

Publication **CEDIDAC** 64

Série dirigée par le professeur François Dessemontet

ASPECTS ACTUELS DU DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

*Travaux réunis pour le 20^{ème} anniversaire du CEDIDAC
(1985-2005)*

édités par

FRANÇOIS DESSEMONTET

Professeur à l'Université

PIERRE-ANDRÉ OBERSON

Docteur en droit, avocat

ALAIN THÉVENAZ

Docteur en droit, avocat

MATHIEU BLANC

Licencié en droit

en collaboration avec

GUILLAUME GRISEL et JULIEN MOUQUIN

Licenciés en droit

Centre du droit de l'entreprise
(droit industriel, droit d'auteur, droit
commercial) de l'Université de Lausanne

Lausanne 2005

16.

**RESPONSABILITÉS
ENVIRONNEMENTALES ET
TRANSACTIONS**

par

ISABELLE ROMY

*Professeure titulaire à l'Université de Fribourg,
avocate au barreau de Zurich*

Bibliographie : Harald BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, thèse Zurich 2001 ; Urs L. BAUMGARTNER, Altlasten-Kostenverteilung aus privatrechtlicher Sicht, in *DEP* 2001, pp. 835 ss ; Piera BERETTA, in *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz* [édité par Frank Vischer / Vischer Anwälte], Zurich 2004 ; Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève 2004 (cité : BÖCKLI) ; Peter BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in *Mergers & Acquisitions* [édité par Rudolf Tschäni], Zurich 1998, pp. 59 ss (cité : BÖCKLI, Gewährleistungen) ; François CHAUDET, *Droit suisse des affaires*, 2^{ème} éd., Bâle 2004 ; Hans Caspar VON DER CRONE / Andreas GERSBACH / Franz J. KESSLER / Martin DIETRICH / Katja BERLINGER, *Das Fusionsgesetz*, Zurich, Bâle, Genève 2004 ; Mark CUMMINS, *Kostenverteilung bei Altlastensanierungen*, thèse Zurich 2000 ; Peter FORSTMOSER / Arthur MEIER-HAYOZ / Peter NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996 ; Joachim FRICK, in *Fusionsgesetz* [édité par Baker & McKenzie], Berne 2003 ; Peter GAUCH / Eugen SPIRIG, *Zürcher Kommentar, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme*, vol. V/1/k, 3^{ème} éd., Zurich 1994 ; Heinrich HONSELL, in *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I* [édité par Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand], 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003 ; Hans Ulrich LINIGER, Unternehmensübernahmen aus umweltrechtlicher Sicht, in *Mergers & Acquisitions II* [édité par Rudolf Tschäni], Zurich 2000, pp. 95 ss ; Ralph MALACRIDA, in *Basler Kommentar zum Fusionsgesetz* [édité par Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rudolf Tschäni / Daniel Daeniker], Bâle 2005 ; Urs C. NEF, Die Kostenpflicht bei der Sanierung von historischen Altlasten. Bemerkungen zu Art. 32d Umweltschutzgesetz (USG), in *Das Recht in Raum und Zeit. Festschrift für Martin Lendi* [édité par Alexander Ruch / Gérard Hertig / Urs C. Nef], Zurich 1998, pp. 389 ss ; Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, La prise en charge de l'assainissement des sites contaminés en cas d'insolvabilité du détenteur, in *Insolence, désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves* [édité par Anne Héritier Lachat / Laurent Hirsch], Bâle, Genève, Munich 2000, pp. 239 ss (cité : PETITPIERRE-SAUVAIN) ; Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés : organisation, responsabilité et accidents majeurs, in *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch* [édité par Bénédicte Foëx / Luc Thévenoz], Genève 2004, pp. 183 ss (cité : PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés) ; Thomas PROBST, in *Commentaire romand, CO I* [édité par Luc Thévenoz / Franz Werro], Genève, Bâle, Munich 2003 ; Isabelle ROMY, Les sites contaminés, à la croisée du droit public et du droit privé, in *Journées suisses du droit de la construction* 2003, pp. 141 ss (cité : ROMY) ; Isabelle ROMY, Les sites contaminés, Les points essentiels pour les propriétaires et les exploitants, in *Journées du droit de la propriété immobilière*, Genève 2005, à paraître (cité : ROMY, Les points essentiels) ; Isabelle ROMY, Responsabilité des organes : jurisprudence actuelle sur la qualité pour agir et le dommage direct et indirect, in *La responsabilité civile dans l'entreprise* [édité par Pierre-Louis Imsand], publication CEDIDAC n° 56, Lausanne 2004, pp. 1 ss (cité : ROMY,

Responsabilité des organes); Jörg SCHMID, Die Gewährleistung beim Grundstückkauf. Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, in *RNRf* 2000, pp. 353 ss; Hans SEILER, in *Kommentar zum Umweltschutzgesetz* [édité par Vereinigung für Umweltrecht / Helen Keller], Zurich, Bâle, Genève mars 2001; Hans STUTZ, Questions de procédure relatives à la répartition des frais, traduction de son article intitulé "Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung", in *DEP* 2001, pp. 798 ss, disponible sur le site de l'ADE www.vur-ade.ch; Rainer SCHUMACHER / Erich RÜEGG, in *Der Grundstückkauf* [édité par Alfred Koller], 2^{ème} éd., Berne 2001; Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Zurich 2003; Rudolf TSCHÄNI, *M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, Zurich, Bâle, Genève 2003 (cité : TSCHÄNI); Rudolf TSCHÄNI, in *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I* [édité par Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand], 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003, (cité : TSCHÄNI, BaK); Pierre TSCHANNEN, Questions fondamentales relatives à la répartition des frais selon l'art. 32d LPE, traduction de son article intitulé « Grundfragen der Kostenverteilung nach Art. 32d USG », in *DEP* 2001, pp. 774 ss, disponible sur le site internet de l'ADE www.vur-ade.ch (cité : TSCHANNEN); Pierre TSCHANNEN, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz* [édité par Vereinigung für Umweltrecht et Helen Keller], Zurich, Bâle, Genève mars 2001 (cité : TSCHANNEN, Comm. LPE); Pierre TSCHANNEN / Martin FRICK, *Der Verursacherbegriff nach Artikel 32d USG, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft du 11 septembre 2002*, disponible sur le site de l'OFEP www.umwelt-schweiz.ch/buwal/de/fachgebiete/fg_altlasten/finanzieren/rechtsgutachten_kostentragung/index.html; Silvio VENTURI, in *Commentaire romand, CO I* [édité par Luc Thévenoz / Franz Werro], Genève, Bâle, Munich 2003; Beatrice WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Ueberwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien, in *ZBl* 2004, pp. 117 ss (cité : WAGNER PFEIFER); Beatrice WAGNER PFEIFER, Haftungsrisiken durch rückwirkende Anwendung umweltrechtlicher Normen ? in *Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle, Genève, Munich, Berne 2004, pp. 535 ss (cité : WAGNER PFEIFER, Haftungsrisiken); Jean-Baptiste ZUFFEREY, Construire dans un sol réglementé, in *Journées du droit de la construction*, Fribourg 1999, pp. 43 ss (cité : ZUFFEREY); Jean-Baptiste ZUFFEREY, Pollueur-payeur, perturbateur, détenteur et responsable, in *DC* 1999, pp. 123 ss (cité : ZUFFEREY, Pollueur-payeur).

I. INTRODUCTION

Les sociétés commerciales qui exploitent des installations susceptibles de polluer l'environnement sont soumises aux nombreuses exigences posées par le droit de l'environnement, particulièrement par la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) du 7 octobre 1983, en

vigueur depuis le 1^{er} janvier 1985. Elles doivent notamment limiter les émissions polluantes dans la mesure que permet l'état de la technique selon le principe de prévention (art. 11 LPE) et assainir les installations qui ne satisfont pas aux prescriptions de la loi (art. 16 LPE). En outre, elles sont soumises à une responsabilité civile aggravée pour les dommages causés par ces installations (art. 59a LPE). Cette situation est bien connue des entreprises, qui consacrent souvent des frais importants pour assainir leurs installations et les maintenir dans un état conforme aux prescriptions environnementales.

Depuis quelques années, les sociétés sont confrontées à un nouveau type d'obligations environnementales qui ont des effets incisifs et coûteux. Il s'agit de la responsabilité imposée par le nouveau droit des sites pollués par des déchets, appelé aussi droit des sites contaminés. Les dispositions y afférentes, à savoir les articles 32c à 32e LPE, ont été introduites dans cette loi à l'occasion de sa révision de 1995, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1997.

Les obligations liées aux sites contaminés reposent sur le droit public. Elles s'appliquent à des états de fait qui se sont produits il y a parfois plusieurs décennies, mais qui déploient leurs effets (à savoir les atteintes aux biens environnementaux protégés) dans le présent. Ces normes de protection de l'environnement sont dites « d'application immédiate »¹.

La responsabilité pour les sites contaminés est double : elle s'attache d'une part à la qualité de détenteur d'un bien-fonds pollué, sans égard à la cause de la pollution ni au moment où celle-ci a eu lieu. Le détenteur a l'obligation d'effectuer des mesures d'investigation s'il existe un soupçon de pollution et de procéder à un assainissement si les terrains en cause s'avèrent contaminés². D'autre part, elle est liée à l'activité polluante en tant que telle. Les personnes qui ont contribué à la pollution peuvent être amenées à supporter les coûts d'assainissement, même si l'activité en cause a été exercée dans un passé lointain³.

Les sociétés commerciales peuvent ainsi être confrontées à ces responsabilités environnementales à divers titres : en tant qu'*exploitantes*

¹ DEP 1998, pp. 152 ss, 160 consid. 4d bb (TF); ROMY, p. 158; WAGNER PFEIFER, p. 117; la même, *Haftungsrisiken*, pp. 538 ss.

