



Collection lausannoise

Camille Perrier Depeursinge / Nathalie Dongois /
Andrew M. Garbarski / Carlo Lombardini / Alain Macaluso
(éditeurs)

Cimes et Châtiments

Mélanges en l'honneur du
Professeur Laurent Moreillon

Unil



Stämpfli Editions

Comité éditorial

Hansjörg Peter; Damiano Canapa, Robert J. Danon,
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne • 2022
www.staempfliverlag.com

Print ISBN 978-3-7272-2982-4

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-6177-0



Table des matières

Avant-propos.....	V
Table des matières	VII
YVES BERTOSSA	
Utilisation d'un rapport de la FINMA dans une procédure pénale : le parcours du combattant	1
FELIX BOMMER	
Vermeidbarer Schuldausschluss und actio libera in causa.....	11
FABIO BURGNER/URSULA CASSANI	
Délinquance écologique et profits illicites.....	25
LAURA CES	
La détention pour des motifs de sûreté afin de garantir la mise en œuvre d'une mesure	43
PHILIPPE DELACRAUSAZ/JACQUES GASSER	
Formation des juges et des psychiatres dans le domaine des expertises psychiatriques	55
PASCAL DE PREUX/JULIEN GAFNER	
L'excès de vitesse en ski alpin.....	67
ANDREAS DONATSCH	
Fragen zum Durchgriff auf Organe von Aktiengesellschaften.....	79
NATHALIE DONGOIS	
L'éthique et le magistrat	91

ANNE-CHRISTINE FAVRE/ELÉA BAUDEVIN

**Délits environnementaux et causalité –
L'exemple de la pollution des eaux 107**

ANDREW M. GARBARSKI/RYAN GAUDERON

**Art. 53 CP : le principe de l'opportunité
des poursuites sur la corde raide ? 121**

SANDRINE GIROUD

**De Baby Doc à Teddy Obiang : retour vers
le futur de la confiscation des avoirs de potentats –
Propositions d'amélioration de l'arsenal juridique
suisse en matière de confiscation des avoirs de potentats
à la lumière de l'affaire des « biens mal acquis »..... 137**

THIERRY GODEL

**La privation de liberté dans les affaires liées au terrorisme
et à d'autres formes d'extrémisme violent 157**

STÉPHANE GRODECKI

La fouille corporelle suite à une appréhension ou une arrestation... 169

MAURICE HARARI

**Les effets en Suisse de la citation
d'une personne résidant à l'étranger 179**

DAVID-OLIVIER JAQUET-CHIFFELLE

**Continuité de la preuve (numérique) –
De la scène de crime au tribunal 193**

YVAN JEANNERET

Le droit à l'oubli et l'envie de se souvenir 205

	ANNE VALÉRIE JULEN BERTHOD/ÉLISE DEILLON-ANTENEN	
..... 107	Saisie, confiscation et exécution d'une créance compensatrice en droit de l'entraide judiciaire internationale.....	217
	ANDRÉ KUHN	
..... 121	La peine de mort pour la peine privative de liberté ? – La question qui tue	231
	ANDREAS LADNER	
..... 137	Les communes dans une perspective comparatiste – De grandes différences entre les communes vaudoises et les communes zurichoises.....	247
	THIERRY LARGEY	
..... 157	L'utilisation sans danger des chemins de randonnée pédestre – Enjeux et perspectives juridiques.....	259
	EVA LEIN	
estation ... 169	Les pays tiers et la procédure civile européenne après le Brexit.....	279
	CARLO LOMBARDINI/ALAIN MACALUSO	
..... 179	Obligations découlant de l'OBA-FINMA et leur documentation : la perspective de deux praticiens.....	297
	MARIA LUDWICZAK GLASSEY	
..... 193	La double incrimination en entraide judiciaire internationale en matière pénale : un principe en quête de sens.....	313
	VINCENT MABILLARD/MARTIAL PASQUIER	
..... 205	Les lois d'accès à l'information en Suisse – Mise en perspective internationale.....	325

FRANCESCO MAIANI

- Existe-t-il une « exception pénale » au regard
de la clause d'ordre public de l'ALCP ? –
Réflexion sur l'ATF 145 IV 364, ses antécédents,
ses suites.....** 345

PIERRE MARGOT/OLIVIER RIBAUX

- La traçologie –
Une vision moderne construite sur les fondements
académiques de l'École des sciences criminelles** 359

VINCENT MARTENET/STÉPHANIE TUMINI

- Le principe *nemo tenetur*
et les sanctions administratives pécuniaires** 381

MIRIAM MAZOU

- Exception fiscale et coopération internationale –
Conséquences sur l'examen de la demande d'entraide.....** 395

PHILIPPE MEIER

- Mineur et adulte protégé :
la qualité pour déposer une plainte pénale –
L'art. 30 al. 2 et 3 CP au croisement du droit pénal
et du droit civil** 403

HADRIEN MONOD

- Le droit de se taire face à l'obligation de collaborer –
Que nous enseigne la jurisprudence de la CourEDH ?** 431

