'est ratifiée que par un État (Estonie) alors que trois ratifications sont nécessaires pour qu'elle entre en vigueur (art. 13 al. 3). Quoi qu'il en soit, cette Convention est aujourd'hui obsolète, une directive européenne ayant largement repris son contenu. La Suisse n'étant pas membre de l'Union européenne, elle n'est toutefois pas liée par ce dernier instrument. Pourtant, son contenu reste intéressant au vu de notre réflexion. En effet, les pays européens ont continué les efforts entrepris au niveau du Conseil de l'Europe par le biais de l'Union européenne en adoptant le 19 novembre 2008 la Directive européenne 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal³⁵. Cette directive contraint les États membres à adopter des dispositions pénales réprimant certaines atteintes faites à l'environnement (art. 3) et les force à édicter des dispositions afin de rendre punissables les personnes morales qui causeraient des dommages importants à l'environnement³⁶. Selon son article 8, les États membres devaient transposer cette directive dans leur droit interne avant le 26 décembre 2010 et il semblerait que la plupart des États membres se soient correctement exécutés à quelques exceptions près³⁷. Cependant, si la Directive 2008/99/CE³⁸ permet de créer des infractions communes à tous les pays de l'Union européenne, elle ne prévoit pas de règles de for pour la poursuite des infractions environnementales. Ainsi, cette directive, non seulement ne concerne pas la Suisse, mais en plus s'inscrit dans un cadre qui certes dépasse celui des États pris individuellement, mais ne s'avère à notre sens pas suffisant. Un droit de l'environnement suisse qui soit « eurocompatible »³⁹ serait déjà un pas de franchi, mais idéalement, il faudrait instituer une politique de protection de l'environnement au niveau mondial.

33 STE 172.

34 BICHOVSKY/DONGOIS, 70. Liste des signatures vérifiées le 22.4.2021 et disponible sous : <<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/172>> (22.4.2021). Pour plus de détail sur le refus de la Suisse d'adhérer à cette convention, cf. HILF, n. 51 et les réf. citées.

35 Directive 2008/99/CE du 19.11.2008, JO L 328 du 6.12.2008.

36 Art. 6 et 7 de la Directive 2008/99/CE.

37 HILF/VEST, 252 N 1427. Ces auteurs citent notamment le cas de la Slovaquie, du Portugal et de la Lettonie qui, en 2013, n'avaient pas encore convenablement transposé cette directive dans leurs droits internes.

38 Cf. Directive 2008/99/CE, c. 2.

39 Du même avis : HEINE, 111 ss ; HILF/VEST. 253.

Il s'agit en effet d'être en mesure de punir de manière efficace les entreprises ayant leur siège social en Suisse (ou plus largement dans tout État), mais qui polluent principalement à l'étranger, dans les pays où les structures étatiques sont souvent défaillantes ou corruptibles⁴⁰. Les professeurs HILF ET VEST ont avancé l'idée de prévoir une nouvelle disposition incriminante au niveau du Titre 7 CP, soit dans la partie consacrée aux crimes ou délits créant un danger collectif, et ce, sous la forme d'infractions matérielles⁴¹. Cela permettrait, selon les auteurs dudit rapport, de réprimer les graves atteintes au sol, à l'eau et à l'air, ainsi que celles causées par des déchets dangereux et de poursuivre lesdites infractions – en application de ce qui est prévu aux articles 3 et 8 CP – tant au lieu où l'auteur a agi qu'au lieu où le résultat s'est produit et donc de poursuivre les atteintes à l'environnement faites à l'étranger qui ont des conséquences à l'intérieur des frontières de la Suisse. Une réforme de ce type était défendue en 2011 par Heine dans un article qui plaidait **déjà** pour une réforme urgente du droit pénal de l'environnement⁴². Ce dernier auteur semblait d'ailleurs s'appuyer sur les travaux de Kurz et Jenny de 1996 dans leur Rapport et avant-projet pour le renforcement de la protection de l'environnement par le droit pénal⁴³.

21.24

Quitte à promouvoir une avancée en matière de lutte contre les atteintes à l'environnement faites à l'étranger, nous considérons qu'une compétence universelle devrait être prévue et qu'une harmonisation du droit de l'environnement à un niveau mondial devrait s'imposer, ces conditions étant déterminantes de l'efficacité de cette lutte.

21.25

Envisager d'incriminer les infractions contre l'environnement en tant qu'infractions matérielles présenterait le désavantage de devoir prouver le lien de causalité entre l'adoption du comportement pénalement répréhensible et le résultat auquel il aurait abouti et les règles de for, certes élargies, seraient moindres que si l'on optait pour des infractions formelles comprenant une condition objective de punissabilité et prévoyant une compétence universelle. Cette dernière a déjà été instituée s'agissant par exemple de la punissabilité de certains actes – tels les actes d'ordre sexuels sur des enfants – dans un contexte de lutte contre le « tourisme sexuel ». Cette nécessité de réprimer efficace-

21.26

40 Certaines entreprises sont plus ou moins irréprochables en Suisse, mais ne semblent pas se gêner pour externaliser les tâches polluantes dans des pays moins regardants sur les normes environnementales ou sur les droits humains. Certaines entreprises sont d'ailleurs citées particulièrement souvent par des organisations non gouvernementales en raison de leurs pratiques polluantes. À titre d'exemple, on peut citer les entreprises Glencore, Syngenta, Monsanto (avant son rachat par Bayer en juin 2018) ou encore Lafarge Holcim, qui ont toutes les quatre été accusées de graves pollutions au-delà des frontières de la Suisse. L'idée selon laquelle les pays sont responsables de la protection des droits de l'homme et de l'environnement hors de leurs frontières rencontrent donc un écho de plus en plus large parmi les différents acteurs de la question (FF 2017 6008 et réf. citées).

41 HILF/VEST, 257.

42 HEINE, 112 s.

43 KURZ/JENNY, 1 ss.

ment les auteurs de tels comportements, objet d'une convention internationale⁴⁴, a ensuite donné lieu à l'insertion d'une disposition en droit interne des États parties, à l'instar de l'article 5 du Code pénal suisse dont l'intérêt majeur est de prévoir une compétence universelle en la matière. Il est important de relever le contexte : plusieurs États se sont entendus afin de lutter efficacement contre le tourisme sexuel et chaque État partie à la convention internationale a ensuite dû transposer cet engagement dans son droit interne via une disposition pénale.

- 21.27 Les atteintes à l'environnement peuvent, quant à elles, être si variées, prendre des formes et des canaux si diversifiés, qu'il est impératif d'empêcher qu'un État puisse se détourner de ses obligations en matière de protection de l'environnement en faisant appel à des services d'un autre État choisi en raison de son laxisme en matière de réglementation. La réglementation devrait alors être la même dans tous les États ! Or, les pans de l'économie potentiellement visés – qui correspondent aux domaines dans lesquels toutes les précautions devraient être assurées – sont nombreux, ce qui signifie que l'harmonisation de la réglementation devrait concerner de multiples domaines, comme par exemple tout ce qui concerne le transport de produits dangereux, qu'il soit aérien, fluvial ou maritime. La récente explosion qui a eu lieu dans le port de Beyrouth, endommageant plus de la moitié de la ville suffit à montrer qu'il faut empêcher qu'un État puisse battre pavillon de complaisance dans un autre État non lié par certaines règles afin de se détourner de ses propres obligations⁴⁵.
- 21.28 Dès lors, le cadre dans lequel devrait s'inscrire toutes les mesures de précaution devrait – idéalement – être mondial. En tout état de cause, plus il serait large mieux ce serait.
- 21.29 Si la question de la répression de l'infraction d'écocide n'est pas nouvelle, lors de l'Assemblée générale de la CPI qui s'est déroulée au moins de décembre 2019, les États du Vanuatu et des Maldives ont demandé la reconnaissance du crime d'écocide et ont proposé aux États membres de travailler à un projet d'amendement du Statut de Rome⁴⁶. En Suisse, la politicienne Adèle Thorens Goumaz a interpellé le Conseil fédéral, souhai-

44 Convention du 25 mai 2000 relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (RS 0.107.2).

45 Selon plusieurs articles de journaux, le chargement de nitrate d'ammonium responsable de l'explosion provenait d'un navire mal entretenu battant pavillon (de complaisance) moldave, détenu par un oligarque russe résidant à Chypre. Lors de l'escale à Beyrouth, les autorités portuaires ne laisseront pas repartir le navire après l'avoir inspecté (AMSILI SOPHIE, Liban : à l'origine de l'explosion, un cargo russe délabré qui ne devait pas accoster à Beyrouth, Les Echos, 7.8.2020, disponible sous : <https://www.lesechos.fr/monde/afrique-moyen-orient/liban-a-lorigine-de-lexplosion-un-cargo-russe-delabre-qui-ne-devait-pas-accoster-a-beyrouth-1229056#utm_source=newsletter&utm_medium=email> (22.4.2021) ; WALSH DECLAN/HIGGINS ANDREW, Blame for Beirut Explosion Begins With a Leaky, Troubled Ship, 5.8.2020, disponible sous : <<https://www.nytimes.com/2020/08/05/world/middleeast/beirut-explosion-ship.html?action=click&module=Top%20Stories&pgtype=Homepage>> (22.4.2021).

46 MASSEMIN EMILIE, Le crime d'écocide, bientôt dans la loi ?, Reporterre, 12.12.2019, disponible sous : <<https://reporterre.net/Le-crime-d-ecocide-bientot-dans-la-loi>> (22.4.2021) ; *Statement by H.E.*

tant savoir s'il était favorable à la reconnaissance par la CPI de la notion d'écocide ou une notion comparable et s'il est prêt à encourager une telle démarche. Le Conseil fédéral a répondu par la négative⁴⁷. Or, l'intégration au Statut de Rome du crime d'écocide présenterait un avantage certain : le fait qu'il n'y ait pas besoin d'une double incrimination. En effet, cette intégration permettrait que l'écocide soit poursuivi même si les dispositions internes d'un État ne le réprime pas⁴⁸. Il serait alors nécessaire que l'amendement proposé définisse de manière claire et précise le crime d'écocide, son degré d'intentionnalité et prévoie que le crime puisse être imputé non seulement aux États, mais également aux organisations criminelles ou encore aux multinationales⁴⁹. Une autre solution proposée serait de prévoir directement une Convention internationale sur le crime d'écocide⁵⁰. Jusqu'à présent, la pierre d'achoppement est cependant la faute pénale qu'est l'intention, qui serait difficile à démontrer et qui se traduirait par une impunité de fait à l'encontre des personnes morales. Même si ce problème serait pallié par la proposition que nous faisons d'ériger l'écocide en infraction particulière (formelle, avec une condition objective de punissabilité et une faute pénale propre à aux personnes morales que serait le manque de surveillance/vigilance), reste que ladite « Convention Ecocide » serait également litigieuse sur la question de l'institutionnalisation d'une compétence universelle. Ainsi, outre la difficulté qu'il y aurait à fédérer de nombreux États pour lutter efficacement – sur le plan pénal – contre les atteintes à l'environnement commises par les personnes morales, l'idée d'instituer une compétence extraterritoriale – de surcroît universelle – risque fort de heurter les États, au premier rang desquels figure la Suisse. En effet, une telle réticence s'est déjà fait ressentir s'agissant de l'initiative populaire pour des multinationales responsables. En effet, de grandes discussions ont eu cours au niveau politique en raison de cette initiative populaire. Cette dernière avait obtenu en 2016 les signatures nécessaires pour une votation populaire

John H. Licht, ambassador of the Republic of Vanetu to the European Union, 2-7.12.2019, disponible sous : <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf> (22.4.2021).

47 Le Conseil fédéral a argumenté que « [...]il n'y a pas lieu d'élargir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1). Le fait de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel constitue déjà expressément un crime de guerre en vertu de l'article 8 alinéa 2 lettre b chiffre Iv dudit statut. D'autres types de crimes de guerre au sens de l'article 8 peuvent également entrer en ligne de compte, étant donné que l'environnement est en principe protégé, de par sa qualité de bien de caractère civil. Les éléments constitutifs du crime contre l'humanité visés à l'article 7 s'appliquent également. La procureure de la Cour pénale internationale entend porter une attention renforcée, dans le cadre légal en vigueur, aux crimes qui ont un impact sur l'environnement. ». Cf. Avis du Conseil fédéral du 22.11.2017, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20173947>> (22.4.2021).

48 Bien que le crime d'écocide n'ait jusqu'à présent pas été intégré au Statut de Rome, plusieurs États dont la Russie, l'Arménie, la Biélorussie, la Moldavie, l'Ukraine, la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizstan, le Tadjikistan ainsi que le Vietnam ont érigé, dans leur législation interne, l'écocide en crime international (CABANES, 6). Quant à la France, elle a rejeté le projet de loi allant dans ce sens en 2019.

49 NEYRET, Pour la reconnaissance du crime d'écocide, 191.

50 NEYRET, Des écocrimes à l'écocide, 285-30.

sur le sujet. Elle a été soumise au vote de la population que le 29 novembre 2020, car différents contre-projets ont été longuement étudiés par le Parlement fédéral, alors que le Conseil fédéral proposait le rejet de l'initiative sans contre-projet⁵¹. Cette initiative visait à rendre responsables civilement les entreprises pour les violations des droits de l'homme et des normes environnementales commises par leurs filiales (juridiques ou économiques)⁵² à l'étranger. Elle prévoyait toutefois une preuve libératoire qui aurait permis d'exclure la responsabilité civile si l'entreprise prouvait qu'elle avait fait preuve d'une diligence raisonnable dans la surveillance de sa filiale. Il aurait appartenu aux entreprises d'apporter cette preuve et non aux particuliers atteints par les actes de la filiale⁵³. Cette initiative ne prévoyait aucune sanction pénale, toutefois son intérêt pour notre objet d'étude est grand, car elle permet de se rendre compte des obstacles politiques qui se dresseraient sur la route de l'institutionnalisation d'une compétence extra-territoriale de la Suisse en matière pénale pour des infractions environnementales. En effet, cette initiative populaire a déjà largement occupé les parlementaires fédéraux entre 2017 et 2020 et les contre-projets envisagés suffirent à témoigner du coût pour les citoyens suisses que représente la protection effective de l'environnement et plus encore des réticences que cela suscite⁵⁴. Les recherches menées sur cette initiative ont permis de se rendre compte des oppositions politiques, notamment lors des débats parlementaires, pour une extension de la responsabilité des entreprises au-delà des frontières de la Suisse. Tout au long des discussions de multiples acteurs sont intervenus afin de réduire la portée de l'initiative, de diminuer ses chances de succès lors d'une votation populaire ou encore d'en restreindre la portée si elle venait à être acceptée par le peuple

51 FF 2017 5999 et 6001.

52 Cf. FF 2017 6021 ss sur la notion d'« entreprise contrôlée ».

53 FF 2017 6023 s.

54 Les deux Chambres fédérales ont voulu opposer un contre-projet afin d'en diminuer l'impact pour la place économique suisse. Le Conseil national semblait être plus enclin à présenter un contre-projet qui puisse satisfaire les opposants et pourrait donc permettre le retrait de l'initiative populaire (Objet du conseil fédéral 16.077 consultable sous <www.parlement.ch> Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Synthèse message/Rapport > Délibérations > Dépêche ATS sur les délibérations au Conseil national du 4.3.2020), alors que le contre-projet de la commission juridique du Conseil des États soutenue ou même « soufflée » par le Conseil fédéral (nous reprenons ici l'expression utilisée par la dépêche qui semble sous-entendre que le texte de ce contre-projet était voulu par le Conseil fédéral) et la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter ne semblait pas convaincre les auteurs de l'initiative de renoncer à un vote populaire, car ils le considéraient comme un « contre-projet alibi » (cf. BUSSLINGER BORIS, Multinationales responsables, un vote paraît inexorable, Le Temps, 18.12.2019, disponible sous : <https://www.letemps.ch/suisse/multinationales-responsables-un-vote-paraît-inexorable> [22.4.2021]). En effet une partie de nos parlementaires est convaincue que l'adoption de ce type de norme aurait un effet immédiat sur l'attractivité de la place économique suisse et pourrait provoquer de nombreuses délocalisations. En juin 2020, les parlementaires ont décidé de retenir le contre-projet du Conseil des États lors du vote de la dernière chance après une séance de conciliation (BO 2020 N 737 et BO 2020 E 415). Le dernier mot est donc revenu au peuple et aux cantons qui ont rejeté l'initiative (cf. *supra* N 21.29).

et les cantons⁵⁵. D'ailleurs cette initiative a été rejetée, malgré une majorité du peuple en sa faveur, car moins de la moitié des cantons l'a soutenue⁵⁶.

