

Droit
de la propriété

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Edité par
Michel Hottelier et Bénédicte Foëx

Faculté de droit
de Genève

Schulthess §



Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

ISABELLE ROMY

I. Introduction

Les dispositions sur les sites pollués par des déchets ont été introduites dans la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) lors de sa révision en 1995 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997). Elles imposent des obligations nouvelles, parfois lourdes financièrement, aux détenteurs de terrains pollués ainsi qu'à leurs exploitants, qu'ils soient anciens ou actuels.

- Ainsi, l'existence d'une suspicion de pollution d'un immeuble entraîne l'inscription du site au cadastre des sites pollués et donnera éventuellement lieu à des mesures d'investigation, voire d'assainissement, qui s'avèrent souvent onéreuses.
- La contamination du sol conduit dans certains cas à des restrictions d'utilisation qui affectent directement la valeur de l'immeuble en cause. L'art. 3 O Sites prescrit en effet que l'on ne peut construire ou transformer une construction sur un site pollué que si ce site ne nécessite pas d'assainissement et si le projet n'engendre pas de besoin d'assainissement, ou si le projet n'entrave pas de manière considérable l'assainissement ultérieur du site. Si le projet modifie le site, ce site devra être assaini en même temps; les mesures d'assainissement doivent alors être effectuées concurremment au projet de construction, ce qui en augmente d'autant les coûts.
- Les anciens exploitants sont parfois amenés à participer financièrement à ces mesures, même s'ils ont cessé leurs activités depuis de nombreuses années.

La réglementation sur les sites pollués par des déchets a donc des incidences importantes sur les droits liés à un immeuble, lesquelles affectent non seulement le propriétaire actuel mais aussi les autres personnes physiques ou morales qui ont des droits réels limités ou contractuels sur cet immeuble, tels que les titulaires d'un droit de superficie ou les locataires, ainsi que les anciens exploitants. Ces effets touchent de nombreux propriétaires fonciers

puisque il existe environ 50'000 sites pollués en Suisse. Parmi ceux-ci, environ 20'000 sites sont considérés comme contaminés et portent atteinte aux eaux souterraines et à des sols de valeur. Les coûts d'assainissement de ces sites s'élèveraient à plus de 5 milliards de francs pour les vingt-cinq prochaines années¹.

Le but de cet exposé est de tracer un panorama du régime applicable aux sites pollués et de mettre en exergue les principales obligations qui en découlent pour les propriétaires et exploitants d'un bien-fonds. Il passera en revue quelques incidences de cette réglementation de droit public sur les éventuels accords de droit privé conclus entre les divers utilisateurs d'un bien-fonds pollué ou contaminé.

II. Les sites contaminés

A. Les sources

Les sites contaminés 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 1997². Ces dispositions ont été révisées à leur tour selon le projet de modification de la LPE du 20 août 2002³.

Ces dispositions sont concrétisées par l'ordonnance fédérale sur l'assainissement des sites pollués du 26 août 1998 (OSites)⁴, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998, ainsi que par l'ordonnance fédérale relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés du 5 avril 2000 (OTAS)⁵, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. On mentionnera également l'ordonnance fédérale sur les atteintes portées aux sols du 1^{er} juillet 1998 (OSol)⁶, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998, laquelle revêt une importance en la matière par renvoi de l'article 16 lettre c OSites.

¹ Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP), Sites contaminés: recenser, évaluer, assainir, Berne 2001, p. 5.

² Dans sa version initiale, la LPE ne contenait aucune règle spécifique sur les sols contaminés par les déchets. Des assainissements pouvaient toutefois être ordonnés sur la base des art. 54 LEaux et 59 LPE, aux conditions - restrictives - posées par ces dispositions.

³ FF 2003 4559 ss.

⁴ RS 814.680.

⁵ RS 814.681.

⁶ RS 814.12.

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

Les directives de l'OFEFP, qui n'ont pas force de loi, présentent une grande utilité car elles concrétisent la pratique des services administratifs en matière de sites pollués⁷.

La jurisprudence a une importance fondamentale s'agissant de préciser la portée de dispositions de la loi ou des ordonnances. Pour l'heure, il s'agit principalement des arrêts rendus par les tribunaux cantonaux (qui sont résumés ou reproduits dans des revues spécialisées⁸), ainsi que sur les sites Internet cantonaux. La jurisprudence du Tribunal fédéral, encore rare en matière de sites contaminés, est publiée dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) ainsi que sur le site internet du Tribunal fédéral⁹.

On précisera que la réglementation en matière de sites pollués est principalement du ressort de la Confédération: il s'agit de **droit fédéral**. Les cantons sont compétents pour exécuter et mettre en œuvre le droit de l'environnement en général et celui des sites contaminés en particulier.

La réglementation en matière de droit de la protection de l'environnement fait partie du **droit public**. Le droit public s'applique aux rapports entre les autorités et les citoyens qui sont subordonnés à l'État. De manière schématique, il est édicté dans l'**intérêt général** (ou intérêt commun). Il est appliqué par les services publics, qui mettent en œuvre une politique déterminée. C'est un droit autoritaire: ses règles sont impératives, les sanctions strictes. Les autorités administratives sont chargées de faire exécuter la loi et les règles en matière de sites contaminés et elles agissent généralement en rendant des **décisions**. Si l'administré n'y obtempère pas, elles peuvent les faire exécuter par la force, c'est-à-dire confier l'exécution à un tiers aux frais de l'administré.

Nous passerons ci-après en revue le déroulement de la procédure d'investigation et d'assainissement prévue par l'OSites et ses principaux impacts pour les détenteurs et exploitants d'un immeuble.

⁷ On trouve sur le site internet de l'OFEFP des aides à l'exécution à télécharger ou à commander, à l'adresse suivante: http://www.umwelt-schweiz.ch/buwal/fr/fachgebiete/fg_altilasten/service/vollzugshilfen/index.html.

⁸ DEP (Droit de l'environnement dans la pratique), DC (Droit de la Construction), RDAF (Revue de droit administratif et de droit fiscal).

⁹ www.bger.ch/fr.

B. Le champ d'application de la réglementation sur les sites pollués par des déchets

Il est important, dans un cas de pollution du sol, de vérifier quel est le régime juridique applicable. En effet, le droit des sites pollués touche au droit des déchets et à celui des sols et la délimitation entre ces différentes réglementations n'est pas toujours aisée. Elle est toutefois essentielle car les régimes et les responsabilités varient, parfois fortement, dans l'un et l'autre cas (voir *infra*, III pour ce qui concerne le traitement des matériaux d'excavation pollués).

1. Matériellement

La réglementation sur les sites pollués par des déchets s'applique aux emplacements **d'une étendue limitée**, pollués par des déchets (art. 2 al. 1 OSites). Il s'agit des sites d'entreposage des déchets, des aires d'exploitation et des lieux d'accident. Sont visés aussi bien les anciens sites que ceux qui sont encore en cours d'exploitation et sur lesquels sont exercées des activités qui peuvent entraîner des pollutions. Un site pollué peut être un emplacement limité se trouvant à l'intérieur d'une seule parcelle, ou, au contraire, englober plusieurs parcelles.

Ces sites doivent être pollués par des déchets. Le terme de déchets, défini à l'article 7 alinéa 6 LPE, comprend les substances solides, les liquides et les retombées de substances volatiles.

Ces sites doivent être assainis s'ils causent des atteintes nuisibles ou incommodes à l'environnement ou s'il existe un danger que de telles atteintes apparaissent (art. 1 al. 1 OSites). Ils sont alors dits *contaminés* (art. 2 al. 3 OSites).

2. Temporellement

La réglementation sur les sites pollués, qui par sa nature vise à corriger les erreurs du passé, s'applique à toutes les contaminations existantes au moment de son entrée en vigueur, quel que soit le moment où la pollution a eu lieu. En revanche, l'article 32d LPE qui règle la responsabilité et la répartition des frais d'investigation ou d'assainissement ne vise que les coûts qui ont pris naissance après l'entrée en force de cette disposition le 1^{er} juillet 1997¹⁰.

¹⁰ Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) DEP 2002 p. 87. Voir aussi ROMY (2003), p. 141, p. 158.

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

C. Les acteurs à la procédure OSites

Avant de passer en revue les diverses étapes de la procédure d'investigation et d'assainissement prévue par l'OSites, il convient de préciser les personnes qui sont ou peuvent être amenées à y participer.