ARIANE MORIN

- La prise en compte du droit pénal en droit
de la responsabilité civile** 443

	LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS	
..... 345	Éléments constitutifs subjectifs du blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).....	453
	MARCEL ALEXANDER NIGGLI/LUKAS GÖTTI	
..... 359	Verpflichtung des Beschuldigten über ein Strafverfahren zu schweigen	469
	YVES NOËL	
..... 381	Quand la loi protège celui qui la transgresse... – La question de l'opposabilité du secret bancaire à l'autorité fiscale.....	489
	LOÏC PAREIN/MANON JENDLY/AUDE PAREIN-REYMOND/JOËLLE VUILLE	
..... 395	La prescription de l'action pénale en cas de commission par omission d'une infraction de négligence	505
	CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE/MATHILDE BOYER	
..... 403	Stealthig : Quelle protection pénale ? – De la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle.....	517
	DENIS PIOTET	
..... 431	La présomption d'exactitude des considérants des jugements civils – Réflexions de droit civil, de procédure civile et de droit pénal	529
	NICOLAS QUELOZ	
..... 443	Illustration de fâcheuses ruptures législatives dans l'esprit du droit pénal suisse des mineurs.....	539
	AURÉLIA RAPPO	
	La responsabilité pénale de la banque en cas de malversations commises au détriment du client	555

Table des matières

JADE REYMOND

**Le respect du droit à l'éducation et à l'occupation
des mineurs détenus pénalement en Suisse 567**

ROBERT ROTH

**Comment appréhender les actes de « terrorisme »
commis dans les conflits armés ? – Règles et exceptions 577**

EVELYNE SCHMID/KASTRIOT LUBISHTANI/AHMED AJIL/VÉRONIQUE
BOILLET/NADJA CAPUS

Les activités terroristes, une définition terrorisante ? 591

BERNHARD STRÄULI

**Le principe d'immédiateté
dans le code de procédure pénale suisse 603**

BRIGITTE TAG/SASKIA HILTBRUNNER/LUISA VATTER

**Seltene Krankheiten – eine rechtliche und
ethische Einordnung –
Entwicklungen, Abgrenzungen und internationale Perspektiven..... 625**

DENIS TAPPY

**La création de la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral
entraîne-t-elle une lacune dans les voies de droit
au Tribunal fédéral contre certaines décisions sur
une action civile adhésive ? 637**

FRANCO TARONI/CHRISTOPHE CHAMPOD

**Le rôle des forensiciens et des forensiennes
dans la prévention des erreurs judiciaires –
Quelques enseignements issus de l'affaire Knox/Sollecito 659**

OLIVIER THORMANN

**La procédure simplifiée en deuxième instance –
Quid bono, pourquoi pas et comment ? 679**

KATIA VILLARD

**La punissabilité des infractions propres
pures à l'épreuve de l'entreprise moderne 697**

BAPTISTE VIREDAZ

Le juge et le détenu : un vent froid souffle sur la prison..... 709

MATHILDE VON WURSTEMBERGER

***Cyberflashing* – Harcèlement sexuel 2.0 –
État des lieux et perspectives 719**

ANDREAS R. ZIEGLER/MAHA MEIER

L'imprescriptibilité des crimes internationaux en droit Suisse 739

manière idoine en
au besoin de sorte
e pouvoir d'inter-
ne de son sens en
mple car il outre-
e de la séparation

Délits environnementaux et causalité

L'exemple de la pollution des eaux

ANNE-CHRISTINE FAVRE

Professeure en droit public, Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique, Université de Lausanne

ELÉA BAUDEVIN

Assistante diplômée au Centre de droit public, Faculté de droit, des sciences
criminelles et d'administration publique, Université de Lausanne

Table des matières

I.	Introduction	108
II.	Causalité naturelle, causalité adéquate et causalité immédiate	110
A.	La causalité naturelle	110
B.	La théorie de la causalité adéquate	111
C.	La théorie de l'immédiateté	112
D.	Théories de la causalité et pollutions des eaux	114
III.	Mise en danger concrète: l'exemple de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux.	115
A.	La notion d'altération nuisible dans la LEaux	115
B.	Les causes de pollutions.....	115
C.	Devoir de diligence et actes de nature à polluer	116
D.	L'art. 70 al. 1 let. a LEaux	116
E.	Deux exemples	117
IV.	Des correctifs aux théories de la causalité en matière de pollution des eaux ?	118
A.	Adéquation de la législation pénale et administrative	119
B.	La causalité présumée	120

Bibliographie

DENIS OLIVER ADLER, Das Verhältnis zwischen Verursacherprinzip und Haftpflicht im Umweltrecht, thèse Zurich 2011 ; MARTIN ANDEREGG, in : Hettich/Jansen/Norer, Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zurich 2016, art. 70 ; NATHALIE DONGOIS, Aspects pénaux de la protection de l'environnement, in : Sifonios/Braun/Lukic (édit.), Les entreprises et le droit de l'environnement défis, enjeux, opportunités, CEDIDAC 2009 ; NICOLAS ESTOPPEY, Investigation des sources de pollution dans les rivières : Évaluation d'une approche forensique basée sur l'échantillonnage passif pour la cas des polychlorobiphényles, thèse Lausanne 2017 (cité : Estoppey I) ; NICOLAS ESTOPPEY, Pollution de

l'environnement : exploiter le potentiel informatif des traces de contaminants, in : Favre/Fornage/Parein (édit.), *Droit pénal de l'environnement : quelle consécration ?* (à paraître) (cité : Estoppey II) ; MIRJAM ANNIKA FREI, *Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht : adäquate Kausalität und Voraussehbarkeit, Gefährschaffung, Risikoverringerung, erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, rechtmäßiges Alternativverhalten, Schutzzweck der Norm, eigenverantwortliche Selbstgefährdung/Handeln auf eigene Gefahr, allgemeines Lebensrisiko und Sozialadäquanz*, thèse Zurich, 2010 ; MARTIN FRICK, *Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz*, Berne 2004 ; PHILIPPE GRAVEN/BERNHARD STRÄULI, *L'infraction pénale punissable*, Berne 1995 ; PETER HETTICH/TOBIAS TSCHUMI, in : Hettich/Jansen/Norer, *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz*, Zurich 2016, art. 6 ; MARIANNE JOHANNA HILF/HANS VEST, *Expertise « Droit pénal de l'environnement » sur mandat de l'OFEV*, Berne 2016 ; JOSÉ HURTADO POZO/THIERRY GODEL, *Droit pénal général*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019 ; MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016 ; LAURENT MOREILLON, *L'infraction par omission, Etude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droits anglais, français, allemand et suisse*, Genève 1993 ; KARL OFTINGER/EMILE W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5^e éd., Zurich 1995 ; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011 ; HANS W. STUTZ, *Schweizerisches Abwasserrecht*, Zurich 2008 ; DANIELA THURNHERR, in : Hettich/Jansen/Norer, *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz*, Zurich 2016, art. 3 ; PIERRE TSCHANNEN/MARTIN FRICK, *La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE : Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP)*, Berne 2011 ; FRANZ WERRO, in : Thévenoz/Werro (édit.), *CR Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021, art. 41.