Il nous semble donc logique qu'un même projet d'extension de la responsabilité pénale des entreprises se heurterait à d'importants obstacles politiques⁵⁷. Dans pareil contexte de réticence, on comprend mieux pourquoi le rapport rédigé par les Professeurs HILF et VEST a eu si peu de résultat concret. 21.30

V. Des sanctions des infractions environnementales commises par des personnes morales : à la recherche de l'efficacité

Comme mentionné précédemment, les sanctions telles que prévues par le droit interne suisse à l'encontre des personnes morales sont trop clémentes et de ce fait insuffisamment dissuasives. Ce même constat peut également être fait s'agissant des peines prévues en matière d'atteinte à l'environnement mettant en cause des personnes physiques⁵⁸. En outre, il semblerait que les juges appliquent avec une certaine clémence les 21.31

55 En lien avec ce dernier cas de figure, afin d'illustrer notre propos, on peut citer la passe d'armes entre la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter, et le Conseiller national zurichois Hans Ueli Vogt (BO 2020 N 735-737). Dans ces débats, la Conseillère fédérale Keller-Sutter semble affirmer que le contre-projet du Conseil national, qui pour rappel semblait convenir aux initiants même s'il atténuait fortement la portée de l'initiative populaire, aurait déjà largement mis en œuvre l'initiative populaire. Dans ce cadre on peut voir que certains conseillers nationaux ont suspecté que cette affirmation pouvait avoir pour but de préparer le terrain, dans le cas où l'initiative populaire viendrait à être acceptée par le peuple et les cantons, à une mise en œuvre de l'initiative bien plus proche du contre-projet du Conseil national que de la volonté de ses auteurs. C'est notamment le cas du Conseiller national Vogt, qui s'est empressé d'interpeller la Conseillère fédérale sur la question afin de s'assurer que le gouvernement ne tenterait pas d'appliquer une version alléguée du texte sur lequel aurait voté le peuple et les cantons avec pour argument que le texte de l'initiative irait trop loin, cela bien qu'il n'avait jamais été question auparavant au Palais fédéral de considérer le contre-projet du Conseil national comme un modèle pour la mise en œuvre de l'initiative au cas où elle devrait passer la rampe en votation. La Conseillère fédérale semble avoir été étre forcée de répondre par l'affirmative à cette interpellation.

56 Il est toutefois intéressant de constater que cette initiative a obtenu 50,7% des votes de la population et que ce n'est qu'en raison de la nécessité de la double majorité du peuple et des cantons que l'objet n'a pas abouti : <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20201129/can636.html>> (22.4.2021).

57 Plusieurs auteurs ont déjà relevé la nature politique des obstacles en matière de protection de l'environnement. Cf. ROTH, 380 s ; HEINE, 117 ; HILF/VEST, 266.

58 Les sanctions applicables en la matière aux personnes physiques seraient également trop clémentes, comme le dénoncent les professeurs HILF et VEST dans leur rapport de 2016. Ces derniers sont arrivés à la conclusion qu'une certaine harmonisation des peines était nécessaire. Ils ont souligné dans leur expertise que les peines prévues pour certains délits (au sens formel du terme) semblaient légères et ils expliquaient que cela était probablement dû à la chronologie de l'entrée en vigueur des lois environnementales, les lois les plus récentes traduisant une plus grande sensibilité écologique et prévoyant des sanctions plus sévères (HILF/VEST, 262 : les auteurs expliquent que les articles 60 LPE, 70 LEaux et 35 LGG prévoient tous une peine privative de 3 ans au plus, ce qui s'explique par leur adoption ou leur modification récente). Ces lois prévoyaient que la peine maximale était une peine privative de liberté de trois au plus. Au contraire des dispositions les plus anciennes qui

sanctions déjà considérées comme trop douces⁵⁹. Cela nous oblige à repenser un système de sanctions qui soit adapté aux types d'atteintes provoquées.

- 21.32 Comme on l'a vu, le droit suisse connaît à l'heure actuelle deux systèmes permettant de réprimer les personnes morales.
- 21.33 Il existe d'une part le système du droit pénal administratif, prévu aux articles 6 et 7 DPA, qui permet aux autorités d'infliger une amende aux entreprises lorsque l'amende prévue ne dépasse pas CHF 5000⁶⁰ et que les mesures d'instruction pour déterminer qui est la personne physique responsable du délit apparaissent disproportionnées par rapport à la peine encourue.
- 21.34 Le deuxième système qui permet d'infliger une sanction à une entreprise se trouve à l'article 102 CP. Selon le premier alinéa de cette disposition, il est possible de réprimer une entreprise si une infraction a été commise en son sein et qu'en raison d'un manque d'organisation on ne peut imputer l'infraction à aucune personne physique déterminée. L'entreprise est donc sanctionnée dans ce cadre en raison de sa mauvaise organisation⁶¹

avaient des peines maximales largement inférieures avec des sanctions entre un an et six mois de peine privative de liberté ou une peine pécuniaire (HILF/VEST, 262, les lois concernées sont la LFo, la LChP, la LFSP et la LPN). Les experts soulignaient que la solution simple serait de remonter simplement les maximaux pénaux vers le haut (une peine privative de liberté de 3 ans au plus), mais qu'il serait souhaitable de faire une analyse approfondie de chacune de ces dispositions afin de pondérer les spécificités propres à chaque infraction telles que la structure, le bien juridiquement protégé ou le type de l'atteinte avant de modifier les peines menaces (HILF/VEST, 262). Toutefois il ne semble pas que leurs recommandations aient été suivies d'effet, car quatre ans plus tard, aucune modification de ces articles n'a été faite et à notre connaissance aucun projet de révision ne semble avoir dépassé le stade de l'étude préliminaire qui était le stade d'avancement du projet en 2016 selon le Conseiller fédéral Alain Berset (BO 2016 378).

59 Au niveau de la sévérité des jugements rendus sur la base des infractions environnementales, l'Office fédéral de l'environnement a mené une enquête sur les jugements rendus entre 2013 et 2016 sur des infractions environnementales. Il est arrivé à la conclusion que ce type d'infractions n'est pas un phénomène marginal et que l'éventail des peines est loin d'être entièrement pleinement exploité (OFEV, Environnement 1/18, 8). Martin Anderegg, responsable du département Droit et études d'impact au sein de l'Office cantonal de l'environnement du canton de Saint-Gall semble partager ce constat dans un entretien lorsqu'il affirme que « les sanctions sont souvent trop bénignes » (OFEV, Environnement 1/18, 27) dans ce domaine. Cette critique ne s'adresse toutefois pas au législateur, mais au juge, qui n'utilise donc pas pleinement la marge de manœuvre qui est à sa disposition. Un autre acteur de ce domaine, Guy Krayenbühl, procureur au département « instructions spéciales » du canton de Zurich et expert en droit de l'environnement, souligne quant à lui que « pour d'autres délits aussi, les limites supérieures fixées dans la législation ne sont que rarement utilisées » (OFEV, Environnement 1/18, 33). Ce dernier affirme donc que le droit pénal de l'environnement n'est pas le seul domaine où l'on peut constater une telle clémence de la part des juges.

60 Ce montant peut être plus élevé en vertu de certaines dispositions légales et va parfois jusqu'à CHF 100 000. Cf. BERETTA, 9 à ce sujet qui cite à titre d'exemples les art. 133 al. 1 LJAr, 40 LTab, 39 LIB, 89 LPTh, 71 al. 1 LEne, 100 LTVA, 125 LD.

61 Il existait un débat pour savoir si cette disposition constituait une infraction de mauvaise organisation ou une simple norme d'imputation. La question peut toutefois rester ouverte dans le cadre de cette contribution, cf. à ce sujet MACALUSO/GARBARSKI, 194, selon lesquels l'article 102 CP ne

et c'est donc une responsabilité subsidiaire de la personne morale sur la personne physique qui est prévue. Cela est possible pour tous types de crimes et délits commis au sein d'une entreprise. Toutefois une responsabilité primaire de l'entreprise n'est prévue que pour certaines infractions spécifiques en lien avec le blanchiment d'argent et les infractions environnementales n'en font clairement pas partie. Pour ces dernières infractions, la condamnation de la personne morale ne peut donc pas être cumulative à celle de la personne physique responsable de l'infraction.

Ces dispositions sont assez largement critiquées par la doctrine, car elles contiennent certaines lacunes de punissabilité et ne sont pas forcément justifiées par des considérations de politique criminelle⁶². Hilf et Vest relèvent que si l'on prend en considération les standards européens prévus par la Directive européenne 2008/99/CE, le droit suisse présente les défauts principaux suivants⁶³ :

- Une fausse responsabilité de l'entreprise à l'art. 102 al. 1 et une simple responsabilité subsidiaire des personnes morales (les conventions internationales exigent une responsabilité cumulative entre la personne physique et la personne morale pour les infractions environnementales).
- Pas de responsabilité de l'entreprise (cumulative) en cas de délit commis par un organe ayant un pouvoir de direction au sein de la personne morale.

La nouvelle incrimination que nous proposons pallierait ces deux insuffisances : une responsabilité primaire des personnes morales serait instituée dès lors qu'il y a eu violation des règles de précaution (comportement typique de l'infraction), de manière intentionnelle ou par négligence (avec une sanction adaptée en fonction) et qu'une atteinte à l'environnement serait constatée (condition objective de punissabilité) et imputable à une personne morale dans l'exercice de ses activités. En outre, dès lors qu'une faute pourrait être reprochée à une personne physique identifiée ayant un pouvoir décisionnel au sein de la personne morale en cause, cette dernière verrait également et en parallèle sa responsabilité pénale engagée. Le cadre international – que l'on souhaite le plus large possible et dans lequel s'inscrirait cette volonté de réprimer efficacement les personnes morales portant atteinte à l'environnement –, les instances de contrôle, ainsi que l'harmonisation des règles de précaution liant tout État membre sont des exigences préalables dont dépend l'effectivité d'une lutte généralisée pour la protection de notre environnement. Il en est de même s'agissant de l'institutionnalisation d'une compétence universelle en la matière et de la non-exigence de la double incrimination. La globalisation du système et le caractère universel de la compétence extrater-

constituait pas une infraction autonome et BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 18 ss pour le point de vue contraire. Le Tribunal fédéral a toutefois récemment tranché dans ce débat dans un arrêt 6B_31/2019 du 12.12.2019 en faveur de la norme d'imputation. Cela signifie que les délais de prescriptions des infractions réprimés par le biais de l'article 102 CP sont ceux applicables à l'infraction commise et non un délai propre à cette disposition (cf. MACALUSO, 1 ss).

62 HILF/VEST, 70.

63 HILF/VEST, 70, qui renvoient à HILF, 1 ss.

ritoriale de chaque État membre, au regard des incidences économiques que cela est susceptible de provoquer sont les principaux points d'achoppement d'un tel projet.

- 21.37 En tout état de cause, prévoir des sanctions sévères s'impose. En effet, le montant des amendes et/ou des peines pécuniaires (selon le système de sanctions propre à chaque État) doit avoir le pouvoir dissuasif nécessaire face à des multinationales qui ont parfois pu prévoir ces montants dans leur budget, de manière à pouvoir violer le droit tout en ayant la certitude de la rentabilité de leur décision⁶⁴. Sur ce point, la sanction prévue à l'article 102 CP n'est pas encore tout à fait appropriée aux personnes morales. En effet, une amende de cinq millions de francs, qui constitue la peine maximale et qui peut faire peur à la plupart des entreprises, n'est pas suffisamment dissuasive pour les grandes firmes suisses qui ont les moyens de payer de telles amendes. Nous partageons donc l'avis de Hilf et Vest⁶⁵ selon lesquels il conviendrait d'instaurer un nouveau système, à l'instar du système des jours-amendes, qui se calculent en fonction du revenu des personnes physiques, pour les personnes morales et qui se calculerait en fonction du chiffre d'affaires ou du bénéfice des entreprises⁶⁶. On pourrait également reprendre l'idée d'un « casier judiciaire » pour les entreprises qui justifierait une éventuelle interdiction d'exercer après la commission d'un certain nombre d'infractions graves. Ces idées étaient d'ailleurs proposées lors de préparation de la nouvelle partie générale du Code pénal, mais le gouvernement y a renoncé afin de ne pas faire échouer le projet en raison d'opposition politique⁶⁷, et il semble que la situation politique n'ait pas réellement évolué depuis lors.
- 21.38 En outre, la confiscation reste une autre mesure appropriée qu'il conviendrait d'infliger en parallèle. En effet, cet outil, prévu par l'article 70 CP, semble avoir fait ses preuves. Si la confiscation a déjà été proposée comme solution il y a bien longtemps⁶⁸, il convient de relever qu'elle est – selon Florian Wild, chef de la division droit à l'OFEV⁶⁹ – de plus en plus utilisée. L'avantage principal de cette mesure est qu'il n'est pas nécessaire de prouver qu'une entreprise a commis une faute pour pouvoir confisquer l'argent. Il suffit de prouver que cet argent a été gagné (ou économisé)⁷⁰ en commettant une infraction ; c'est ce qu'on appelle une mesure réelle et non personnelle⁷¹. Il n'est même pas nécessaire de découvrir la personne auteure de l'infraction pour confisquer ces valeurs ; il suffit de démontrer le lien entre les sommes d'argent et l'infraction commise. Partant de l'idée que les sanctions doivent être plus sévères pour s'avérer dissuasives, la confis-

64 Sur cette question, cf. DONGOIS/SWATON, 1 ss.

65 HILF, 111 ss ; HILF/VEST, 70 ss.

66 Cf. art. 34 al. 2 CP.

67 Message nCP, FF 1999 II 1787, 1945.

68 Message nCP, FF 1999 II 1787, 1951 ; BICHOVSKY/JENNY, 1 ss ; KNOBEL/ANDEREGG 1 ss.

69 OFEV, Environnement 1/18, 13.

70 ATF 119 IV 10, JdT 1995 IV 133.

71 DONGOIS/BICHOVSKY, 81 ss ; BICHOVSKY/JENNY, 78 ss.

cation, en touchant l'actif des entreprises, trouve toute sa place et son intérêt en complément de peines pécuniaires ou d'amendes conséquentes.

VI. Conclusion : à la recherche d'autres solutions

L'inconscient populaire ne manque pas d'exemples – notamment cinématographiques – dans lesquels des employés sont forcés de travailler dans des conditions déplorables ou des particuliers de vivre aux abords d'usines polluantes, avant d'essayer de faire valoir leurs droits en justice face à un employeur ou une entreprise sans scrupules⁷². Il paraît effroyable d'imaginer que certains de ces films, souvent inspirés de faits réels, ne sont parfois pas si éloignés de la vérité. Il existe par ailleurs de nombreux documentaires sur le sujet⁷³. Il semble évident que l'intensité dramatique de ce genre de situation repose en grande partie sur le sentiment que les personnes responsables de ces dommages sont inatteignables et jouissent d'une impunité presque totale pour les dégâts qu'elles peuvent causer, face à des personnes démunies juridiquement et économiquement. D'ailleurs, la plupart de ces scénarios aiment souligner les défaillances du système juridique dans ce genre de cas. 21.39

Pourtant, des solutions au niveau juridique pourraient être apportées, nous pensons l'avoir démontré. Le problème ne se situe donc pas au niveau des idées juridiques, mais plutôt au niveau de la volonté politique. Cette réticence du pouvoir législatif à étendre la responsabilité des personnes morales est, de ce point de vue, emblématique. 21.40

Cela suffit-il à justifier que l'on laisse tomber les dispositions répressives en la matière ? Nous ne pouvons ignorer que la plupart des gouvernements ont essayé de protéger l'environnement par des mesures incitatives⁷⁴. Toutefois, ces mesures restent difficiles à contrôler et engendrent régulièrement des infractions comme les cas français d'escroqueries à la taxe carbone⁷⁵ ou dans le cadre des programmes d'encouragement aux économies d'énergie⁷⁶. Ces cas, même s'ils se sont déroulés de l'autre côté de la frontière, nous rendent pessimistes sur la capacité de simples mesures d'encouragement à freiner le changement climatique et la pollution terrestre. 21.41

72 On peut citer à titre d'exemple les films *Erin Brockovich, seule contre tous* (2000) de Steven Soderbergh, *Michael Clayton* (2007) de Tony Gilroy ou encore *Prejudice* (1999) de Steven Zaillian.

73 On peut citer à titre d'exemple le documentaire *Les sacrifiés du smartphone* (2017) de Heather White et Lynn Zhang.

74 Réponse du Conseil fédéral du 22 novembre 2017 à l'interpellation d'Adèle Thorens sur les « Eco-cides ou atteintes majeures à l'environnement. Mettre fin à l'impunité », objet parlementaire 17.3947.

75 AFP, Escroquerie à la taxe carbone : jusqu'à neuf ans de prison au procès « Crépuscule », *Le Parisien*, 13.9.2017, disponible sous : <<https://www.leparisien.fr/faits-divers/escroquerie-a-la-taxe-carbone-jusqu-a-neuf-ans-de-prison-au-proces-crepuscule-13-09-2017-7256937.php>> (22.4.2021).

76 LEBELLE AURÉLIE/PELLOLI MATTHIEU, Economies d'énergie : les braqueurs de l'environnement, *Le Parisien*, 27.11.2017, disponible sous : <<https://www.leparisien.fr/economie/economies-d-energie-les-braqueurs-de-l-environnement-27-11-2017-7417230.php>> (22.4.2021).