² L'obligation d'assainir prévue par l'art. 32c LPE est concrétisée par l'Ordonnance sur l'assainissement des sites pollués du 26 août 1998 (OSites, RS 814.680), notamment par son article 20 (voir *infra*, II.C., pp. 532 ss).

³ Voir *infra*, II.D., pp. 534 ss.

d'industries polluantes qui ont été déployées dans le passé ou le sont à l'heure actuelle, ou en tant que *propriétaires actuelles* de terrains pollués, même si elles n'ont pas contribué elles-mêmes à cette pollution.

Les obligations imposées par le droit des sites contaminés ne sont pas propres aux sociétés commerciales. Elles s'appliquent également aux particuliers et aux collectivités publiques. Cependant, elles soulèvent, pour les premières, des difficultés supplémentaires. En effet, le droit des sites contaminés concerne surtout des activités qui se sont déployées dans le passé, parfois il y a des décennies. Or, dans de nombreux cas, la détermination des responsabilités se complique en raison du fait que l'entité juridique qui exploitait l'installation ou l'entreprise polluante en cause a modifié sa structure juridique ou encore a cédé une partie de son patrimoine à une société tierce, avant d'être dissoute.

La question se pose ainsi de savoir ce qu'il advient de ces responsabilités environnementales dans les transactions commerciales qui touchent soit l'immeuble pollué, soit la société qui exploite ou exploitait une activité polluante ayant causé la contamination d'un bien-fonds. La question revêt de l'intérêt aussi bien pour les autorités administratives qui doivent rendre des décisions de répartition des coûts selon l'article 32d LPE⁴ que pour les dirigeants de sociétés appelés à structurer une transaction commerciale qui portera sur des installations susceptibles de polluer l'environnement ou sur un immeuble pollué. Ils devront à cet effet prendre en compte les responsabilités environnementales tant pour fixer le prix que pour régler de manière adéquate la répartition des risques et les éventuelles garanties y afférentes.

En outre, cette responsabilité de droit public peut s'appliquer également aux organes et soulève la question d'un éventuel concours avec les règles sur la responsabilité des organes selon le droit commun ou le droit commercial.

Après un rappel du régime de responsabilité instauré par les articles 32c et 32d LPE, cette contribution examinera le sort de ces responsabilités environnementales dans quelques types de transactions commerciales courantes, puis leurs effets pour les organes d'une société. Il convient de préciser que les termes de responsabilités environnementales visent ici uniquement les obligations fondées sur le droit public des sites

⁴ Voir *infra*, II.D.4, p. 538 .

contaminés, et non la responsabilité civile prévue notamment par l'article 59a LPE.

II. LA RESPONSABILITÉ POUR LES SITES CONTAMINÉS : LES SOURCES ET LES PRINCIPES

A. Les sources

Les sites pollués par des déchets sont régis par les articles 32c à 32e LPE, introduits dans la LPE lors de sa révision de 1995, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997. Ces dispositions ont été révisées à leur tour selon le projet de modification de la LPE du 20 août 2002⁵, qui n'est pas encore en vigueur.

Ces dispositions sont concrétisées par l'Ordonnance sur l'assainissement des sites pollués (Ordonnance sur les sites contaminés, OSites) du 26 août 1998, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998, ainsi que par l'Ordonnance relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (OTAS) du 5 avril 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001⁶.

L'OSites et les directives d'application publiées par l'OFEPF règlent les modalités et l'étendue des mesures d'investigation et d'assainissement des sites d'une étendue limitée (aires de stockage, lieux d'accident, aires industrielles)⁷ pour lesquels il existe un soupçon qu'ils sont pollués par des déchets. Un site pollué par des déchets nécessite un assainissement s'il engendre des atteintes nuisibles ou incommodes ou s'il existe un danger concret que de telles atteintes apparaissent⁸. Dans un tel cas, le site est qualifié de « *contaminé* » (art. 2 al. 2 et 3 OSites).

La procédure se déroule en plusieurs étapes, de l'inscription du site au cadastre jusqu'à son assainissement en passant par des mesures d'investigations techniques. Elle est menée par les autorités cantonales

⁵ FF 2003, pp. 4559 ss.

⁶ RS 814.681.

⁷ Voir les art. 1 et 2 OSites.

⁸ Les besoins d'assainissement sont définis aux articles 8 à 12 de l'OSites ainsi que dans les annexes de cette ordonnance en fonction des atteintes effectives ou des risques d'atteintes aux biens protégés, à savoir les eaux souterraines et de surface, l'air et la fertilité du sol.

pour les sites cantonaux et par les services fédéraux dans les domaines réservés à la compétence de la Confédération⁹.

Nous ne présenterons pas ici ces différentes étapes et les modalités techniques des investigations et des assainissements opérés¹⁰, pour nous concentrer sur les responsabilités qui y sont attachées.

B. La dissociation de l'obligation d'assainir et de l'obligation de financer

La LPE et l'OSites *dissocient* l'obligation de procéder aux mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement décrites ci-dessus (l'exécution de la *prestation réelle ou matérielle*) de l'obligation d'en assumer les coûts (le *financement* de ces mesures). La première incombe en principe à la charge du *détenteur* du site. Les frais des mesures d'investigation et d'assainissement sont répartis entre les personnes qui ont contribué à la pollution selon une cascade de responsabilités posée par l'article 32d LPE. Selon le Tribunal fédéral, cette dissociation se justifie par le fait que l'exécution des mesures nécessaires vise une mise en œuvre la plus efficace possible du droit de l'environnement, alors que la prise en charge des frais a pour objectif une répartition équitable des coûts¹¹.

C. L'obligation matérielle d'assainir à la charge du détenteur

L'OSites prévoit qu'il appartient au *détenteur du site* d'exécuter les investigations préalable et de détail ainsi que les mesures de surveillance et d'assainissement du site pollué (art. 20 al. 1 OSites et 46 LPE)¹².

C'est lui qui répond en premier lieu de l'état de sa propriété et qui doit veiller à ce qu'elle soit conforme à la réglementation LPE¹³. En pratique, il engagera des entreprises spécialisées, dont il acquittera les factures.

⁹ Art. 21 OSites.

¹⁰ Sur ces questions, voir ROMY, pp. 145 ss.

¹¹ Arrêt TF 1A.86/2002 du 22 octobre 2002, consid. 3 ; arrêt TF 1A.214/1999 du 3 mai 2000, consid. 2b, reproduit in DEP 2000, p. 590.

¹² A titre exceptionnel, les services cantonaux peuvent exiger que *des tiers* procèdent à l'investigation préalable lorsque leur comportement est à l'origine de la pollution (art. 20 al. 2 OSites). Dans cette hypothèse, le propriétaire du site est tenu de tolérer ces mesures : arrêt TF 1A.204/2003 du 2 juin 2004 ; arrêt TF 1A.214/1999 du 3 mai 2000, consid. 2e cc, reproduit in DEP 2000, p. 590.

Le *détenteur* est la personne morale ou physique qui exerce un pouvoir de droit ou de fait sur la chose qui a provoqué la situation contraire au droit. Il a la *maîtrise effective* du site. Cette notion n'est pas propre au droit des sites contaminés et s'applique à d'autres domaines du droit de l'environnement, notamment en matière de protection des eaux¹⁴.

La situation du détenteur au regard du droit privé (propriété ou possession, par ex.) n'est pas déterminante. Il peut s'agir du propriétaire du site ou du locataire, de l'exploitant ou du gérant. Le critère décisif est le *pouvoir de disposition* actuel qui permet à celui qui le détient de maintenir la chose dans un état conforme à la réglementation en vigueur ou de prendre les mesures nécessaires pour parer au danger. Il n'est pas nécessaire que le détenteur soit l'auteur de la pollution ou qu'il en soit responsable selon les règles de la responsabilité civile¹⁵. La contamination peut être le fait d'un tiers ou d'événements naturels¹⁶. Seul est déterminant le fait que la chose elle-même, le bien-fonds pollué, est la source du danger¹⁷. Peu importe également que l'activité en cause soit autorisée par les autorités¹⁸.

Dans un *groupe de sociétés*, l'identification du détenteur doit être effectuée selon la réalité économique. Il s'ensuit que la qualité de détenteur pourrait être attribuée à la maison-mère, si c'est elle qui décide effectivement de l'activité au sein du groupe et de la localisation des sites d'exploitation par exemple¹⁹.

¹³ Arrêt TF 1A.214/1999 du 3 mai 2000, consid. 2e aa), reproduit in DEP 2000, pp. 590 ss.

¹⁴ PETITPIERRE-SAUVIN, p. 42 ; ZUFFEREY, Pollueur-payeur, pp. 125 s.

¹⁵ PETITPIERRE-SAUVIN, p. 42.

¹⁶ En revanche, l'existence d'une catastrophe naturelle ou d'un cas de force majeure qui ne dépend pas de la volonté du détenteur perturbateur peut diminuer la mesure dans laquelle il répond : voir TSCHANNEN, pp. 11 s.

¹⁷ Voir arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, in RVJ 2002, p. 59, p. 63 ; arrêt du Tribunal administratif vaudois du 29 avril 1999, in RDAF 2000 I pp. 93, p. 99.

¹⁸ TSCHANNEN / FRICK, p. 17. Voir WAGNER PFEIFER, p. 142, pour qui l'existence d'une autorisation étatique peut justifier la réduction de la part de responsabilité du perturbateur par comportement.

¹⁹ PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, pp. 189 s.

La qualité de détenteur suppose un pouvoir de disposition *actuel* sur la chose ; l'ancien propriétaire (ou exploitant) n'est plus détenteur²⁰.

