

Fabia Jungo

Docteur en droit

# Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse

avec des perspectives  
de droit international et  
de droit européen



3	Synthèse de la partie I.....	31
Partie II	Le principe de précaution en droit international et communautaire : origine et portée .....	33
4	Droit international.....	33
4.1	Origine.....	33
4.1.1	Prémises puis genèse en droit national allemand : le « <i>Vorsorgeprinzip</i> ».....	33
4.1.2	Apparition dans le cadre régional de l'Atlantique du Nord-Est.....	37
4.1.3	Affirmation du principe sur le plan universel.....	41
4.1.4	Influence du Sommet de la Terre.....	46
4.1.5	Rôle des organisations non gouvernementales .....	50
4.1.6	Synthèse.....	52
4.1.6.1	Éléments communs.....	52
4.1.6.2	Champ d'application transversal .....	53
4.1.6.3	Quelle incertitude scientifique ?.....	53
4.1.6.4	Seuil d'intervention .....	54
4.1.6.5	Comparaison coût-avantage ou coût-bénéfice.....	55
4.1.6.6	Mesures .....	56
4.1.6.7	Charge de la preuve.....	57
4.1.6.8	Principe de proportionnalité .....	58
4.2	Consécration jurisprudentielle ? .....	59
4.3	Nature .....	63
4.3.1	Approche ou principe .....	63
4.3.2	Nature de principe .....	65
4.3.3	Nature coutumière ?.....	68
4.3.3.1	Élément objectif : longue et constante pratique.....	69
4.3.3.2	Élément subjectif : <i>opinio juris sive necessitatis</i> .....	71
4.3.3.3	Synthèse.....	72

4.3.3.4	Principe général de droit reconnu par les nations civilisées ? .....	73
4.3.4	Norme de jus cogens ? .....	74
4.4	Synthèse .....	75
5	Union européenne .....	77
5.1	Droit primaire .....	77
5.2	Droit dérivé .....	78
5.2.1	Directives et règlements .....	78
5.2.2	Jurisprudence et Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution.....	81
5.2.2.1	Nature et portée pour les institutions communautaires et les Etats membres.....	84
5.2.2.2	Champ et conditions d'application .....	86
5.2.2.3	Principe de précaution et principe de prévention.....	89
5.2.2.4	Mesures .....	90
5.2.2.5	Principe de proportionnalité .....	92
5.2.2.6	Charge de la preuve .....	94
5.2.2.7	Contrôle juridictionnel.....	95
5.2.2.8	Le débat consécutif à la communication de la Commission .....	96
5.3	Synthèse.....	97
6	Organisation mondiale du commerce.....	99
6.1	Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS).....	100
6.1.1	En général .....	100
6.1.2	Accord SPS et principe de précaution .....	101
6.2	Accords GATT et OTC.....	107
6.3	Synthèse.....	110
7	Synthèse de la partie II.....	111
Partie III	Le principe de précaution en droit suisse.....	113

8	Sources et signification .....	113
8.1	Droit international.....	113
8.2	Droit interne : introduction .....	114
8.3	En droit de l'environnement au sens étroit : de la loi à la Constitution fédérale .....	115
8.3.1	Article 24 <sup>septies</sup> de l'ancienne Constitution fédérale.....	115
8.3.2	Loi sur la protection de l'environnement, Constitution fédérale et loi sur le génie génétique.....	116
8.3.2.1	La prévention des atteintes potentiellement nuisibles ou incommodes .....	119
8.3.2.2	L'intégration d'une marge de sécurité.....	121
8.3.2.3	L'obligation de prévenir « assez tôt » ou « <i>frühzeitig</i> » .....	122
8.3.2.4	Influence allemande et confusions terminologiques....	125
8.3.2.4.1	Influence allemande .....	125
8.3.2.4.2	« Vorsorge » et « prévention » : un seul principe.	126
8.3.3	Autres lois basées sur la section « Environnement » de la Constitution fédérale : LEaux, LPN, LAT .....	127
8.4	Autres sources de rang légal .....	128
8.4.1	Loi sur l'agriculture .....	128
8.4.2	Loi sur les épizooties .....	130
8.4.3	Loi sur les denrées alimentaires.....	131
8.4.4	Loi sur les produits thérapeutiques.....	133
8.4.5	Autres lois et nanotechnologies .....	134
8.5	Constitutions cantonales .....	136
8.6	Synthèse : sens à donner au principe de précaution en droit suisse .....	137
8.6.1	Signification commune à la législation examinée .....	137
8.6.2	Distinction réalisée par les autorités fédérales.....	138
8.6.2.1	Distinction .....	138