I. Introduction

Mettre en relation un fait avec un effet, et en déduire les incidences juridiques, tel est l'enjeu de la notion de causalité, une institution qui confronte les privatistes, les pénalistes et les publicistes aux mêmes questionnements et, ajoutera-t-on, parfois aux mêmes insatisfactions. On sait que le droit de la responsabilité civile, celui de la responsabilité pénale et le régime des assurances sociales font appel à la notion de « causalité adéquate », construction juridique qui a pour but de rechercher parmi l'ensemble des causes, celle qui, en fonction des circonstances du cas d'espèce, apparaît comme étant propre à produire le résultat, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie¹ ; selon le Tribunal fédéral, cette notion est en principe définie de manière identique en ces domaines, pour autant que l'appréciation tienne compte, pour chacun d'eux, des objectifs spécifiques de la législation concernée². En droit public, il

¹ CR CO-WERRO, art. 41 N 44.

² ATF 123 III 110, consid. 3a.

est fait ré-
cept de la
acte sur u

Si la caus
lité civile
pure activ
de même
c'est le c
résultat. C
simplific
montré L
sion », la
tions d'o
tion de co

Quoi qu'
du droit p
primé et
pour tout
objectif c
administ
violation
sabilité p
proche d
concrète
al. 1 let.
(LEaux ;
la multip
inhérent
se mélan

Les situa
deux qu
plus sou
d'une po
cumuler
(résidus
s'il exist

³ ADL
⁴ OFT
⁵ MOR

est fait référence à la théorie de l'immédiateté, avec de fortes analogies au concept de la causalité adéquate³, lorsqu'il est question d'imputer les effets d'un acte sur un auteur.

Si la causalité est réputée être le fondement le plus important de la responsabilité civile⁴, le droit pénal peut contourner le problème pour les infractions de pure activité (*Tätigkeitsdelikten*) et les infractions d'omission proprement dites, de même que les infractions de mise en danger abstraites ; en ces domaines, c'est le comportement, ou l'omission de celui-ci, qui est réprimé, et non le résultat. Cette classification est trompeuse en tant qu'elle laisserait croire à une simplification de la problématique ; en réalité, ainsi que l'a parfaitement démontré LAURENT MOREILLON dans son ouvrage sur « l'infraction par omission », la théorie de la causalité est loin d'être claire et aboutie pour les infractions d'omission, spécialement celles identifiées sous l'expression d'« infraction de commission par omission »⁵.

Quoi qu'il en soit, avec les délits de mise en danger abstraite, une bonne partie du droit pénal peut être écrite sans qu'une relation de causalité entre l'acte réprimé et ses effets soit attendue ; cette perspective est évidemment intéressante pour toutes les situations où des obligations environnementales poursuivent un objectif de prévention d'un danger. Le droit pénal – dit accessoire – et le droit administratif sont alors en parfaite corrélation, dans un tel scénario, puisque la violation des règles fixées par le droit administratif suffit à engager la responsabilité pénale. Mais il n'est pas toujours possible de faire l'impasse de l'approche de la causalité, lorsque le législateur se réfère à une mise en danger concrète ; tel est notamment le cas en matière de pollutions des eaux, à l'art. 70 al. 1 let. a de la Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux ; RS 814.20), où la question de la causalité sera centrale, en raison de la multiplication des causes pouvant se succéder, et de la difficulté de preuve, inhérente à un contexte où chaque substance introduite dans les eaux publiques se mélange et se dilue.

Les situations de concours d'action en matière de pollutions posent en réalité deux questions : premièrement celle de la causalité naturelle, qui renvoie le plus souvent à celle de la preuve parfois complexe cherchant à établir l'origine d'une pollution se mêlant à d'autres ; les atteintes aux eaux peuvent en effet cumuler les effets d'actes illicites avec ceux licites, liés aux usages quotidiens (résidus de stations d'épuration, etc.). Secondement, il s'agit de se demander s'il existe des critères juridiques adéquats permettant d'imputer les effets d'une

³ ADLER, p. 152 ss.

⁴ OFTINGER/STARK, p. 71.

⁵ MOREILLON, p. 47 et 85 ss.

pollution à son auteur ; ce problème se présente surtout en cas de pluralité de causes et d'auteurs différents.

La présente contribution se propose de faire le point sur certains aspects de ces situations complexes, en examinant les différentes figures d'imputation en droit public et en droit pénal.