1. L'article 32c LPE impose **aux cantons** l'obligation d'assainir les sites contaminés qui se trouvent sur leur territoire. Ils agissent par le biais de leurs **services administratifs**, dont les compétences sont déterminées par le droit cantonal. La Confédération est l'autorité exécutive pour les sites fédéraux, par exemple les installations de tirs fédérales. Elle est aussi l'autorité de surveillance des cantons (art. 38 al. 1 LPE).
2. La personne (physique ou morale) qui **doit effectuer les mesures d'investigation et d'assainissement**. Il s'agit en général du **détenteur** du site pollué (art. 20 OSites). Le détenteur est celui qui dispose de la maîtrise de droit ou **de fait** sur le terrain en cause. Il est celui qui, de facto, est en mesure de décider ce qui se passe au sein d'une entité économique, l'exploitant d'une entreprise par exemple¹¹.
3. En général, le détenteur n'a pas les compétences techniques pour effectuer les mesures requises et il mandate à cette fin un **bureau d'ingénieurs** spécialisé, lequel effectuera les mesures d'investigation nécessaires et élaborera le projet d'assainissement pour le compte du détenteur.
4. La personne qui supportera finalement **les coûts de ces mesures**. La loi dissocie l'obligation d'assainir de l'obligation d'assumer les coûts de l'assainissement. Les frais des mesures d'investigation et d'assainissement sont répartis entre les diverses personnes qui ont contribué à la pollution par leur comportement ou leur omission, selon une cascade de responsabilités régie par l'art. 32d LPE. En principe, la part la plus importante des coûts sera supportée par le perturbateur par comportement, c'est-à-dire celui qui, par ses actes ou omissions, a effectivement causé la pollution¹².

¹¹ Sur la notion de détenteur, voir encore *infra*, II.E.2.

¹² Voir *infra*, II.F.2.

Lorsque plusieurs personnes sont concernées par une procédure d'assainissement et sont susceptibles d'en supporter les coûts, il est judicieux que l'autorité les invite à participer à la procédure d'assainissement afin d'éviter qu'elles ne contestent par la suite la nécessité des mesures ordonnées¹³. Le Tribunal fédéral considère toutefois que l'autorité n'a pas l'obligation, sur la base de l'art. 32d LPE, de rechercher tous les tiers qui pourraient être appelés à participer aux frais pour les inviter à participer à la procédure d'investigation déjà. WAGNER PFEIFER¹⁴ considère pour sa part que l'autorité a le devoir d'inviter toutes les parties concernées à la procédure.

D'autres personnes peuvent être intéressées par une procédure d'assainissement sans toutefois y être directement parties, notamment les banques ou les assurances, voire les tiers qui ont subi des dommages du fait de la contamination. Ces derniers devront éventuellement faire valoir leurs droits par les voies civiles.

D. Les étapes de la procédure OSites

La procédure d'investigation et d'assainissement est régie par l'OSites. Elle comprend les étapes suivantes:

1. Recensement des sites pollués dans un cadastre;
2. Investigation préalable (historique et technique);
3. Investigation de détail;
4. Élaboration et exécution du projet d'assainissement;
5. Répartition des coûts.

Cette procédure connaît des exceptions dans les cas prévus à l'article 24 OSites, notamment lorsque des mesures d'urgence sont nécessaires ou en cas de projet de construction; certaines étapes, comme l'évaluation préliminaire, peuvent être alors ignorées.

1. Le recensement des sites au cadastre

Le premier pas de la procédure d'assainissement consiste à recenser tous les sites pollués par des déchets, ou que l'on suspecte d'être pollués, dans un cadastre établi par les cantons. Celui-ci contient aussi les décharges recen-

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

sées selon l'article 23 OTD et l'article 8 alinéa 2 LEaux. Le cadastre devait être établi d'ici fin 2003, mais dans la plupart des cantons, il est encore en cours d'élaboration.

Ce cadastre contient notamment des indications sur l'emplacement du site, le type de déchets présents et leur quantité, ou encore la menace représentée par le site (voir art. 5 al. 3 OSites). Il a pour but d'informer les personnes concernées par un site et le public et sert également d'instrument de planification pour les autorités¹⁵.

Le canton établit ce cadastre sur la base d'informations qui proviennent de sources internes de l'administration ou du détenteur du site lui-même ou encore de tierces personnes. Selon l'art. 46 LPE, le détenteur a l'obligation de fournir à l'administration les renseignements demandés. En principe, l'administration utilise des données déjà disponibles et ne procède pas à des investigations techniques à ce stade.

Sur la base de ces informations, l'autorité classe les sites pollués inscrits au cadastre en deux catégories (art. 5 al. 4 OSites):

- 1) ceux qui ne présentent pas de menace concrète pour l'environnement (sites pollués); ce sont par exemple les décharges conformes à l'OTD, et d'anciennes décharges de gravats au contenu inoffensif et bien documenté; et
- 2) les sites pour lesquels **on ne peut pas exclure** qu'ils ne provoquent pas des atteintes nuisibles ou incommodes ou qu'ils ne présentent pas un risque de telles atteintes, et qui, de ce fait, nécessitent une investigation (sites pollués nécessitant une investigation); il s'agit par exemple de décharges au contenu inconnu ou des aires industrielles. Ces investigations seront exécutées selon une liste de priorités établie par l'autorité cantonale.

Il faut s'attendre à recenser quelques dizaines de milliers de sites pollués en Suisse. Toutefois, tous ne devront pas nécessairement être assainis. Ils n'entrent dans la catégorie des sites contaminés que s'ils présentent, pour le moins, un danger d'atteintes nuisibles ou incommodes.

¹³ Arrêt du TF du 22 octobre 2002, 1A.86/2002.

¹⁴ WAGNER PFEIFER (2000), p. 591, 595.

¹⁵ BAUMANN (2001), p. 731 ss, notamment p. 738 ss; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEP), Sites contaminés, cadastre: établissement du cadastre des sites pollués, L'environnement pratique, Berne 2001, p. 8 ss.

L'autorité établit ensuite une liste de priorités pour l'exécution d'investigations qui serviront à déterminer les besoins de surveillance ou d'assainissement du site (art. 5 al. 5 et art. 6 OSites).

Il convient de remarquer à ce stade que tous les sites contaminés ne sont pas inscrits au cadastre; inversement, tous les sites inscrits au cadastre ne sont pas contaminés au sens de l'OSites.

S'il apparaît par la suite que le site recensé ne présente aucun risque, parce qu'il n'est pas pollué ou que les substances dangereuses pour l'environnement ont été éliminées, il sera radié du cadastre (art. 6 al. 2 OSites); à l'avenir, celui-ci ne contiendra donc plus que les sites effectivement pollués par des déchets. Le cadastre est un outil dynamique qui doit être constamment actualisé et adapté en fonction des informations que livrent les investigations préalables et de détail.

Pour respecter les fonctions d'information du cadastre, l'article 32c alinéa 2 LPE prévoit qu'il est *accessible au public*. Les modalités de l'accès au public sont régies par le droit cantonal, en l'absence de dispositions idoines dans l'OSites. On relèvera toutefois que pendant l'élaboration du cadastre, la pratique de plusieurs cantons **limite** ce droit de consultation en exigeant des tiers qu'ils produisent une procuration du propriétaire du site en cause.

On notera encore que le droit cantonal d'application de la réglementation fédérale sur les sites contaminés peut prévoir, conformément à l'article 962 CC, que l'existence d'un site *contaminé* (c'est-à-dire qui nécessite un assainissement) fera l'objet d'une *mention au registre foncier*¹⁶.

¹⁶ Voir par ex. le projet de loi vaudoise sur l'assainissement des sites pollués du 3 juin 2004, art. 4, ainsi que l'art. 6 de la loi genevoise d'application de la législation fédérale sur les sites contaminés du 31 janvier 2003 (RS/GE K 1 71), entrée en vigueur le 27 mars 2003, qui prévoit ce qui suit:

«¹ La nécessité d'assainir un site, figurant sur le cadastre des sites pollués, fait l'objet d'une mention «site contaminé» inscrite au registre foncier.

² La réquisition émane du département une fois la décision constatant la nécessité d'assainir entrée en force. Elle est accompagnée des renseignements prescrits par l'ordonnance.

³ Lorsque ces sites sont assainis, l'autorité requiert la radiation de la mention «site contaminé».

2. L'investigation préalable

La deuxième phase de la procédure OSites vise à déterminer les besoins de surveillance et d'assainissement d'un site. Cet examen se fait sur la base d'**investigations historique et technique** (art. 7 OSites). La première a pour but de déterminer et décrire les activités déployées sur le site et d'identifier les substances dangereuses pour l'environnement qui y ont été utilisées (art. 7 al. 2 OSites). La seconde permet, notamment par des prélèvements sur le site d'échantillons des eaux, du sol ou des déchets, d'identifier la nature et la quantité des polluants présents (art. 7 al. 4 OSites). Sur la base des informations obtenues, l'autorité procède à une **analyse du risque** qui prend en compte le potentiel d'émissions du site ainsi que l'exposition et l'importance des biens à protéger. Elle applique à cet égard les art. 9 à 12 OSites et les annexes 1 et 2 de l'OSites, qui fixent des critères pour apprécier la menace que présente le site en question pour les eaux souterraines, les eaux de surface, l'air et les sols, ainsi que pour l'homme, les animaux et les plantes. Ce sont ces dispositions et ces annexes qui permettent de définir si le site nécessite un assainissement ou non.