8.6.2.2	Discussion .....	139
8.6.3	Distinction selon le seuil de danger .....	140
8.6.4	Eclatement du champ d'application du principe.....	140
8.6.5	Distinction par rapport au droit de police et à la clause générale de police.....	141
8.6.6	Principe de précaution et principe de proportionnalité .....	145
8.6.6.1	Aptitude .....	146
8.6.6.2	Nécessité.....	148
8.6.6.3	Proportionnalité au sens étroit (« <i>Zumutbarkeit</i> ») .....	150
8.6.7	Droit suisse et droit européen .....	151
9	Portée et champ d'application.....	153
9.1	Portée programmatrice, mandat législatif et ligne directrice pour le législateur .....	153
9.2	Le principe constitutionnel en tant qu'aide à l'interprétation lors de l'application du droit.....	155
9.3	Applicabilité directe au stade de la décision ? .....	156
9.4	Applicabilité directe aux particuliers ? Devoir de diligence et obligation de contrôle autonome .....	160
9.5	Nature contraignante ou potestative et principe de précaution <i>fort</i> ou <i>faible</i> .....	161
9.6	Principe général du droit ? .....	163
9.6.1	Notion d'environnement.....	163
9.6.2	Champ d'application du principe de précaution .....	165
9.6.3	Transversalité du droit de l'environnement .....	166
9.6.3.1	Atteintes directes et indirectes .....	167
9.6.3.2	Atteintes à l'intérieur et à l'extérieur.....	168
9.6.3.3	Atteintes nuisibles et incommodantes .....	168
9.6.3.4	Position personnelle.....	169
9.7	Synthèse.....	172
10	Mise en œuvre du principe de précaution dans les principales	

législations environnementales.....	175
10.1 Loi sur la protection de l'environnement.....	175
10.1.1 Prévention des nuisances en tant que concrétisation principale dans la LPE : article 11 alinéas 2 et 3 LPE.....	175
10.1.1.1 Le système de l'article 11 LPE confronté au principe de précaution.....	176
10.1.1.1.1 L'article 11 alinéa 2.....	176
10.1.1.1.2 L'article 11 alinéa 3 LPE.....	187
10.1.1.2 Mesures .....	190
10.1.1.3 Un aspect de la prévention des nuisances : l'ordonnance sur le rayonnement non ionisant .....	193
10.1.1.3.1 En général.....	193
10.1.1.3.2 La problématique de la fixation des valeurs limites.....	195
10.1.1.3.3 Exhaustivité des valeurs seuil de l'ORNI.....	197
10.1.1.3.4 Adaptation des valeurs seuil aux nouvelles connaissances.....	198
10.1.1.3.5 De fait : protection de l'être humain mais non des animaux .....	199
10.1.2 La protection contre les accidents majeurs : illustration du <i>risque acceptable</i> .....	200
10.1.2.1 Article 10 LPE.....	201
10.1.2.2 Ordonnance sur la protection contre les accidents majeurs .....	202
10.1.3 Substances dangereuses pour l'environnement .....	203
10.1.4 Utilisation d'organismes pathogènes : système « <i>step by step</i> » .....	206
10.1.5 Déchets .....	208
10.1.6 Sites pollués par des déchets et sites contaminés.....	208
10.1.7 Atteintes portées au sol.....	209
10.2 Organismes génétiquement modifiés.....	211
10.2.1 Loi sur le génie génétique dans le domaine non humain ..	211

---

10.2.2	Ordonnances adoptées sur la base de la LGG et de la LPE.....	212
10.2.2.1	Ordonnance sur l'utilisation confinée.....	212
10.2.2.2	Ordonnance sur la dissémination expérimentale .....	213
10.2.3	Mesures.....	213
10.2.4	Casuistique.....	219
10.3	L'aménagement du territoire comme domaine faisant appel à des instruments particuliers .....	220
10.4	Actes matériels : recherche et veille scientifiques et communication .....	227
10.4.1	Recherche scientifique.....	227
10.4.2	Veille scientifique ou « <i>monitoring</i> » .....	229
10.4.3	Information et communication .....	230
10.5	Synthèse .....	234
11	Circonstances générant l'application du principe de précaution....	237
11.1	Identification d'un danger potentiel : seuil de dommage.....	238
11.2	Identification d'un danger potentiel : degré d'incertitude.....	240
11.2.1	Danger abstrait ou concret ? .....	241
11.2.2	Objectif : évaluation scientifique.....	241
11.2.3	Instruments .....	242
11.2.3.1	Analyse des risques : LGG et ODE, LFE, LAgr, LDAI, LPTTh .....	242
11.2.3.2	Etude d'impact sur l'environnement : LPE .....	246
11.2.4	Caractérisation de l'hypothèse de risque .....	247
11.2.4.1	Eléments permettant la caractérisation de l'hypothèse de risque .....	247
11.2.4.2	Plausibilité de l'hypothèse de risque : seuil minimal .....	248
11.2.4.2.1	En général.....	248
11.2.4.2.2	Casuistique .....	250