II. Causalité naturelle, causalité adéquate et causalité immédiate

A. La causalité naturelle

La causalité naturelle est celle qui s'établit entre un comportement et un résultat concret, lorsque l'acte est l'une des conditions *sine qua non*, du résultat. Cette approche permet de retenir toute cause propre à produire le résultat, que celui-ci soit lié à un acte unique ou à un enchaînement d'événements ; bien que fondée sur les lois naturelles, elle n'exclut pas un raisonnement hypothétique (par élimination) dans la reconstitution des faits pouvant conduire au résultat ; il s'agit en particulier de se demander si le résultat se serait bien produit, en éliminant les autres causes que celle considérée⁶. En cas de doutes, la causalité naturelle n'est pas établie, même s'il existe une certaine probabilité quant à une relation de cause à effet ; la doctrine peut alors admettre le recours à des critères statistiques ou probabilistes⁷. Par ailleurs, lorsque l'acte reproché est une omission, le rapport de causalité est nécessairement hypothétique (une inaction ne pouvant pas modifier le cours extérieur des événements), de sorte qu'il suffit de se demander si le dommage aurait été empêché dans l'hypothèse où l'acte omis aurait été accompli⁸ ; dans l'affirmative, il convient d'admettre l'existence d'un rapport de causalité entre l'omission et le dommage. Le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur, en éliminant d'emblée certains scénarios comme improbables d'après cette même expérience ; il suffit qu'il soit convaincu que le processus causal est établi avec une vraisemblance prépondérante⁹. Ce jugement de valeur fait dans le contexte de l'établissement de la causalité naturelle permet généralement d'éviter un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité. On notera par ailleurs que, d'une manière générale, la notion de causalité naturelle relève des faits (moyens de la preuve) ; cependant, les éléments de la causalité (naturelle) hypothétique, lorsqu'ils relèvent exclusivement de l'expérience générale de la

⁶ FREI, N 22 et les références citées ; POZO/GODEL, N 367 et 373.

⁷ POZO/GODEL, N 373 ; STRATENWERTH, § 9, N 21.

⁸ TF 4A_350/2019 du 09.01.2020, consid. 3.2.

⁹ ATF 132 III 715, consid. 3.2.

vie, peuvent être revus librement par le Tribunal fédéral¹⁰. Ces approches sont fréquentes en matière de pollutions des eaux, qui peuvent relever d'omissions liées à des négligences dans l'entretien d'ouvrages ou d'installations.

Dans les situations de causalité complexe, les faits qui se sont enchaînés ou cumulés pour conduire au résultat sont innombrables. Du point de vue de la causalité naturelle, tout acte exerçant un impact sur le monde extérieur est équivalent (*Äquivalenztheorie*)¹¹. Dans notre domaine, cela reviendrait à dire que toute cause d'une dégradation du milieu naturel aquatique est équivalente, du seul fait qu'elle a concouru à une pollution ; il suffirait que la survenance du résultat soit favorisée, avancée ou accélérée par l'acte dont il est question¹².

Une telle perspective est aussi satisfaisante (au regard du but de la loi) que problématique, principalement en raison des causes licites (mais parfois excessives) des atteintes, qui participent ou aggravent les conséquences des rejets illicites, spécialement lorsqu'un cours d'eau se trouve chroniquement près de l'assèchement¹³. Des critères complémentaires sont nécessaires. En droit pénal, la doctrine admet généralement que si plusieurs causes alternatives ont pu conduire au résultat illicite, chacune doit être prise en considération¹⁴. Il en va de même lorsque des causes sont cumulatives (une pollution devient nuisible par les effets cumulés d'un ensemble de sources) ; ainsi, deux ou plusieurs causes pourraient conduire à admettre la responsabilité des auteurs d'actes ou d'omissions, chacun pour une quote-part¹⁵. Ce dernier cas de figure (le plus fréquent en matière de pollutions des eaux), implique de s'écarter du critère de la condition *sine qua non*, ou à tout le moins de l'alléger, ce qui ne va pas de soi¹⁶.

B. La théorie de la causalité adéquate

Pour faire contrepoids à l'impossibilité de gérer la chaîne infinie des événements en rapport de causalité naturelle avec la survenance d'un préjudice, pratiquement toutes les disciplines du droit – sauf les régimes du perturbateur et du pollueur-payeur en droit administratif –, se réfèrent à la théorie de la causalité adéquate. Celle-ci permet de fixer une limite juridique à l'obligation de réparer un préjudice, quant à son principe et à son étendue. Selon cette théorie, une cause naturelle à l'origine d'un préjudice n'est opérante en droit que si,

¹⁰ TF 4a_350/2019 du 09.01.2020, consid. 3.2.

¹¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 59.

¹² POZO/GODEL, N 366 ss et les références citées.

¹³ Cela se produit par exemple en raison de pompages excessifs et d'assèchement des sources, avec l'étanchéification des sols.

¹⁴ FREI, N 57 ss et les références citées.

¹⁵ FREI, N 58.

¹⁶ FREI, N 59 et les références citées.

selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elle est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question¹⁷.

L'un des éléments essentiels de cette approche est celui de la vraisemblance ou de la probabilité que le résultat se réalise. Il n'est pas nécessaire qu'un tel résultat se produise régulièrement ou fréquemment ; même des conséquences extraordinaires peuvent constituer des conséquences adéquates, si elles demeurent dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles¹⁸. Cependant, le degré de vraisemblance reste indéterminé, dans beaucoup de situations ; il nécessiterait que le juge dispose de statistiques, qui font le plus souvent défaut¹⁹.