Il faut relever que ce n'est pas la pollution du sous-sol qui est déterminante, mais ses effets sur les biens juridiques protégés par la LPE et l'OSites¹⁷, à savoir les eaux souterraines et de surface, l'air et la fertilité du sol, ainsi que la santé de l'homme, des animaux et des plantes.

Si un site pollué nécessite une **surveillance**, il est mentionné comme tel au cadastre (art. 8 al. 2 OSites). L'autorité exige que soient prises les mesures qui permettent d'identifier un danger concret d'atteintes nuisibles ou incommodantes avant que ce risque ne se réalise (art. 13 al. 1 OSites). Si le site nécessite un **assainissement (site contaminé)**, il est indiqué comme tel au cadastre (art. 8 al. 2 OSites). L'autorité exige en outre que soit effectuée une investigation de détail (art. 13 al. 2 let. a OSites). L'inscription, au cadastre, de la nécessité de surveiller ou d'assainir un site devrait, à mon avis, faire l'objet d'une *décision*, même si l'OSites ne le prévoit pas explicitement¹⁸.

¹⁷ Arrêt du Tribunal cantonal argovien du 8 mars 2002, DC 2004, p. 29, no 130, ch. 5.

¹⁸ L'art. 5 al. 2 de la loi genevoise d'application de la législation fédérale sur les sites contaminés du 31 janvier 2003 (RS/GE K 1 71) exige pour sa part une telle décision.

3. L'investigation de détail

Si l'investigation préalable montre que le site doit être assaini, l'autorité exigera, d'une part, une **investigation de détail** dans un délai approprié et, d'autre part, que le site soit surveillé jusqu'à la fin de l'assainissement (art. 13 al. 2 OSites). Cette investigation a pour but de fixer plus précisément les *objectifs et l'urgence de l'assainissement*. Son étendue est fixée de cas en cas. Il s'agit d'identifier le type, l'emplacement, la quantité et la concentration de toutes les substances dangereuses pour l'environnement présentes sur le site (potentiel de pollution). Cette analyse permet aussi de déterminer le type d'atteintes effectives et possibles à l'environnement, le processus de transport des polluants, le flux des substances, le potentiel de mobilisation des polluants et leur évolution dans le temps ainsi que l'emplacement et l'importance des biens menacés (art. 14 OSites). Le degré d'urgence dépend du danger effectif pour l'environnement.

Le *but* d'un assainissement consiste à diminuer les émissions de polluants d'un site vers les milieux à protéger de façon à ce que les critères d'assainissement figurant dans l'OSites pour chaque bien à protéger (les eaux, l'air et le sol, ainsi que la santé de l'homme, des animaux et des plantes) soient respectés à *long terme* (art. 15 OSites).

La décontamination totale des sols pollués s'est avérée irréalisable dans d'autres pays, notamment en raison de ses coûts. L'OSites opte par conséquent pour un choix de mesures et accorde un grand pouvoir d'appréciation à l'autorité dans le cadre du but général fixé par la loi. Ainsi, l'élimination des atteintes ne commande pas nécessairement une décontamination complète ni une remise en état des lieux. La loi permet à l'autorité d'accorder des allègements, aux conditions fixées à l'article 15 alinéas 2 et 3 OSites, notamment pour éviter des coûts disproportionnés.

Les objectifs de l'assainissement peuvent être atteints par plusieurs moyens (art. 16 OSites):

- La *décontamination*, c'est-à-dire l'élimination des substances dangereuses (par excavation); elle s'impose en général lorsque la pollution est causée par des composés organiques persistants ou des métaux lourds.
- Le *confinement*, qui vise à empêcher durablement la dissémination des substances dangereuses dans l'environnement (par scellement, étanchéification du fond, déviation ou abaissement des eaux souterrai-

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

nes). Il est indiqué lorsque les polluants (notamment les huiles minérales) devraient se dégrader naturellement, de sorte que le site sera assaini sans autre traitement après une ou deux générations au plus.

- Une *restriction de l'utilisation* du sol (art. 34 al. 2 LPE), par exemple par des clôtures, une interdiction d'utilisation ou une restriction d'utilisation agricole.

4. Le projet d'assainissement

L'autorité compétente exige ensuite du détenteur qu'il élabore un projet, dans un délai approprié compte tenu de la menace présentée par le site dans le cas d'espèce (art. 17 OSites).

Ce projet décrit les mesures d'assainissement à prendre, leur efficacité, le contrôle du résultat, le temps nécessaire, les effets sur l'environnement causés par les mesures prévues et les risques subsistant après l'assainissement. Il s'agit ici d'élaborer la *variante d'assainissement* la plus appropriée, en assurant une solution raisonnable et réalisable sur le plan technique, en tenant compte des répercussions écologiques des mesures prises ainsi que des intérêts des personnes concernées.

Une fois en possession du projet, l'autorité dispose de tous les éléments pour déterminer de manière définitive les objectifs d'assainissement pour un site. Elle rend une *décision* fixant ces buts, ainsi que les mesures d'assainissement, le suivi et les délais à respecter (art. 18 al. 2 OSites)¹⁹.

Si l'exécution de l'assainissement nécessite des mesures de construction, le détenteur devra se procurer les autorisations nécessaires (notamment un permis de construire). La procédure d'approbation du projet d'assainissement doit être coordonnée avec l'octroi des autorisations ordinaires ou spéciales nécessaires. De la même manière, lorsqu'un site contaminé doit être assaini dans le cadre d'un projet de construction (art. 3 OSites), il convient de coordonner le projet d'assainissement avec la procédure d'octroi du permis de construire.

La personne tenue d'assainir procède à l'assainissement et, si nécessaire, à la surveillance du site. Elle élabore un rapport d'assainissement qui informe l'autorité des mesures prises et établit que les objectifs de l'assainissement

¹⁹ La décision prévue à l'art. 18 OSites est la seule décision obligatoire selon l'OSites, qui privilégie un processus consensuel lors des étapes antérieures de la procédure d'investigation et d'assainissement.

ont été atteints, au besoin par de nouvelles analyses (art. 19 OSites). L'autorité cantonale informe ensuite l'OFEFP du fait que le site a été assaini.

E. L'obligation d'exécuter les mesures d'investigation et d'assainissement

1. Le principe

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

L'art. 20 al. 2 OSites postule toutefois que les services cantonaux peuvent exiger que **des tiers** procèdent à l'investigation préalable lorsque leur comportement est à l'origine de la pollution. Dans cette hypothèse, le propriétaire du site est tenu de tolérer ces mesures²⁰. Le Tribunal fédéral a précisé que l'autorité ne peut obliger un tiers à exécuter ces mesures qu'à *titre exceptionnel*: en règle générale, il incombe au détenteur d'exécuter ces mesures d'investigation car 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 LPE²¹. En pratique, il engagera des entreprises spécialisées, dont il acquittera les factures.

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). 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 coûts²².

2. La notion de détenteur

Le **détenteur** se définit comme 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. La situation du détenteur au regard du droit privé (propriété ou

²⁰ Arrêt du TF du 3 mai 2000, 1A.214/1999 consid. 2e aa), reproduit in DEP 2000 p. 590.

²¹ Arrêt du TF du 3 mai 2000, 1A.214/1999 consid. 2e cc), reproduit in DEP 2000 p. 590.

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

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

possession, par ex.) n'est pas déterminante. Il peut s'agir du propriétaire du site ou du locataire, de l'exploitant, du fermier 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. La façon dont la situation contraire au droit a été créée est sans importance; elle peut être le fait d'un tiers ou d'événements naturels. Seul est déterminant le fait que la chose elle-même, le bien-fonds pollué, est la source du danger²³. 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 répond²⁴. Peu importe également que l'activité en cause soit autorisée par les autorités²⁵.

Il faut répéter que la qualité de détenteur suppose un pouvoir de disposition actuel sur la chose; l'ancien propriétaire (ou exploitant) n'est plus détenteur²⁶.