Plusieurs personnes peuvent être en même temps détentrices d'un même site. L'autorité choisira celle qui est le mieux à même, d'un point de vue personnel, temporel et matériel, de procéder aux mesures requises. Elle dispose à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation²¹.

Enfin, cette obligation matérielle d'exécuter les mesures d'investigation et d'assainissement est par nature *imprescriptible*²² : elle vise en effet à éliminer une menace pour les biens protégés par la LPE et l'OSites et relève de l'ordre public. Cette obligation de remise en état demeure aussi longtemps que l'atteinte contraire au droit persiste²³. Peu importe dès lors que les faits à l'origine de la pollution soient survenus il y a des décennies.

D. La responsabilité pour les frais d'assainissement

1. Le principe

Les frais d'investigation et d'assainissement d'un site contaminé sont dans certains cas très élevés²⁴. Le détenteur du site, tenu de procéder aux

²⁰ Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (*Baudirektion des Kantons Zürich*) du 3 mai 2000, in DEP 2000, pp. 386, p. 395.

²¹ Voir arrêt du TF du 26 février 1998, in DEP 1998, p. 152, p. 158 ; arrêt du Tribunal administratif bernois, in JAB 2003, p. 28, p. 34. A noter que l'autorité est tenue d'exécuter elle-même les mesures d'investigation et d'assainissement requises par l'OSites lorsque le détenteur n'est pas en mesure d'y procéder, notamment en raison de l'urgence créée par un danger imminent. Elle interviendra aussi si le détenteur refuse d'exécuter les mesures d'investigation ou d'assainissement nécessaires ; l'autorité agira alors par la voie de l'exécution par substitution, aux frais du détenteur. Voir aussi l'article 32c al. 3 lettres c et d du projet, qui donnent aux autorités administratives le droit d'intervenir spontanément si la responsabilité des mesures à prendre et leurs paiements sont sujets à contestation ou si cela s'avère judicieux pour assurer une action coordonnée en raison des personnes impliquées.

²² WAGNER PFEIFER, p. 148 ; LINIGER, p. 116.

²³ ATF 114 Ib 44 consid. 4 = JdT 1990 I 482 ; ATF 105 Ib 265 consid. 3b = JdT 1981 I 250.

²⁴ Ils varient en moyenne entre CHF 10'000 et 50'000.- pour l'investigation préalable ; les investigations de détail sont plus onéreuses et atteignent selon les cas plusieurs centaines de milliers de francs. L'assainissement d'un site contaminé coûte de quelques dizaines de milliers à plusieurs millions de francs : ROMY, pp. 156 s.

mesures d'investigation ou d'assainissement conformément à l'article 20 OSites, devra financer ces mesures dans un premier temps. Toutefois, s'il n'est pas lui-même l'auteur de la contamination, il a la possibilité de faire reporter ces frais ou une partie d'entre eux sur les personnes qui ont contribué à la pollution. Il doit pour cela requérir qu'une décision de répartition des frais soit rendue par l'autorité compétente²⁵.

La répartition des frais est régie par l'article 32d LPE, qui fait l'objet d'un projet de révision du 20 août 2002²⁶. L'article 32d LPE s'applique aux frais d'assainissement, lesquels englobent les frais d'investigation propres à établir l'existence de la contamination²⁷.

2. La notion de perturbateur par comportement

Aux termes de l'article 32d LPE, assume en premier lieu les frais celui qui a causé la contamination par son comportement (*perturbateur par comportement*). Il s'agit de la personne physique ou morale qui, par ses propres actes ou omissions ou ceux des personnes qui sont sous sa responsabilité, cause directement un danger ou une perturbation contraire au droit²⁸. Le propriétaire ou l'exploitant de l'installation polluante en cause est ainsi, en règle générale, le perturbateur par comportement.

Dans un *groupe de sociétés*, la réalité économique et la structure du groupe doivent être prises en considération pour déterminer qui est l'exploitant perturbateur par comportement. Selon les cas, il s'agira aussi bien de l'entité juridique qui exploite directement les installations polluantes en cause que de la maison-mère. L'imputation d'une responsabilité de perturbateur par comportement à la maison-mère suppose cependant que cette dernière soit effectivement l'exploitant médiat. On pourrait l'admettre par exemple si c'est elle qui instruit la

²⁵ Voir *infra*, I.L.D.4, p. 538.

²⁶ FF 2003, pp. 4559 ss.

²⁷ Arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, in RVJ 2002, p. 59, p. 64. La question est discutée de savoir si l'article 32d LPE s'applique aux frais d'investigation préalable lorsque cette investigation démontre que le site n'est pas contaminé : voir ROMY, Les points essentiels, II. 6.1. L'article 32d al. 4 du projet de révision prévoit à cet égard que les frais des mesures nécessaires d'investigation d'un site inscrit ou susceptible d'être inscrit au cadastre sont à la charge de l'autorité publique compétente (donc, dans la majorité des cas, des cantons), si l'investigation révèle que ce site *n'est pas pollué*.

²⁸ ROMY, p. 159 ; TSCHANNEN / FRICK, p. 7.

filiale et qui retire les revenus de l'activité en cause, de sorte que la société exploitante directe n'est en fait qu'un instrument.

Les *collectivités publiques* répondent comme tout particulier si elles exploitent une entreprise polluante. En outre, elles peuvent également être recherchées comme perturbatrices par comportement si elles violent un devoir important de leur charge ou omettent de prendre une mesure de surveillance qui s'imposait impérativement dans un cas concret²⁹.

Par comportement, on entend aussi bien une action qu'une omission. Cependant, une omission ne peut entraîner une responsabilité que si elle viole une obligation juridique d'agir pour sauvegarder la sécurité³⁰. En outre, le comportement du perturbateur ou son omission doit être *en relation de causalité immédiate avec la menace ou l'atteinte*³¹. Une faute du perturbateur n'est pas exigée. Si elle existe, elle est un facteur aggravant de responsabilité³².

Cette responsabilité est indépendante de l'illicéité du comportement par rapport au droit en vigueur à l'époque des faits³³ sauf en cas de responsabilité pour omission, laquelle exige la violation d'une règle impérative et concrète³⁴.

3. La cascade de responsabilités

Lorsque plusieurs personnes ont contribué à la contamination, chacune d'entre elles assumera la quote-part des frais correspondant à sa part de responsabilité (art. 32d al. 2 LPE), selon les principes suivants³⁵ :

S'il y a plusieurs responsables par comportement, chacun prendra à sa charge une part des coûts, proportionnellement à sa responsabilité

²⁹ Voir arrêt TF 1A.366/1999 du 27 septembre 2000, consid. 3a, *in* DEP 2000, pp. 785 ss, résumé en français *in* RDAF 2001 I 653.

³⁰ ATF 118 Ib 407 consid. 4c ; RVJ 2002 p. 59, p. 63.

³¹ ATF 118 Ib 407 consid. 4c.

³² TSCHANNEN / FRICK, pp. 7 et 14.

³³ Arrêt TF du 26 février 1998, *in* DEP 1998, p. 152.

³⁴ Voir ATF 114 Ib 44 = JdT 1990 I 482.

³⁵ L'art. 32d LPE s'appuie sur les principes jurisprudentiels et la distinction entre perturbateur par comportement et perturbateur par situation que le Tribunal fédéral a développée à l'appui de l'art. 54 LEaux et de l'art. 59 LPE en matière d'exécution anticipée : arrêt TF 1A.366/1999, du 27 septembre 2000, *in* DEP 2000, p. 785, résumé en français *in* RDAF 2001 I 653 ; WAGNER PFEIFER, pp. 120 ss, et les nombreux exemples cités.

objective et subjective. Le perturbateur fautif encourra une responsabilité plus grande ; on applique par analogie les principes de répartition interne entre plusieurs responsables posés par l'article 51 CO³⁶.

Celui qui est impliqué uniquement en tant que *détenteur* du site (le *perturbateur par situation*³⁷) n'est responsable qu'à titre subsidiaire. Sa part de responsabilité s'étend selon les pratiques cantonales jusqu'à 20 % ; elle s'explique par le fait qu'il bénéficiera directement de l'assainissement. Le perturbateur par situation peut toutefois s'exonérer de sa responsabilité s'il remplit les trois conditions *cumulatives* posées par l'article 32d al. 2 LPE³⁸.

Sur la base de ces principes, l'autorité répartit les frais entre les divers perturbateurs en équité, en tenant compte des parts causales, des fautes éventuelles, mais sans égard à la capacité économique des parties. En revanche, la part des coûts déterminée selon les critères susmentionnés peut être augmentée ou réduite selon les intérêts économiques ; il faut examiner à cet égard si le perturbateur a pu, grâce à la contamination, épargner des coûts, ou encore si l'assainissement lui procure un avantage économique. En outre, l'autorité tient compte du caractère économiquement supportable ou non de la prise en charge des coûts, et peut décharger le perturbateur de tout ou partie des coûts lorsque cette obligation constituerait pour lui une rigueur injustifiée, en application du principe de proportionnalité³⁹.

Il est enfin largement admis que les perturbateurs ne répondent pas solidairement entre eux. C'est la collectivité qui prend en charge les frais dits de défaillance, à savoir la part des frais qui ne peut pas être prise en charge par un perturbateur déterminé, soit qu'il ne peut être identifié, soit parce qu'il est insolvable⁴⁰.

³⁶ Arrêt TF 1A.366/1999 du 27 septembre 2000, consid. 2b, *in* DEP 2000, p. 785, résumé en français *in* RDAF 2001 I 653.

³⁷ Voir SEILER, *Comm. LPE*, N. 68 *ad* art. 2 LPE.