Dans les délits de mise en danger concrète, il faut que le comportement de l'agent fasse apparaître comme très probable la réalisation d'une atteinte à un bien juridiquement protégé. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'auteur ait créé le danger ; il suffit qu'il augmente ou aggrave un danger existant²⁰. La question présente une certaine acuité lorsque les sources de danger sont multiples. Dans une telle situation, lorsqu'aucun des actes n'est propre à provoquer le résultat à lui seul, la référence à la *conditio sine qua non* ne sera alors d'aucun secours²¹. Il convient plutôt, selon la doctrine dominante, d'évaluer *ex post*, si le résultat se serait néanmoins produit, avec une certaine vraisemblance, sans l'acte illicite considéré ; l'augmentation du risque de réalisation du résultat illicite peut suffire à établir un lien de causalité. Dans la mesure où le comportement de l'auteur supplante (causalité dépassante) une autre cause (causalité dépassée), mais que le résultat se serait néanmoins produit sans cela, son comportement se rapproche d'une mise en danger abstraite²².

C. La théorie de l'immédiateté

Pure création de droit prétorien, la théorie de l'immédiateté, applicable en lien avec les principes du perturbateur et du pollueur-payeur, en droit administratif, ne fait l'objet d'aucune définition. Il s'agit, comme en matière civile et pénale, d'établir la causalité naturelle d'une atteinte, avec une certaine vraisemblance, cette notion n'ayant jamais été définie par le Tribunal fédéral²³.

¹⁷ ATF 129 II 312, consid. 3.3 ; ATF 119 Ib 334, consid. 3c ; CR CO-WERRO, art. 41 N 43.

¹⁸ CR CO-WERRO, art. 41 N 43.

¹⁹ FREI, N 80 s.

²⁰ POZO/GODEL, N 390.

²¹ POZO/GODEL, N 405.

²² FREI, N 50.

²³ ADLER, p. 134 et les références citées.

Mais alors que la causalité adéquate se réfère « au cours ordinaire des choses et à l'expérience de la vie », la théorie de l'immédiateté invite à ne retenir que les causes qui ont franchi « la limite d'un danger concret »²⁴.

Lorsque plusieurs causes ont contribué à la naissance d'une gêne ou d'un danger, la cause survenue en dernier lieu devrait généralement remplir l'exigence d'immédiateté. Toutefois, des causes survenues plus tôt peuvent également déclencher la responsabilité d'un perturbateur, notamment lorsqu'elles ont elles-mêmes dépassé la limite du danger²⁵. Ainsi, plusieurs personnes peuvent être simultanément des perturbateurs directs. Ce rapport de causalité demeure en cas d'intervention simultanée et autonome d'un tiers²⁶.

Comme la théorie de la causalité adéquate, celle de l'immédiateté implique d'inclure une évaluation approfondie des contributions individuelles dans la chaîne de causalité, par une appréciation objective²⁷. Seul l'examen consciencieux du rôle de chacun des acteurs et des circonstances du cas permet de définir les parts de responsabilité respectives. Si l'autorité ne parvient pas à établir l'identité, le rôle, les actions et les omissions avec un degré de vraisemblance qui n'autorise pas de doute raisonnable, ou si elle estime qu'il n'est plus possible de les établir pour d'autres raisons, elle doit en tenir compte dans la répartition des frais²⁸.

Dans de nombreux cas, la théorie de la causalité adéquate conduit au même résultat que la théorie de l'immédiateté²⁹. Il existe néanmoins des points de divergence, notamment lorsque le principe d'immédiateté permet d'imputer les coûts d'une mesure à un perturbateur par situation, dont le comportement n'est en rien la cause du résultat³⁰.

²⁴ ATF 102 Ib 203, consid. 3 ; ADLER, p. 140.

²⁵ ADLER, p. 144 ; FRICK, p. 60 s. ; TSCHANNEN/FRICK, p. 8 s.

²⁶ POZO/GODEL, N 372.

²⁷ ADLER, p. 152.

²⁸ TC VD-CDAP AC.2018.0122 du 21.03.2019, cons. 5a et 7 et les références citées ; RJN 2020, 573 ss.

²⁹ ATF 131 II 743, consid. 3.2 ; ATF 102 Ib 203, consid. 5c ; ADLER, p. 155 s. conclut qu'il n'existe pas, sur le plan dogmatique, de différence fondamentale, si ce n'est dans l'évolution de certains critères inhérents à ces théories ; la jurisprudence a tendance à élargir la notion de causalité adéquate dans le pronostic rétrospectif objectif, de telle sorte que même des causes extraordinaires peuvent être considérées, ce qui ne pourrait pas être le cas dans la théorie de l'immédiateté.

³⁰ Selon la doctrine la plus récente, l'autorité devrait néanmoins appliquer le principe d'équité, dans la répartition des coûts, de telle sorte que la participation financière du perturbateur par situation devrait être nulle (ADLER, p. 147 ; FRICK, p. 67).

D. Théories de la causalité et pollutions des eaux

Dans les situations peu complexes, tant en droit pénal qu'en droit administratif, lorsqu'il est question d'exiger la réparation d'une atteinte, l'établissement d'une relation de causalité naturelle suffira généralement à permettre d'imputer à son auteur les effets d'une pollution, quand la législation se réfère à une mise en danger concrète³¹.

Dans les situations où un jugement de valeur s'avère nécessaire, parce qu'il convient de déterminer quelles sont les causes de la pollution (une pollution nouvelle sur une situation déjà très dégradée ; plusieurs pollutions différentes dans une échelle de temps rapprochée, etc.), il conviendra de procéder à un pronostic rétrospectif objectif pour établir la vraisemblance d'un lien de causalité. Mais les théories de la causalité nous paraissent encore lacunaires, en situation de cumul de causes, tant en droit pénal qu'en droit administratif. Le droit positif ne paraît pas offrir de solution pour résoudre de telles problématiques, pour l'instant. La doctrine n'est pas non plus unanime quant aux solutions à adopter. Le risque est donc grand qu'une succession de mini-pollutions ne soient jamais inquiétées³², spécialement au vu du caractère diffus de certaines atteintes (d'origine agricole, par exemple), qui peut rendre très problématique la preuve d'un lien de causalité.

