

13.062

Message

concernant l'approbation du Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques

du 14 août 2013

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet d'arrêté fédéral portant approbation du Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

14 août 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation crée une norme minimale internationale pour la responsabilité en cas de dommages causés à la biodiversité par des organismes génétiquement modifiés (OGM) ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière. L'accord peut être ratifié sans adapter le droit national, car la Suisse a déjà mis en œuvre toutes les dispositions figurant dans le Protocole additionnel.

Contexte

L'objectif du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (Protocole de Cartagena) ratifié par la Suisse est de prévenir les effets défavorables de la biotechnologie sur l'être humain et sur l'environnement. A cette fin, il prévoit des règles portant sur les mouvements transfrontières d'OGM. Le Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation a été adopté en octobre 2010 comme protocole complémentaire au Protocole de Cartagena. Il complète le régime du Protocole de Cartagena en établissant des règles régissant la responsabilité pour les dommages causés à la biodiversité par des OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière.

Contenu de l'accord

Le Protocole additionnel contient des règles régissant le traitement des dommages causés à la biodiversité par des OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière. Il définit quelles mesures doivent être prises (pour prévenir, minimiser, confiner, atténuer ou autrement éviter le dommage et pour restaurer la diversité biologique), qui doit les prendre et auprès de qui les coûts peuvent être recouverts. Il crée ainsi une norme minimale internationale pour la responsabilité en cas de dommages causés à la biodiversité par des OGM. Le protocole additionnel va dans le même sens que la stratégie de la Suisse visant à encadrer clairement l'utilisation des OGM, à fixer des prescriptions de sécurité et à définir des règles en matière de responsabilité.

Message

1 Grandes lignes de l'accord

1.1 Contexte

Le Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Cartagena)¹ règle les mouvements transfrontières d'organismes génétiquement modifiés (OGM) dans le but de prévenir les effets défavorables de la biotechnologie sur l'être humain et sur l'environnement. Le volet responsabilité et réparation faisait partie des objets de négociation lors de l'élaboration du Protocole de Cartagena à la fin des années 90. Cependant, les Parties à la négociation n'avaient alors pas réussi à s'accorder sur une solution, d'où l'introduction dans le Protocole de l'art. 27, qui charge les Parties à la convention d'établir des règles régissant la responsabilité en matière d'OGM.

Les négociations menées conformément à l'art. 27 du Protocole de Cartagena ont abouti au Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (ci-après «Protocole additionnel»), adopté à la cinquième Conférence des Parties au Protocole de Cartagena en octobre 2010 à Nagoya (Japon) en la forme d'un protocole complémentaire au Protocole de Cartagena.

Le Protocole additionnel a été signé par 50 Etats (dont la Suisse et la plupart des Etats membres de l'Union européenne [UE]) et l'UE. A la fin juin 2013, 13 Etats et l'UE l'ont ratifié. Le Protocole additionnel entrera en vigueur dès que 40 Etats l'auront ratifié.

1.2 Aperçu du contenu de l'accord

Le Protocole additionnel contient des règles régissant le traitement des dommages causés à la biodiversité par des OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière. L'art. 5, qui définit, en cas de dommage, qui doit prendre les mesures d'interventions nécessaires et auprès de qui les coûts de ces mesures peuvent être recouvrés, en constitue le pilier. Par «mesures d'intervention», le Protocole additionnel entend des mesures raisonnables prises pour prévenir, minimiser, confiner, atténuer ou autrement éviter le dommage et pour restaurer la diversité biologique.

Selon le Protocole additionnel, lorsqu'un dommage s'est produit ou qu'il est imminent, le responsable («opérateur») doit en informer immédiatement les autorités et prendre de lui-même des mesures d'intervention raisonnables. Si le responsable n'est pas connu, les autorités font le nécessaire pour l'identifier. Dans les deux cas, les autorités déterminent les autres mesures d'intervention que le responsable doit prendre et, le cas échéant, prennent elles-mêmes des mesures appropriées. Les autorités peuvent demander au responsable le remboursement de tous les coûts y relatifs.