³⁸ Le détenteur n'a pas pu avoir connaissance de la pollution même en appliquant le devoir de diligence ; il n'a retiré aucun bénéfice de la pollution ; il ne retire aucun bénéfice de l'assainissement.

³⁹ Voir ATF 114 Ib 44 = JdT 1990 I 482.

⁴⁰ Voir ROMY, pp. 160 s. ; WAGNER PFEIFER, pp. 150 s. *Contra* : CUMMINS, pp. 161 s. Ce principe est codifié à l'article 32d al. 2 bis du projet de révision, disposition qui a été approuvée par le Conseil national lors de sa session du 18 mars 2004 et par le Conseil des Etats le 29 septembre 2004.

4. La procédure de répartition des coûts

La répartition des frais entre les divers perturbateurs n'est pas automatique. Il est nécessaire que la personne tenue de procéder aux mesures d'investigation et d'assainissement (en principe le détenteur du site) demande à l'autorité administrative compétente⁴¹ qu'elle rende une décision sur la répartition des coûts. Si elle ne le fait pas, elle devra les supporter seule, à charge pour elle de se retourner contre les autres responsables sur la base du droit civil. En outre, l'autorité rend une décision sur la répartition des coûts si elle procède à l'assainissement elle-même (art. 32d al. 3 LPE). L'article 32d al. 3 du projet de révision prévoit pour sa part que toute personne concernée (et non seulement le détenteur) est légitimée à demander une telle décision pour être fixée sur les parts de responsabilité.

Si les frais ne sont pas connus de manière certaine au moment où l'autorité se prononce, elle les répartira selon des pourcentages ou quotes-parts correspondant à la part de causalité de chaque perturbateur. Le montant précis des frais sera précisé dans une deuxième décision⁴². Toutes les personnes impliquées et susceptibles de supporter une part des frais ont la qualité de partie à la procédure de répartition des coûts et sont admises à recourir contre la décision rendue⁴³.

La responsabilité selon l'article 32d LPE étant de droit public, la contribution de chacun des perturbateurs est due à l'Etat et non à celui qui a payé. De même, les prétentions en remboursement de la personne qui a avancé les frais d'investigation et d'assainissement (en général le détenteur du site) sont exercées contre l'Etat et non contre les autres perturbateurs⁴⁴. C'est donc l'Etat qui supporte le risque d'insolvabilité de l'un des acteurs.

⁴¹ STUTZ, p. 6.

⁴² STUTZ, pp. 22 ss.

⁴³ ZUFFEREY, p. 83 ; STUTZ, pp. 26 ss.

⁴⁴ TSCHANNEN, pp. 17 s. ; CUMMINS, pp. 78 ss ; STUTZ, pp. 22 ss, semble admettre pour sa part que la décision puisse régler directement les relations entre co-perturbateurs. La *Baudirektion* du Canton de Zurich a tranché dans le même sens une affaire dans laquelle une commune, perturbatrice par comportement, a été condamnée à verser au détenteur directement la part des frais d'assainissement qui lui incombait selon l'art. 32d LPE : DEP 2000, p. 386 (décision de la *Baudirektion* du Canton de Zurich du 3 mai 2000). Cette décision s'explique sans doute par le fait que la débitrice était une collectivité publique et non une personne privée.

5. La prescription de l'obligation de financer les frais d'assainissement

La question est débattue en doctrine de savoir si l'obligation de financer les mesures d'investigation et d'assainissement qui pèse sur le perturbateur par comportement est soumise à un délai de prescription absolu et, dans l'affirmative, lequel. Certains auteurs l'admettent et se réfèrent au délai de prescription extraordinaire de trente ans de l'article 662 CC, appliqué par analogie⁴⁵. D'autres, auxquels je me rallie, soutiennent que les créances fondées sur l'article 32d LPE ne se prescrivent pas tant que les besoins d'assainissement existent⁴⁶. Cette opinion est conforme à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière d'exécution par équivalent sur la base de l'article 8 de la loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution du 8 octobre 1971 (LPEP)⁴⁷. Or, cette disposition présente des similitudes avec l'article 32d LPE, qui en est inspiré, raison pour laquelle le principe posé par le Tribunal fédéral peut être transposé à la responsabilité fondée sur l'article 32d LPE. Une instance cantonale au moins en a déjà jugé ainsi pour les obligations de financer fondées sur l'article 32d LPE⁴⁸. En outre, la solution proposée notamment par WAGNER PFEIFER conduirait à des inégalités de traitement selon la personne tenue d'assainir⁴⁹.

Par ailleurs, le délai de prescription acquisitive extraordinaire de 30 ans de l'article 662 CC auquel WAGNER PFEIFER notamment fait référence ne s'applique pas aux immeubles du domaine public⁵⁰. Il devrait donc en aller de même des créances de droit public liées à la protection des biens protégés par l'ordre public⁵¹.

Cette solution devrait rester exceptionnelle. En effet, la décision sur la répartition des coûts, corollaire de l'obligation de procéder aux mesures prescrites par l'OSites, relève du droit public. Elle régit les rapports entre chaque perturbateur concerné et la collectivité. Celle-ci ne peut pas se prononcer sur des prétentions compensatoires entre les particuliers : TSCHANNEN, pp. 18 s.

⁴⁵ WAGNER PFEIFER, pp. 148 s. ; NEF, p. 399.

⁴⁶ TSCHANNEN / FRICK, p. 19.

⁴⁷ ATF 114 Ib 44 consid. 4 = JdT 1990 I 482.

⁴⁸ Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (*Baudirektion* du Canton de Zurich) du 3 mai 2000, in DEP 2000, p. 386.

⁴⁹ Voir ROMY, Les points essentiels, II.6.4.

⁵⁰ ATF 113 II 236.

⁵¹ Dans l'arrêt publié à l'ATF 105 Ib 265 consid. 3b, le TF a admis que le droit de l'Etat d'exiger un reboisement après un défrichement illicite se périmait à

Il faut ainsi admettre, en l'absence de disposition légale contraire, que les obligations de financer ne se prescrivent pas, tout comme l'obligation matérielle d'assainir. En revanche, une fois la décision de répartition des coûts rendue, la créance de l'Etat contre les différents perturbateurs et la créance que le détenteur peut faire valoir contre l'Etat pour obtenir le remboursement des frais qui dépassent sa quote-part devraient être soumises, par analogie, au délai général de prescription de cinq ans applicable aux créances de l'Etat fondées sur une exécution par substitution selon les articles 54 LEaux, 59 LPE ou 8 LPEP⁵². Ce délai devrait commencer à courir du jour où la décision sur la répartition des frais devient exécutoire⁵³.

III. LE SORT DES RESPONSABILITÉS POUR LES SITES CONTAMINÉS DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES

Cette section examine quel est le sort des responsabilités pour les sites contaminés décrites ci-dessus dans quelques exemples de transactions courantes portant soit sur les actions d'une société exploitante d'une activité polluante ou détentrice d'un site pollué, soit sur son patrimoine.

Cette question revêt tout d'abord de l'intérêt dans le cadre d'une décision de répartition des coûts au sens de l'article 32d al. 3 LPE. L'autorité administrative peut en effet être confrontée à des situations dans lesquelles les entités potentiellement responsables d'une contamination liée à des activités passées ont changé de structure juridique, parfois à diverses reprises, ou ont cédé une partie de leurs actifs et passifs avant que la pollution ne soit découverte. Il s'agit dans de tels cas de savoir quelle société répond finalement des coûts d'assainissement pour le comportement à l'origine de la pollution.

En outre, le démêlage des responsabilités de droit public devrait également être pris en considération par les dirigeants de sociétés qui structurent une transaction future ; cet exercice leur permettrait en effet de

régler de manière adéquate la répartition des risques et les garanties dans leurs rapports internes soumis au droit privé.

Cette analyse exige de bien différencier l'obligation d'assainir de l'obligation de financer les coûts d'un assainissement d'une part. D'autre part, il faut distinguer les questions qui relèvent du droit public de celles qui sont gouvernées par le droit privé et le droit commercial.

A. Le transfert d'actifs isolés (par succession à titre singulier)

Les transactions par lesquelles une société vend certains actifs isolés, par exemple un immeuble pollué ou un outil de production, sont régies par les règles applicables à cette acquisition à titre singulier, notamment le droit de la vente mobilière ou immobilière. Toutefois, le sort des obligations liées aux sites contaminés doivent être examinées exclusivement à la lumière de l'article 32d LPE, lequel s'applique aux rapports entre les divers perturbateurs et l'Etat, et ce même si un contrat de droit civil prévoit une prise en charge des frais différente de celle qui résulte de l'article 32d LPE⁵⁴.

1. La répartition des obligations selon l'article 32d LPE

Le devoir d'assainir un site qui présente des atteintes ou des risques d'atteintes aux biens protégés par la LPE et l'OSites est une obligation quasi réelle attachée à l'immeuble pollué⁵⁵. Elle est donc transférée au reprenant avec l'immeuble. Comme détenteur actuel du bien-fonds, il est tenu de maintenir son immeuble en conformité avec les prescriptions de droit public⁵⁶. Il s'ensuit que la responsabilité financière résiduelle qui peut être imputée au *perturbateur par situation* est également assumée par le reprenant.

Cependant, si l'immeuble pollué est transféré alors qu'une procédure d'investigation voire d'assainissement est en cours, c'est la personne qui a été désignée comme responsable de l'assainissement qui reste obligée vis-

l'expiration d'un délai de 30 ans, en application analogique de l'art. 662 CC ; il précise toutefois que la prescription est d'emblée exclue s'agissant d'atteintes aux biens de police, qui n'étaient pas données en l'espèce.