## Table des matières

---

11.2.4.2.3	Connaissances très limitées, voire absence de connaissances .....	253
11.2.4.3	Diversité de scénarios.....	254
11.2.5	Connaissances scientifiques.....	255
11.2.5.1	« Etat de la science » et « état de l'expérience » .....	255
11.2.5.2	Avis minoritaires .....	256
11.2.5.3	Cadre géographique et domaine de référence.....	256
11.3	Synthèse.....	258
12	Marge d'appréciation de l'autorité et ses limites .....	261
12.1	Moment de l'adoption des mesures .....	263
12.1.1	En général.....	263
12.1.2	En particulier pour la LPE et la LGG : « assez tôt ».....	266
12.1.3	Dans le cadre de l'octroi d'une autorisation .....	267
12.2	Gestion des risques .....	267
12.3	Etendue de la mesure et acceptabilité du risque .....	269
12.4	Proportionnalité .....	272
12.4.1	Proportionnalité des mesures et plausibilité de l'hypothèse : sens de la proportion.....	272
12.4.2	Eléments à prendre en considération .....	273
12.4.3	Casuistique.....	277
12.4.4	Proportionnalité des mesures et double seuil de scientificité : « procédural » et « matériel » .....	280
12.5	Critère économique ?.....	281
12.6	Cohérence .....	283
12.7	Non-discrimination et interdiction des obstacles déguisés au commerce.....	284
12.8	Intelligibilité et vérification, interdiction de l'arbitraire .....	287
12.9	Transparence et communication, acceptation des mesures par le public concerné.....	287
12.10	Nature temporaire et réexamen de la décision .....	288

---

12.10.1	Nature temporaire .....	288
12.10.1.1	Liée à l'état des connaissances .....	288
12.10.1.2	Mesures révisables.....	290
12.10.2	Réexamen de la décision ou des dispositions légales et réglementaires .....	291
12.10.2.1	Le réexamen spécifiquement prévu par la loi.....	291
12.10.2.1.1	De la décision : LPE, LGG, OUC, ODE, LAgr et LPTTh.....	291
12.10.2.1.2	De la disposition réglementaire : LPE, LDAI et LAgr.....	292
12.10.2.2	Nouveaux instruments scientifiques .....	293
12.11	Atteinte aux droits fondamentaux .....	293
12.11.1	Conditions.....	293
12.11.2	Droits fondamentaux concernés .....	295
12.11.2.1.1	Garantie de la propriété et liberté économique : quelques exemples.....	295
12.11.2.1.2	Liberté de la science .....	297
12.11.2.1.3	Le principe de précaution garant de la liberté d'expression ou de la liberté scientifique ? .....	297
12.12	Conflits d'intérêts .....	299
12.13	Synthèse.....	300
13	Quelques questions de procédure.....	303
13.1	Justiciabilité du principe de précaution.....	303
13.2	Motifs de recours, pouvoir d'examen et pouvoir de décision..	305
13.3	Qualité pour recourir.....	308
13.4	Preuve .....	310
13.4.1	Nature de la preuve.....	310
13.4.2	Charge et fardeau de la preuve .....	311
13.4.3	Portée des expertises et études.....	314
13.5	Synthèse.....	315

## Table des matières

---

14	Responsabilité .....	317
14.1	Responsabilité de l'Etat .....	317
14.1.1	Responsabilité pour acte illicite .....	317
14.1.2	Responsabilité pour acte licite .....	323
14.2	Responsabilité du particulier ? .....	326
14.2.1	En général : la responsabilité civile .....	326
14.2.2	Responsabilité pour risque de développement, une extension du principe de précaution ? .....	327
14.3	Synthèse .....	329
15	Synthèse de la partie III .....	333
	Synthèse générale et conclusion .....	337
	Bibliographie .....	341
	Index .....	367