¹ RS 0.451.431

Outre ces clauses centrales, le Protocole additionnel comprend une série de dispositions d'accompagnement, qui concernent notamment la procédure (droit d'être entendu, voie de recours) et d'éventuelles exemptions et limitations de la responsabilité dont la définition et les modalités sont laissées au droit interne.

1.3 Situation juridique actuelle en Suisse

Le génie génétique dans le domaine non humain est réglementé en Suisse en premier lieu par la loi du 21 mars 2003 sur le génie génétique (LGG)² et par ses ordonnances (ordonnance du 9 mai 2012 sur l'utilisation confinée [OUC]³ et ordonnance du 10 septembre 2008 sur la dissémination dans l'environnement [ODE]⁴). Ces actes législatifs prévoient un arsenal juridique complet pour l'utilisation d'OGM et des dispositions strictes sur la responsabilité.

L'utilisation d'OGM requiert en principe une autorisation. Font l'objet d'une exception certaines activités présentant un risque faible pour lesquelles il n'est prévu qu'une obligation de notification (art. 10 à 12 LGG, art. 17 et 25 ODE, art. 8 à 10 OUC). La personne soumise au régime de l'autorisation ou de la notification doit prendre différentes mesures pour éviter que des OGM constituent un danger ou une atteinte pour l'être humain et pour l'environnement. Elle doit notamment identifier et évaluer les risques et prendre les mesures de sécurité nécessaires (art. 7, 8, 19 et 28 ODE, art. 4 à 7 et 12 OUC).

La responsabilité civile pour les dommages causés par des OGM prévue par les art. 30 ss de la LGG est étroitement liée au système d'autorisation et de notification. C'est toujours la personne soumise au régime de l'autorisation ou de la notification qui répond des dommages. Ceux-ci comprennent non seulement les dommages «traditionnels» (notamment les préjudices personnels et matériels), mais aussi les «dommages purement environnementaux», autrement dit les dégâts causés à des composantes et à des biens de l'environnement qui ne font pas l'objet d'un droit réel (art. 31, al. 2, LGG). Dans ce cas, le créancier est la collectivité publique compétente qui a pris les mesures nécessaires pour remettre en état les composantes de l'environnement détruites ou détériorées.

Outre ces éléments constitutifs de la responsabilité civile de droit privé, les autorités qui ont pris des mesures pour prévenir les dangers ou remédier aux atteintes à l'environnement provoqués par des OGM ont aussi la possibilité de demander par la voie administrative le remboursement des coûts à la personne qui en est la cause et au titulaire de l'autorisation (art. 20, al. 4, LGG, art. 53 ODE).

1.4 Appréciation

Le Protocole additionnel crée une norme minimale internationale pour traiter les dommages causés à la biodiversité par des OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière. Il va dans le même sens que la stratégie de la Suisse visant à encadrer

² RS 814.91

³ RS 814.912

⁴ RS 814.911

clairement l'utilisation des OGM, à fixer des prescriptions de sécurité et à définir des règles en matière de responsabilité.

Le régime de la LGG et de ses ordonnances est conforme au Protocole additionnel, il est même plus concret et plus complet. Alors que le Protocole additionnel ne s'applique qu'aux dommages causés à la biodiversité par des OGM (cf. ch. 2), la LGG s'applique non seulement aux dommages purement environnementaux, mais aussi aux formes traditionnelles de dommages que sont les préjudices matériels et personnels. En outre, le champ d'application de la LGG n'est pas limité aux seuls dommages causés par des OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière, comme l'est celui du Protocole additionnel.

C'est la raison pour laquelle le Protocole additionnel peut être ratifié sans adapter le droit suisse.

1.5 Renoncement à une procédure de consultation

Le présent accord n'entraîne pas d'adaptations du droit national, car la Suisse a déjà inscrit dans sa législation les dispositions prévues par le Protocole additionnel. Par conséquent, il est renoncé à une procédure de consultation au sens de l'art. 2 de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation⁵.

2 Commentaire des articles de l'accord

Art. 1 Objectif

Le Protocole additionnel crée un régime international régissant la responsabilité pour les dommages causés à la biodiversité par des OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière. L'objectif de ce régime est de contribuer à la protection et à l'utilisation durable de la biodiversité.