⁵² ZBI 1981, p. 370 (TF) ; ATF 114 Ib 44 consid. 4.

⁵³ ROMY, Les points essentiels, II.6.4.

⁵⁴ Voir WAGNER PFEIFER, p. 139 et *infra* III.A.2., pp. 542 s.

⁵⁵ CUMMINS, p. 119.

⁵⁶ Voir *supra*, II.C., pp. 532 ss.

à-vis de l'Etat. Un changement de responsable au sens de l'article 20 OSites suppose l'accord de l'Etat, qui doit rendre une nouvelle décision.

En revanche, la responsabilité de *perturbateur par comportement* n'est pas transmise au nouveau propriétaire du bien-fonds pollué⁵⁷ : il s'agit en effet d'une dette personnelle du perturbateur par comportement qui, faute de base légale expresse, n'est pas transférée au reprenant. Il en va de même lorsque le transfert porte sur des éléments de l'entreprise, par exemple l'outil de production, qui a pu causer une contamination du sol par le passé. Seul le pollueur originaire est responsable en tant que perturbateur par comportement pour les contaminations survenues avant le transfert⁵⁸.

2. L'effet de la réglementation de droit privé sur les obligations fondées sur l'article 32d LPE

Il arrive fréquemment que les parties à un contrat portant sur la cession de certains actifs aient prévu une répartition des risques et des responsabilités pour les frais d'assainissement qui diffère du régime de l'article 32d LPE. La question se pose dès lors de savoir si l'autorité qui rend une décision de répartition des coûts fondée sur l'article 32d LPE est liée par un éventuel régime conventionnel contraire.

La doctrine dominante estime que l'administration n'est pas liée par ces accords et n'est pas tenue de les prendre en considération. En effet, les particuliers ne peuvent pas, dans des conventions de droit privé, modifier la réglementation impérative de droit public⁵⁹. En revanche, si l'équité l'exige, l'autorité administrative tiendra compte de l'existence de tels rapports dans la décision de répartition des coûts selon l'article 32d LPE. Elle les prendra alors en considération comme un élément de fait⁶⁰ sans s'écarter toutefois des principes posés par le droit public⁶¹. En d'autres termes, elle doit s'en tenir aux critères de responsabilité posés par l'article 32d LPE et ne saurait mettre les frais à la charge d'une personne qui

n'entre pas dans la catégorie du perturbateur par situation ou par comportement au sens du droit public⁶².

Le projet de révision prévoit pour sa part que les services administratifs qui prennent une décision de répartition des coûts trancheront dans la même procédure, à la demande d'une personne concernée, les questions de droit privé si la situation est claire (art. 32d al. 3 du projet). Cette solution permettrait de trancher toutes les questions liées à la répartition des coûts dans une seule décision, qui aurait l'autorité de la chose jugée entre les parties⁶³. Le Conseil national a accepté cette modification, alors que le Conseil des Etats l'a rejetée, à juste titre⁶⁴, au motif qu'il apparaît problématique que les autorités administratives appliquent le droit privé.

3. La prise en compte des responsabilités de droit public dans les rapports de droit privé

Il découle de ce qui précède que la réglementation de droit public a la priorité sur d'éventuels accords contraires fondés sur le droit privé, en ce sens que les perturbateurs ne peuvent pas, vis-à-vis de l'Etat, modifier le contenu de leurs obligations fondées sur le droit public.

En revanche, dans leurs rapports internes, le principe de la liberté contractuelle s'applique, dans les limites de l'article 20 CO. Les parties peuvent corriger les conséquences qu'entraîne pour elles la réglementation de droit public par des clauses contractuelles adéquates et un système de garanties. Il s'ensuit que les parties devraient apporter un soin tout particulier à la rédaction de leurs accords contractuels, qu'il s'agisse d'une vente immobilière ou d'une autre transaction portant soit sur un immeuble potentiellement pollué, soit sur une entreprise polluante⁶⁵.

⁵⁷ CUMMINS, p. 120 ; WAGNER PFEIFER, p. 138. Voir aussi la décision de la *Baudirektion* du Canton de Zurich du 3 mai 2000, in DEP 2000, p. 386, pp. 392 s., consid. 2.

⁵⁸ WAGNER PFEIFER, p. 139.

⁵⁹ TSCHANNEN, p. 16 ; ROMY, pp. 163 ss. Nuancé : CUMMINS, pp. 204 ss.

⁶⁰ HARTMANN / ECKERT, p. 630 ; TSCHANNEN, Comm. LPE, N. 31 ad art. 32d LPE.

⁶¹ TSCHANNEN, pp. 15 s.

⁶² Ainsi, l'autorité ne peut pas mettre les frais à la charge du vendeur, ancien propriétaire, en dépit d'une réglementation de droit privé contraire, s'il n'est pas perturbateur par comportement et qu'il n'est plus perturbateur par situation : voir décision de la *Baudirektion* du Canton de Zurich du 3 mai 2000, in DEP 2000, p. 386, pp. 392 s., consid. 2.

⁶³ Rapport du 20 août 2002, *op. cit.*, FF 2003, pp. 4544 s.

⁶⁴ Voir ROMY, pp. 164 s.

⁶⁵ Sur les incidences du droit des sites contaminés sur les transactions portant sur des immeubles et les différentes clauses de garantie envisageables, voir ROMY, pp. 166 ss ; voir aussi SCHMID, p. 373 et LINIGER, pp. 113 ss.

Par exemple, il arrive que les parties à un contrat de vente immobilière prennent en compte l'existence de la pollution pour réduire le prix de vente, l'acquéreur assumant l'obligation d'assainir et d'en supporter les coûts, le vendeur excluant toute responsabilité à cet égard. Si l'acquéreur ne s'acquiesce pas de ces obligations, par exemple parce qu'il est insolvable, ou s'il revend la parcelle en cause sans avoir procédé à l'assainissement, le vendeur *perturbateur par comportement* risque de devoir supporter la plus grande partie des frais d'assainissement si l'autorité rend une décision sur la base de l'article 32d LPE. Il assumera alors deux fois les conséquences de la pollution. Les parties sont libres de corriger ces conséquences par des clauses de garantie adéquates. Elles peuvent notamment prévoir dans le contrat qu'au cas où le vendeur, perturbateur par comportement, serait tenu de supporter une partie des frais selon l'article 32d LPE en dépit de l'exclusion de responsabilité prévue entre les parties, l'acheteur le remboursera de ces frais. Une telle clause peut être doublée d'une garantie réelle sur l'immeuble lui-même.

Une autre solution consiste à prévoir que le vendeur s'engage à financer les éventuelles mesures d'assainissement ordonnées après la conclusion du contrat. C'est alors à l'acheteur de réclamer une garantie éventuelle pour les frais résiduels qu'il pourrait supporter (comme *perturbateur par situation*) en cas de défaillance du vendeur.

Ces garanties constituent des *clauses accessoires de garantie*⁶⁶ lorsqu'elles incorporent un engagement contractuel indépendant. Leur inexécution est régie par les règles ordinaires sur la demeure (art. 102 ss CO)⁶⁷. Les obligations en découlant ne sont pas soumises aux brefs délais de prescription du droit de la vente, mais à la prescription décennale de l'article 127 CO⁶⁸. En outre, aucune incombance d'avis des défauts ne pèse sur l'acheteur⁶⁹.

De manière générale, si les parties n'entendent pas instaurer de garanties particulières, elles devraient spécifier, pour éviter d'éventuelles contestations sur l'interprétation du contrat, que la prise en charge des

coûts conventionnelle s'applique nonobstant une éventuelle décision contraire fondée sur l'article 32d LPE.

Il faut encore préciser que les parties peuvent valablement limiter l'étendue de leurs responsabilités respectives en droit privé, mais qu'elles ne peuvent pas convenir entre elles de l'étendue des mesures d'assainissement qu'elles acceptent d'exécuter. En effet, il incombe à l'autorité de mettre en œuvre l'OSites et d'approuver le projet d'assainissement s'il est conforme aux dispositions légales. Les particuliers ne peuvent pas modifier cette réglementation de droit public par convention⁷⁰. Un accord contraire serait nul au regard du droit privé (art. 20 CO).

B. Le transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs (*asset deal*)

1. Introduction

Prenons l'exemple suivant : le titulaire d'une raison en nom individuel qui exploite une entreprise d'élimination des déchets transfère cette entreprise avec actifs et passifs à une société anonyme, laquelle continue cette exploitation. Les actifs comprennent, outre les outils d'exploitation, l'immeuble sur lequel est situé cette décharge. Il apparaît par la suite que l'exploitation de cette décharge a provoqué une contamination des eaux souterraines. Une procédure d'assainissement est initiée selon l'OSites. L'Etat doit rendre une décision de répartition des coûts d'assainissement. La question se pose de savoir qui assume la responsabilité de perturbateur pour le comportement polluant déployé avant le transfert d'entreprise : le titulaire de la raison individuelle ou la société reprenante ? Qu'en est-il de l'obligation liée à l'immeuble pollué ?

En cas de transfert de tout ou partie du patrimoine d'une société commerciale, le sort des responsabilités environnementales liées à l'existence d'un site pollué ou contaminé doit être examiné à la lumière des dispositions légales applicables au moment du transfert de patrimoine ou d'entreprise. Deux régimes de transfert sont examinés ici : celui de l'article 181 CO ainsi que celui des articles 69 ss de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. L'article

⁶⁶ ATF 122 III 426, 428 consid. 4 = JdT 1998 I 171.

⁶⁷ TERCIER, p. 101, N. 660 ; ATF 91 II 344 = JdT 1966 I 530.

⁶⁸ ATF 122 III 426 consid. 5c *in fine* = JdT 1998 I 171 ; SCHUMACHER / RÜEGG, N. 177.