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'appréciation²⁷. Voici quelques exemples tirés de la jurisprudence récente:

- 1) Une citerne à mazout se trouvant sur la parcelle propriété d'une société anonyme a provoqué un écoulement d'hydrocarbures sur les parcelles voisines, appartenant à des tiers. Le Tribunal fédéral confirme la décision de l'autorité cantonale qui considérait que le détenteur au sens de l'article 20 alinéa 1 OSites n'est pas le propriétaire des parcelles où la pollution a migré, mais le propriétaire de l'installation d'où provient, le plus probablement, la pollution, soit le

²³ Voir arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, RVJ 2002, p. 59, 63; arrêt du Tribunal administratif vaudois du 29 avril 1999, RDAF 2000 I 93, 99.

²⁴ TSCHANNEN (2001), p. 11 s.

²⁵ TSCHANNEN / FRICK (2002), p. 17; voir cependant WAGNER PFEIFER (2004), p. 117, 142, pour qui l'existence d'une autorisation étatique peut justifier la réduction de la part de responsabilité du perturbateur par comportement.

²⁶ Décision de la Direction des travaux publics du canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, DEP 2000 p. 386, 395.

²⁷ Voir arrêt du TF du 26 février 1998, DEP 1998 p. 152, 158; arrêt du Tribunal administratif bernois, JAB 2003 p. 28, 34.

propriétaire de la citerne. C'est lui qui a un pouvoir de disposition en fait et en droit *sur le centre des investigations*²⁸.

- 2) Le Tribunal fédéral a jugé récemment²⁹, s'agissant d'une contamination causée par une installation d'incinération des déchets, que tant l'exploitant de cette installation que les communes propriétaires des biens-fonds pollués par ces déchets étaient détenteurs du site pollué. L'autorité d'exécution pouvait néanmoins valablement imposer au premier seulement l'obligation de procéder à l'investigation préalable (il faut préciser que selon l'état de fait, les autres détenteurs avaient, semble-t-il, accepté de participer aux frais d'investigations, lesquelles devaient être effectuées par l'exploitant de l'usine d'incinération).
- 3) Un contrat de superficie a été conclu entre la commune de Burgdorf (la propriétaire) et la société K. SA (la superficière), laquelle exploitait une entreprise d'affinage de peaux et fourrures sur l'immeuble en question. Le bien-fonds fut inscrit aux cadastres des sites susceptibles d'être pollués par des déchets. L'autorité cantonale demanda à la superficière de procéder à des investigations préalables. Peu de temps après, la superficière aliéna son droit de superficie à O. AG, puis fut mise en faillite et liquidée. L'autorité d'exécution s'adressa alors à la commune propriétaire pour lui demander de présenter un cahier des charges pour l'investigation préalable. Celle-ci s'y refusa et considéra que l'autorité d'exécution cantonale devait s'adresser à la nouvelle superficière. Le Tribunal administratif devait donc déterminer, qui, du nu propriétaire – la commune – ou de la superficière actuelle, était détenteur au sens de l'art. 20 OSites. Il considéra à cet égard, en confirmation de la décision rendue par l'instance précédente, que tous deux étaient détenteurs au sens de l'art. 20 OSites, et que l'autorité pouvait choisir le détenteur qui était le mieux à même de procéder aux investigations préalables en raison de sa proximité avec l'immeuble et les événements polluants en cause. L'autorité d'exécution cantonale n'avait pas dépassé son pouvoir d'appréciation en désignant la com-

²⁸ Arrêt du TF du 31 juillet 2003, 1A.2/2003.

²⁹ Arrêt du TF du 22 octobre 2002, 1A.86/2002.

mune comme détentrice, au motif qu'elle était la plus proche des informations nécessaires³⁰.

- 4) La communauté des propriétaires par étages est la détentrice d'un immeuble d'où provient un écoulement de mazout causé par un remplissage défectueux de la citerne³¹.

On relèvera encore qu'en cas de pluralité de détenteurs, l'autorité n'est pas tenue de prendre en compte les éventuels rapports de droit privé existant entre eux pour désigner celui qui sera tenu de prendre les mesures d'investigation et d'assainissement au sens de l'OSites. Le Tribunal fédéral en a jugé ainsi, il est vrai sans beaucoup s'étendre sur cette question, dans une affaire de déchets³². Il s'agissait en l'espèce de déterminer qui, de la locataire d'un terrain sur lequel étaient entreposés des déchets, ou du propriétaire, était détenteur de ces déchets au sens de l'article 31c alinéa 1 LPE et donc tenu de les éliminer. La locataire désignée comme détentrice des déchets par l'autorité d'exécution cantonale faisait valoir qu'il incombait au propriétaire actuel du terrain d'éliminer les déchets, conformément aux obligations du propriétaire d'ouvrage et du bailleur fondées sur le droit privé. Le Tribunal fédéral a considéré au contraire que pour appliquer l'art. 31c alinéa 1 LPE, l'autorité cantonale n'avait pas à rechercher si le propriétaire foncier avait des obligations particulières à l'égard de son locataire. Cette solution peut être transposée au droit des sites contaminés, la notion de détenteur étant similaire dans les deux domaines. Ainsi, l'autorité d'exécution de la LPE désigne le détenteur conformément aux critères du droit public sans être liée, ni même être tenue, d'examiner les éventuelles obligations de droit privé liant les parties.

3. L'exécution par l'autorité

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 dan-

³⁰ Arrêt du Tribunal administratif bernois du 12 juillet 2002, JAB 2003 p. 28.

³¹ Arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, RVJ 2002 p. 59.

³² Dans l'arrêt du TF du 15 octobre 2002 (1A.179/2002, consid. 3.2), le Tribunal fédéral a retenu qu'est détenteur de déchets celui qui a «*en fait un pouvoir de disposition sur ces déchets [dans le texte allemand: «Inhaber»]; ce n'est pas nécessairement la personne qui est à l'origine de leur production. Le locataire d'un terrain ou d'un dépôt où se trouvent des déchets peut donc être leur détenteur, chargé partant de l'élimination en vertu de l'art. 31c al. 1 LPE. Il en va a fortiori ainsi quand celui-ci récolte des déchets, s'occupe de leur stockage provisoire ou en assure le traitement d'une manière ou d'une autre*».

ger 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.

En outre, en-dehors de ces cas, le Tribunal fédéral admet que l'autorité peut également, si elle le souhaite, procéder elle-même aux investigations requises par l'OSites et en mettre les frais à la charge des perturbateurs selon l'article 32d LPE. Elle procédera ainsi pour éviter que le détenteur du site ne retarde la procédure d'assainissement en contestant, par les voies de droit, son obligation de procéder aux investigations requises³³. Le projet de révision entend formaliser cette règle en inscrivant dans la loi que l'autorité peut intervenir spontanément si la responsabilité des mesures à prendre et leurs paiements sont sujets à contestation ou si cela s'avère judiciaire pour assurer une action coordonnée en raison des personnes impliquées (art. 32c al. 3 let. c et d du projet)³⁴.

Il convient de noter que le droit cantonal prévoit parfois la création d'une *hypothèque légale de droit public* en faveur du canton pour garantir le remboursement des frais liés à cette exécution par substitution³⁵.

F. L'obligation d'assumer les coûts des mesures d'investigation et d'assainissement

Le **détenteur** du site, tenu de procéder aux mesures d'investigation ou d'assainissement conformément à l'article 20 OSites, n'a en général pas les compétences techniques de les exécuter lui-même. Il doit être secondé par des bureaux spécialisés qu'il mandate lui-même et dont il règle les honoraires. Les frais de ces mesures sont très variables, mais peuvent être estimés en moyenne entre Frs 10'000 et Frs 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 varie de quelques dizaines de milliers à plusieurs millions de francs.

Compte tenu de ces enjeux financiers, la question centrale est de savoir si et à quelles conditions le détenteur désigné comme responsable des mesures

³³ Arrêt du TF du 3 mai 2000, 1A.214/1999 consid. 2f, reproduit *in* DEP 2000 p. 590.

³⁴ A noter que le Conseil des États a décidé de supprimer les lettres c et d de l'art. 32c al. 3 du projet lors de sa session du 29 septembre 2004 (BOCE 2004 526).

³⁵ Voir p. ex. l'art. 21 de la loi genevoise d'application de la législation fédérale sur les sites contaminés du 31 janvier 2003 (RS/GE K 1 71).

prévues par l'OSites peut faire reporter tout ou partie des frais qu'il encourt sur les personnes qui ont contribué à la pollution. Elle est régie par l'article 32d LPE, disposition qui a déjà fait couler beaucoup d'encre en raison de son manque de clarté et des problèmes d'interprétation qu'elle soulève. Cette disposition fait l'objet d'un projet de révision du 20 août 2002³⁶.

1. Le champ d'application de l'article 32d LPE

Selon son texte, l'article 32d LPE s'applique aux frais d'*assainissement*, lesquels englobent les frais d'investigation propres à établir l'existence de la contamination³⁷. Il implique donc l'existence d'un site contaminé.