Art. 2 Définition des termes

Le Protocole additionnel reprend la définition des termes de ses deux conventions mères, soit la Convention sur la diversité biologique⁶ conclue le 5 juin 1992 et le Protocole de Cartagena. Par conséquent, la définition d'«organisme vivant modifié» figurant à l'art. 3, let. g du Protocole de Cartagena s'applique aussi au Protocole additionnel. Le droit suisse utilise le terme équivalent d'«organisme génétiquement modifié» (OGM, art. 5, al. 2, LGG). Pour simplifier, le présent message recourt toujours à la terminologie de la LGG.

Outre ce renvoi aux conventions mères, le Protocole additionnel contient les définitions suivantes qui lui sont propres:

- Au sens de l'al. 2, let. b, le terme de «dommage» comprend tout dommage significatif et mesurable ou autrement observable «d'un effet défavorable sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, en tenant

⁵ RS 172.061

⁶ RS 0.451.43

compte des risques pour la santé humaine». Par conséquent, le Protocole additionnel s'applique exclusivement aux dommages causés à la biodiversité, qui sont en général qualifiés de «dommages purement environnementaux», autrement dit des dégâts causés à des composantes de l'environnement qui ne font pas l'objet d'un droit réel. Ainsi, le Protocole additionnel ne couvre pas une grande partie du droit classique de la responsabilité civile, notamment les formes traditionnelles de préjudices matériels et personnels.

La signification du libellé «en tenant compte des risques pour la santé humaine» repris du Protocole de Cartagena à l'al. 2, let. b, est litigieuse (cf. Ruth Mackenzie et al., Guide explicatif du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, 2003, p. 12 s.). Pendant les négociations, la Suisse, comme l'UE, était d'avis que le libellé n'élargissait pas la définition du dommage aux préjudices personnels. Cet élargissement serait contraire à l'art. 12, al. 2 qui distingue explicitement les dommages définis à l'art. 2, al. 2, let. b des préjudices matériels et personnels. Le libellé doit être compris comme suit: lors de l'évaluation permettant de déterminer si un dommage significatif a été causé à la biodiversité, il faut aussi tenir compte des effets que de tels dommages ont sur la santé humaine (prise en compte indirecte).

La législation suisse sur le génie génétique englobe aussi bien les préjudices matériels et personnels que les dommages purement environnementaux (cf. e.a. art. 31, al. 2, LGG).

- Concernant la définition du responsable («opérateur»), le Protocole additionnel laisse une grande marge de manœuvre au droit interne. Peut tomber sous la définition d'«opérateur» toute personne qui contrôle directement ou indirectement l'OGM à l'origine du dommage. Il incombe aux Parties de préciser ce terme large.

La LGG désigne comme opérateur la personne soumise au régime de l'autorisation ou de la notification (cf. notamment art. 30 LGG).

- Par «mesures d'intervention», le Protocole additionnel entend des mesures raisonnables prises pour prévenir, minimiser, confiner, atténuer ou autrement éviter le dommage et pour restaurer la biodiversité.

Le droit suisse prévoit des mesures similaires (cf. explications relatives à l'art. 5).

Art. 3 Champ d'application

Le champ d'application du Protocole additionnel ne comprend que les dommages trouvant leurs origines dans un mouvement transfrontière d'OGM. Par conséquent, le Protocole additionnel, comme le Protocole de Cartagena, ne s'applique qu'à des risques importés. Toutefois, ceux-ci ne se limitent pas seulement aux OGM qui ont traversé la frontière, mais incluent aussi les générations ultérieures de ces organismes. En effet, il ne sera pas toujours possible, en cas de dommage, de distinguer les générations antérieures des générations ultérieures. Par contre, les OGM originaux produits dans le pays ne sont pas soumis au Protocole additionnel, car il manque un mouvement transfrontière.

Le champ d'application de la LGG, en revanche, ne se limite pas aux OGM ayant fait l'objet d'un mouvement transfrontière.