⁶⁹ SCHMID, p. 353 et pp. 378 s. ; HONSELL, BaK, N. 17 *ad* art. 197 CO ; SCHUMACHER / RÜEGG, N. 177.

⁷⁰ BAUMGARTNER, p. 850.

181 CO ne garde qu'une portée résiduelle depuis l'entrée en vigueur de la LFus⁷¹. Toutefois, les sites contaminés existants ayant en principe été créés avant l'entrée en vigueur de cette loi, c'est l'article 181 aCO qui déterminera les conditions du transfert, raison pour laquelle il convient d'examiner les questions posées ici à la lumière des deux régimes.

Je laisserai de côté les cas de transfert d'actifs et passifs par succession à titre singulier, qui, à la différence des articles 181 aCO et 69 ss LFus, ne posent pas de problèmes particuliers en relation avec le sujet examiné ici. Conformément aux articles 175 ss CO, le transfert de la responsabilité de perturbateur par comportement à la société reprenante ne peut se faire que s'il est stipulé par les parties et que l'autorité administrative d'exécution de l'OSites y consent⁷².

2. Le sort des responsabilités environnementales dans un transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs selon l'article 181 CO

Le régime de l'article 181 CO est censé connu⁷³. Je me contenterai de faire quelques remarques propres au sujet traité ici.

S'agissant de la reprise du passif, il est présumé que tout le passif est transféré au reprenant, sous réserve d'éventuelles exceptions communiquées de façon claire aux créanciers⁷⁴. La reprise englobe toutes les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise (et son exploitation) transférée, pour autant qu'elles soient susceptibles de transfert. Elles peuvent être conditionnelles, voire ignorées par le reprenant. En particulier, elles n'ont pas besoin d'être exigibles au moment de la reprise : il suffit qu'elles soient fondées à ce moment là. En revanche, les dettes futures ne sont pas comprises dans le transfert⁷⁵. Le reprenant et le

débiteur primitif restent solidairement responsables des dettes transférées pendant une durée de deux ans (trois selon le nouvel art. 181 CO).

Il convient tout d'abord de déterminer si les dettes de droit public, telles que celles qui sont fondées sur l'article 32d LPE, sont bien susceptibles de transfert au sens de l'article 181 CO. Le Tribunal fédéral a admis que l'article 181 al. 1 CO s'applique par analogie aux domaines du droit public, de sorte que les dettes résultant de cotisations sociales AVS impayées sont bien transférables⁷⁶. Sur la base de cette jurisprudence, on peut ainsi admettre, avec WAGNER PFEIFER, que l'article 181 CO s'applique aussi aux dettes fondées sur l'article 32d LPE⁷⁷.

A défaut de communication contraire claire et non équivoque faite aux créanciers⁷⁸, toutes les dettes liées à l'entreprise en cause qui sont fondées au moment de la reprise sont transférées à la société reprenante, mais pas les dettes futures. Dans le contexte des sites contaminés, il arrive que le transfert du passif lié à une entreprise polluante ait eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'article 32d LPE en 1997⁷⁹. Il faut dès lors examiner si, dans un tel cas, la responsabilité de droit public liée à l'activité polluante qui est la cause immédiate de l'atteinte aux biens protégés par le droit de l'environnement a été transférée au reprenant.

WAGNER PFEIFER est d'avis qu'une créance de responsabilité est fondée si les éléments de fait à l'origine de la responsabilité étaient déjà remplis au moment de la reprise de dette⁸⁰. Elle ne définit cependant pas ce qu'il faut entendre par éléments de fait à l'origine de la responsabilité : s'agit-il du comportement polluant en tant que tel ou des atteintes ou risques d'atteintes aux biens protégés par le droit de l'environnement, étant entendu que ces atteintes ne se manifestent souvent qu'après une certaine durée de latence ?

⁷¹ Depuis le 1^{er} juillet 2004, l'article 181 CO ne s'applique plus que pour les sujets qui ne sont pas inscrits au registre du commerce (art. 181 al. 4 CO).

⁷² PROBST, CR, *ad* Intro. art. 175-183 CO et N. 20 *ad* art. 175 CO, N. 3 *ss ad* art. 176 CO.

⁷³ PROBST, CR, *ad* art. 181 CO ; TSCHÄNI, BaK, *ad* art. 181 CO.

⁷⁴ TSCHÄNI, BaK, N. 7, 11 et 13 *ad* art. 181 CO. La communication aux créanciers est donc déterminante pour déterminer l'étendue du passif transféré. Elle s'interprète selon le principe de la confiance : voir TSCHÄNI, p. 91, n. 185 et jurisprudence citée.

⁷⁵ PROBST, CR, N. 28 *ad* art. 181 CO et références citées ; GAUCH / SPIRIG, ZK, N. 114 *ad* art. 181 CO ; WAGNER PFEIFER, p. 140.

⁷⁶ ATF 119 V 389 consid. 6. La société reprenante répondait ainsi des montants dus par la société transférante.

⁷⁷ Voir aussi SEILER, qui admet sans autre développement que l'obligation de financer passe au reprenant en cas de cession d'entreprise avec actifs et passifs : Comm. LPE, N. 67 *ad* art. 2 LPE.

⁷⁸ TSCHÄNI, N. 101, p. 90.

⁷⁹ Avant cette date, il n'existait pas, en droit fédéral, de responsabilité générale liée à l'assainissement des sites pollués, sous réserve des art. 54 LEaux et 59 LPE, de portée plus limitée. A noter que certains cantons avaient édicté des règles en la matière au début des années nonante déjà.

⁸⁰ WAGNER PFEIFER, pp. 140 ss.

En matière de responsabilité du perturbateur par comportement, il convient à mon avis de distinguer selon que la cause légale de responsabilité de droit public existait au moment du transfert ou non. En effet, une obligation ne peut naître que si elle repose sur un fondement juridique. En l'absence d'une telle cause, l'obligation n'existe pas et ne peut donc pas être transférée. Une solution contraire serait inéquitable pour le reprenant dans la mesure où les parties n'ont pas pu prendre en compte cette responsabilité potentielle, non déterminable, dans le calcul du prix. En revanche, si une telle norme existe, il n'est pas nécessaire que le créancier (en l'occurrence l'Etat) ait déjà fait connaître sa créance, ni que le risque de pollution et partant, de responsabilité, soit connu⁸¹.

Si le transfert a lieu alors qu'une décision sur la répartition des coûts a déjà été rendue, l'obligation de prise en charge des coûts ne sera transférée à la société reprenante que si la décision statue clairement sur l'obligation de prise en charge des coûts par un éventuel successeur⁸².

La solution est différente s'agissant de la responsabilité du détenteur (ou *perturbateur par situation*). Celui qui acquiert des actifs (un immeuble ou un outil de production par exemple) assume le risque, en sa qualité de propriétaire actuel, que les prescriptions environnementales soient renforcées ultérieurement. Il sera dans ce cas tenu d'assainir ces installations ou son immeuble pour les maintenir dans un état conforme à la législation en vigueur.

En résumé, et à défaut de communication contraire faite aux créanciers, la *responsabilité du perturbateur par comportement* liée à une activité polluante donnée ne peut être transférée à la société reprenante que si le fondement légal de cette responsabilité existe au moment du transfert. Quant à la responsabilité du *perturbateur par situation*, elle est liée au pouvoir de détention actuel sur un immeuble. Elle suit donc l'immeuble, même sans disposition expresse⁸³. Si cette répartition des responsabilités de droit public ne correspond pas à celle qui a été convenue entre les parties selon le contrat de reprise interne, la situation

doit être corrigée par les mécanismes du droit civil, pour autant que la prescription ne soit pas acquise, selon les principes déjà mentionnés⁸⁴.

3. Le sort des responsabilités environnementales dans un transfert de patrimoine selon la Loi sur les fusions (LFus)

Les articles 69 ss LFus s'appliquent à l'aliénation de tout ou partie du patrimoine d'une société ou d'une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce. Le transfert de patrimoine est simplifié en ce sens que les actifs et passifs peuvent être transférés de par la loi *uno actu* sans que les parties soient tenues de respecter les règles propres à la succession à titre singulier.

Je pars de l'idée que les dettes fondées sur le droit public peuvent également être transférées de cette façon, tout comme l'article 181 CO s'applique aux dettes de droit public par analogie⁸⁵.

Le sort des responsabilités environnementales de droit public est à première vue moins problématique dans un transfert de patrimoine soumis à la LFus qu'à l'article 181 CO précité. En effet, conformément à l'article 71 LFus, le contrat de transfert doit notamment contenir un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés (art. 71 LFus). En principe donc, seules les dettes ou responsabilités qui figurent expressément sur cet inventaire sont reprises par la société reprenante.

Toutefois, il se peut que les parties n'aient pas réglé la répartition des responsabilités environnementales dans leur contrat, par exemple parce qu'elles n'ont pas connaissance des modes d'exploitation antérieurs et qu'elles n'ont pas identifié d'activité propre à engendrer une responsabilité de perturbateur par comportement, ou qu'elles ignorent l'existence d'une contamination affectant le ou les immeubles en cause. Le sort des passifs oubliés, à savoir ceux qui ne figurent pas expressément dans l'inventaire, est discuté en doctrine. Certains auteurs sont d'avis qu'ils demeurent chez le sujet transférant, par application analogique de l'article 72 LFus⁸⁶; d'autres soutiennent qu'ils tombent dans le champ

⁸¹ WAGNER PFEIFER, pp. 140 s.

⁸² CUMMINS, p. 120, qui justifie son point de vue par le fait que la décision est individuelle et concrète.