En cas d'omission (pour défaut d'entretien d'une installation, par exemple), la théorie de la causalité hypothétique invite à établir avec un niveau de vraisemblance prépondérante une relation entre une source et une atteinte nuisible ; un tel exercice sera particulièrement difficile du point de vue de la preuve³³.

Face à ces difficultés, il nous paraît qu'il appartient au législateur d'intégrer les difficultés de preuve et d'appréciation de la causalité, dans les actes sujets à punissabilité. Le chapitre pénal de la législation en matière de protection des eaux repose en grande partie sur le concept de la mise en danger abstraite, ce qui est cohérent. Pour l'une ou l'autre infraction, la notion de mise en danger concrète est néanmoins retenue, situation qui pose des problèmes récurrents que nous nous proposons d'examiner.

³¹ ADLER, p. 141.

³² ADLER, p. 135 et 144.

³³ ESTOPPEY II, N 13.8 ss.

III. Mise en danger concrète: l'exemple de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux

A. La notion d'altération nuisible dans la LEaux

Selon l'art. 4 let. d de la LEaux, il faut entendre par pollution toute « altération nuisible des propriétés physiques, chimiques ou biologiques de l'eau ». Les pollutions sont ainsi l'une des formes d'atteintes nuisibles aux eaux, en sus d'autres interventions susceptibles de nuire à l'aspect ou aux fonctions d'une eau, comme les prélèvements d'eau (art. 4 let. c LEaux). Des critères spécifiques et, pour certaines substances, des seuils, déterminent les exigences auxquelles doivent satisfaire la qualité des eaux superficielles et souterraines (annexe 2 de l'OEaux³⁴) ; le caractère nuisible d'une atteinte est donc déterminé à compter de ces seuils ou critères.

B. Les causes de pollutions

Les causes d'altération de l'eau sont nombreuses et peuvent provenir de nos usages quotidiens licites (résidus des stations d'épuration, produits phytosanitaires agricoles autorisés, résidus de la circulation automobile ou même des transports à longues distances, par exemple). En sus de ces émissions peuvent s'ajouter des rejets illicites de privés ou de l'industrie, volontaires ou non, ponctuels (fuite d'une citerne en lien avec une corrosion ou un accident, épandages illicites de produits polluants dans l'agriculture, etc.) ou permanents (conduites d'eau contenant à l'intérieur des PCBs³⁵, etc.) ; enfin, pour être complet, il ne faut pas ignorer les processus de dégradation lents de matériaux ou substances pouvant avoir été déversés dans les eaux à des époques plus anciennes³⁶. Les sources de prélèvements d'eau, lorsqu'elles sont autorisées en excès ou exploitées de manière abusive, peuvent également contribuer de manière importante à aggraver les effets des substances polluantes³⁷.

Ces quelques exemples montrent que les sources de pollutions sont infinies et qu'il pourra être complexe de remonter à leur(s) cause(s) ; bien plus, il pourra même être difficile d'établir la part de responsabilité de celui qui crée une pol-

³⁴ Ordonnance du 28 octobre 1998 sur la protection des eaux (OEaux ; RS 814.201).

³⁵ ESTOPPEY II, N 13.10.

³⁶ ESTOPPEY I, p. 11 et les références citées.

³⁷ <https://ge.ch/grandconseil/data/texte/M02682.pdf> (consulté le 26.11.2021) concernant l'Aire, dans le Canton de Genève.

lution dans une situation déjà fortement dégradée ou subissant des prélèvements d'eau importants, dès lors que la quantité d'eau peut jouer un rôle dans la dilution des substances nuisibles.

C. Devoir de diligence et actes de nature à polluer

Selon le principe de diligence exprimé à l'art. 3 LEaux, 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 imprudence³⁸. Les actes de nature à polluer les eaux, par l'introduction ou l'infiltration de substances dans l'eau, même indirectement, sont interdits par l'art. 6 al. 1 LEaux. Une interprétation rigoureuse du principe de diligence penche pour une approche stricte du principe de prévention des atteintes, et considère que toute altération de l'eau qui n'est pas expressément autorisée, constitue une pollution au sens de l'art. 4 lit. d LEaux, et donc une atteinte nuisible (art. 4 let. c LEaux)³⁹, cela indépendamment de l'état initial quant au degré d'impureté de l'eau⁴⁰.

D. L'art. 70 al. 1 let. a LEaux

L'art. 70 al. 1 LEaux qualifie de délits diverses violations de la LEaux. En vertu de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux, est notamment punissable celui qui aura de manière illicite introduit dans les eaux, directement ou indirectement, des substances de nature à les polluer, aura laissé s'infiltrer de telles substances, ou en aura déposées ou épandues hors des eaux, créant ainsi un risque de pollution pour les eaux. En ce sens, l'art. 70 al. 1 let. a LEaux érige en infraction pénale l'interdiction administrative qui figure à l'art. 6 LEaux⁴¹.

La jurisprudence exige que le comportement répréhensible visé à l'art. 70 al. 1 let. a LEaux crée un risque concret de pollution pour que l'infraction soit consommée⁴². Cela vaut pour le dépôt ou l'épandage hors des eaux, de substances polluantes mais également lorsque l'auteur introduit de manière illicite, directement ou indirectement ou laisse s'infiltrer dans les eaux de telles substances.

³⁸ THURNHEER, art. 3 N 21 ss.

³⁹ TF 1C_43/2007 du 09.04.2008, consid. 3.6, DEP 2008 576 ss ; HETTICH/TSCHUMI, art. 6 N 8.