Art. 4 Lien de causalité

Conformément aux principes généraux de la responsabilité civile, il doit exister un lien de causalité entre la cause (l'OGM à l'origine du dommage) et l'effet (le dommage). Le Protocole additionnel laisse le droit interne déterminer les conditions exactes de ce lien de causalité.

En droit suisse, le Tribunal fédéral a défini et concrétisé depuis longtemps dans la jurisprudence les conditions établissant le lien de causalité naturelle et adéquate dans la responsabilité civile générale. Ces conditions s'appliquent aussi à la responsabilité civile selon la LGG.

Art. 5 Mesures d'intervention

Lorsqu'un dommage s'est produit, l'art. 5 définit qui doit prendre les mesures d'intervention nécessaires et auprès de qui les coûts de ces mesures peuvent être recouvrés (al. 1, 2, 4 et 5). Les mêmes règles s'appliquent lorsqu'un dommage ne s'est pas encore produit, mais qu'il existe une probabilité suffisante qu'il survienne si des mesures d'intervention ne sont pas prises (al. 3).

Lorsqu'un opérateur constate qu'un dommage s'est produit, ou qu'il est probable qu'il survienne, il doit en informer immédiatement les autorités, évaluer le dommage et prendre de lui-même les mesures d'intervention appropriées. Si l'opérateur n'est pas connu, les autorités font le nécessaire pour l'identifier. En outre, les autorités évaluent le dommage pour pouvoir décider de la suite de la procédure. Ensuite, elles établissent quelles autres mesures d'intervention doivent être prises et prennent, le cas échéant, elles-mêmes des mesures appropriées. L'Etat a le droit d'exiger de l'opérateur le remboursement de tous les coûts liés à la protection contre le dommage et à la réparation de celui-ci.

Le droit suisse oblige les titulaires d'autorisation à informer aussitôt les autorités de tout élément nouveau susceptible d'entraîner une réévaluation des dangers ou des atteintes liés au projet et à adapter si nécessaire les mesures de sécurité (art. 13 LGG, art. 23 et 31 ODE, art. 6 et 7 en rel. avec l'art. 12 OUC, art. 16 OUC). Est aussi un élément nouveau la constatation qu'un OGM cause ou risque de causer un dommage, malgré l'analyse des risques et les mesures de sécurité qui ont été prises. Les entreprises dans lesquelles sont effectuées des activités impliquant des OGM qui sont déjà classifiés comme dangereux (classes 3 et 4, risque modéré à élevé) sont en outre soumises à l'ordonnance du 27 février 1991 sur les accidents majeurs (OPAM)⁷. Elles sont dans l'obligation d'annoncer immédiatement tout accident majeur et de le combattre, d'empêcher toute nouvelle atteinte et de remédier aux atteintes le plus rapidement possible (art. 11 OPAM).

De plus, les cantons ont l'obligation, selon l'art. 52 ODE, de combattre ou de faire combattre les OGM qui apparaissent dans l'environnement et qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte à la biodiversité. Les coûts de ces mesures de lutte et des mesures adéquates de remise en état et de remplacement sont à la charge du titulaire de l'autorisation (art. 20, al. 4, et 31 LGG, art. 53 ODE).

Le droit suisse ne règle pas explicitement l'évaluation du dommage et l'identification de l'opérateur par les autorités. Néanmoins, ces obligations sont implicites: ni l'opérateur, ni les autorités ne peuvent prendre des mesures de lutte appropriées sans

⁷ RS 814.012

avoir au préalable évalué le dommage potentiel ou déjà survenu et ses causes. Les autorités doivent identifier le responsable pour faire valoir leur droit au remboursement des coûts.

Art. 6 à 8 Exceptions et limitations de la responsabilité

Selon le Protocole additionnel, le droit interne peut prévoir les exceptions et limitations suivantes:

- des exemptions à la responsabilité, p. ex. en cas de force majeure (art. 6);
- des délais de prescription (art. 7);
- des limites financières pour la responsabilité envers l'Etat (art. 8).