⁸³ C'est probablement dans ce sens qu'il faut comprendre la remarque de WAGNER PFEIFER, pp. 141 s., selon laquelle le risque d'un renforcement des prescriptions en matière de responsabilité passe, avec les actifs, au reprenant.

⁸⁴ Voir *supra*, III.A.3, pp. 543 ss.

⁸⁵ Voir *supra*, III.B.2, pp. 546 ss.

⁸⁶ VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / DIETRICH / BERLINGER, N. 846 ; MALACRIDA, N. 3 *ad* art. 72 LFus et références citées.

d'application de l'article 75 LFus, qui prévoit une responsabilité solidaire entre le sujet transférant et le sujet reprenant pour les dettes nées avant le transfert⁸⁷. Il existe donc une incertitude en la matière, qui devra être tranchée par les tribunaux.

4. Les coûts de défaillance et la protection des créanciers contre d'éventuels abus

Les parties à un transfert de patrimoine avec actif et passif sont libres de déterminer les actifs et passifs qui seront transférés, dans les limites posées par l'article 181 CO et la LFus. Elles peuvent par exemple décider que seule une partie de l'entreprise et l'outil de production seront transférés à la société reprenante, alors que l'immeuble pollué et les parties de l'entreprise dans lesquelles a été exploité l'activité polluante restent en mains de la société transférante⁸⁸, avec la responsabilité liée à la position de perturbateur par comportement. Cette construction présente un potentiel d'abus lorsque le but de cette restructuration est de faire supporter les frais d'assainissement par une société insolvable. Inversement, on peut imaginer le cas d'une société qui transfère un immeuble pollué à la société reprenante, qui n'a pas d'autres actifs. Dans ces cas, c'est l'Etat qui devrait prendre à sa charge la part des frais du perturbateur insolvable⁸⁹.

Quelques auteurs relèvent qu'en cas d'abus de droit, à savoir lorsqu'une restructuration ou une transaction a manifestement pour but d'échapper aux responsabilités environnementales, l'autorité tenue de rendre une décision sur la répartition des frais d'assainissement doit pouvoir ignorer les restructurations intervenues entre les sociétés en cause et s'en prendre à la société solvable. Ils ne s'attardent toutefois pas sur les fondements juridiques de cette solution, pour se référer de manière générale à la « *Durchgriffhaftung* » ou à l'interdiction de l'abus de droit⁹⁰.

⁸⁷ BERETTA, ZK, N. 4 *ad art.* 72 LFus ; FRICK, Comm. Baker & Mc Kenzie, N. 1 *ad art.* 72 LFus.

⁸⁸ WAGNER PFEIFER, p. 141. Il faut toutefois que la partie transférée constitue un tout sur le plan organique : VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / DIETRICH / BERLINGER, N. 813 ; TSCHANI, BaK, N. 8 *ad art.* 181 CO.

⁸⁹ Voir *supra*, II.D.3., pp. 536 s.

⁹⁰ CUMMINS, pp. 121 s. ; TSCHANNEN, Comm. LPE, N. 32 *ad art.* 32d LPE ; le même, p. 797.

On notera en premier lieu que l'article 181 al. 2 CO et l'article 75 LFus ont instauré un système de protection des créanciers en prévoyant une solidarité parfaite entre les débiteurs pendant une durée de trois ans. En cas de scission, la LFus stipule même une responsabilité subsidiaire solidaire illimitée dans le temps des autres sociétés participant à la scission envers les créanciers qui n'ont pas été désintéressés par la société à laquelle les dettes ont été attribuées (art. 47 LFus). Cette solidarité doit s'appliquer aussi pour les coûts de défaillance qui devraient sinon être à la charge de l'Etat. Il s'ensuit que les dispositions précitées priment sur la responsabilité par défaut de l'Etat selon le projet du nouvel article 32d al. 2^{bis} LPE⁹¹. Le délai de solidarité ne commence à courir qu'avec l'exigibilité de la décision sur la répartition des coûts⁹².

Dans les cas non couverts par ces dispositions, il convient d'examiner sur la base des circonstances concrètes quels sont les moyens à la disposition de l'Etat pour éviter les coûts de défaillance. Une action révocatoire est envisageable aux conditions posées aux articles 285 ss LP⁹³. En revanche, le mécanisme du « *Durchgriff* » auquel font référence CUMMINS et STUTZ ne s'applique pas à des transactions transversales entre des entités juridiques indépendantes, sauf dans un groupe de sociétés⁹⁴. On pourrait toutefois envisager d'appliquer une responsabilité fondée sur le « *Durchgriff* » à l'actionnaire, dans des cas exceptionnels, si c'est la même personne ou entité juridique qui détient les actions tant de la société transférante que de la société reprenante

C. Le transfert d'actions (*share deal*)

On relèvera d'emblée que les transactions qui portent uniquement sur les actions d'une société anonyme sont neutres pour le régime de responsabilité de droit public prévu par l'article 32d LPE, que la société soit *perturbatrice par situation* (simple détentrice d'un immeuble pollué) ou *perturbatrice par comportement* (en raison de l'exploitation d'une entreprise polluante).

⁹¹ C'est la solution proposée par WAGNER PFEIFER, p. 142, pour la solidarité instituée par l'art. 47 LFus. La même solution doit s'appliquer aux autres formes de solidarité parfaite posée par les articles 181 al. 2 CO et 75 LFus.

⁹² WAGNER PFEIFER, pp. 141 ss.

⁹³ Voir TSCHANI, pp. 111 ss.

⁹⁴ ATF 113 II 31 consid. 2c ; BÖCKLI, § 11 N. 461 ss, pp. 1229 ss ; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 62 N. 47 ss, pp. 964 ss.

Si la société dont les actions sont cédées est détentrice d'un bien-fonds pollué, voire contaminé, c'est à elle qu'incombera en principe l'obligation d'effectuer les mesures d'investigation ou d'assainissement requises par l'autorité administrative compétente (art. 20 al. 1 OSites). En outre, puisque le changement d'actionnariat ne modifie ni la structure juridique de la société, ni celle de son patrimoine, la responsabilité liée à l'exploitation passée ou actuelle d'une activité polluante demeure auprès de l'entité juridique concernée, perturbatrice par comportement⁹⁵, sous réserve d'une répartition différente dans un groupe de sociétés⁹⁶.

En revanche, l'existence d'une contamination et les mesures que la société sera amenée à prendre pourra affecter la valeur de l'entreprise⁹⁷ et, par voie de conséquence, celle des actions transférées. Les conséquences de cet état de fait sur une éventuelle responsabilité du vendeur des actions sont régies exclusivement par le droit privé. Le régime légal ordinaire s'applique, lequel doit au besoin être corrigé au moyen de clauses adéquates de garanties et d'indemnités dans le contrat de transfert d'actions⁹⁸.

D. La fusion (pour mémoire)

Lorsqu'une société est dissoute et radiée du registre du commerce suite à une fusion par absorption⁹⁹, tous les droits et les obligations de la société

⁹⁵ Voir *supra*, II.D.2, pp. 535 s.

⁹⁶ Voir *supra*, II.C, pp. 532 ss.

⁹⁷ PETITPIERRE-SAUVAIN, *Insolvabilité*, p. 246.

⁹⁸ Selon une jurisprudence du TF déjà ancienne (ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 381), la garantie légale de l'art. 197 CO ne porte pas sur la valeur économique du patrimoine social de la société en cas de cession des actions (HONSELL, BaK, N. 1 *ad* art. 197 CO ; VENTURI, CR, N. 21 *ss ad* art. 197 CO). Cette jurisprudence est critiquée : voir notamment BÖCKLI, *Gewährleistungen*, pp. 62 ss et les nombreuses références citées ; voir aussi dans cet ouvrage, EBERHARD, *infra*, pp. 599 s. Certains admettent d'ailleurs en dépit de la jurisprudence précitée que faute de clause contractuelle contraire, en cas de vente de toutes les actions d'une société anonyme, la garantie porte exceptionnellement sur la valeur de la société et non seulement sur les titres cédés lorsque les parties visaient par ce transfert la vente de la société elle-même : voir notamment CHAUDET, N. 1574 et RVJ 1999 p. 292, p. 296 (TC VS). Il est en tous les cas conseillé de régler avec attention la répartition des risques au moyen de promesses de qualité ou de clauses accessoires de garantie : TSCHÄNI, N. 179, p. 129 et *supra*, III.A.3, pp. 543 ss.

⁹⁹ Art. 3 al. 2 LFus. Les effets juridiques d'une fusion doivent être examinés selon le droit en vigueur au moment de la fusion, à savoir les art. 748 ss aCO pour la réorganisation de structures d'entreprises effectuée avant le 1^{er} juillet 2004, date de

transférante sont assumés par la société reprenante par succession universelle. L'obligation quasi-réelle liée à un bien-fonds pollué (l'obligation d'effectuer les mesures d'investigation et d'assainissement au sens de l'OSites) suit l'immeuble et est assumée par le détenteur actuel (la société reprenante)¹⁰⁰.

Quant à la responsabilité de perturbateur par comportement, elle passe également à la société reprenante, même si le fondement juridique de cette responsabilité n'existait pas encore au moment de la fusion. Seul est décisif le fait que ces activités polluantes passées déploient leurs effets dans le présent et sont appréhendées par une loi de droit public d'application immédiate¹⁰¹.

IV. CONCOURS ENTRE LA RESPONSABILITÉ DES ORGANES SELON LE DROIT COMMERCIAL ET LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE

A. Le problème

Lorsque la contamination d'un bien-fonds a été causée par une société commerciale, la question se pose en pratique de savoir si et à quelles conditions l'autorité d'exécution de l'OSites peut rechercher les *administrateurs*, seuls ou aux côtés de la société, pour leur imposer l'obligation matérielle d'assainir le site ou leur infliger une partie des frais d'assainissement. En outre, il faut examiner si cette responsabilité de droit public peut entrer en concours avec une éventuelle responsabilité des administrateurs fondée sur le droit commun ou le droit commercial.