- 21.42 Dans d'autres contextes, les mesures d'encouragement ne semblent avoir que l'effet que la population ou la clientèle est prête à lui donner. Ainsi, le Président du Conseil d'Administration de Nestlé expliquait que l'adhésion du groupe à la RSE était une stratégie commerciale dont le but était de « créer de la valeur pour la société sur le long terme », car les consommateurs « ressentent un lien émotionnel lorsqu'ils achètent nos produits, et ils n'auront pas un bon sentiment lors de leur achat s'ils pensent que nous sommes une entreprise qui agit mal »⁷⁷. Ces phrases donnent l'impression que les mesures d'encouragement comme les plans de responsabilité sociale des entreprises sont instrumentalisées afin d'obtenir un crédit d'image auprès de leur clientèle. Si les entreprises se soumettent uniquement à ces standards environnementaux pour créer de la valeur pour leur société sur le long terme, il semble légitime de craindre qu'une modification des circonstances, telle que la crise du coronavirus, soit susceptible de faire changer d'avis les entreprises si elles considèrent qu'elles peuvent obtenir plus de valeur sur le long terme avec une stratégie plus polluante. Il serait encore pire qu'elles adhèrent ouvertement à des standards environnementaux contraignants, mais utilisent leurs filiales juridiques ou économiques pour commettre des infractions environnementales sans alerter leur clientèle. Le respect des standards environnementaux par les entreprises dans ce cadre est donc corrélé à l'opinion publique sur l'écologie, ce qui ne nous semble pas suffisant et devrait justifier l'utilisation des instruments répressifs en complément aux mesures d'encouragement.
- 21.43 Aussi nous semble-t-il que les (ou plutôt de nouvelles) mesures pénales s'avèrent nécessaires, même si cela n'est qu'à titre de dissuasion, en dépit du fait que des préoccupations économiques des grandes entreprises tendent à toujours prendre le dessus et à ériger des obstacles à toute avancée, notamment au niveau des processus législatifs, comme nous l'avons montré. Un changement des mentalités est nécessaire : sans cela, le cadre de lutte ne sera pas assez large ni suffisamment coordonné et les outils juridiques comme notamment la compétence universelle ne seront jamais admis ...
- 21.44 Toutefois, des changements s'opèrent au niveau de la société civile et il semble que cette dernière soit à l'heure actuelle bien plus consciente des enjeux environnementaux et prête à s'engager. Les grèves pour le climat en Suisse sont l'exemple le plus médiatisé ces derniers temps, mais il existe également d'autres associations célèbres à l'échelle nationale qui œuvrent pour l'environnement, comme le WWF, Greenpeace et Extinction Rebellion, ainsi que certaines qui sont en train d'émerger, telle que la fondation Zoein, fondée par Sophie Swaton de l'Université de Lausanne, qui a pour but d'introduire un revenu de transition écologique permettant d'aider des personnes à développer une activité orientée vers l'écologie sans avoir le besoin d'être immédiatement économi-

77 Propos de Peter Brabeck-Letmathe recueillis lors d'une interview : NESTLÉ, Le concept de Nestlé en matière de responsabilité sociale : tel qu'appliqué en Amérique latine, Nestlé, Vevey 2006. Ces propos ont également été repris par DONGOIS/SWATON, 440 ss, dont nous reprenons en partie l'analyse.

quement autonome⁷⁸. Les gouvernements semblent d'ailleurs de plus en plus enclins à s'appuyer sur ce tissu de la société civile afin de protéger l'environnement, comme en témoigne la mise en avant de divers projets innovants sur un site géré par la Confédération⁷⁹. Il est également intéressant de souligner que certains mouvements de désobéissance civile ayant pour but de défendre l'environnement occupent une place de plus en plus importante dans l'espace public⁸⁰.

78 Plus d'informations sur le site : <<https://zoein.org/fondation/>> (22.4.2021).

79 <<https://environnement-suisse.ch/fr/innovations/innovations-mobilite#blog>> (22.4.2021).

80 Le procès des activistes du climat à Lausanne, déjà mentionné en introduction en est un très bon exemple, car il a donné lieu à de très nombreux articles sur le sujet ainsi que de nombreuses analyses juridiques (Cf. p. ex. PAYER, 1 ss.) et fait également l'objet d'une contribution spécifique dans le présent ouvrage (cf. N 8.1 ss). L'aspect que nous voulons toutefois souligner dans le cadre de cet article est la nécessité, relevée par le jugement de première instance, d'utiliser d'autres outils que les instruments politiques afin d'obtenir un changement de comportement en matière environnementale (TPol Arr. Lausanne, 13.1.2020, PE19.000742, c. 4.2). Le juge unique Philippe Colelough a estimé au c. 4.2 de sa décision que les moyens politiques à disposition étaient insuffisants et que, malgré de nombreuses interpellations par des parlementaires fédéraux, le gouvernement n'avait pas réagi « plus concrètement que par des déclarations d'intentions inoffensives, voire lénifiantes, contredites par la réalité financière, scientifique ou politique » et que « le temps politique, lent par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique avérée ». Par ces considérations, le juge a donc ouvert la porte à l'intervention du pouvoir judiciaire dans le domaine législatif ou exécutif en raison de leur incapacité respective à adopter une politique environnementale convaincante. Le juge en charge de l'affaire a donc légitimé une certaine forme de désobéissance civile non violente en rendant un tel jugement. Il convient de signaler que ce jugement a immédiatement été critiqué par une partie de la doctrine (p. ex. PAYER, 1 ss.) et qu'il a ensuite été renversé par le Tribunal cantonal (TC VD, 22.9.2020, PE19.000742/PCL). Il faut encore souligner que dans le canton de Genève, des militants qui avaient été condamnés en première instance (TPol GE, Chambre 8, 20.2.2020, P/24123/2018) pour des actes de désobéissance civile du même type ont été acquittés par le Tribunal cantonal (TC GE, Chambre pénale d'appel et de révision, 14.10.2020, P/24123/2018AARP/339/2020) qui a invoqué l'état de nécessité et qu'il appartiendra donc prochainement au Tribunal fédéral ou voir à la Cour européenne des droits de l'homme de trancher ces questions. A notre connaissance, la dernière fois qu'un jugement était intervenu de manière aussi incisive dans le pouvoir législatif était en 1990, lorsque le Tribunal fédéral avait imposé par une interprétation historique évolutive lors de l'arrêt dit Teresa Rohner l'octroi des droits politiques aux femmes du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures qui venait d'être refusé lors du vote cantonal tenu sur la *Landsgemeinde* (ATF 116 Ia 359). Ce dernier passage permet de démontrer que le pouvoir judiciaire pourrait avoir une influence décisive sur l'avenir de la protection de l'environnement, par le biais de certains concepts juridiques, même si la question de savoir si le recours l'état de nécessité tel prévu à l'art. 17 CP est l'outil juridique qu'il convient de brandir dans pareils cas reste à notre sens posée. En effet, cela autoriserait – dans une certaine mesure – des personnes physiques à agir illégalement à l'encontre de certaines personnes morales, tant que les intérêts défendus par ces personnes physiques sont prépondérants sur ceux des entreprises. Même si ce jugement est ensuite renversé par les instances supérieures, la brèche est ouverte et on imagine que les actions de désobéissance civile pourraient se multiplier durant les prochaines années, d'autant plus que les tribunaux pourraient devenir de plus en plus créatifs et utiliser des institutions du droit existant afin soit de sanctionner les atteintes à l'environnement ou afin d'acquitter les activistes de toute peine. On pense notamment aux dispositions légales sur l'absence d'intérêt à punir ou encore à celles sur la confiscation qui pourraient être de plus en plus fréquemment utilisées.

- 21.45 Profitons de l'importance que cette prise de conscience de la société civile revêt pour « forcer » une évolution des mentalités des acteurs du monde économique et politique et imposer des mesures pénales qui reflètent la nécessité d'agir efficacement pour protéger l'environnement au niveau planétaire.

§ 22 Les peines créatives en droit de l'environnement canadien

Paule Halley*

Table des matières

I.	Introduction	692
II.	Droit de l'environnement au Canada et objectifs de la peine	694
	1. Objectifs généraux de la peine appropriée	695
	2. Aménagement judiciaire des objectifs et des principes pour les infractions environnementales	695
	3. Tendance à la codification des objectifs et des principes applicables aux infractions environnementales	697
III.	Gamme des peines en droit de l'environnement canadien	699
	1. Peines classiques et créatives	699
	2. Peines innovantes et créatives	702
	a) Mesures pécuniaires, patrimoniales et morales	702
	b) Mesures de réparation et de prévention	704
	c) Mesures associées à l'administration de la justice et le pouvoir résiduaire	708
IV.	Formalités et modalités d'imposition et d'exécution	709
	1. Formalités préalables	710
	2. Critères et conditions d'imposition des ordonnances	711
	3. Suivi, modification et inexécution des ordonnances	714
V.	Conclusion	716

Bibliographie

ADAMS PAUL, *Creative Sentence Negotiation: Looking Beyond Deterrence*, in Ingelson (éd.), *Environment in the courtroom*, Calgary 2019, 436 ss ; ARNAUD ANDRÉ-JEAN, *Utilitarisme*, in Arnaud (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris 1993, 631 ss ; CAMPBELL GORDON SCOTT, *Fostering a Compliance Culture through Creative Sentencing for Environmental Offences*, *Canadian Criminal Law Review* 9 (2004), 1 ss ; CHIASSON CINDY, *Environmental Non-Governmental Organizations and Creative Sentencing: Perspectives and Roles*, in Ingelson (éd.), *Calgary 2019*, 413 ss ; CLIFFE JOHN D., *Creative Sentencing in Environmental Prosecutions, The Canadian Experience: An Overview*, in Ingelson (éd.), *Environment in the courtroom*, Calgary 2019, 364 ss ; DUMONT HÉLÈNE, *Pénologie : Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal 1993, 483 ss ; FLUKER SHAUN / PASKEY JANICE/BALATON FIONA L., *Funding Environmental Projects with Regulatory Prosecutions: Transparency and Accountability in Creative Environmental Sentencing*, *Journal of Environmental Law and Practice* 32 (2019), 243 ss ; GAGNON-ROCQUE ARIANE, *La peine en droit de l'environnement canadien*, Cowansville 2012 ; HALLEY PAULE, *La détermination de la peine en droit de l'environnement : développements du droit canadien*, in *Service de la formation permanente, Barreau du Québec (éd.), Développement*

* L'auteure n'exprime ici que son opinion personnelle, qui n'engage pas celle de son employeur. L'auteure tient à remercier Nadia Abida, étudiante à la faculté de droit de l'Université Laval, pour les recherches documentaires réalisées, ainsi que pour la révision et l'édition du texte. L'auteure remercie également Marie-Inès Kili, étudiante à la faculté de droit de l'Université Laval, pour les recherches documentaires réalisées.

pements récents en droit de l'environnement, Vol. 270, Cowansville 2007, 353 ss; HALLEY PAULE/TRUDEAU HÉLÈNE, Partage des compétences sur l'environnement, l'eau et les ressources naturelles, in *JurisClasser Québec*, coll. Droit public (éd.), Droit de l'environnement, Montréal 2019; HALLEY PAULE/GAGNON-ROCQUE ARIANE, La sanction en droit pénal canadien de l'environnement : la loi et son application, *Cahiers de droit* 50 (2009), 919 ss; HUGHES ELAINE L./REYNOLDS LARRY A., Creative Sentencing and environmental protection, *Journal of Environmental Law and Practice* 19 (2009), 105 ss; INGELSON, ALLAN E. Creative Environmental Sentences: The Corporate Perspective, in Ingelson (éd.), *Environment in the courtroom*, Calgary 2019, 391 ss; KEITH N., Sentencing the Corporate Offender: From Deterrence to Corporate Social Responsibility, *Criminal Law Quarterly* 56/294 (2010), 310 ss; MASCHER SHARON, Creative Sentencing: The Experience "Down-Under", in Ingelson (éd.), *Environment in the courtroom*, Calgary 2019; MOORE REBECCA, La loi sur le contrôle d'application des lois environnementales : l'imposition de peines dans le contexte d'infractions environnementales : Symposium sur l'environnement au tribunal (III) : La détermination des peines et les infractions environnementales, Université Dalhousie 2014; NWAPI CHINLEYE, Environmental Sentencing policy in Alberta: A critical review, *CIRL Occasional Paper* 46; OLSZYNSKI MARTIN Z.P., Environmental Damages after the Federal Environmental Enforcement Act: Bringing Ecosystem Services to Canadian Environmental Law?, *Osgoode Hall Law Journal* 50/129 (2012), 42 ss; SAXE DIANNE/CAMPBELL JACKIE, Getting Creative with the Law, *Water Canada* 1 (2012); SWAIGEN JOHN/BUNT GAIL, La détermination de la peine en droit de l'environnement : un document d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa 1985; VERHULST SHERIE, Legislating a Principled Approach to Sentencing in Relation to Regulatory Offences, *Canadian Criminal Law Review* 12 (2008), 281 ss; WRUCK HARRY J., The Federal Environmental Damages Fund, *CELR* 5 (2004), 120 ss.

I. Introduction

- 22.1 Dans la fédération canadienne, le Parlement fédéral et les législatures des provinces et des territoires ont adopté, depuis le début des années 1970, de nombreuses lois destinées à assurer la protection de l'environnement, des espèces sauvages et de leurs habitats. Dans le souci de les faire respecter et d'en démontrer le caractère obligatoire, les législateurs ont, en premier lieu, fait appel au droit répressif, gendarme du droit, pour en sanctionner les contraventions.
- 22.2 Par la suite, des mesures de sanction de nature administrative et civile ont été introduites pour assurer le contrôle de la conformité et encourager le respect des lois environnementales. La gamme des mesures d'exécution disponibles appelle une gradation dans leur utilisation, allant des avertissements, aux mesures administratives et au bout du spectre se situent les poursuites pénales. Bien que ces dernières ne soient pas une panacée susceptible de dissuader et punir toutes les atteintes à l'environnement, leur présence demeure essentielle pour assurer l'efficacité de l'encadrement administratif et réglementaire mis en place par la législation environnementale¹.
- 22.3 L'efficacité des poursuites pénales dépend en grande partie de la justesse des peines imposées aux contrevenants et de ses effets en termes de dissuasion, de rétribution et

1 Cour Suprême du Canada, arrêt du 30.4.1998, *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, 1998 CSC 820, dossier n° 25326, § 26 : « L'efficacité de ces instruments dépend dans une bonne mesure des sanctions pénales qui assurent leur autorité ».

de réparation. Elles ont une fonction expressive des valeurs de la société. Pour le public, la peine imposée représente le résultat le plus visible du processus pénal sur lequel il forme son opinion sur le succès ou non de la poursuite entreprise. Dès lors, si une peine est inadéquate, justice n'aura pas été rendue et la désapprobation sociale n'aura pas été exprimée.

Par exemple, quelle a été la perception du public lorsqu'il a été informé, en avril 2008, 22.4 que plus de 1600 oiseaux migrateurs s'étaient englués et avaient trouvé la mort dans des bassins de décantation de matières toxiques appartenant à Syncrude Canada, un important consortium pétrolier ? À l'époque, l'entreprise n'était passible que d'une amende maximale de CAD 300 000 en vertu de la Loi fédérale de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs², la peine de six mois d'emprisonnement n'étant pas applicable aux personnes morales. Toutefois, l'événement contrevenait également à la Loi provinciale sur la protection de l'environnement, ce qui permettait de la poursuivre sous les deux lois et d'obtenir des amendes de CAD 300 000 et CAD 500 000 et des peines innovantes de l'ordre de CAD 2 200 000 pour financer plusieurs projets, dont l'acquisition d'un habitat par une association de conservation de la nature³.

Entre 2006 et 2009, nous avons mené des recherches sur les mesures de contrôle de la 22.5 conformité et d'application de nature pénale contenues dans les lois protectrices de l'environnement au Canada⁴. En théorie, les amendes maximales et les coûts associés aux ordonnances judiciaires prévues dans ces lois nous sont apparus assez élevés pour dénoncer le caractère grave des atteintes à l'environnement et dissuader les administrés de les transgresser. Nous avons néanmoins conclu que malgré son apparence redoutable, l'arsenal répressif des lois de protection de l'environnement demeure d'une efficacité relative, car les peines imposées tous les jours par les tribunaux sont peu élevées alors, qu'en amont, la probabilité que des poursuites pénales soient entreprises est mince.

Nous avons également pu observer une diversification des mesures de sanction offrant 22.6 des avantages non négligeables en termes de dissuasion des sanctions imposées et facilitant l'atteinte des objectifs de dénonciation et de réparation lors de la détermination de la peine. La peine qualifiée d'innovante ou de créative désigne la peine ou une partie de la peine imposée au contrevenant qui ne constitue ni une amende ni une peine d'emprisonnement. À l'époque, les possibilités offertes par ces mesures suscitaient de l'intérêt⁵, en particulier les bienfaits que les ordonnances de restauration et de compensation pourraient apporter à l'environnement, la communauté et la société.

2 Loi fédérale de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs, L.C. 1994, c 22 (LOM).

3 Cour provinciale de l'Alberta, décision du 25.6.2010, *R. v. Syncrude Canada Ltd.*, 2010 ABPC 229, dossier n° 090157926P1 ; cf. FLUKER/PASKEY/BALATON, 266 s.