La LPE et l'OSites sont en revanche muettes sur le financement des *frais d'investigation préalable* lorsque celle-ci démontre que le site n'est pas contaminé. La doctrine est divisée. Pour certains auteurs, les frais de l'investigation historique et technique doivent être supportés par le détenteur du site (art. 2 LPE) s'il s'avère que le site n'est pas pollué ou qu'il ne nécessite ni surveillance ni assainissement, l'autorité pouvant toutefois appliquer l'article 32d LPE par analogie. D'autres sont d'avis que ces frais doivent être **à la charge des cantons**³⁸.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé incidemment sur cette question dans une affaire qui ne concernait pas directement la prise en charge de ces coûts, mais la détermination de la personne qui devait effectuer les mesures d'investigation. Il a mentionné que, même si les investigations ne confirment pas l'existence d'un site contaminé, il convient néanmoins de procéder à une répartition des frais qui soit analogue à celle prévue par l'article 32d LPE: il faut donc répartir les frais proportionnellement à la part de responsabilité de chacune des personnes impliquées et soupçonnées d'avoir provoqué une contamination³⁹.

L'article 32d al. 4 du projet de révision prévoit pour sa part 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*.

³⁶ FF 2003 4559 ss.

³⁷ Arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, RVJ 2002 p. 59, 64.

³⁸ CUMMINS, p. 105.

³⁹ Arrêt du TF du 3 mai 2000, 1A.214/1999 consid. 2f, reproduit *in* DEP 2000 p. 590.

2. La répartition entre les divers perturbateurs

a. Selon leur participation causale à la pollution

L'article 32d LPE concrétise le principe du pollueur-payeur de l'article 2 LPE et prévoit de manière lapidaire que: «*Celui qui est à l'origine de l'assainissement en supporte les frais*». Cette règle ne pose pas de difficultés lorsque le détenteur du site tenu de l'assainir est en même temps l'auteur de la pollution: il en assumera seul les frais.

Il arrive cependant fréquemment que plusieurs personnes soient impliquées dans la pollution du site. Il en va ainsi lorsqu'une décharge ou un site industriel a eu plusieurs exploitants, qui ont tous contribué à la contamination. L'article 32d alinéa 2 LPE pose le principe de la **répartition selon la part de responsabilité**. Il 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'article 54 LEaux et de l'article 59 LPE en matière d'exécution anticipée⁴⁰. Il prévoit une cascade de responsabilité entre le perturbateur par comportement et celui par situation selon les principes suivants:

1. 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, causent directement un danger ou une perturbation contraire au droit⁴¹. 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 sécurité⁴². En outre, il est nécessaire que la situation ou le comportement du perturbateur **soit en relation de causalité immédiate avec la menace ou l'atteinte**⁴³. Une faute du perturbateur n'est pas exigée⁴⁴. Si elle existe, elle est un facteur aggravant de responsabilité.

⁴⁰ Arrêt du TF du 27 septembre 2000, 1A.366/1999, in DEP 2000 p. 785, résumé en français in RDAF 2001 I 653; WAGNER PFEIFER (2004), p. 120 ss, et les nombreux exemples cités.

⁴¹ ROMY (2003), p. 159; TSCHANNEN / FRICK (2002), p. 7.

⁴² ATF 118 Ib 407 consid. 4c; RVJ 2002 p. 59, 63.

⁴³ ATF 118 Ib 407 consid. 4consid.

⁴⁴ TSCHANNEN / FRICK (2002), p. 7 et 14.

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

Il convient encore de souligner que la responsabilité est indépendante de l'illicéité du comportement par rapport au droit en vigueur à l'époque des faits⁴⁵ sauf en cas de responsabilité pour omission, laquelle exige la violation d'une règle impérative et concrète⁴⁶.

Sur la base de ces principes, sont perturbateurs par comportement:

- 1) L'exploitant d'une décharge qui pollue la nappe phréatique.
 - 2) Le propriétaire qui procède à un projet de construction et qui procède à des travaux d'excavation qui font migrer des hydrocarbures, jusque là emprisonnés dans un sous-sol imperméable, vers la nappe phréatique⁴⁷.
 - 3) Certains auteurs admettent que le propriétaire d'un bien-fonds qui, moyennant paiement, le met à disposition d'un tiers pour qu'il y exploite une activité polluante (décharge), est aussi perturbateur par comportement⁴⁸.
2. La **collectivité publique**, Commune, Canton ou Confédération, répond comme tout particulier si elle exploite une entreprise polluante. En outre, elle peut également être recherchée en sa qualité de détentrice de la puissance publique si elle viole ses devoirs de police de manière illicite. Toute omission d'agir ou de prévenir la réalisation d'un risque (par exemple la contamination des eaux souterraines) ne suffit pas à engager la responsabilité de la collectivité publique. Il faut que la collectivité publique ait violé un devoir important de sa charge ou omis de prendre une mesure de surveillance qui s'imposait impérativement dans un cas concret⁴⁹.
 3. S'il y a plusieurs responsables par comportement, chacun prendra à sa charge une part des coûts, proportionnellement à sa responsabilité objective et subjective. Le perturbateur fautif encourra une responsabilité plus

⁴⁵ Arrêt du TF du 26 février 1998, DEP 1998 p. 152.

⁴⁶ Voir ATF 114 Ib 44, JT 1990 I 482.

⁴⁷ Voir arrêt du TF du 15 juin 1994, DEP 1994 p. 501 et WAGNER PFEIFER (2004), p. 124.

⁴⁸ WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 131.

⁴⁹ Voir arrêt du TF du 27 septembre 2000, 1A.366/1999 consid. 3a, DEP 2000 p. 785, résumé en français in RDAF 2001 I 653. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis le principe d'une responsabilité de la collectivité publique tout en l'excluant dans le cas d'espèce.

grande; on applique par analogie les principes de répartition interne entre plusieurs responsables posés par l'art. 51 CO⁵⁰.

4. Celui qui est impliqué uniquement en tant que **détenteur**⁵¹ du site (le **perturbateur par situation**⁵²) 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 alinéa 2 LPE. De nombreuses incertitudes demeurent quant à la portée de ces clauses d'exclusion, qui paraissent restrictives et qui devront être précisées par les tribunaux. On peut néanmoins avancer quelques remarques:
 - a. *Le détenteur n'a pas pu avoir connaissance de la pollution même en appliquant le devoir de diligence* (art. 32d al. 2 let. a LPE); cela signifie qu'au moment où il a acquis la parcelle, le propriétaire n'avait pas connaissance (ou n'aurait pas dû avoir connaissance) d'éléments qui indiquaient qu'il devait compter avec une pollution. De tels éléments peuvent résulter notamment de l'inscription au cadastre ou de l'affectation de la parcelle⁵³. L'acheteur d'un terrain ne peut pas s'exonérer simplement en refusant de procéder à un audit environnemental si l'exploitation ou l'utilisation du terrain donne lieu à supposer qu'une pollution est possible, par exemple en raison de l'existence d'une industrie polluante. On notera qu'une telle preuve sera pratiquement impossible à rapporter lorsque tous les sites pollués figureront au cadastre.
 - b. *Le détenteur n'a retiré aucun bénéfice de la pollution* (art. 32d al. 2 let. b LPE); le propriétaire doit démontrer qu'il n'a obtenu aucun profit de la pollution (par ex. qu'il n'a pas économisé des frais de traitement des déchets). Un tel bénéfice peut aussi résulter du fait que l'acheteur a payé un prix moindre pour le terrain en raison de la pollution⁵⁴.

⁵⁰ Arrêt du TF du 27 septembre 2000, 1A.366/1999, consid. 2b, DEP 2000 p. 785, résumé en français in RDAF 2001 I 653.

⁵¹ Sur la notion de détenteur, voir *supra*, II.E.2.

⁵² Voir SEILER, no 68 ad art. 2 LPE.

⁵³ TSCHANNEN, no 28 ad art. 32d LPE.

⁵⁴ TSCHANNEN, no 29 ad art. 32d LPE.

- c. *Le détenteur ne retire aucun bénéfice de l'assainissement* (art. 32d al. 2 let. c LPE). Certains auteurs considèrent qu'il y a bénéfice lorsque l'assainissement apporte une plus-value sensible au bien-fonds ou permet d'étendre son utilisation⁵⁵. Pour d'autres, l'assainissement profite toujours au propriétaire, de sorte que seuls les locataires bénéficient de cette clause d'exclusion⁵⁶. Le projet de révision entend clarifier cette clause en précisant que le détenteur ne retire aucun bénéfice tant que les mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement ont pour seul effet de permettre un aménagement du terrain conforme à son affectation. Le détenteur ne devrait être tenu de participer aux frais que si ces mesures apportent des avantages supplémentaires⁵⁷.