⁴⁰ HETTICH/TSCHUMI, art. 6 N 16.

⁴¹ ANDEREGG, art. 70 N 13.

⁴² Voir par exemple TC ZH arrêt du 13.01.2003, DEP 2003 769 ss ; TC TG arrêt du 04.11.2004, RBOG 2004 Nr. 25.

L'infraction visée à l'art. 70 al. 1 let. a LEaux est donc vue par les tribunaux comme un délit de mise en danger concrète et il est nécessaire d'établir un lien de causalité entre le comportement répréhensible et le risque de pollution qui s'ensuit. Cela pose de nombreuses difficultés, notamment en cas de sources multiples de pollutions.

E. Deux exemples

En vertu de la jurisprudence, un risque concret de pollution existe lorsque, d'après le cours ordinaire des choses, il apparaît vraisemblable ou très possible que le bien juridique protégé sera lésé⁴³. L'existence du danger concret doit être appréciée indépendamment de la question de savoir s'il y a bel ou bien eu une pollution et indépendamment de la période pendant laquelle le danger a existé⁴⁴. Pour établir la vraisemblance de la survenance d'une pollution dans un cas d'espèce, les juges se réfèrent, si elles existent, à des valeurs limites fixées dans des lois, ordonnances, directives ou d'autres prescriptions qui n'ont pas force de loi⁴⁵ ou alors ils tiennent compte des caractéristiques et des quantités des substances, de la localisation de la masse d'eau et des mesures de protection existantes⁴⁶.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_642/2008 du 9 janvier 2009, il était question de la pollution d'une coulisse d'eau claire située en aval d'une porcherie, dont la fosse à purin fissurée laissait s'échapper du lisier. Il n'a pas été possible d'établir la source de la pollution car au moment des recherches, les traces de celle-ci dans la coulisse avaient disparu. Il se posait toutefois la question de savoir si l'écoulement de la fosse avait créé un risque concret de pollution de la coulisse. Selon le Tribunal fédéral, il fallait pour cela se demander si l'écoulement avait atteint l'intensité requise pour conclure à une mise en danger concrète du bien juridique protégé, soit à une probabilité ou possibilité sérieuse d'altération de la qualité d'eau courant dans la coulisse. Les juges fédéraux ont estimé que l'état de fait était insuffisant pour retenir une mise en danger concrète de l'eau puisque le volume du lisier de porc a été estimé de manière approximative et que la distance entre la fosse et l'exutoire de la fontaine n'était

⁴³ TF 6P_87/2005 du 05.09.2005, consid. 7.1 ; TF 6S_520/2001 du 27.09.2002 consid. 1.2 ; TC ZH, arrêt du 13.01.2003, consid. 5, DEP 2003 769 ss.

⁴⁴ TC ZH arrêt du 04.04.2001, DEP 2001 965 ss ; TF 6S_520/2001 du 27.09.2002, consid. 1.2.

⁴⁵ TF 6P_87/2005 du 05.09.2005, consid. 7.3 ; TC ZH arrêt du 13.01.2003, DEP 2003 769 ss, consid. III.A.4 et 5 ; TF 1A_51/2005 du 29.11.2005, consid. 2.

⁴⁶ TF 6B_624/2008 du 09.01.2009, consid. 3.2 ; TF 6S_520/2001 du 27.09.2002 consid. 1.2.

pas précisée. Ils ont toutefois retenu qu'une telle situation aurait suffi pour établir l'existence d'une mise en danger abstraite.

Le Tribunal cantonal de Zurich a eu à traiter d'une affaire de pollution de la Limmat par du pétrole à côté d'une entreprise active dans le traitement et le recyclage de gravats et de graviers⁴⁷. Il a été établi que des hydrocarbures provenant de la société B ont pénétré indirectement dans la Limmat mais que puisque la valeur limite pertinente n'était pas atteinte à cet endroit, les éléments caractéristiques de l'infraction de l'art. 70 al. 1 let. a LEaux, en lien avec l'art. 6 al. 1 LEaux (« aura introduit dans l'eau, directement ou indirectement »), n'étaient pas réunis. En revanche, il a été retenu que les éléments objectifs de l'infraction sanctionnée à l'art. 70 al. 1 let. a LEaux, en lien avec l'art. 6 al. 2 LEaux (aura « laissé s'infiltrer » ou « épandu » hors des eaux), étaient réalisés puisque la valeur limite fixée pour les hydrocarbures était dépassée dans les canalisations d'évacuation conduisant au cours d'eau.

Ces deux affaires montrent qu'il est particulièrement difficile de prouver l'existence d'un risque de pollution dans un cas concret et de le rattacher à un comportement déterminé. En effet, le critère de la vraisemblance est particulièrement exigeant. Elles montrent aussi une distance peu justifiable par rapport au principe de diligence déduit de l'art. 3 LEaux et au but de la loi, tel qu'exprimé à l'art. 6 al. 1 LEaux, qui vise des actes, indépendamment d'une pollution (« aura introduit directement ou indirectement » ou « aura laissé s'infiltrer » des substances de nature à polluer les eaux). Au sens de l'art. 6 LEaux, il suffirait d'établir que des substances susceptibles de polluer les eaux ont illégalement pénétré directement ou indirectement dans un plan d'eau ou se sont infiltrées dans le sous-sol, indépendamment de toute dégradation de l'eau pouvant en résulter⁴⁸. Le comportement décrit à l'art. 6 al. 1 LEaux devrait donc se traduire sur le plan pénal par un délit de mise en danger abstraite, soit un délit formel qui n'exige pas de lien de causalité. Il s'agit de l'une des solutions que pourrait approcher le législateur. Nous allons examiner encore d'autres propositions.