4 HALLEY/GAGNON-ROCQUE, 945 s. ; HALLEY ; cf. GAGNON- ROCQUE.

5 CAMPBELL ; HUGHES/REYNOLDS ; VERHULST.

- 22.7 La possibilité de transformer la peine imposée pour une infraction environnementale en autre chose qu'une amende, en y intégrant des mesures de réparation et de prévention, continue de retenir l'attention⁶. Nous avons entrepris de mettre à jour nos travaux sur les peines innovantes à travers l'examen des développements récents du droit pénal de l'environnement canadien (II). Nous avons également cherché à préciser les formalités préalables et les modalités d'application et d'exécution encadrant les peines innovantes (III). Mais en premier lieu, nous présentons les règles générales et particulières gouvernant la détermination de la peine en droit de l'environnement canadien (I). Ces observations sur l'expérience canadienne nous semblent de nature à éclairer la compréhension de cette forme particulière de peine et d'expliquer l'intérêt qu'elle suscite.

II. Droit de l'environnement au Canada et objectifs de la peine

- 22.8 Dans la fédération canadienne, les compétences législatives relatives à la protection de l'environnement sont partagées entre le Parlement fédéral et les législatures des dix provinces et des trois territoires⁷. Suivant l'interprétation de la Cour suprême du Canada, chacun des niveaux de gouvernement peut légiférer sur l'environnement par le biais des compétences législatives attribuées par la Loi constitutionnelle de 1867⁸, à l'occasion de la création de la fédération canadienne.
- 22.9 Suivant la Constitution, la compétence de droit criminel (matérielle et procédurale) est exclusive à l'ordre fédéral⁹. Quant aux législatures des provinces, elles peuvent introduire des sanctions de nature pénale dans le but de faire exécuter toute loi tombant dans les catégories de compétences qui leur sont attribuées (p. ex. : propriété, commerce, municipalités, matières de nature locale, etc.)¹⁰. Ces sanctions pénales sont qualifiées « d'infractions de nature réglementaire » et sanctionnent la faute de négligence. Le Parlement fédéral peut également introduire des infractions réglementaires dans les lois relevant de ses domaines de compétence (p. ex. : pêche, navigation, aéronautique, etc.). C'est à cette catégorie d'infraction qu'appartient l'essentiel du droit pénal de l'environnement au Canada¹¹.

6 KEITH ; SAXE/CAMPBELL ; OLSZYNSKI ; NWAPI ; FLUKER/PASKEY/BALATON.

7 Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c 3, art. 91, 92, 92A et 95. Sur le partage des compétences environnementales au Canada, cf. HALLEY/TRUDEAU.

8 Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c 3.

9 Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c 3, art. 91 (27).

10 Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c 3, art. 92 (15).

11 Cour Suprême du Canada, arrêt du 1.5.1978, R. c. *Sault Ste. Marie*, 1978 CSC 11 : « La pollution est indubitablement une infraction contre le bien-être public prohibé dans l'intérêt de l'hygiène publique. En conséquence, il n'y a pas de présomption de *mens rea* proprement dite » ; Cour Suprême du Canada, arrêt du 24.10.1991, R. c. *Wholesale Travel Group Inc.*, 1991 CSC 39, dossier n° 21779, 21786.

1. Objectifs généraux de la peine appropriée

À l'étape de l'imposition de la peine, le principe de légalité des délits et des peines, (*nulum crimen nulla poena sine lege*), encadre la discrétion judiciaire. Les objectifs pénologiques énoncés au Code criminel¹² (C.cr.) sont conformes à la jurisprudence et s'appliquent à la plupart des infractions environnementales provinciales et fédérales¹³. À ce sujet, l'article 718 C.cr. précise que la sanction pénale imposée doit contribuer à protéger la société, « au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre » et retient six objectifs généraux devant guider l'infliction d'une sanction, à savoir la dénonciation, la dissuasion, l'isolement du délinquant, la réinsertion sociale, la réparation et la conscientisation. 22.10

Ces objectifs reflètent le caractère plurifonctionnel de la peine et la préférence du législateur pour deux philosophies pénologiques, l'utilitarisme¹⁴ et la rétribution, lesquelles s'appliquent aux infractions environnementales. D'une part, les objectifs de dissuasion, d'isolement et de réinsertion sociale relèvent de la première à travers leur fonction préventive utilitaire, contribuant à ce que l'infraction ne se reproduise pas. D'autre part, les objectifs de dénonciation, de réparation et de conscientisation relèvent plutôt de la rétribution, qui exprime la désapprobation sociale à l'égard d'une conduite répréhensible justifiant de punir le contrevenant¹⁵. Dans le contexte des infractions environnementales, la victime est associée à l'environnement. 22.11

L'atteinte de ces objectifs est balisée par le principe de proportionnalité qui possède une dimension constitutionnelle au Canada¹⁶. Ce principe directeur encadre l'exercice de détermination d'une peine individualisée en prescrivant que cette dernière soit « proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant »¹⁷. 22.12

2. Aménagement judiciaire des objectifs et des principes pour les infractions environnementales

Depuis le début des années 1970, les tribunaux canadiens affirment que la détermination de la peine en droit de l'environnement commande l'application de facteurs différents de ceux généralement appliqués. 22.13

12 Code criminel du Canada (C. cr.).

13 Au fédéral, lorsqu'une loi ne précise pas les principes de détermination de la peine qui lui sont propres, comme la Loi sur les pêches, les dispositions du C.cr. s'appliquent, en vertu du paragraphe 34(2) de la Loi d'interprétation. Des lois provinciales permettent également ce renvoi.

14 ARNAUD, 631 ss.

15 Cour Suprême du Canada, arrêt du 21.3.1996, *R. c. C.A.M.*, 1996 CSC 230, dossier n° 24027, § 82.

16 Art. 12 Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ».

17 Art. 718.1 C.cr.

- 22.14 En 1973, le juge Morrow de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a mis en évidence que ces infractions doivent être traitées différemment. Deux motifs dominent sa réflexion. D'une part, les lois environnementales ayant été conçues pour prévenir les atteintes à l'environnement, leur gravité ne réside pas seulement dans la preuve de dommages réels, mais, en premier lieu, dans la création d'un risque de dommage. D'autre part, il retient que les contrevenants sont généralement des personnes morales et que les infractions commises sont de nature économique¹⁸. Suivant ce raisonnement, le juge Morrow a mis de l'avant l'objectif de dissuasion individuelle et générale et a retenu une approche économique pour déterminer la peine appropriée.
- 22.15 La jurisprudence subséquente a suivi cette décision en mettant l'accent sur l'objectif pénologique de la dissuasion et en retenant que la peine imposée doit être assez sévère pour ne pas être perçue comme un simple permis de polluer. En d'autres mots, la peine appropriée devrait être supérieure aux coûts de mise en conformité avec la loi ou aux gains réalisés en n'y étant pas conforme. Le leitmotiv étant de traiter avec fermeté les coupables de ces infractions¹⁹.
- 22.16 Afin d'uniformiser les peines imposées, les tribunaux ont élaboré et enrichi des listes énumérant de nombreux facteurs à soupeser pour apprécier la gravité de l'infraction environnementale et le degré de responsabilité du contrevenant²⁰. Par exemple, la Commission de réforme du droit du Canada dans un document d'étude, sur la détermination de la peine en droit de l'environnement, publié en 1985, a donné une liste non exhaustive de 16 critères ou facteurs que les tribunaux considèrent dans l'imposition d'une peine en la matière²¹. Ces facteurs identifient tantôt des situations aggravantes, atténuantes ou neutres au regard de l'environnement et de la conduite du contrevenant afin de déterminer la peine appropriée dans les circonstances. Toutefois, ces listes de facteurs ne guident pas le tribunal sur les priorités ou le poids à accorder

18 Cour suprême des territoires du Nord-Ouest, décision du 9.5.1973, *R. v. Kenaston Drilling (Arctic Ltd.)*, (1973) 12 C.C.C. (2d) 383, n° de dossier (non attribué), § 13.

19 Cour Suprême du Canada, arrêt du 17.12.1985, *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, 1985 CSC 81, dossier n° 17590, § 88 : « En réalité, l'intérêt public concernant les infractions relatives à la pollution de l'air et de l'eau exige que le coupable soit traité avec fermeté » ; Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, arrêt du 25.3.1997, *R. c. Vac Daniels Ltd.*, 1997 NSCA 86, dossier n° C.A.C. 129577, C.A.C. 129578 : « [L]a violation des règles régissant la protection de l'environnement porte atteinte aux intérêts de tous les individus et justifie l'imposition de peines très dissuasives » (traduction par l'auteure).

20 Cour territoriale du Yukon, décision du 31.10.1980, *R. v. United Keno Hill Mines Ltd.*, (1980) 10 C.E.L.R. 43, n° de dossier 99/9/2900 (la première liste) ; Cour provinciale de l'Alberta, décision du 3.6.1998, *R. v. Van Waters & Rogers Ltd.*, 1998 ABPC 55, dossier n° Calgary 61444667P10101 (13 facteurs) ; Cour d'appel de l'Alberta, arrêt du 8.4.2005, *R. v. Terroco Industries Ltd.*, 2005 ABCA 141, dossier n° Calgary Appeal 0401-0042-A (5 catégories de facteurs).

21 SWAIGEN/BUNT, 20 ss : l'étendue des dommages potentiels et réels ; l'atteinte à l'intérêt général ; les conséquences et les coûts supportés par la collectivité ; l'économie ou profit réalisé ; la capacité de payer ; la taille de l'entreprise ; la moralité ou l'attitude de l'entreprise ; l'aveu ; la coopération et les dépenses engagées ; condamnations antérieures ; conséquences fiscales ; congédiement des employés responsables, etc.

à certains d'entre eux pour promouvoir l'objectif législatif de prévention des atteintes à l'environnement²².

En terminant, rappelons qu'à l'époque où les tribunaux ont retenu l'objectif de dissuasion et élaboré les facteurs particuliers de détermination de la peine pour les infractions environnementales, l'amende était alors la seule peine disponible pour dissuader le contrevenant et ceux qui pourraient être tentés de croire qu'il peut être rentable de ne pas respecter les lois environnementales. En donnant préséance à la fonction dissuasive de la peine, les autres objectifs pénologiques ont reçu peu d'attention de la part du juge. Il en va de même pour les autres peines qui sont devenues disponibles avec le temps. Au final, les règles dégagées par les tribunaux canadiens pour encadrer l'exercice de détermination de la peine en droit de l'environnement n'étaient guère créatives ni innovantes. 22.17

3. Tendances à la codification des objectifs et des principes applicables aux infractions environnementales

La façon dont les objectifs pénologiques et les principes de détermination de la peine en droit de l'environnement sont appliqués peut façonner une culture de conformité. À ce sujet, nous avons noté dans nos travaux antérieurs une tendance des législateurs au Canada à encadrer davantage le travail du juge au moment de la détermination de la peine. Depuis, cette tendance à la codification s'est accentuée, en ce qui a trait aux principes de détermination de la peine, et elle s'est étendue aux objectifs de la peine dans un certain nombre de lois fédérales. 22.18

En 2009, le législateur fédéral a modifié neuf de ses lois environnementales afin d'uniformiser et de renforcer les dispositions relatives au contrôle d'application et à la détermination des peines²³. Parmi ces mesures, le législateur fédéral innove au pays en codifiant pour la première fois les objectifs de la détermination des peines pour les infractions à ces lois²⁴. À cet effet, chacune énonce clairement que le respect de ses termes, et donc de la protection de l'environnement, est l'objectif premier de la sanction 22.19

22 VERHULST, 282.

23 Loi modifiant certaines lois environnementales et édictant des dispositions ayant trait au contrôle d'application de lois environnementales, LC 2009, c 14 : art 50.9 de la Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique, LC 2003, c 20 ; art 24.6 de la Loi sur les aires marines de conservation du Canada, LC 2002, c 18 ; art 27.6 de la Loi sur les parcs nationaux du Canada, LC 2000, c 32 ; art 13.08 de la Loi sur les espèces sauvages au Canada, LRC 1985, c W-9 (LES) ; art 287 de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), LC 1999, c 33 (LCPE [1999]) ; art 42 de la Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, LRC 1985, c I-20 ; art 13.09 de la Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs, LC 1994, c 22 (LOM) ; art 21 de la Loi sur le parc marin du Saguenay-Saint-Laurent, LC 1997, c 37 ; art 22.07 de la Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial, LC 1992, c 52.

24 Cf. MOORE.

et non un objectif parmi d'autres. Ces dispositions précisent que « cet objectif est atteint par l'imposition de sanctions justes » visant trois des six objectifs pénologiques du Code criminel, à savoir : dissuader les infractions à la loi, dénoncer les comportements illégaux (conscientisation) et assainir le milieu ou rétablir les ressources endommagées (réparation). Si les deux premiers objectifs sont libellés de manière similaire, le troisième varie suivant l'objet protégé par la loi, comme par exemple, « renforcer le principe du pollueur-payeur en veillant à ce que les contrevenants soient contraints de prendre des mesures d'assainissement et de rétablissement de l'environnement efficaces »; « rétablir les ressources des aires marines de conservation »; « rétablir les espèces sauvages et restaurer leurs habitats »; « rétablir l'environnement endommagé par l'infraction »; « renforcer le principe de pollueur-payeur et rétablir les oiseaux migrateurs et leurs habitats ».

- 22.20 Cet aménagement particulier des objectifs pénologiques impose au juge une approche différente de celle ayant cours dans la jurisprudence. S'il pouvait auparavant fonder la peine sur le seul objectif de la dissuasion, il est tenu, en vertu de ces lois fédérales, de faire appel à ces trois objectifs lors de la détermination d'une peine juste et appropriée. Par ailleurs, la peine devant refléter la gravité de l'infraction commise et la culpabilité morale du contrevenant, l'importance et le poids relatifs de chacun des objectifs varieront selon la nature de l'infraction et la situation du contrevenant. Il est également vraisemblable que le fait de ne pas imposer une ordonnance réparatrice puisse, dans certaines circonstances, constituer une erreur de droit susceptible d'appel.
- 22.21 Dans nos travaux antérieurs, nous avons souligné une tendance à la codification des règles jurisprudentielles de détermination de la peine en droit de l'environnement, et cela, dans le but d'uniformiser le poids accordé à certaines d'entre elles, d'imposer une façon de les appliquer et de relever le quantum des peines imposées. Nous avons alors recensé une loi fédérale et une en Ontario ayant codifié ces règles²⁵. Par la suite, le Québec a suivi l'exemple et le Parlement fédéral, au moment de modifier neuf de ses lois environnementales, a fait de même en retenant une liste de facteurs aggravants²⁶.
- 22.22 Ces dispositions règlent certaines difficultés posées par les divergences de vues constatées dans la jurisprudence quant à la détermination des principes prioritaires pour atteindre les objectifs de protection du public et de l'environnement. Bien que leur énoncé varie suivant les juridictions, ces dispositions ont en commun d'inciter le juge à identifier la présence de circonstances aggravantes, à majorer la peine pour chacune de ces circonstances et le contraignent à motiver sa décision de ne pas la majorer malgré la présence de circonstances aggravantes²⁷. De plus, les dispositions fédérales énoncent

25 La LCPE (1999), et en Ontario la Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, c E.19 (Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19) (LPE [Ontario]); HALLEY/GAGNON-ROCQUE, 964 s.

26 Art. 115.41 de la Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ c Q-2 (LQE [Québec]).

27 Cf. art. 287.1 LCPE (1999); art. 115.41 LQE (Québec); art. 188.1 LPE (Ontario).

expressément que « l'absence d'une circonstance aggravante ne constitue pas une circonstance atténuante »²⁸.

En résumé, les facteurs qualifiés d'aggravants dans ces codifications visent tant le dommage que le risque de dommage à l'environnement²⁹, la nature particulière de l'environnement affecté (p. ex. : unique, rare, important ou vulnérable), l'atteinte ou le risque d'atteinte à la santé humaine, l'omission de prendre des mesures pour éviter, atténuer ou remédier aux conséquences de l'infraction, son caractère intentionnel, insouciant ou négligent, l'omission de prendre des mesures de prévention raisonnables, l'augmentation des revenus ou la réduction des dépenses du contrevenant en raison de l'infraction, le non-respect des avertissements, les condamnations antérieures, la dissimulation de l'infraction, etc. 22.23

Ces dispositions législatives codifient certaines règles jurisprudentielles, en modifient et en formalisent d'autres³⁰. Par exemple, en vertu de ces dispositions, les tribunaux ne peuvent pas considérer comme des facteurs atténuants le fait que le risque de dommage à l'environnement ne s'est pas concrétisé, les mesures de prévention prises avant l'infraction et de remise en état après le fait ou le caractère accidentel de l'infraction. 22.24

II. Gamme des peines en droit de l'environnement canadien

1. Peines classiques et créatives

La gamme des peines prévue dans les lois environnementales n'a cessé d'évoluer vers des peines plus sévères et diversifiées. Aujourd'hui, ces lois offrent un large éventail de peines retenant, en premier lieu, des mesures de nature économique fondées principalement sur des amendes maximales élevées pour dissuader les administrés d'y contrevenir. Par exemple, au début des années 1970, les infractions de pollution de la Loi sur les pêches et de la Loi sur la qualité de l'environnement étaient punissables d'une amende maximale de CAD 5000. Dans les années 1980, les amendes maximales ont grimpé fortement, atteignant CAD 1 000 000. Plus récemment, les amendes maximales les plus sévères de ces lois sont passées à CAD 6 000 000 pour une première infraction, montant qui s'élève considérablement pour les récidives³¹. L'amende représente la peine généralement imposée à la suite d'une infraction à une loi environnementale ou à un de ses règlements. 22.25

28 Cf. art. 287.1 (3) LCPE (1999).

29 Les neuf lois fédérales modifiées en 2009 précisent que le « dommage comprend la perte des valeurs d'usage et de non-usage » (Cf. art. 287.1 (4) LCPE [1999]); Cf. OLSZYNSKI.