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 bien 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 proportionnalité⁵⁸.

b. *L'absence de solidarité entre les perturbateurs*

La question est débattue en doctrine de savoir si les perturbateurs répondent solidairement entre eux des frais d'assainissement. En d'autres termes, il s'agit de déterminer qui assume la part d'un perturbateur introuvable ou insolvable: cette part doit-elle être imputée aux autres perturbateurs par comportement ou par situation ou doit-elle être supportée par la collectivité publique? Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question expressément pour

⁵⁵ BUDLIGER (1997), p. 296, 307; ZAUGG (1996), p. 481, 492.

⁵⁶ TSCHANNEN, no 30 ad art. 32d LPE; CUMMINS (2000), p. 154 s.

⁵⁷ Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 20 août 2002, FF 2003 4527 ss, 4548.

⁵⁸ Voir ATF 114 Ib 44, JT 1990 I 482.

l'article 32d LPE, mais la jurisprudence rendue en application de l'article 59 LPE opte pour une absence de solidarité entre les divers perturbateurs⁵⁹.

L'article 32d al. 2^{bis} du projet de révision de la LPE entend inscrire expressément dans la loi que la collectivité doit prendre en charge les frais de défaillance. Cette solution a été approuvée par le Conseil national lors de sa session du 18 mars 2004⁶⁰ et par le Conseil des États le 29 septembre 2004⁶¹.

La Confédération accorde des indemnités aux cantons pour le financement des mesures d'assainissement (les indemnités sont financées par le fonds constitué selon l'OTAS, qui prévoit des taxes sur le stockage des déchets). L'article 32e du projet étend ce financement.

3. La procédure

La répartition des frais selon l'article 32d LPE 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 déterminée par le droit cantonal qu'elle rende une **décision sur la répartition des coûts**. En outre, l'article 32d alinéa 3 LPE prévoit que 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 alinéa 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.

L'autorité rendra sa décision sur la base des principes examinés plus haut, en fonction des responsabilités causales des différents perturbateurs et de leurs éventuelles fautes respectives.

La responsabilité selon l'article 32d LPE étant de droit public, la contribution de chacun des perturbateurs est due à l'État et non pas 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'État et non pas contre les autres perturbateurs⁶².

⁵⁹ ATF 118 Ib 407 consid. 4 et arrêts cités par ROMY (2003), p. 161.

⁶⁰ BOCN 2004 472.

⁶¹ BOCE 2004 526.

⁶² TSCHANNEN (2001), p. 17 s.; ROMY (2003), p. 162 s.

La loi ne précise pas expressément quand la décision peut être demandée. Il découle de l'article 17 OSites que la demande doit avoir lieu en principe avant l'élaboration du projet d'assainissement⁶³.

Quelques cours cantonales ont jugé, en s'appuyant sur l'avis d'une partie de la doctrine, que la décision sur les coûts ne peut être rendue que si un assainissement s'avère nécessaire au sens de l'OSites⁶⁴; dans les autres cas, il conviendrait d'appliquer le droit des déchets, en particulier l'article 32 alinéa 1 LPE (selon lequel le détenteur des déchets assume les coûts de leur élimination). Cette solution doit, à mon avis, être rejetée et conduirait à des résultats inéquitables. Si l'introduction d'une procédure selon l'OSites est justifiée en raison d'un soupçon suffisant de pollution, toutes les conséquences financières devraient être régies par l'article 32d LPE. On voit mal pourquoi le détenteur devrait assumer seul les coûts des mesures d'investigation nécessaires et ordonnées par l'autorité si le site est pollué mais qu'aucun assainissement n'est requis, alors qu'il pourrait demander une décision de répartition de ces frais dans le cas contraire. C'est donc à raison que le Tribunal fédéral a mentionné dans un *obiter dictum*, sans prendre définitivement position sur la question, que l'article 32d LPE s'applique aussi à la répartition des frais d'investigation préalable lorsqu'un assainissement n'est pas nécessaire⁶⁵. Il s'ensuit que la décision de répartition des coûts est indépendante de l'existence d'un cas d'assainissement.

Si les frais ne sont pas connus de manière certaine au moment où l'autorité est tenue de se prononcer, elle les répartira selon des pourcentages ou quotes-parts correspondant à la part de causalité de chaque perturbateur. Selon STUTZ⁶⁶, lorsque la décision sur les coûts est prise en même temps que la décision d'assainissement et que le montant total des coûts d'assainissement n'est pas connu, l'autorité peut fixer des quotes-parts. Le montant exact des frais sera alors précisé dans une deuxième décision.

⁶³ Voir encore *infra*, II.F.4.

⁶⁴ Décision de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne (Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion) du 13 janvier 2000, JAB 2001 p. 83, 91; Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, DEP 2000 p. 386; CUMMINS (2000), p. 93 ss; HARTMANN / ECKERT (1998), p. 603, 610.

⁶⁵ Arrêt du TF du 3 mai 2000, 1A.214/1999 consid. 2f, reproduit in DEP 2000 p. 590.

⁶⁶ STUTZ (2001), p. 22 ss.

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 rendue⁶⁷.

4. *La prescription*

La question de la prescription éventuelle des obligations fondées sur l'article 32d LPE est débattue en doctrine⁶⁸ et n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral. Il convient à mon sens de distinguer les points suivants:

a. *La prescription de l'obligation matérielle d'assainir*

L'obligation matérielle d'exécuter les mesures d'investigation et d'assainissement est par nature imprescriptible⁶⁹: 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 persiste⁷⁰. Peu importe dès lors que les faits à l'origine de la pollution soient survenus il y a des décennies.

b. *La prescription de l'obligation de financer*

Les avis sont partagés, en revanche, pour ce qui est de l'obligation de financer les mesures d'investigation et d'assainissement. Le perturbateur par comportement qui, par hypothèse, a contribué à la pollution par ses actes il y a des décennies, peut-il opposer l'exception de prescription au canton, s'il est recherché sur la base de l'article 32d LPE? Dans l'affirmative, quel est le délai de prescription applicable? WAGNER PFEIFER soutient l'avis que les obligations découlant de l'article 32d LPE se prescrivent, sans préciser la durée du délai de prescription. Elle se réfère cependant dans ses explications au délai de prescription extraordinaire de trente ans par application analogique de l'article 662 du Code civil. NEF est du même avis⁷¹. D'autres sont de l'opinion que les créances fondées sur l'article 32d LPE ne se prescrivent pas tant que les besoins d'assainissement existent⁷². Cette opinion doit être suivie. Elle est conforme à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en

⁶⁷ ZUFFEREY (1999), p. 44, 83; STUTZ (2001), p. 26 ss.

⁶⁸ Voir WAGNER PFEIFER (2004), p. 117, 148 et les références citées.

⁶⁹ WAGNER PFEIFER (2004), p. 148; LINIGER (2000), p. 95, 116.

⁷⁰ ATF 114 Ib 44 consid. 4, JT 1990 I 482; ATF 105 Ib 265 consid. 3b, JT 1981 I 250.

⁷¹ NEF (1998), p. 399.

⁷² TSCHANNEN / FRICK, p. 19.

matière d'exécution par équivalent sur la base de l'article 8 LPEP⁷³. 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 LPE⁷⁴.

En outre, la solution proposée notamment par WAGNER PFEIFER conduirait à des inégalités de traitement. Si l'on suit la jurisprudence du Tribunal fédéral applicable au remboursement des frais liés à l'exécution par équivalent citée précédemment⁷⁵, le perturbateur par comportement tenu d'assainir un site sur la base de l'article 20 alinéa 2 OSites ne peut pas réclamer à l'État le remboursement de ses dépenses d'assainissement, puisqu'il agit en exécution d'une obligation résultant d'une règle de police, laquelle est imprescriptible. Si c'est l'autorité qui assainit à la place du perturbateur par comportement en raison de l'inactivité de ce dernier, elle peut également exiger du perturbateur par comportement le remboursement des coûts de cette exécution par équivalent, pour les mêmes raisons. Il en irait cependant autrement si c'est le perturbateur par situation qui assainit, puis exige une décision de répartition des coûts; si l'on suit l'avis de WAGNER PFEIFER et NEF, le perturbateur par comportement pourrait dans ce cas opposer l'exception de prescription au Canton. Cette solution n'est pas satisfaisante, car l'admissibilité de la prescription ne saurait dépendre de la question de savoir qui exécute l'assainissement.