Le droit suisse prévoit à l'art. 30, al. 8, LGG une exception à la responsabilité en cas de rupture du lien de causalité par la force majeure ou par une faute grave du lésé ou d'un tiers. L'art. 32 LGG définit des délais de prescription spécifiques plus longs que ceux prévu par le droit de prescription général (délai relatif de trois ans, délai absolu de 30 ans). Aucune limite financière n'est fixée pour la responsabilité, car cela signifierait une réduction du niveau de protection.

Art. 9 Droit de recours

Le droit interne peut prévoir un droit de recours pour les opérateurs qui doivent prendre ou payer des mesures d'intervention selon les règles établies par le Protocole additionnel.

Le droit suisse sur le génie génétique réserve l'action récursoire du responsable envers des tiers ayant contribué à la réalisation ou à l'aggravation du dommage à l'art. 30, al. 3, LGG.

Art. 10 Garantie financière

Le Protocole additionnel laisse aux Parties le droit d'obliger en droit interne l'opérateur à garantir financièrement sa responsabilité (p. ex. au moyen d'une assurance ou de garanties bancaires), pour autant qu'elles respectent leurs droits et leurs obligations au plan international. Cette disposition ne crée cependant pas de hiérarchie entre le Protocole additionnel et le droit international public général. C'est ce qui ressort du renvoi aux trois dernières phrases du préambule du Protocole de Cartagena.

L'art. 34 LGG délègue la compétence d'introduire une obligation de fournir des garanties pour la responsabilité civile prévue par la LGG au Conseil fédéral, qui a édicté des dispositions en ce sens à l'art. 13 OUC et à l'art. 11 ODE.

Art. 11 Responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites

Selon le droit international général, un Etat doit répondre de ses actes lorsqu'il n'a pas respecté ses obligations découlant du droit international envers un autre Etat. Les dispositions du Protocole additionnel ne portent pas atteinte à ces règles du droit international coutumier relatives à la responsabilité de l'Etat.

cette raison, les dispositions du Protocole additionnel sont notamment conformes à la Directive sur la responsabilité environnementale⁸.

Le Protocole additionnel a été signé par l'UE et 24 Etats membres. A la fin juin 2013, l'UE et 8 Etats membres l'ont ratifié.

5 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Le projet n'a été annoncé, ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015⁹, ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015¹⁰. En ratifiant rapidement le Protocole additionnel, la Suisse contribuerait cependant à ce qu'il entre en vigueur prochainement.

Vu que le régime du Protocole additionnel contribue à la protection de la biodiversité et à son utilisation durable, le projet est conforme avec la Stratégie Biodiversité Suisse (SBS) du 25 avril 2012¹¹ et soutient ses objectifs.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)¹², qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. D'autre part, l'art. 184, al. 2, Cst. confère au Conseil fédéral la compétence de signer des traités internationaux et de les ratifier. Enfin, l'art 166, al. 2, Cst., confère à l'Assemblée fédérale la compétence de les approuver, sauf si leur conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement¹³; art. 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration 1997¹⁴). Une telle délégation de la compétence d'approuver le présent Protocole additionnel au Conseil fédéral n'existe pas; c'est donc à l'Assemblée fédérale que revient cette compétence.

6.2 Forme de l'acte à adopter

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, (ch. 1) qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) et qui contiennent des dispositions importantes

⁸ 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, JO L 143 du 30.4.2004, p. 56; modifiée en dernier lieu par la Directive 2009/31/CE, JO L 140 du 5.6.2009, p. 114

⁹ FF **2012** 349

¹⁰ FF **2012** 6667

¹¹ FF **2012** 6739

¹² RS **101**

¹³ RS **171.10**

¹⁴ RS **172.010**

fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3) sont sujets au référendum. D'autre part, l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement dispose que sont réputées fixer des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Enfin, on entend par dispositions importantes celles qui, en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst., devraient être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

Le présent Protocole additionnel est d'une durée indéterminée mais dénonçable. Il ne prévoit pas non plus d'adhésion à une organisation internationale. En revanche, il contient des dispositions importantes fixant des règles de droit relatives aux responsabilités en cas de dommages causés à la biodiversité par des OGM. Par conséquent, l'arrêté portant approbation est sujet au référendum conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