30 Cf. MOORE, 3 s.

31 Cf. art. 40(1) a) ii) de la Loi sur les Pêches, L.R.C. 1985, c F-14 (LP); art. 115.32, art. 115.35 LQE (Québec). P. ex, le 22 janvier 2020, dans la foulée du *dieselgate*, *Volkswagen Aktiengesellschaft* a été condamnée à payer une amende de CAD 196,5 millions après avoir plaidé coupable à 60 chefs d'accusation d'infraction à la législation environnementale fédérale (Cour de justice de l'Ontario, *R. v. Volkswagen AG*, 2020 ONCJ 398).

- 22.26 En vertu des lois fédérales et québécoise, les amendes imposées sont versées dans un fonds consacré au financement de mesures et de programmes de développement durable et de protection de l'environnement, lequel est placé sous la responsabilité du ministre responsable de la loi³².
- 22.27 Des peines d'emprisonnement, dont la durée maximale varie d'une loi à l'autre, sont disponibles, mais rarement imposées en raison de l'omniprésence des personnes morales. Elles sont généralement réservées aux « pires cas » et sont alors orientées vers les dirigeants de personnes morales récalcitrantes. Il s'agit d'actes délibérés ou répétés³³, d'antécédents judiciaires importants ou de dommages graves à l'environnement³⁴.
- 22.28 En marge des peines traditionnelles, un éventail de peines dites « créatives » ou « innovantes » ont été introduites dans la législation environnementale canadienne depuis la fin des années 1980. Cette nomenclature recouvre les peines qui ne sont pas des amendes ou des peines d'emprisonnement. Elles autorisent le juge pénal à ordonner que des mesures bénéfiques pour la communauté, la société en général ou l'environnement soient prises. En nombre limité au début, elles visaient essentiellement la remise en état et l'amende additionnelle représentant les bénéfices et les avantages obtenus en raison de l'infraction³⁵. Par contre, on s'en servait rarement avant que des modifications législatives ne les mettent davantage en évidence. Vingt ans plus tard, une étude révélait qu'une grande variété de lois environnementales au pays accorde au juge pénal des pouvoirs, plus ou moins nombreux et larges, de condamner le contrevenant à prendre

32 Au Québec, il s'agit du Fonds de protection de l'environnement et du domaine hydrique de l'État (art. 15.4.40 (15) de la Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, RLRQ c M-30.001) ; au niveau fédéral, il s'agit du Fonds pour dommages à l'environnement (art. 40 (6) LP).

33 Cour de justice de l'Ontario, décision du 21.2.2007, *R. v. Piontek*, (2007) 74 WCB (2d) 113, dossier n° Belleville 060144 (13 mois) ; Cour de justice de l'Ontario, décision du 13.5.2008, *R. v. Lootawon*, CLB 18144, dossier n°06-2922 (40 jours) ; Cour de justice de l'Ontario, décision du 7.5.1996, *R. v. Clarke Transport Canada Inc.*, 1996 CarswellOnt 6068, dossier n° 93-0673 (90 jours) ; Cour du banc de la Reine de l'Alberta, décision du 30.6.1999, *R. v. Lefebvre*, 1999 ABQB 523, dossier n° Edmonton 9803-0131S50101, § 13 (10 jours).

34 Cour de justice de l'Ontario, décision du 27.11.2007, *R. v. Baumchen Farm Ltd*, 2007 CLB 17471, dossier n° 04-May (90 jours) ; Cour de justice de l'Ontario, décision *R v. Lane*, 2008 CLB 19961 (18 mois) ; Cour d'appel de l'Alberta, arrêt du 13.06.1991, *R. v. Mota*, 1991 ABCA 188, dossier n° Edmonton Appeal 9103-0139-A6, § 2 (6 mois).

35 P. ex. la remise en état et l'amende additionnelle ont été introduites en 1988 par l'art. 23 dans la Loi sur la qualité de l'environnement, LQ 1988, c. 49 (LQE [1988]), en 1991, pour le fédéral (art. 79.2 LP) et en 1993, pour l'Alberta : art. 234 de l'Environmental Protection and Enhancement Act, SA 2000, c E-12 (EPEA [Alberta]) ; art. 148 du Water Act, RSA 2000, c W-3 (Water Act [Alberta]). Par ailleurs, il ne s'agit pas véritablement d'un phénomène nouveau, car plusieurs peines innovantes peuvent être associées aux ordonnances de probation qui sont fréquemment imposées dans des affaires pénales.

certaines mesures³⁶. Depuis, la tendance s'est maintenue et les pouvoirs d'ordonnance couvrent maintenant un large éventail de mesures³⁷.

Plus particulièrement, ces mesures de sanction de nature punitive, curative et préventive autorisent le juge pénal à décréter, en sus de toute autre peine, une interdiction ou un ordre et à imposer des conditions en tenant compte de la nature de l'infraction et des circonstances entourant sa commission. Ces peines sont de nature à accentuer l'objectif de dissuasion de même que les objectifs de réparation et de conscientisation. 22.29

L'introduction de ces nouveaux pouvoirs de sanction répond aux critiques faites à l'approche des tribunaux reposant sur l'objectif de dissuasion et l'imposition d'amendes versées au fonds consolidé du revenu. Déjà en 1985, la Commission de réforme du droit du Canada (la Commission) soulignait, dans son étude consacrée à la détermination de la peine en droit de l'environnement, que « les juges ont tendance à infliger les peines les moins sévères » et « éprouvent de la difficulté à imposer des peines appropriées », ce qui contribue à « accentuer l'impression qu'a le public que les pollueurs s'en tirent à bon compte »³⁸. 22.30

De plus, les amendes imposées par les tribunaux ne représentent pas toujours un moyen de dissuasion suffisant face à l'extrême richesse des grandes sociétés, ni à l'incapacité de payer de certains, aux inconduites persistantes, ou pour atteindre les objectifs de prévention et de réparation de l'environnement et des victimes³⁹. Selon la Commission, le problème réside « dans l'insuffisance des amendes comme seules sanctions possibles, dans l'absence de solutions de rechange, dans l'état du droit substantif »⁴⁰. À ce sujet, des auteurs soulignent qu'en imposant seulement des amendes, les juges ratent une belle occasion de promouvoir plus concrètement les objectifs publics de réparation et de prévention des dommages à l'environnement⁴¹. 22.31

En résumé, à elle seule, l'approche économique de la dissuasion n'apparaît plus alors en mesure de façonner une culture de conformité en matière environnementale. Les peines non pécuniaires offriraient l'avantage de ne pas être simplement perçues comme un coût à payer pour faire des affaires (« *a cost of doing business* »). De plus, les amendes ne profitent qu'aux êtres humains et à leurs organisations, alors que les peines non pécuniaires peuvent viser directement l'environnement et la société. En termes utilita- 22.32

36 MEINLY, *Legislation List: Statutes that Provide for Creative Sentencing*, 2005 (non publiée), citée par HUGHES/REYNOLDS, 113 s. Cf. art. 190 LPE (Ontario); art. 127 Environmental Management Act, SBC 2003, c 53 (EMA [Colombie-Britannique]); art. 234 EPEA (Alberta); art. 36 de la Loi sur l'environnement, C.P.L.M., c E125 (LE [Manitoba]); art. 115.43 LQE (Québec).

37 Cf. p. ex. art. 115.43 LQE (Québec); les neuf lois fédérales modifiées en 2009 par la Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales, précitée: n. 25; FLUKER/PASKEY/BALATON, 253 s.

38 SWAIGEN/BUNT, 4 s.

39 Cf. *Ibid.*, 66 s.; HUGHES/REYNOLDS, 112 s.

40 SWAIGEN/BUNT, 84.

41 KEITH, 310 ss; ADAMS, 438.

ristes, ces pouvoirs permettraient de produire des résultats plus acceptables sur le plan social en compensant les atteintes à l'environnement et en intervenant directement sur les inconduites et la qualité des milieux ambiants.

2. Peines innovantes et créatives

- 22.33 Les pouvoirs d'ordonnance accordés au juge pénal sont maintenant fort nombreux dans les lois environnementales canadiennes. Leur nombre et leur portée varient d'une loi à l'autre, tantôt libellés largement ou au contraire de manière détaillée. Des exemples de dispositions décrivant plus en détail les pouvoirs d'ordonnance se trouvent dans les lois fédérales modifiées en 2009, telles que l'article 291 de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement composé de 19 paragraphes énonçant chacun des pouvoirs distincts.
- 22.34 Ces ordonnances peuvent être prises en plus ou au lieu de toute amende, même maximale, ou d'une peine de prison qui pourraient être imposées. Il est possible de prendre une ordonnance ou plus à l'égard du même contrevenant.
- 22.35 Nous n'entendons pas reproduire ces dispositions, mais présenter les différents pouvoirs d'ordonnance en utilisant une classification qui varie selon les auteurs⁴². Pour notre part, nous avons retenu dans nos travaux antérieurs six catégories fondées sur leurs principales caractéristiques matérielles : les mesures pécuniaires et patrimoniales ; les mesures d'ordre moral ; les mesures de réparation ; les mesures préventives ; les mesures associées à l'administration de la justice ; et les mesures résiduelles⁴³. Nous les présentons en les regroupant deux par deux.

a) Mesures pécuniaires, patrimoniales et morales

- 22.36 Entrent dans la catégorie des mesures pécuniaires et patrimoniales l'amende additionnelle, l'ordonnance de confiscation, la perte ou la suspension des permis et l'indemnisation des frais encourus par des tiers en raison de l'infraction.
- 22.37 L'amende additionnelle couvre les bénéfices ou les avantages obtenus en raison de la commission de l'infraction⁴⁴. Elle est fréquemment imposée pour des infractions à la Loi sur les pêches et elle est rendue obligatoire, en vertu des neuf lois fédérales modifiées en 2009, lorsque le tribunal est convaincu qu'ils existent⁴⁵. L'amende additionnelle

42 Cf. HUGHES/REYNOLDS, 113 ss (9 catégories) ; MASCHER, 382 s. (2 catégories).

43 Inspirée de la typologie des peines et des mesures pénales de DUMONT, 483 ss.

44 Art 115.42 LQE (Québec) ; art. 79 LP ; art. 274.1 LCPE (1999) ; art. 189 LPE (Ontario) ; art. 161 Environment Act, SNS 1994-95, c 1 (EA [Nouvelle-Écosse]) ; art. 125 EMA (Colombie-Britannique).

45 Cf. p. ex. 274.1 LCPE (1999) : « Le tribunal saisi d'une poursuite pour infraction à la présente loi, s'il est convaincu que la personne déclarée coupable [...] a acquis des biens par suite de la perpétration de l'infraction ou en a tiré des avantages, lui inflige une amende supplémentaire correspondant à son évaluation de ces biens ou avantages ».

possède un fort pouvoir dissuasif lorsque l'infraction a été commise dans l'intention de profiter financièrement de la violation puisqu'elle permet de retirer au contrevenant tout bénéfice en découlant⁴⁶.

Des ordonnances de confiscation de biens sont également présentes dans certaines lois canadiennes⁴⁷. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Spence*⁴⁸, le tribunal a ordonné la confiscation de l'hydravion ayant servi aux activités illégales de chasse après avoir conclu que l'ordonnance de confiscation ne représente pas une peine cruelle et inusitée contraire à l'article 12 de la Charte canadienne. Dans l'affaire *R. v. Jones*⁴⁹, le tribunal a ordonné la confiscation du bateau, du moteur hors-bord et du filet ayant servi à la pêche illégale. 22.38

Plusieurs lois fédérales autorisent le juge à ordonner la restitution des permis ou des autorisations accordés en vertu de la loi en cause et de s'abstenir de présenter une nouvelle demande⁵⁰. Ciblé, lourdes de conséquences et dissuasives, elles visent la capacité du contrevenant de poursuivre certaines activités réglementées, allant de la pêche illégale au déversement en mer. 22.39

La deuxième catégorie regroupe les mesures d'ordre moral qui visent à dénoncer l'infraction des contrevenants par la diffusion d'informations relatives aux infractions commises⁵¹. Dans un secteur réglementé, comme celui de l'environnement, où les contrevenants sont généralement des personnes morales, la diffusion des faits entourant l'infraction peut avoir un effet normatif sur les grandes entreprises et les secteurs d'activités réglementées. En envoyant un avertissement aux autres administrés, ces ordonnances sont susceptibles de renforcer la conformité à la loi. Plusieurs lois environnementales autorisent également le tribunal à ordonner que les personnes lésées en soient avisées, lesquelles pourront plus aisément recevoir les soins requis et obtenir compensation⁵². 22.40

46 Cf. Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, arrêt du 30.1.2004, *R. v. Oates*, 2004 NLCA 6, dossier n° 02/62; Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 23.5.2006, *R. v. Reid*, 2006 BCPC 221, dossier n° 112676-1-T.

47 Cf. art. 230-231 LCPE (1999); art. 72 LP; art. 190.2 LPE (Ontario).

48 Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, décision *R. v. Spence*, 2002 NLPC 42839, du 11.7.2002, dossier n° 1301A-002200 (confiscation autorisée par l'art 15 (1) du Wild Life Act, R.S.N.L. 1990, c W-8).

49 Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, décision du 2.2.2011, *R. v. Jones*, 2011 NLTD 18, dossier n° 200906T0156 (en vertu l'art 72 LP); Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, décision du 16.5.1996, *R. v. Perrot*, (1996) 141 Nfld. & P.E.I.R. 131, dossier n° doc. 0895A-00229(2)/95, § 26 (en raison de l'acquiescement pour cause d'erreur de droit raisonnable quant aux limites du secteur de pêche, le tribunal a accordé au défendeur les deux tiers du produit de l'aliénation de la pêche illégale, représentant les frais engagés de bonne foi dans l'activité qui s'est révélée illégale).

50 Cf. art. 291 (1) (r) et (s); art. 16 (1) (i) et (j) LOM; art. 16 (1) (i) et (j) LES.

51 Art. 79.2 (c) LP (« publier, de la façon indiquée par lui, les faits liés à la perpétration de l'infraction »); art. 291 (1) (g) LCPE (1999); art.115.43 al. 1 (7) LQE (Québec).

52 Art. 291 (1) (h) LCPE (1999) (« aviser les personnes touchées ou lésées par sa conduite, à ses frais et de la façon que le tribunal précise, des faits liés à la perpétration de l'infraction et des détails de la

- 22.41 Au soutien de l'objectif de dénonciation des infractions environnementales, les neuf lois fédérales modifiées en 2009 ont introduit une obligation pour le tribunal d'ordonner à la personne morale qui est déclarée coupable, d'aviser ses actionnaires des faits liés à l'infraction et des détails de la peine imposée⁵³. Dans la même perspective, un registre concernant les déclarations de culpabilité des personnes morales est rendu accessible au public pour les infractions à ces lois fédérales⁵⁴, ainsi que dans d'autres juridictions⁵⁵.
- 22.42 Dans la catégorie des mesures d'ordre moral, citons la décision *R. v. N.W.T. Power Corp.*⁵⁶, où l'ordonnance de publier des excuses publiques a été déclarée illégale, pour trois motifs, par le tribunal siégeant en appel de la sentence. L'article 79.2 (c) de la Loi sur les pêches, autorisant expressément la publication des faits liés à la perpétration de l'infraction, n'étant pas en vigueur à l'époque, aucune habilitation n'autorisait le tribunal de première instance à imposer cette ordonnance. De plus, même si cette disposition avait été en vigueur, l'ordonnance de publication aurait dû se limiter aux « faits liés à la perpétration de l'infraction », au lieu des excuses publiques générales. En outre, l'ordonnance de publication nommait illégalement des directeurs et des administrateurs de l'entreprise qui n'ont pas été poursuivis ni trouvés coupables des infractions alléguées dans les excuses publiques.

b) Mesures de réparation et de prévention

- 22.43 La catégorie qui comprend les mesures de réparation est aujourd'hui la plus importante en droit pénal de l'environnement. Les pouvoirs d'ordonnance judiciaire y sont nombreux et témoignent de l'intention du législateur de faire progresser l'objectif lié à la réparation dans sa politique environnementale. La réparation concerne tant l'environnement que les biens, à savoir la remise en état des lieux, le financement d'activités de promotion et de recherche relatives au rétablissement et à l'assainissement de l'environ-

peine imposée, y compris des ordonnances rendues »); art. 166 (1) (d) EA (Nouvelle-Écosse); art. 127 (1) (h) EMA (Colombie-Britannique); art. 79.2 (c) LP; Cf. HUGHES/REYNOLDS, 118 s.