Enfin, WAGNER PFEIFER et NEF proposent d'appliquer par analogie le délai de prescription acquisitive extraordinaire de 30 ans de l'article 662 CC. Cependant, ce délai de prescription extraordinaire ne s'applique pas aux immeubles du domaine public⁷⁶. Il devrait donc en aller de même des créances de droit public liées à la protection des biens protégés par l'ordre public⁷⁷.

⁷³ ATF 114 Ib 44, consid. 4, JT 1990 I 482.

⁷⁴ Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, DEP 2000 p. 386.

⁷⁵ Voir note 95.

⁷⁶ ATF 113 II 236.

⁷⁷ Dans l'arrêt publié à l'ATF 105 Ib 265, le TF a admis que le droit de l'État d'exiger un reboisement après un défrichement illicite se périmait à 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: consid. 3b.

Pour toutes ces raisons, il faut admettre que si l'obligation d'assainir ne se prescrit pas, il en va de même de l'obligation de financer ces mesures, qui découle de la première et se substitue à la prestation en nature. Une solution contraire conduirait à des résultats peu équitables et arbitraires. Faute de disposition légale contraire, la prescription des éventuelles créances relatives aux coûts de l'assainissement ne commence pas à courir tant que dure le besoin d'assainissement.

c. La péremption du droit de demander une décision de répartition des coûts et la prescription des créances fondées sur cette décision

Il faut distinguer encore la prescription des obligations fondées sur l'article 32d LPE de la question de savoir si la décision de répartition des coûts doit être demandée dans un certain délai. Là aussi, les avis divergent. Le rapport concernant la modification de la LPE considère que ce droit est imprescriptible, de sorte qu'une telle décision peut être exigée en tout temps⁷⁸. STUTZ est d'avis quant à lui que le droit de demander une décision de répartition des coûts devrait se périmier par cinq ans après l'entrée en vigueur de la décision d'assainissement⁷⁹. Le projet de révision entend introduire une nouvelle disposition pour ce qui concerne le régime particulier des travaux d'excavation, laquelle prévoit qu'une décision sur les coûts de traitement de ces matériaux doit être demandée dans le délai de cinq ans dès l'enlèvement des matériaux. Il ne prévoit en revanche rien en ce qui concerne l'article 32d LPE.

À mon avis, il convient d'admettre avec STUTZ que la sécurité du droit impose d'admettre un délai de péremption, sans quoi les parties à un assainissement resteraient indéfiniment dans l'incertitude quant à leur responsabilité éventuelle. On pourrait s'en tenir à cet égard au délai de cinq ans qu'il propose, usuel en droit administratif.

Enfin, une fois la décision de répartition des coûts rendue, la créance de l'État contre les différents perturbateurs et la créance du détenteur qui a procédé à l'assainissement en remboursement des frais qui dépassent sa quote-part devrait être soumis, par analogie, au délai général de prescription de cinq ans applicables aux créances de l'État fondées sur une exécution par substitution selon les articles 54 LEaux, 59 LPE ou 8 LPEP⁸⁰. Ce délai de-

⁷⁸ FF 2003 4548.

⁷⁹ STUTZ (2001), p. 12.

⁸⁰ ZBL 1981, p. 370 (TF); ATF 114 Ib 44 consid. 4, JT 1990 I 482.

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

vrait commencer à courir du jour où la décision sur la répartition des frais devient exécutoire⁸¹.

III. La distinction avec les règles sur les déchets: les enjeux dans les projets de construction

Le droit des sites contaminés présente des points de rapprochement avec le régime des déchets, ce qui peut conduire à des difficultés de délimitation, notamment lors d'un projet de construction. Il arrive en effet fréquemment que lors de l'exécution de travaux d'excavation, le maître de l'ouvrage découvre que le sol est pollué, par exemple par des hydrocarbures. Les matériaux d'excavation pollués doivent alors être traités et éliminés de manière respectueuse de l'environnement, ce qui entraîne des frais supplémentaires.

La question se pose dans un tel cas de savoir qui va supporter les coûts d'élimination des déblais pollués. C'est dans ce cadre qu'intervient la distinction, parfois délicate, entre le droit des déchets et celui des sites contaminés. La responsabilité pour les frais de traitement est réglée de manière différente dans les deux régimes. En résumé, le système est le suivant:

Les matériaux d'excavation pollués sont des déchets au sens de l'article 7 alinéa 6 LPE («*Par déchets, on entend les choses meubles dont le détenteur se défait ou dont l'élimination est commandée par l'intérêt public.*»). Le déchet est un **meuble**. Un immeuble, le sol, ne sont donc pas des déchets, mais de la terre excavée peut le devenir.

⁸¹ Il est vrai que la jurisprudence précitée à la note 80 prévoit que le délai de cinq ans applicable en matière de prescription des créances fondées sur les art. 59 LPE, 54 LEaux ou 8 LPEP commence à courir du jour où l'intervention a été exécutée et que le montant des frais est connu par l'autorité. Toutefois, ce point de départ du délai ne me paraît pas transposable aux créances de droit public fondées sur l'art. 32d LPE, qui ne naissent que lorsque la personne qui a procédé à l'assainissement demande une décision de répartition des coûts. En tous les cas, même si cette jurisprudence devait s'appliquer aussi aux créances fondées sur l'art. 32 d LPE, il faudrait alors admettre que le délai de prescription de cinq ans n'est pas un délai de prescription absolue mais qu'il peut être interrompu, notamment par la notification des décisions de l'autorité destinées à réclamer la participation de l'intéressé aux frais d'intervention causés par la pollution (ATF 122 II 26 consid. 5). Il s'ensuit que ce délai serait valablement interrompu par la demande de décision de répartition des coûts ainsi que par la notification de cette décision aux parties.

L'élimination de ces déchets doit être assurée par leur détenteur selon l'article 31c LPE. L'article 32 LPE prévoit en outre que les frais liés à l'élimination des déchets sont à la charge du **détenteur** des déchets. Il s'agit de la même notion de détenteur que celle examinée plus avant: le détenteur des déchets est celui qui a un pouvoir de disposition sur ces déchets; ce n'est pas nécessairement la personne qui est à l'origine de leur production⁸². Le deuxième alinéa de cet article prévoit en outre que si le détenteur ne peut pas assumer ces coûts pour cause d'insolvabilité, ou s'il ne peut pas être identifié, les cantons assument les coûts de l'élimination.

Il résulte de ce qui précède que le détenteur des déchets assume seul les coûts de leur élimination, même s'il n'est pas l'auteur de la pollution. Il ne peut pas demander à l'autorité de reporter une partie de ces coûts sur le perturbateur par comportement.

En revanche, si le site d'où proviennent ces matériaux est contaminé au sens de l'OSites, et que les travaux d'excavation sont exécutés dans le cadre du projet d'assainissement, les frais d'élimination de la terre excavée et polluée font partie des frais d'assainissement qui peuvent être répartis entre les divers perturbateurs selon l'article 32d LPE⁸³.

Cette différence de régime repose sur des circonstances de fait qui sont aléatoires et le résultat n'est pas très équitable pour le constructeur qui ignorait l'existence de la contamination et qui devra assumer seul les coûts de l'élimination des matériaux pollués. Le projet de révision entend remédier à cette situation grâce à l'article 32b^{bis} LPE. Cette disposition prévoit que si le site ne nécessite pas un assainissement (c'est-à-dire qu'il n'est pas contaminé, mais seulement pollué), le surcoût causé par l'investigation et l'élimination de matériaux d'excavation et de déblais sera assumé par celui qui est à l'origine du traitement ou du stockage spécial de ces matériaux lors de la construction ou de la modification de bâtiments. Si plusieurs personnes sont impliquées, le projet prévoit une répartition des frais selon leur part de res-

⁸² Arrêt du TF du 15 octobre 2002, 1A.179/2002, consid. 3.2. Dans cet arrêt, le TF admet que la société locataire d'un terrain sur lequel elle entrepose et trie des matériaux et qui s'apparente à une installation d'élimination des déchets, a la disposition de ce terrain et est détentrice de la totalité des déchets de cette exploitation, y compris des déchets déjà entreposés à cet endroit avant que la société ne commence ses activités.

⁸³ Rapport du 20 août 2002, FF 2003 4538 et 4542 s. Sur ces questions, STUTZ (1997), p. 758, 772 et WAGNER PFEIFER (2000), p. 596. Sur le régime des déchets de chantier, voir ZUFFEREY (1999), p. 63 ss.

ponsabilité: assument en premier lieu les frais la personne qui a causé la pollution par son comportement et celle qui construit ou modifie le bâtiment. À la différence de l'article 32d LPE, l'article 32b^{bis} prévoit expressément que les frais qui ne peuvent pas être imputés aux autres personnes impliquées sont assumés par le constructeur. Ils ne sont donc pas à la charge de l'État, comme en matière d'assainissement de sites contaminés.