IV. Des correctifs aux théories de la causalité en matière de pollution des eaux ?

On a vu que des pollutions diffuses, telles celles d'origine agricole, peuvent difficilement être saisies par les théories de la causalité quelle qu'elle soit. S'en tenir aux critères actuels reviendrait à faire fi d'une source importante de danger pour l'environnement. L'eau est une ressource renouvelable, pour

⁴⁷ TC ZH arrêt du 13.01.2003, DEP 2003 769 ss.

⁴⁸ ANDEREGG, art. 70 N 28 ; STUTZ, p. 119 ss.

autant qu'elle soit capable de se régénérer dans une échelle temporelle donnée, et qu'elle ne fasse pas l'objet d'une surexploitation qualitative ou quantitative. Or, les atteintes répétées par les pollutions sont de nature à en menacer l'équilibre écosystémique au point d'atteindre le seuil d'irréversibilité. A cela s'ajoutent les frais pour la collectivité publique : des pollutions d'une certaine ampleur peuvent conduire l'autorité à renaturer les lieux, ordonner un assainissement ou limiter l'usage de l'eau.

Deux correctifs à cela : rendre la législation pénale (et administrative) plus adéquate ; et admettre de se référer, lorsque cela est pertinent, à la théorie de la causalité présumée.

A. Adéquation de la législation pénale et administrative

Dans le contexte d'une mise en danger concrète, il serait important que le législateur adapte les critères de celle-ci pour tenir compte des éléments évolutifs et cumulés, dans l'espace et le temps, d'une mise en danger de l'environnement. Un exemple, qui a été jugé en France (Bretagne), est particulièrement parlant à cet égard : il s'agit de l'intoxication d'un cheval (qui en est mort) et de son propriétaire, par les émanations gazeuses d'algues vertes, issues de la décomposition dans la mer de nitrates produits en excès par l'agriculture⁴⁹. Le Tribunal a prononcé un non-lieu, dans l'impossibilité de tracer quels agriculteurs avaient fait un usage excessif de nitrate dans leurs cultures, et dans l'impossibilité également d'établir une mise en danger d'autrui. L'un des problèmes tenait au fait que la pollution, persistante, ne provient pas du nitrate lui-même, mais de sa décomposition sur plusieurs années, situation dont les conséquences ne sont pas nécessairement prévisibles pour les exploitants.

C'est dire que la notion de mise en danger concrète, tant en droit administratif qu'en droit pénal, devrait tenir compte des caractéristiques physico-chimiques liées aux dégradations de substances dans l'environnement, cela dans l'espace et le temps. La notion de danger concret, en droit de police administrative, n'est en particulier pas adaptée à la perspective d'un danger lointain, auquel on ne peut se soustraire, lorsque les éléments déclencheurs ont été introduits dans un milieu naturel sans pouvoir en être retirés. Elle peut et doit certes être accommodée par les principes de prévention et de précaution ; cependant ces principes sont peu efficaces au stade de la réparation d'une atteinte, soit celui où intervient le principe exposé plus haut, de la causalité immédiate.

⁴⁹ Tribunal judiciaire de Paris, ordonnance de non-lieu du 18.01.2021, dossier n° JJI70615000005.

Ces éléments plaident pour que le législateur approche le plus souvent possible les atteintes à l'environnement par une mise en danger abstraite. Dans les situations visées par l'art. 6 LEaux, nous avons vu que le législateur aurait pu envisager une mise en danger abstraite, à l'art. 70 al. 1 let. a. LEaux, pour permettre aux autorités pénales une prise en considération de l'ensemble des actes susceptibles de polluer les eaux.

B. La causalité présumée

Aux termes de son art. 4 § 5, la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, les dommages environnementaux ou la menace imminente de tels dommages causés par une pollution à caractère diffus, tombent dans le champ d'application de la directive, lorsqu'il est possible d'établir un lien de causalité entre les dommages et les activités des différents exploitants ; or, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le droit national peut prévoir que cette causalité peut être présumée. En effet, dans un arrêt du 9 mars 2010, elle a jugé que les exploitants qui ont des installations à proximité d'une zone polluée peuvent être présumés responsables de cette pollution, du fait de cette proximité, dans la mesure où le droit italien se réfère à la notion de causalité présumée⁵⁰. Cependant, pour présumer un tel lien de causalité, l'autorité doit disposer d'indices plausibles susceptibles de fonder sa conviction, tels que la proximité de l'installation de l'exploitant avec la pollution constatée et la correspondance entre les substances polluantes retrouvées et les composants utilisés par l'exploitant dans le cadre de ses activités. Lorsque l'autorité compétente dispose de tels indices, celle-ci est alors en mesure d'établir un lien de causalité entre les activités des exploitants et la pollution constatée.

D'autres législations connaissent cette figure qu'une partie de la doctrine suisse appelle de ses vœux⁵¹.

A relire l'arrêt du TF 6B_642/2008 du 9 janvier 2009, le droit suisse n'est pas loin d'une telle approche, puisque le Tribunal fédéral indique qu'avec plus de précisions quant à la quantité de substance déversée dans la coulisse d'eau claire et une indication de la distance entre la fosse et l'exutoire de la fontaine, on aurait pu évaluer la mise en danger concrète. Les critères d'appréciation mériteraient néanmoins d'être mieux mis en évidence dans la loi !

⁵⁰ CJUE, 09.03.2010, aff. C-378/08, Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA et Syndial SpA c/Ministero dello Sviluppo economico e.a.

⁵¹ ADLER, p. 133 et les références citées.