53 Cf. art. 274.2 LCPE (1999) (« En cas de déclaration de culpabilité d'une personne morale ayant des actionnaires pour infraction à la présente loi, le tribunal lui ordonne d'aviser ceux-ci, de la façon et dans les délais qu'il précise, des faits liés à la perpétration de l'infraction et des détails de la peine imposée »); art. 13.08 LOM; art. 13.05 LES.

54 Cf. art. 294.2 LCPE (1999) (« Afin d'encourager le respect de la présente loi et des règlements, le ministre publie dans un registre accessible au public des renseignements concernant les déclarations de culpabilité des personnes morales pour infraction à la présente loi »); art. 18.21 LOM; art. 18.1 LES.

55 Art. 118.5.2 LQE (Québec).

56 Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest, décision du 15.12.1989, *R. v. N.W.T. Power Corp.*, 5 C.E.L.R. (N.S.) 57, dossier n° (non attribué). L'amende de CAD 15 000 a été confirmée en appel, mais l'ordonnance de publier des excuses a été annulée par la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, décision du 29.3.1990, *R. v. Northwest Territories Power Corp.*, (1990) 5 C.E.L.R. (N.S.) 67, dossier n° CR 01048.

nement ainsi que, dans certaines lois, l'indemnisation des frais engagés par toute personne, « pour toute mesure prise ou à prendre pour la réparation ou la prévention du dommage résultant — ou pouvant résulter — des faits qui ont mené à la déclaration de culpabilité »⁵⁷, et ceux engagés par l'autorité publique responsable de la loi en cause⁵⁸.

Au vu des pouvoirs d'ordonnance accordés au juge pénal, il apparaît plus aisé d'obtenir 22.44
la réparation de l'environnement dans le cadre d'une poursuite pénale qu'au civil étant donné la difficulté inhérente à la quantification précise du préjudice écologique.

Le libellé de l'ordonnance de remise en état varie d'une loi à l'autre. Certaines sont formulées en termes généraux, autorisant ainsi le juge à ordonner une grande variété de 22.45
travaux d'assainissement et de restauration de l'environnement, sans avoir à déterminer un programme détaillé de réhabilitation⁵⁹. Par exemple, des lois fédérales accordent au tribunal le pouvoir d'ordonner au contrevenant de « prendre les mesures jugées utiles pour réparer le dommage à l'environnement résultant des faits qui ont mené à la déclaration de culpabilité ou prévenir un tel dommage »⁶⁰. Dans d'autres juridictions, ce pouvoir d'ordonnance est circonscrit et formulé plus strictement. C'est le cas de la Loi sur la qualité de l'environnement du Québec qui encadre la discrétion judiciaire ainsi :

[D]e prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes, **en accordant priorité à celles qu'il considère comme étant les plus adéquates pour la protection de l'environnement :**

- a) remettre les choses dans l'état où elles étaient avant que la cause de l'infraction ne se produise ;
- b) remettre les choses dans un état se rapprochant de leur état initial ;
- c) mettre en œuvre des mesures compensatoires ;
- d) verser une indemnité, de type forfaitaire ou autre, pour la réparation des dommages résultant de la perpétration de l'infraction ;

57 Art. 291 (1) (k) LCPE (1999) ; Cf. art. 115.43 al.1 (5) et al. 2 LQE (Québec) ; art. 79.2 (b) et (d) LP ; art. 190 et 190.1 LPE (Ontario) ; art. 166 (1) (b) et (g) EA (Nouvelle-Écosse) ; art. 127 (1) (b) et (c) EMA (Colombie-Britannique).

58 Cf. art. 79 al. 1 (d) LP : « indemniser le ministre, en tout ou en partie, des frais qu'il a engagés pour la réparation ou la prévention des dommages résultant ou susceptibles de résulter de la perpétration de l'infraction ».

59 Cf. Cour de justice de l'Ontario, décision du 19.9.2006, *R. v. Vastis*, 2006 ONCJ 347, dossier n° 03-9303 ; Cour suprême de la Colombie-Britannique, décision du 7.6.2001, *R. v. Basso*, 2001 BCSC 801, dossier n° 21832 ; Cour provinciale de l'Alberta, décision du 7.3.2001, *R. v. R.H.K. Hydraulic Cylinder Services Inc.*, 2001 CarswellAlta 1177, dossier n° 05665161P10101-0106, 0201-0206 (j. Cafaro) ; Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 2.5.2006, *R. v. Valley Paper Cycle Ltd.*, 2006 BCPC 188, dossier n° 65916-1 ; Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 21.9.2004, *R. v. Thurber*, 2004 BCPC 462, dossier n° Sechelt 13412-1.

60 Art. 291 (1) (b) LCPE (1999) ; Cf. art. 166(1) (b) EA (Nouvelle-Écosse) ; art. 127(1) (b) EMA (Colombie-Britannique) ; art. 79.2(b) LP ; art. 234(1) (b) EPEA (Alberta).

e) verser, en compensation des dommages [...], une somme d'argent au Fonds vert [...] ou au Fonds de protection de l'environnement et du domaine hydrique de l'État [...]»⁶¹.

[Notre mise en évidence]

- 22.46 Dans ce dernier cas de figure, la détermination des mesures «les plus adéquates pour la protection de l'environnement» commande généralement une preuve factuelle et la présence d'experts. Par surcroît, cette exigence guide clairement le juge; il doit consacrer son analyse à ce seul intérêt et occulter les considérations associées aux intérêts économiques particuliers ou au développement régional. À ce titre, «la conservation de l'environnement naturel est à privilégier» et «converge vers le constat qu'une remise en état constitue certainement un avantage écologique»⁶². Il a toutefois été décidé que la remise en état des lieux peut ne pas être pertinente ou proportionnelle à sa finalité si elle provoque des perturbations environnementales importantes ou que la nature a repris ses droits⁶³.
- 22.47 Certains pouvoirs d'ordonnance destinés à promouvoir des comportements responsables chez les contrevenants peuvent exprimer tant l'objectif de réparation de la peine que celui de prévention des infractions. En ce sens, ils peuvent entrer également dans la catégorie des ordonnances judiciaires regroupant les pouvoirs d'ordonnance ayant une fonction préventive. Ces pouvoirs se trouvent dans les lois tant fédérales que provinciales, il s'agit «de s'abstenir de toute action ou activité susceptible d'entraîner la continuation de l'infraction ou une récidive; [...] d'accomplir toute action ou d'exercer toute activité permettant d'éviter la continuation de l'infraction ou de prévenir une récidive»⁶⁴.
- 22.48 Plus spécifiques, certaines lois autorisent le tribunal à ordonner au contrevenant de préparer et de mettre en œuvre un plan de prévention de la pollution ou de gestion des urgences environnementales⁶⁵, de mettre en place un système de gestion répondant à une norme canadienne ou internationale ou encore de financer une vérification environnementale⁶⁶.

61 Art. 115.43 (5) LQE (Québec).

62 Cour du Québec, décision du 19.4.2012, *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Gestion A. Pelchat inc.*, 2012 QCCQ 2904, dossier n° 200-61-140877-109, § 73.

63 Cour du Québec, décision du 21.9.1999, *Québec (Procureur général) c. Martel*, 1999 QCCQ 10618, dossier n° 750-61-007105-960, § 14 (rejetée: la preuve a démontré que la remise en état des lieux risque de perturber des éléments reconstitués par la nature).

64 Art. 115.43 (1) § 1 et 2 LQE (Québec); Cf. art. 291 (1) (a) LCPE (1999); art. 166 (1) (a) EA (Nouvelle-Écosse); art. 127 (1) (a) EMA (Colombie-Britannique); art. 79.2 (a) LP; Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, *R. v. Jones*, précité: n. 51, § 27 et 39 (une ordonnance interdisant de pêcher pendant deux ans peut être émise en vertu de l'art. 79.2 LP. Annulée en appel aux motifs que la confiscation de son bateau, moteur et équipement de pêche limite déjà l'exercice de la pêche et que le juge a omis d'enquêter sur les conséquences de l'interdiction de pêcher).

65 Cf. art. 291 (1) (c) LCPE (1999); art. 115.43 al. 1 (3) LQE (Québec); art. 166 (1) (b) EA (Nouvelle-Écosse).

66 Cf. art. 291 (1) (e) et (f) LCPE (1999); art. 16(1) (b.1) et (b.3) LOM; art. 16(1) (b.2) LES.

Entrent tant dans la catégorie des ordonnances de réparation que dans celles de prévention, une variété de pouvoirs d'ordonnance autorisant le tribunal à affecter une somme d'argent au financement d'une diversité de projets, à savoir, réaliser des recherches et financer des études et des institutions. Par exemple, la Loi sur les pêches autorise le tribunal à ordonner que le montant qu'il estime indiqué soit versé « en vue de promouvoir la protection du poisson ou de l'habitat du poisson ainsi que la gestion et la surveillance judicieuses des pêches »⁶⁷. Les sommes sont versées à un fonds particulier ou à un organisme public chargé de réaliser les projets de promotion, de protection ou de restauration de l'environnement. 22.49

En pratique, les sommes affectées à ces projets peuvent être assez élevées⁶⁸. Par exemple, le tribunal est autorisé, en vertu de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999) et de la Loi de la Colombie-Britannique, à ordonner le versement d'une somme dans un fonds réservé à un groupe intervenant dans des projets de protection de l'environnement ou à un établissement d'enseignement pour créer des bourses d'études en environnement ou financer la recherche sur la substance en cause⁶⁹. 22.50

Enfin, l'ordonnance de travaux communautaires que l'on retrouve dans les lois fédérales, albertaines, néo-écossaises et britanno-colombiennes demeure difficile à classer dans notre typologie⁷⁰. Avec d'autres, il nous apparaît que le pouvoir d'ordonner l'exécution de travaux d'intérêt collectif soit de nature à compenser des atteintes causées à l'environnement, ailleurs que dans la communauté exposée aux impacts de l'infraction commise sur son territoire (p. ex. : pollution de l'eau ou de l'air) ou encore, de nature à prévoir des retombées profitant à la société de manière générale pour la dégradation de l'environnement⁷¹. 22.51

67 Art. 79.2 (f) LP.

68 Cf. Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 10.2.2003, *R. v. McLeod's By-Products (1978) Ltd.*, 2003 BCPC 91, dossier n° Vernon 37417-1, § 23 (suggestion commune acceptée : CAD 1000 d'amende et CAD 39000 payables à l'*Habitat Conservation Trust Fund*) ; Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 26.11.2002, *R. v. Ballard Power Systems Inc.*, 2002 BCPC 506, dossier n° Vancouver 77898-1, § 19 et 20 ; Cour provinciale de l'Alberta, décision du 30.11.2018, *R. v. The Lake Louise Ski Area Ltd.*, 2018 ABPC 280, dossier n° 151077641P1 (une peine totale de CAD 1,6 millions pour avoir coupé 58 pins blancs, une espèce en voie de disparition, dont 5% en amende et 95% payables au Fonds fédéral pour dommages à l'environnement) ; Cour provinciale de l'Alberta, *R. v. Syncrude Canada Ltd.*, précité : n. 4 (des amendes de CAD 800000 et CAD 2.2 millions pour financer trois projets) ; Cour supérieure du Québec, décision du 19.12.2014, *R. v. Bloom Lake General Partner Limited*, dossier n° 500-73-004216-145 (peine totale de CAD 7,5 millions, dont CAD 6,83 millions versés au Fonds pour dommages à l'environnement).

69 Cf. art. 291 (1) (n), (o) et (p) LCPE (1999) ; art. 127 (1) (e) EMA (Colombie-Britannique) ; Cf. art. 1115.43 (4) LQE (Québec) ; Cf. WRUCK.

70 Cf. art. 291 (1) (l) LCPE (1999) ; art. 79.2 (e) LP ; art. 234(1) (h) EPEA (Alberta) ; art. 166 (1) (h) EA (Nouvelle-Écosse) ; art. 127 (1) (d) EMA (Colombie-Britannique).

71 CAMPBELL, 22 s. : « *Where the public at large is the victim of an environmental offence, other types of more specific NFMs [non-fine measures] may be better substitutes for the abstract notion of compensation* ».

c) *Mesures associées à l'administration de la justice et le pouvoir résiduaire*

- 22.52 Selon notre typologie, une catégorie d'ordonnances concerne les mesures associées à l'administration de la justice et au respect de ses actes de procédure. Sous ce titre sont regroupés les pouvoirs d'ordonner la production de renseignements sur les activités et sur les effets d'une substance sur l'environnement⁷², des mesures de suivi de son exécution,⁷³ ainsi que la consignation d'une somme en garantie de l'exécution des ordonnances judiciaires⁷⁴.
- 22.53 Enfin, la plupart des lois consultées, mais pas toutes⁷⁵, accordent au tribunal un pouvoir d'ordonnance résiduel. Certains sont formulés de manière large (« faire toute chose, qui de l'opinion du tribunal, est nécessaire dans les circonstances » [traduction])⁷⁶, alors que d'autres ont une portée plus spécifique (« se conformer aux autres conditions qu'il estime indiquées pour assurer la bonne conduite du contrevenant et dissuader celui-ci, ainsi que toute autre personne, de commettre des infractions à la présente loi »)⁷⁷. À défaut de disposition accordant des pouvoirs résiduels, le juge peut se fonder sur des dispositions relatives aux ordonnances de probation lorsqu'elles sont applicables⁷⁸.
- 22.54 La jurisprudence offre des exemples variés de mesures préventives imposées en vertu d'un pouvoir d'ordonnance résiduaire ayant une portée spécifique⁷⁹. À cet égard, les tribunaux ont eu l'occasion de préciser qu'il ne s'agit pas d'une clause omnibus autorisant tous les types d'ordonnances. Elles doivent offrir un lien avec l'infraction et avoir pour objet le retour à la conformité ou la prévention des récidives. C'est le cas des décisions

72 Cf. art. 166 (1) (f) EA (Nouvelle-Écosse); art. 127 (1) (g) EMA (Colombie-Britannique); art. 79.2 (h) LP; art. 291 (1) (d) et (j) LCPE (1999).

73 Cf. art. 291 (1) (j) LCPE (1999) (« fournir au ministre, sur demande présentée par celui-ci dans les trois ans suivant la déclaration de culpabilité, les renseignements relatifs à ses activités jugés justifiés en l'occurrence »); art. 79.2 (h) LP; art. 16 (1) (f) LOM; art. 16 (1) (f) LES; art. 234 (1) (f) EPEA (Alberta).

74 Art. 79.2 (g) LP: « en garantie de l'acquittement des obligations imposées au titre du présent article, fournir le cautionnement ou déposer auprès de lui le montant qu'il estime indiqué »; Cf. art. 166 (1) (e) EA (Nouvelle-Écosse); art. 127 (1) (f) EMA (Colombie-Britannique); art. 291 (1) (i) LCPE (1999); art. 115.43 al. 1 (6) LQE (Québec).

75 C'est le cas des lois québécoise et manitobaine: LQE (Québec); LE (Manitoba).

76 Art. 85 (f) EMPA (Saskatchewan): « *requiring the convicted person to do any other thing that, in the opinion of the court, is necessary in the circumstances* ».

77 Art. 291 (1) (q) LCPE (1999); Cf. art. 166 (1) (i) EA (Nouvelle-Écosse); art. 127 (1) (i) EMA (Colombie-Britannique); art. 79.2 (i) LP.

78 P. ex. les alinéas 732.1(3) (h) et (3.1) (g) C.cr confèrent au tribunal le pouvoir discrétionnaire, dans le cas d'une personne physique et d'une entreprise d'imposer l'obligation « d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables ».

79 Cour provinciale de l'Alberta, décision du 25.1.1996, *R. v. Prospec Chemicals Ltd.*, (1996) 19 C.E.L.R. (N.S.) 178, § 3; Cour provinciale de l'Alberta, *R. v. Van Waters & Rogers Ltd.*, précité: n. 22, § 53; Cour provinciale de l'Alberta, décision du 25.8.2000, *R. v. Calgary (City)*, 2000 ABPC 148, dossier n° Calgary 91914366P10101, § 23; Cour de justice de l'Ontario, décision du 24.2.1999, *Fletcher v. Kingston (City)*, (1999) O.J. no 5705, dossier n° Kingston 97-0628, 97-2497, § 28 et 29.

ayant ordonné à des entreprises contrevenantes d'adopter un système de gestion environnemental certifié ISO 14001⁸⁰. Toutefois, la portée de ces dispositions n'autorise pas le juge à imposer des ordonnances de restitution à l'égard de tierces personnes⁸¹ ni de publication d'excuses⁸². Moins ciblées, les dispositions formulées en termes généraux permettent au juge d'ordonner la publication de la décision et des peines imposées⁸³.

III. Formalités et modalités d'imposition et d'exécution

Il est peu aisé d'aborder les formalités et les modalités d'exécution applicables à tous les pouvoirs d'ordonnance accordés au juge par la législation environnementale canadienne. La difficulté résulte du fait que la plupart de ces lois encadrent peu ou pas le choix et l'exécution des ordonnances. Aussi, les réponses à ces questions relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge, sauf lorsque l'imposition d'une ordonnance est obligatoire en vertu de la loi ou soumise à des exigences procédurales. 22.55

Par ailleurs, quelques juridictions ont élaboré des lignes directrices devant guider les procureurs dans les propositions de peines créatives. C'est le cas de l'Alberta qui s'est dotée de lignes directrices en 2002⁸⁴. Des procureurs chargés des procès et des enquêteurs y sont assignés pour développer des projets de peine innovante. Les projets sont généralement réalisés par des ONG qui rendent des comptes à la fin de ceux-ci. Il existe également des politiques d'application pour les lois fédérales qui guident les agents de l'autorité fédérale dans leurs recommandations relatives à la peine et/ou à l'ordonnance à requérir du tribunal⁸⁵. 22.56

80 Cour provinciale de l'Alberta, *R. v. Prospec Chemicals Ltd.*, précité : n. 81, § 3; Cour provinciale de l'Alberta, *R. v. Calgary (City)*, précité : n. 81, § 23.