B. La responsabilité des organes comme perturbateurs selon le droit public

La question d'une responsabilité potentielle des administrateurs selon l'article 32d LPE ne se pose que pour la responsabilité de *perturbateur par comportement*. En effet, le perturbateur par situation est l'entité

l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus), et par cette loi après cette date.

¹⁰⁰ Voir *supra*, III.A.1, pp. 541 s.

¹⁰¹ Voir *supra*, II.D.5, pp. 539 s.

juridique qui détient ou est propriétaire de l'immeuble pollué, sous réserve des éventuelles exceptions mentionnées dans un groupe de sociétés.

A la lumière des principes développés ci-dessus, les administrateurs répondent selon le droit public de leurs actes et omissions qui sont dans un lien de causalité immédiate avec les atteintes aux biens protégés provenant du site pollué.

Le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion de préciser quelques principes en la matière dans un cas d'application de l'article 20 OSites, dans l'affaire suivante¹⁰².

La société anonyme X. exploite une décharge pendant les années quatre-vingt, avant d'être dissoute et radiée au registre du commerce en 1997. En 2002, l'autorité cantonale d'exécution de l'OSites rendit une décision par laquelle elle imposait aux trois anciens administrateurs de la SA radiée l'obligation de faire effectuer à leurs frais une investigation de détail sur le site de l'ancienne décharge et de faire assurer une surveillance de ce site. Cette décision fut confirmée par le Tribunal administratif du canton. L'un des recourants, qui assumait la tâche de président du conseil d'administration pendant l'exploitation de la décharge, recourut au Tribunal fédéral. Il invoquait en substance une violation de l'article 20 OSites. Cette disposition prévoit que l'obligation de prendre des mesures d'investigation et de surveillance d'un site pollué doit être en principe imposée au détenteur du site. Elle ne peut être imposée à un tiers qu'à titre exceptionnel, si les causes de la pollution sont clairement établies et s'il est certain que ce tiers devra assumer les frais d'assainissement en sa qualité de perturbateur par comportement¹⁰³.

Le Tribunal fédéral accepta le recours au motif que les actes de gestion accomplis par le recourant n'apparaissent pas constitutifs d'un comportement clairement à l'origine de la pollution du site et que partant, l'article 20 al. 2 OSites avait été violé.

Cet arrêt, bien qu'il rejette en l'espèce la responsabilité du recourant dans le cadre restrictif de l'article 20 al. 2 OSites, pose néanmoins quelques principes en la matière. Un administrateur peut répondre des conséquences financières d'une contamination selon le droit public s'il a contribué à la pollution par ses actes ou ses omissions. Cette question doit s'examiner à la lumière du cas concret et des tâches effectivement

exercées par l'organe. Le Tribunal fédéral précise dans l'arrêt susmentionné qu'il ne suffit pas de reprocher de manière indéterminée un manque de diligence (cf. art. 717 CO) à un membre du conseil d'administration d'une société qui, elle, aurait pu le cas échéant être considérée comme l'auteur de la pollution.

L'activité d'administrateur *stricto sensu* et les tâches de gestion courante de la société qu'avait assumé le recourant ne suffisaient pas pour lui imputer un comportement clairement à l'origine de la pollution au sens de l'article 20 al. 2 OSites.

La notion de perturbateur par comportement est la même à l'article 20 al. 2 OSites et à l'article 32d LPE, sous la réserve que la condition d'imputation est moins stricte à l'article 32d LPE qu'à l'article 20 al. 2 OSites, qui exige que les causes de la pollution soient clairement établies au moment où l'on désigne le responsable de l'obligation matérielle d'assainir. L'article 32d LPE requiert un lien de causalité directe entre le comportement ou l'omission considérée. Ce lien direct peut résulter du fait que l'administrateur transporte les matériaux destinés à la décharge, les trie ou surveille sur place l'exécution des opérations de traitement des déchets.

En résumé, la responsabilité éventuelle d'un administrateur d'une SA selon l'article 20 al. 2 OSites et l'article 32d LPE s'apprécie au regard des critères d'imputation propres à ces normes. Si la responsabilité des administrateurs est retenue sur la base de ces critères, ils répondront alors de la part des frais d'investigation et d'assainissement qui correspond à leur contribution à la contamination, aux côtés du détenteur par situation et d'éventuels autres perturbateurs par comportement.

C. Le concours entre la responsabilité de perturbateur et la responsabilité des organes selon le droit commun ou le droit commercial ?

La décision de répartition des coûts rendue par l'autorité administrative n'a pas d'effet de chose jugée sur les rapports de droit privé qui peuvent exister entre les divers perturbateurs. Il se peut dès lors que l'un des perturbateurs recourt aux moyens de droit privé pour faire reporter sur un autre la part des frais qui lui a été imputée par l'autorité administrative¹⁰⁴.

¹⁰² Arrêt TF, 1A.204/2003 (f) du 2 juin 2004.

¹⁰³ Voir *supra*, II.C., pp. 532 ss.

¹⁰⁴ TSCHANNEN, Comm. LPE, N. 48 *ad art.* 32d LPE.

Par exemple, le perturbateur par situation qui supporte en règle générale 10 à 20 % des frais d'assainissement même s'il n'est pas l'auteur de la pollution, pourrait par cette voie réclamer le remboursement de ces frais à l'auteur de la pollution.

Dans ces circonstances, la question se pose de savoir si, outre la responsabilité de droit public attachée à la qualité de perturbateur par comportement, les administrateurs engagent également leur responsabilité pour les frais d'assainissement sur la base du droit privé.

Une action pour dommage direct de l'administrateur, dans l'hypothèse considérée ici, ne saurait se fonder que sur l'article 41 CO. On ne voit pas en effet quelle norme du droit des sociétés protégeant les intérêts des créanciers l'administrateur pourrait avoir violé dans un tel cas¹⁰⁵. Le créancier devrait alors établir toutes les conditions d'une telle action et sera notamment tenu de démontrer que l'administrateur s'est bien rendu coupable d'un acte illicite (par exemple parce qu'il a laissé s'infiltrer des produits toxiques dans le sol, provoquant une pollution des eaux souterraines). A cet égard, la qualité de perturbateur par comportement au sens de l'article 32d LPE n'entraîne pas automatiquement une responsabilité de droit civil selon l'article 41 CO : la première est en effet plus large que la seconde, puisqu'elle ne suppose ni une faute, ni l'illicéité du comportement considéré (sauf en cas d'omission)¹⁰⁶. Dans une action fondée sur l'article 41 CO, la preuve de ces deux conditions incombe en revanche au demandeur. En outre, elle est soumise au délai de prescription de l'article 60 CO.

Lorsque une société perturbatrice par comportement ou par situation est insolvable, sa part de responsabilité revient à l'Etat¹⁰⁷. On peut se demander si, dans cette hypothèse, l'Etat pourrait réclamer ces frais de défaillance aux administrateurs en lieu et place de les demander à la société insolvable. Il apparaît toutefois d'emblée que cette constellation ne tombe pas dans le champ d'application des articles 754 ss CO¹⁰⁸. En effet, même si l'on admet que l'Etat subit un dommage en raison des frais de

¹⁰⁵ BÖCKLI, § 18 N. 243 ss, pp. 2088 ss.

¹⁰⁶ Voir *supra*, II.D.2, pp. 535 s.

¹⁰⁷ Voir *supra*, II.D.3, pp. 536 s.

¹⁰⁸ Le régime de responsabilité des organes selon les art. 754 ss CO est censé connu. Voir, parmi beaucoup d'autres auteurs, FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 36 N. 41 ss, pp. 425 s. ; BÖCKLI, § 18 N. 107 ss, pp. 2049 ss ; BÄRTSCHI, pp. 155 ss et les nombreuses références citées. Voir également les contributions dans cet ouvrage de GILLARD, *supra*, pp. 465 ss et THÉVENAZ, *supra*, pp. 505 ss.

défaillance, il s'agirait tout au plus d'un préjudice indirect, découlant de l'insolvabilité de la société. On ne voit pas, dans un tel cas, quelle norme du droit des sociétés ayant pour but de protéger soit exclusivement les intérêts des créanciers, soit à la fois les intérêts de la société et des créanciers¹⁰⁹, serait violée.

En résumé, la question du concours entre la responsabilité de l'organe selon l'article 32d LPE et les articles 754 ss CO ne se pose à mon avis pas pour les frais d'assainissement d'un site pollué. En revanche, un concours peut se présenter entre la responsabilité de l'administrateur comme perturbateur par comportement selon le droit public et sur la base de l'article 41 CO. Les conditions d'une action pour acte illicite sont toutefois plus restrictives. En outre, une telle action est soumise aux délais de prescription de l'article 60 CO.

¹⁰⁹ L'identification d'une norme de protection exclusive ou double revêt de l'importance pour définir la qualité pour agir lorsque la société est en faillite. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le premier cas, le créancier lésé subit un dommage direct et peut agir directement contre l'organe, même si la société est en faillite, alors que dans le deuxième, il n'a pas la qualité pour agir : l'action en responsabilité appartient à la masse en faillite : ATF 122 III 176 consid. 7c. ; parmi beaucoup d'autres auteurs, BÖCKLI, § 18 N. 272 ss, 299 ss, pp. 2097 ss ; ROMY, Responsabilité des organes, pp. 1 ss, concernant la réparation du dommage indirect des créanciers dans la faillite de la société ; voir aussi, *supra*, GILLARD, pp. 492 ss.