81 Cour d'appel de la Colombie-Britannique, arrêt du 14.8.2014, *R. v. Ambrosi*, 2014 BCCA 325, dossier n° CA039870, § 46 (l'article 127(1)(i) de l'EMA [Colombie-Britannique] n'accorde pas au juge de première instance le pouvoir de rendre une ordonnance de restitution en faveur de la ville pour les frais encourus à la suite de l'infraction. L'ordonnance de restitution est annulée); Cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 5.9.1997, *R. v. Imperial*, 1997 ONCA 952, dossier n° C21809 (l'ordonnance visant le versement d'une contribution financière à deux écoles locales est annulée en l'absence d'habilitation statutaire).

82 Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, *R. v. Northwest Territories Power Corp.*, précité : n. 58 (l'article 41(2) de la Loi sur les pêches de l'époque ne permettait pas au juge d'ordonner la publication des excuses. L'ordonnance a été annulée).

83 Cour provinciale de la Saskatchewan, décision du 16.5.2011, *R. v. Britannia (Rural Municipality No. 502)*, 2011 SKPC 79, dossier n° 6190714, § 16 (Ordonnance prise en vertu de l'art. 74(4)(f) [aujourd'hui art. 85] EMPA [Saskatchewan] de distribuer aux contribuables de la municipalité une copie de la décision rendue contre elle).

84 MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DÉVELOPPEMENT DURABLE DES RESSOURCES DE L'ALBERTA ET MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA, *Creative Sentencing in Alberta 2012 Report*, 4 s., disponible sous : <<https://open.alberta.ca/publications/9781460104545>> (17.8.2020).

85 Cf. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Politique de conformité et d'application de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, disponible sous : <<https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/application-lois-environnementales/publications/politique-confor>>

- 22.57 La difficulté réside également dans le fait que les peines créatives sont généralement le fruit d'une proposition présentée par la poursuite ou conjointement par les parties, et qu'elles sont acceptées par le juge sans que ce dernier ne précise dans sa décision les motifs et les objectifs ayant mené aux peines imposées. De plus, les décisions rendues sur sentence ne sont pas toujours publiées et les registres des déclarations de culpabilité, à l'exception de celui de l'Alberta, résument les accusations portées, les déclarations de culpabilité et les peines imposées, sans autre détail.

1. Formalités préalables

- 22.58 En règle générale, il y a peu d'exigences formelles encadrant l'émission des ordonnances créatives. Par conséquent, bien que les propositions de peines créatives soient présentées par la poursuite ou conjointement avec la défense, elles ne lient pas le juge qui possède une importante discrétion dans la décision d'imposer ou non une ordonnance ainsi que dans le choix de la mesure. En Ontario, la loi énonce expressément que le tribunal peut « de sa propre initiative ou sur demande du poursuivant » imposer des ordonnances⁸⁶. La jurisprudence témoigne que les juges exercent une liberté dans le choix des ordonnances appropriées⁸⁷. En pratique, la plupart des projets de peines innovantes sont présentés au tribunal à la suite d'un plaidoyer de culpabilité et dans le cadre de propositions de sentence conjointes de la poursuite et du défendeur.
- 22.59 Au niveau de la procédure, il convient de souligner que les ordonnances font partie intégrante de la peine et, qu'à ce titre, elles sont élaborées et prononcées au moment de la détermination de la peine, c'est-à-dire après le prononcé d'un verdict de culpabilité. Étant donné que les dispositions habilitantes précisent qu'elles sont ordonnées, « en plus de toute peine infligée », des amendes les accompagnent généralement, même de manière nominale⁸⁸. Elles entrent en vigueur à la date où elles sont rendues ou suivant les termes de la décision.

mite-application-loi-protection.html> (17.8.2020); GOUVERNEMENT DU CANADA, Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches relatives à l'habitat et à la pollution, disponible sous : <<https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/application-lois-environnementales/publications/politique-conformite-application-loi-peches.html>> (17.8.2020).

86 Art. 190 (1) LPE (Ontario).

87 *Contra* : La proposition du poursuivant a été rejetée et l'ordonnance qui aurait été appropriée n'ayant pas été proposée, le tribunal a conclu « qu'il ne peut d'office rendre cette ordonnance sans alors adjuger *ultra petita* »; Cours municipales, décision du 24.3.2014, *Ste-Pétronille (Municipalité de) c. Galibois*, 2014 QCCM 302, dossier n°12-01546-7, § 111.

88 Cf. Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 14.3.2018, *R. v. Chalupiak*, 2018 BCPC 82, dossier n° 16111-1 (CAD 1 en amende et CAD 8000 à verser à *Habitat Conservation Trust Foundation* de la Colombie-Britannique afin d'être utilisés dans le secteur où le grizzly a été illégalement tué); Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 4.3.2016, *R. v. Kim*, 2016 BCPC 113, dossier n° 93858-1 (amende minimale imposée (CAD 4 900) et le solde de la peine totale est versée au *Habitat Conservation Trust Foundation* de la Colombie-Britannique (CAD 17 500)).

Par ailleurs, certaines lois imposent des formalités particulières. C'est le cas de la Loi sur la qualité de l'environnement du Québec qui exige que le poursuivant donne au contrevenant un préavis d'au moins 10 jours avant de requérir l'émission d'une ordonnance de remise en état, de mesures compensatoires, de versement d'une indemnité ou d'une somme d'argent au Fonds de protection de l'environnement ou de remboursement des frais engagés par le ministre. Cette exigence tombe si les parties sont en présence du juge, qui doit avant de rendre une ordonnance, et sur demande du contrevenant, lui accorder un délai raisonnable pour présenter une preuve relative à ces demandes⁸⁹. Signalons également que dans certaines lois fédérales modifiées en 2009, l'ordonnance visant à « mener des études de suivi sur des effets sur l'environnement », doit être réalisée « de la façon que le ministre l'indique »⁹⁰. Quant à la Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada, l'ordonnance visant la mise en place d'un système de gestion de l'environnement est assujettie à l'approbation de ce système par le ministre responsable de cette loi⁹¹.

2. Critères et conditions d'imposition des ordonnances

Au moment de déterminer la peine, le juge doit en théorie explorer tout l'arsenal des peines à sa disposition dans la perspective d'atteindre les objectifs généraux de la peine appropriée à l'infraction commise. Par ailleurs, il est possible qu'aucune peine créative ne soit appropriée pour certaines infractions, par exemple, celles qui sont de nature technique (p. ex. : omission de transmettre un bilan, un plan ou un rapport) ou d'avoir fourni des renseignements trompeurs.

Sauf disposition contraire de la loi, aucune limite d'ordre financier n'est prévue pour ces ordonnances. Ainsi, les sommes que devra engager le contrevenant pour s'y conformer pourraient excéder le montant de l'amende maximale prescrite⁹², comme cela fut le cas dans l'affaire *R. v. Syncrude Canada* évoquée plus tôt⁹³.

Bien que le juge pénal jouisse d'une discrétion importante à l'étape de la détermination de la peine appropriée, les dispositions législatives encadrent son choix. En premier lieu, la mesure imposée doit être autorisée par la loi en cause, autrement, le tribunal n'a pas la juridiction pour l'imposer⁹⁴. En outre, les modifications apportées à neuf lois

89 Art. 115.44 LQE (Québec).

90 Cf. art. 291 (1) (d) LCPE (1999) ; art. 16(1) (b.2) LOM ; art. 16 (1) (b.1) LES ; art. 66 91) c) Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique, L.C. 2003, c 20.

91 Art. 66 (1) (f) Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada, L.C. 2002, c 18.

92 Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest, décision du 19.1.2011, *R. v. Northwest Territories Power Corporation*, 2011 NWTTC 3, dossier n° T-1-CR-2008 0001484, § 10, 101 et 102.

93 Cour provinciale de l'Alberta, *R. v. Syncrude Canada Ltd*, précité : n. 4.

94 Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Imperial*, précité : n. 83 (l'ordonnance visant le versement d'une contribution financière à deux écoles locales est annulée en l'absence d'habilitation statutaire) ; Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. v. Ambrosi*, précité : n. 83 (le pouvoir d'ordonnance résiduel n'autorise pas à imposer une ordonnance de restitution au bénéfice d'un tiers).

fédérales en 2009 rendent obligatoire l'imposition de certaines ordonnances, à savoir l'amende additionnelle, lorsque le juge est convaincu qu'un bénéficiaire a été réalisé, et d'informer les actionnaires d'une personne morale reconnue coupable⁹⁵. Rappelons également que les ordonnances sont personnelles et ne doivent pas produire d'effets punitifs sur des tiers⁹⁶.

- 22.64 De plus, chacune des mesures imposées doit avoir un lien suffisant avec l'infraction commise. En effet, dans l'alinéa introductif des dispositions accordant des pouvoirs d'ordonnance, il est précisé que le tribunal peut rendre une ordonnance « compte tenu de la nature de l'infraction ainsi que des circonstances de sa perpétration ». Par conséquent, une ordonnance créative émise à la suite d'une infraction relative à la pollution de l'air ne devrait pas viser la réhabilitation d'un cours d'eau. De même, un lien géographique est un facteur fréquemment évoqué. L'absence de lien avec l'infraction ou son insuffisance sont de nature à faire invalider la mesure.
- 22.65 À ce sujet, les ordonnances visant des travaux communautaires retiennent l'attention. Par exemple, un producteur de gazon en plaques a été condamné à fournir son produit (d'une valeur de CAD 55 000) à une ONG et à trois municipalités de la région où l'infraction a été commise⁹⁷. Dans une autre affaire, un agriculteur a été condamné à fournir des navets (récolte et transport évalués à CAD 90 000) à la banque alimentaire de la ville d'Edmonton afin d'y être distribués ainsi qu'à d'autres banques alimentaires du nord de l'Alberta⁹⁸. Ici, l'ordonnance imposée privait le cultivateur de navets des bénéfices de l'infraction commise, à savoir d'avoir, sans autorisation, réalisé des travaux dans un cours d'eau après une inondation de ses terres, et cela, dans le but d'augmenter sa production⁹⁹.
- 22.66 La jurisprudence paraît divisée quant à l'exigence d'un lien suffisant entre une infraction de pêche illégale ou de posséder, acheter ou vendre du poisson illégalement pêché et une ordonnance de verser au gouvernement les montants que le juge estime indiqués, en vue de promouvoir « la protection du poisson ou de l'habitat du poisson ». Certains juges ont refusé d'émettre ces ordonnances étant donné l'absence de dommage causé à l'habitat du poisson ou à l'environnement par ces infractions¹⁰⁰.

95 Art. 274.1 et 274.2 LCPE (1999) ; art. 13.07 et 13.08 LOM ; art. 13.04 et 13.05 LES.

96 Cour d'appel de l'Ontario, arrêt *R. v. Bata Industries Ltd.*, 1995 ONCA 395, dossier n° C16272, § 20 (l'ordonnance interdisant à l'entreprise de rembourser les amendes imposées à deux de ses dirigeants a été déclarée illégale, car elle n'avait pas pour objet de dissuader l'entreprise, mais ses dirigeants).

97 Cour provinciale de l'Alberta, décision du 7.4.2005, *R. v. The Manderley Corporation*, disponible sous : <<https://albertacreativesentencing.files.wordpress.com/2015/07/the-manderley-corporation-csos-april-2005-copy.pdf>> (7.5.2021).

98 Cour provinciale de l'Alberta, décision du 16.12.2005, *R. v. Hillisight Vegetables Inc.*, (2005) A.J. No. 1916, dossier n° Edmonton 041063934P1.

99 NWAPI, 20 s.

100 Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 4.2.2019, *R. v. Pasco Seafood Enterprises Inc.*, 2019 BCPC 228, dossier n° 60520, § 101 ; Cour Suprême de la Colombie-Britannique, décision du 5.3. 2020, *R. v. F.A.S. Seafood Producers Ltd.*, 2020 BCSC 317, dossier n° 29163, § 35; *Contra* :

Le principe de proportionnalité des peines guide également le juge au moment de déterminer la peine appropriée. Suivant ce principe, le juge qui prononce une série de peines, dont chacune doit être établie correctement en fonction de l'infraction et des principes applicables, doit examiner la peine dans sa totalité afin de s'assurer qu'elle est juste et appropriée¹⁰¹. Les coûts associés aux ordonnances peuvent être difficiles à établir avec certitude. Plusieurs cas de figure peuvent alors se présenter. Il en va ainsi des ordonnances de remise en état, d'exécuter des plans d'urgence et de prévention, de mettre en place un système de gestion de l'environnement, d'exécuter des travaux d'intérêt collectif à des conditions raisonnables, etc. Les coûts associés aux ordonnances ont généralement une incidence sur le montant de l'amende imposée. Pour estimer les sommes en jeu, le juge se fonde sur les représentations de la poursuite et de la défense et lorsqu'elles ne s'entendent pas, l'exercice peut devenir beaucoup plus compliqué et laborieux que l'imposition d'une simple amende ou d'une ordonnance de verser une somme forfaitaire. 22.67

Dans *R. v. Van Waters & Rogers Ltd.*¹⁰², le juge du procès a eu l'occasion de se pencher sur le degré de précision requis dans l'évaluation de la totalité de la peine. Le défendeur lui demandait de reconnaître le salaire des préposés (CAD 59 750), qui auront à mettre en œuvre l'ordonnance, en réduisant le montant de l'amende d'autant. La poursuite contestait cette demande. Selon le juge, la détermination de la peine n'est pas un exercice de comptabilité dans lequel le juge calcule le coût précis des ordonnances pour les réduire de l'amende qui serait appropriée sans elles. Au final, il a coupé la poire en deux en revoyant légèrement à la hausse l'évaluation des coûts de l'ordonnance imposée. 22.68

Dans *Québec (Procureur général) c. Service environnementaux Laidlaw (Mercier) ltée*¹⁰³, le coût de la demande de remise en état, consistant à nettoyer les terres, barils et condensateurs contaminés par des BPC, était estimé à plus de CAD 12 millions. Soulignant que l'entreprise avait déjà réalisé des travaux de restauration et que des recours au civil 22.69

Cour Suprême de la Colombie-Britannique, décision du 7.11.2017, *R. v. Schafhauser*, 2017 BCSC 2287, dossier n° 29157, § 16.

101 Cour Suprême du Canada, Arrêt *R. c. C.A.M.*, précité : n. 17, § 42. En matière environnementale, cf. Cour d'appel de la Colombie-Britannique, arrêt du 29.4.2010, *R. v. Brown*, 2010 BCCA 225, dossier n° CA036728, CA036729, § 17 ; Cour provinciale de la Colombie-Britannique, décision du 9.1.2017, *R. v. Gwaii Wood Products Limited*, 2017 BCPC 6, dossier n° 6089-1.

102 Cour provinciale de l'Alberta, *R. v. Van Waters & Rogers Ltd.*, précité ; n. 22, § 16 et 20 : « Accordingly, the process does not involve a detailed analysis of the costs of the Creative Sentencing Order. It involves an overall determination of a penalty appropriate to the circumstances before the Court ».

103 Cour supérieure du Québec, décision du 21.11.1997, *Québec (Procureur général) c. Services environnementaux Laidlaw (Mercier) ltée*, 1997 QCCS 8271, dossier n° 760-36-000099-963, § 42. La Cour a suivi les enseignements de la Cour suprême du Canada dans son arrêt du 1.5.1978, *La Reine c. Zelensky*, 1978 CSC 8 : « le juge peut faire enquête pour établir le montant du dédommagement, « dans la mesure où cela peut se faire rapidement et sans que les procédures de sentence prennent la tournure d'un procès civil ou d'un renvoi dans une procédure civile ».

étaient pendants, la juge a rejeté la demande de remise en état concluant que le tribunal pénal n'est pas « le forum approprié pour régler cette question qui entraîne un problème de responsabilité civile complexe ».

- 22.70 Les éléments à prendre en considération au moment d'évaluer la peine dans sa totalité soulèvent d'autres questions difficiles. Il en va ainsi du principe à l'effet que le contrevenant ne doit pas tirer profit de l'infraction commise. Suivant ce dernier principe, l'amende additionnelle n'est pas soustraite du montant de l'amende ni prise en compte dans la peine globale¹⁰⁴. Il en va de même des ordonnances de confiscation¹⁰⁵. La question de savoir si certaines ordonnances de réparation et de prévention devraient se voir incluses ou non dans la détermination de la sentence globale soulève plus de difficultés. Selon la Cour d'appel de l'Alberta, les coûts associés à une ordonnance visant le nettoyage de l'environnement après un événement de pollution ne devraient pas être pris en considération lors du prononcé de la peine lorsque le contrevenant est tenu de le faire en vertu de la loi¹⁰⁶. En application de ce principe, un grand nombre d'ordonnances ne devraient pas être prises en compte pour ajuster les autres peines au motif qu'elles visent à ordonner des mesures de nettoyage requises par la loi et des mesures de prévention des infractions qui auraient dû être prises avant l'événement infractionnel. Ce n'est toutefois pas le cas en pratique et la portée de ce principe sur la peine globale demeure en suspens.

3. Suivi, modification et inexécution des ordonnances

- 22.71 Des dispositions permettant à la poursuite et au contrevenant de présenter une requête en modification de l'ordonnance, en cas de changement de la situation de ce dernier, ont été introduites dans la plupart des lois habilitantes, mais pas toujours¹⁰⁷. La modification peut consister à revoir les obligations prévues, à dispenser la personne de s'y conformer ou à modifier la durée d'application¹⁰⁸. En l'absence de précision législative à

104 Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, *R. v. Oates*, précité : n. 48 ; Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, arrêt du 20.2.2004, *R. v. Meade*, 2004 NLCA 11, dossier n° 00/86 (la Cour d'appel a maintenu l'amende de CAD 25 000 mais elle a réduit l'amende additionnelle pour les profits réalisés de CAD 81 319,80 à CAD 48 135,33 afin de tenir compte des dépenses et des avantages fiscaux) ; *Contra* : Cour provinciale de la Colombie-Britannique, *R. v. Pasco Seafood Enterprises Inc.*, précité : n. 102, § 115.

105 Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, *R. v. Jones*, précité : n. 51, § 27 : « *the forfeiture order was not technically part of the "sentence"* ».

106 Cour du banc de la Reine de l'Alberta, décision du 17.3.2004, *R. v. Centennial Zinc Plating Ltd.*, 2004 ABQB 211, dossier n° 0205 50836 S1, § 111.

107 P. ex. la LQE (Québec) ne prévoit pas de mécanisme de modification.

108 P. ex. cf. art. 79.5 LP ; art. 293 LCPE (1999) ; 190 (3) LPE ; 236 EPEA (Alberta) ; Cour territoriale du Yukon, décision du 31.8.2004, *R. v. City of Dawson*, 2004 YKTC 69, n° de dossier 01-0050A, une requête déposée conjointement par la Couronne et la contrevenante en vertu de l'article 79.5 de la Loi sur les pêches en vue de faire modifier une ordonnance rendue selon l'article 79.2 de la Loi imposant l'obligation de construire et d'exploiter une usine de traitement des eaux.

cet effet, le juge peut le prévoir dans les termes de son ordonnance. À défaut, le contrevenant s'expose à un outrage au tribunal¹⁰⁹.

L'exécution des ordonnances créatives peut s'avérer aléatoire si aucune mesure de suivi n'est prévue par la loi ou dans l'ordonnance elle-même. À ce sujet, les lois fédérales et albertaines autorisent le juge à ordonner au contrevenant de produire des renseignements démontrant le respect des ordonnances, à savoir « fournir au ministre, sur demande présentée par celui-ci dans les trois ans suivant la déclaration de culpabilité, les renseignements relatifs à ses activités que le tribunal estime justifiés en l'occurrence ». En Alberta, le juge introduit dans ses ordonnances une obligation de lui faire rapport à la fin du projet visé par l'ordonnance¹¹⁰. 22.72

Les ordonnances sont contraignantes. Aussi, la loi habilitante crée généralement, mais pas toujours, une infraction pour le non-respect d'une ordonnance de peine innovante¹¹¹. Au moment du prononcé de la peine, le tribunal peut également prévoir, par l'entremise d'une ordonnance résiduelle, les conséquences juridiques qui découleront du non-respect de l'ordonnance imposée au contrevenant¹¹². À défaut, il est possible d'invoquer l'outrage au tribunal. 22.73

En effet, le refus ou le défaut de se conformer à une ordonnance judiciaire représente un outrage au tribunal punissable tant au civil qu'au pénal. Le contrevenant trouvé coupable s'expose à une amende et à un emprisonnement¹¹³. La procédure d'outrage intéresse plus particulièrement les cas de refus de se conformer à une ordonnance touchant la réparation ou la prévention des dommages à l'environnement, la vie humaine ou la santé (p. ex. : cesser toute activité pouvant amener la continuation ou la répétition de l'infraction, réparer les dommages causés à l'environnement ou aux personnes, prévenir d'autres dommages). 22.74

109 Cour du Québec, décision du 12.1.2001, *Québec (Procureur général) c. Traitement et récupération Contrex Inc.*, 2001 QCCQ 3, dossier n° 605-61-002426-953 (impossible de modifier les conditions d'une ordonnance; le juge est « *functus officio* et sans juridiction pour modifier le jugement déjà rendu); Cour du Québec, décision du 5.2.2007, *Québec (Procureur général) c. Îles-de-la-Madeleine (Municipalité des)*, 2007 QCCQ 1406, dossier n° 115-61-002077-053 (afin d'éviter le risque d'une condamnation pour outrage au tribunal, une demande de délai additionnel ne modifiant pas les modalités ni la nature des travaux prévus à l'ordonnance est accordée).

110 Cf. les ordonnances sur le site web *Alberta Creative Sentencing*, disponible sous : <<https://albertacreativesentencing.wordpress.com/sentencing-judgements-and-orders/>> (17.8.2020).

111 Cf. art. 115.32 (6) LQE (Québec); art. 79.6 LP; 272 (1) (j) LCPE (1999); art. 13.01 (1) (c) LOM; art. 13 (1) (c) LES.

112 P. ex. cf. Cour territoriale du Yukon, *R. v. Dawson (City)*, précité : n. 110, § 59.

113 Cour supérieure de justice de l'Ontario, décision du 30.8.1988, *Metropolitan Toronto (municipality) v. Siapas*, 3 C.E.L.R. (N.S.) 122.

VI. Conclusion

- 22.75 Cet examen des développements récents du droit pénal de l'environnement canadien montre que les peines innovantes ont continué à marquer des progrès importants. D'une part, il montre que les mesures de sanction à la disposition du juge sont maintenant nombreuses et, qu'avec l'évolution des textes et les gains sur le plan de la visibilité, elles sont maintenant plus fréquemment imposées. Il montre également que pour obtenir des peines plus sévères, les lois environnementales sont modifiées au pays de manière à encadrer le travail du juge au moment de l'imposition de la peine, et cela, en codifiant les objectifs et les facteurs aggravants, infléchissant ainsi les règles élaborées par les tribunaux. D'autre part, sur un plan plus large, le caractère inachevé de l'encadrement législatif et administratif de ces pouvoirs de sanction dans plusieurs lois justifie de pousser la réflexion plus loin.
- 22.76 Par ailleurs, il demeure peu aisé de titrer des conclusions générales sur l'expérience canadienne en la matière, tant elles sont contrastées à travers la fédération. Bien que les tribunaux des différentes juridictions appliquent les mêmes objectifs et principes jurisprudentiels lors de la détermination de la peine, les dispositions habilitantes et leur application varient d'une loi à l'autre et d'une juridiction à l'autre, ce qui limite grandement les comparaisons possibles.
- 22.77 Parmi les provinces canadiennes, l'Alberta est demeurée en tête de peloton¹¹⁴. Depuis 1993, la province a développé et mis en œuvre un programme consacré aux peines innovantes pour les infractions environnementales. Depuis 2011, elle rend publiques les informations sur la détermination de peines innovantes. Un site web affiche les 94 ordonnances de condamnation à des peines innovantes imposées et la province publie un rapport annuel au sujet de ces peines.
- 22.78 Le fédéral a continué à exercer un leadership considérable par le biais de ses lois environnementales applicables à l'ensemble du pays. Parmi ses lois, la Loi sur les pêches est la référence fédérale la plus ancienne en la matière et la plus fréquemment utilisée¹¹⁵. Vient ensuite, la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999) dont les dispositions relatives aux peines innovantes ont été plusieurs fois modifiées, offrant avec les autres lois fédérales modifiées en 2009, un exemple d'encadrement législatif des peines innovantes le plus développé au pays. Depuis 2011, le fédéral rend publiques les condamnations des personnes morales par des communiqués de presse et en les affichant sur un site web. Toutefois, les données sur les peines innovantes ne sont pas facilement accessibles et, après consultation, le registre fédéral n'apparaît pas les avoir toutes recensées. Enfin, rappelons que les amendes et les ordonnances de nature pécuniaire sont versées au Fonds pour dommages à l'environnement administré par le ministre de l'environnement qui décide comment les sommes seront attribuées.

114 Au sujet de l'expérience albertaine, *cf.* : NWAPI ; INGELSON, 391 s ; CHIASSON, 413 s.

115 Pour des exemples d'ordonnances sous la Loi sur les pêches, *cf.* ADAMS ; CLIFFE, 364 ss.

Ailleurs au pays, les peines créatives prévues dans les lois provinciales sont moins fréquemment utilisées. Bien que l'Ontario, se soit trouvé en tête de peloton pendant quelques années, les peines innovantes y sont maintenant peu fréquentes. Au Québec, nous avons identifié peu d'exemples et la politique d'application des poursuites pénales ne mentionne pas les peines créatives. Dans ces juridictions, l'amende demeure généralement la seule peine imposée. 22.79

Si en théorie les pouvoirs d'ordonner des peines créatives sont de nature à mieux répondre aux objectifs des lois de protection de l'environnement que l'imposition d'une simple amende, il apparaît que leur application n'est pas suffisamment encadrée par la loi pour qu'elles soient plus aisément et fréquemment imposées. En effet, avec le temps et en y regardant de plus près, des faiblesses et lacunes ont commencé à surgir en termes de conception, de suivi et d'exécution des lois accordant au juge pénal ces pouvoirs d'ordonnance. 22.80

En particulier, la logique de répression des infractions environnementales serait mieux légitimée par une présence plus visible des objectifs de réparation et de prévention, à la manière des lois fédérales les ayant inscrits au même rang que la dissuasion et la dénonciation. Le seul fait de réorganiser et d'inscrire les objectifs pénologiques qui les concernent représenterait un progrès appréciable ; cela conduirait les procureurs de la poursuite à les demander et les juges à les ordonner de manière plus dynamique et concrète. 22.81

En ce qui concerne l'encadrement législatif et administratif des peines innovantes de certaines lois, l'examen a montré des failles. C'est le cas des lois qui ne comportent pas de dispositifs permettant leur modification une fois prononcées ni leur suivi et leur sanction en cas de non-respect. Il est fort aisé de remédier à ces déficiences. C'est le cas également des pouvoirs d'ordonnance qui font intervenir une approbation du ministre responsable de la loi en cause, comme par exemple, « d'élaborer un plan de prévention de la pollution ou un plan d'urgence environnementale, de le soumettre au ministre pour approbation et de respecter le plan approuvé »¹¹⁶. Dans ce cas, ce n'est pas le juge, mais le ministre qui décide en dernier ressort de la teneur de l'ordonnance. Qu'arrive-t-il lorsque le ministre n'approuve pas le projet de plan que le contrevenant lui soumet ? La sanction pénale se transforme-t-elle en décision administrative qui peut être contestée devant un tribunal administratif¹¹⁷ ? Ces transferts de pouvoir dans l'imposition d'une sanction pénale devraient être évités en toute logique et le pouvoir d'approuver le projet de plan devrait demeurer au juge et être exercé avant de clore sa décision finale sur la peine, et cela, en présence du procureur de la poursuite. 22.82

116 Art. 115.43 (1) (3) LQE (Québec).

117 C'est la solution qui a été retenue dans cette affaire : Tribunal administratif du Québec, décision du 17.5.2012, 9023-6167 *Québec inc. c. Québec (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCTAQ 05577, dossier n° STE-Q-165063-1006.

- 22.83 L'étude des décisions ayant imposé des peines créatives révèle que les ordonnances de réparation et de prévention soulèvent un certain nombre de difficultés dont plusieurs n'ont pas encore été pleinement résolues. Par exemple, la jurisprudence n'a pas encore dégagé nettement quelles ordonnances de réparation et de prévention devraient être prises en compte dans le calcul de la peine globale, sans que le contrevenant ne tire profit de la peine imposée.
- 22.84 De plus, l'imposition d'une ordonnance de remise en état peut soulever des questions complexes et commander une coordination importante entre les inspecteurs, les procureurs et le juge. Aussi, sont-elles moins fréquemment imposées que les ordonnances visant le dépôt d'un montant d'argent dans un fonds consacré au financement de projets de recherche, de restauration et de protection de l'environnement. Plusieurs raisons peuvent être avancées : les juges et les procureurs sont peu familiers avec ces peines, les procureurs n'ont pas le temps ni les ressources pour élaborer des propositions de peines innovantes et en assurer le suivi, etc. Ici, ce sont les méthodes de travail qui mériteraient d'être adaptées aux objectifs de réparation et de prévention des peines en droit de l'environnement. L'évolution en cette matière repose avant tout sur l'élaboration de politique d'application des peines innovantes afin de guider les procureurs au niveau des conditions préalables, des buts et des objectifs de ces peines, des projets et des bénéficiaires admissibles et au niveau de la prévention des conflits d'intérêts, de la reddition de compte, etc.
- 22.85 Enfin, leur suivi soulève des enjeux de transparence qui commencent à faire surface. À titre d'exemple, les résultats mitigés des trois projets financés, à titre de peines créatives dans l'affaire *Synchrude*, ont retenu l'attention et fait la manchette¹¹⁸. La recherche universitaire financée (CAD 1.3 million) a produit un rapport et des recommandations pour améliorer les méthodes de suivi des oiseaux et les moyens de les effrayer, mais en l'absence d'obligation de reddition de compte, le respect par Synchrude de ces recommandations demeure incertain. Le collègue financé (CAD 250 000) pour créer un nouveau programme de formation en gestion de la faune a été autorisé à utiliser la somme autrement, en l'absence de demandes pour cette formation technique. Enfin, l'Association de conservation de l'Alberta, qui a fait l'acquisition de milieux humides (CAD 900 000), a identifié Synchrude parmi ses partenaires, plaçant son intervention plus près de l'acte de philanthropie que de l'exécution d'une sentence. Pour les mêmes raisons, l'encadrement législatif des fonds fédéraux et provinciaux, qui reçoivent les amendes et les ordonnances pécuniaires et engrangent des sommes colossales, de même que le suivi des financements accordés, la reddition de compte, les résultats obtenus et leurs liens

118 FLUKER/PASKEY/BALATON ; PASKEY JANICE, How Synchrude and Friends Benefitted from "Creative Sentence" in 2010 Oilsands Duck Deaths, *The Narwhal* 2017, disponible sous : <<https://thenarwhal.ca/how-synchrude-and-friends-benefitted-creative-sentence-2010-oilsands-duck-deaths/>> (17.8.2020).

avec les infractions et la réparation des atteintes à l'environnement, soulèvent l'attention¹¹⁹.

Au final, le régime juridique des peines créatives en droit pénal de l'environnement canadien demeure inachevé. Nombre d'améliorations doivent encore être apportées pour qu'il puisse être complet, répondre aux questions de légitimité et de transparence et être à la hauteur des attentes soulevées par le développement des peines innovantes en droit pénal contemporain. 22.86

119 FLUKER/PASKEY/BALATON ; LA PRESSE CANADIENNE, Le Fonds vert a été un vaste buffet pour les ministères Québécois, Radio Canada 28.7.2019, disponible sous : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1239590/finances-subsventions-projets-buffet-ministeres-fonds-vert>> (17.8.2020).

L'importance du droit pénal de l'environnement est à la mesure de la valeur désormais accordée à l'intérêt défendu : la protection de la nature prise dans un sens large, en tant qu'intérêt collectif. Serait-il alors temps d'investir ce domaine comme un champ de recherche à proprement parler ? C'est en tout cas ce que suggère son évolution à travers le temps, ponctuée de faits divers retentissants, comme le naufrage de l'Erika ou l'accident nucléaire de Fukushima, qui alimentent un débat de société d'une brûlante actualité. L'ouvrage est logiquement dédié aux questions fondamentales qui se posent aujourd'hui. Parmi celles-ci figurent la criminalisation de l'écocide et sa poursuite possible en droit international pénal. Mais ce n'est pas tout. Il ne faut notamment pas oublier la répression de la désobéissance civile, la place de la responsabilité pénale des entreprises et la punissabilité d'une certaine forme de consommation. Il en découle une extension du filet pénal dans des domaines connus, en particulier celui du trafic des espèces protégées, ou moins connus, par exemple celui de la biopiraterie. Cette intensification suppose une réorganisation des moyens. La spécialisation des autorités pénales couplée au renforcement des sciences forensiques constituent ainsi un véritable enjeu. La place de la sanction paraît inviter à une réflexion qui invite à se montrer créatif dans la construction des réponses pénales futures.

ÉDITRICES ET ÉDITEUR SCIENTIFIQUES

Anne-Christine Favre Professeure ordinaire en droit public à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Anne-Christine Fornage Professeure ordinaire en droit privé à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Loïc Parein Dr. iur., avocat spécialiste FSA droit pénal, chargé de cours aux Universités de Lausanne, Genève et Fribourg

ISBN 978-3-7190-4545-6



9 783719 045456