L'article 32b^{bis} du projet prévoit encore que l'autorité rend une décision sur la répartition des coûts lorsqu'une personne concernée l'exige. Elle doit demander une telle décision dans le délai de 5 ans après l'enlèvement des matériaux. En outre, si la situation est claire, l'autorité tranchera dans la même procédure des questions de droit privé. Il convient de noter toutefois que le Conseil des États a rejeté cette disposition lors de sa session du 29 septembre 2004⁸⁴, de sorte qu'il n'est pas certain que le nouvel article 32b^{bis} LPE voie le jour.

IV. Quelques incidences de la réglementation de droit public sur les rapports de droit privé

Il arrive fréquemment que les diverses personnes qui sont impliquées dans une procédure OSites ou qui ont causé une contamination du sol soient liées entre elles par des rapports contractuels de droit privé, par exemple un contrat de vente, de bail ou de superficie. Ces accords peuvent prévoir une répartition des risques différente de celle qui découle du droit public. Prenons l'exemple d'un contrat de vente immobilière dans lequel le vendeur, exploitant d'une entreprise qui a causé une contamination du sous-sol, informe l'acquéreur de l'existence de la pollution, réduit le prix de vente du terrain en conséquence et s'exonère de toute responsabilité liée à cette pollution. Cette situation soulève des problèmes de coordination entre la réglementation de droit privé et celle de droit public. Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, les questions suivantes se posent:

1. La réglementation de droit privé lie-t-elle les autorités administratives? Est-ce que dans l'exemple cité, l'autorité doit mettre les frais à la charge de l'acquéreur et exonérer le perturbateur par comportement en se fondant sur le contrat de vente?

⁸⁴ BOCE 2004 525.

2. Inversement, les parties doivent-elles tenir compte de cette réglementation de droit public dans leurs rapports contractuels, et dans l'affirmative, de quelle façon?

Vu la complexité de ce sujet, je me contenterai ici de quelques éléments de réponse⁸⁵.

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

Il s'agit d'examiner ici si les parties à un contrat peuvent déroger au système de répartition des responsabilités de l'article 32d LPE et si cette réglementation de droit privé lie les autorités d'exécution dans une procédure fondée sur l'OSites et la LPE.

L'effet de la réglementation de droit privé sur la répartition des frais selon l'article 32d LPE fait l'objet de vives controverses doctrinales. La plupart des auteurs estiment que l'administration n'est pas liée par ces accords et n'est pas tenue de les prendre en considération; 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 fait⁸⁶. En effet, les particuliers ne peuvent pas, dans des conventions de droit privé, modifier la réglementation impérative de droit public⁸⁷. Plusieurs auteurs considèrent cette situation comme insatisfaisante, au motif que les parties sont renvoyées à agir devant le juge civil pour régler leurs éventuels différends qui subsisteraient après une décision fondée sur l'article 32d LPE, et préconisent diverses solutions pour y remédier⁸⁸.

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 parties⁸⁹. Le

⁸⁵ Sur ces questions, voir ROMY (2003), pp. 163 ss.

⁸⁶ HARTMANN / ECKERT (1998), p. 630; TSCHANNEN, no 31 ad art. 32d LPE.

⁸⁷ TSCHANNEN (2001), p. 16.

⁸⁸ Voir en particulier BAUMGARTNER (2001), p. 835, 838 ss et CUMMINS (2000), p. 242.

⁸⁹ Rapport du 20 août 2002, FF 2003 4544 s.

Sites contaminés: les points essentiels pour les propriétaires et exploitants

Conseil national a accepté cette modification, alors que le Conseil des États l'a rejetée, au motif qu'il apparaît problématique que les autorités administratives appliquent le droit privé. Le sort de cette disposition fera donc l'objet de la procédure de liquidation des divergences entre les deux chambres.

A mon avis, la solution du projet méconnaît les différences d'objet entre la procédure administrative et civile et entraîne de nombreuses difficultés. Il n'est pas souhaitable que l'autorité administrative soit légitimée à trancher *avec autorité de chose jugée* les rapports de droit privé liant les parties impliquées dans un projet d'assainissement. Certes, si l'équité l'exige, elle peut tenir 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 fait*⁹⁰, s'ils sont importants pour déterminer les intérêts économiques des parties et les parts de responsabilité⁹¹.

En outre, l'autorité ne peut pas s'écarter des principes posés par le droit public⁹². 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 public. 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 n'est plus perturbateur par situation⁹³.

L'autorité devrait entendre toutes les personnes concernées par la décision de répartition des coûts. Il est évidemment souhaitable que celles-ci puissent régler en une seule instance la répartition des coûts en considération des rapports de droit public et de droit privé. Pour cette raison, l'autorité devrait encourager les parties à trouver un accord sous seing privé et à renoncer à une décision sur la répartition des coûts⁹⁴. Toutefois, en l'absence d'un tel accord, l'autorité est tenue de répartir les frais selon les principes posés par

⁹⁰ Voir Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, in DEP 2000 p. 386, 392 s, consid. 2; STUTZ (1997), p. 776; TSCHANNEN, no 31 ad art. 32d LPE.

⁹¹ TSCHANNEN (2001), p. 16 s.

⁹² TSCHANNEN (2001), p. 15 s.

⁹³ Voir décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, DEP 2000 p. 386, 392 s, consid. 2.

⁹⁴ STUTZ (2001), p. 7, en particulier la note 19.

l'article 32d LPE; elle renverra les parties à agir devant le juge civil en cas de contestation sur les rapports de droit privé.

On ajoutera que le projet de révision, qui enjoint à l'autorité de prendre en compte les rapports de droit privé et de droit public pour répartir les coûts, présente le risque que les parties à un contrat mettent les frais à la charge d'un contractant insolvable. C'est l'autorité qui devrait alors supporter les frais de défaillance. Il apparaît d'emblée que tel ne saurait être le but de la révision, raison pour laquelle le rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national prévoit expressément que le dispositif de la décision de répartition des coûts doit être formulé de manière à garantir que l'obligation publique de payer n'expirera que si la personne censée assumer les coûts en vertu d'une convention de droit privé remplit effectivement son obligation⁹⁵.

B. 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 particuliers ne peuvent pas, vis-à-vis de l'État, 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, lequel trouve ses limites à l'art. 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 garantie. 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 sur un immeuble risquant d'être pollué. Je mentionnerai ci-après, à nouveau sans être exhaustive, quelques éléments à prendre en considération⁹⁶.

Il arrive que les parties à un contrat de vente 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 responsabi-

⁹⁵ Rapport du 20 août 2002, FF 2003 4553.

⁹⁶ Voir aussi sur ces questions ROMY (2003), p. 166 ss; BAUMGARTNER (2001), p. 846 ss et LINIGER (2000), p. 116 ss.

lité à cet égard. Dans une autre variante, le prix n'est pas modifié, mais le vendeur indemnise l'acquéreur du montant estimé des mesures de surveillance ou d'assainissement. Si l'acquéreur ne s'acquitte 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 s'acquitter des frais d'assainissement si l'autorité rend une décision sur la base de l'article 32d LPE. Dès lors, il est judicieux de 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*⁹⁷ lorsqu'elles incorporent un engagement contractuel indépendant. Leur inexécution est régie par les règles ordinaires sur la demeure (art. 102 ss CO)⁹⁸. 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'art. 127 CO⁹⁹. En outre, aucune incombance d'avis des défauts ne pèse sur l'acheteur¹⁰⁰.

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 convention-

⁹⁷ Selon la jurisprudence, il y a clause accessoire de garantie lorsque le vendeur promet un résultat futur qui dépasse les qualités selon le contrat de la chose vendue: ATF 122 III 426, 428 consid. 4, JT 1998 I 171; le TF admet dans cet arrêt que la clause suivante est une garantie indépendante: «*Les deux terrains sont situés dans la zone constructible [...]. Les vendeurs garantissent aux acheteurs la constructibilité des deux terrains. Si tel n'était pas le cas, les vendeurs s'engagent à racheter les terrains aux mêmes conditions. [...]*».

⁹⁸ TERCIER (2003), p. 101, no 660; ATF 91 II 344, JT 1966 I 530.

⁹⁹ ATF 122 III 426 consid. 5c *in fine*, JT 1998 I 171; SCHUMACHER / RÜEGG (2001), no 177.

¹⁰⁰ SCHMID (2000), p. 353, 378 s; HONSELL, no 17 ad art. 197 CO; SCHUMACHER / RÜEGG (2001), no 177.

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

Il faut encore préciser que les parties peuvent valablement limiter le montant 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 convention¹⁰¹. Une convention contraire serait nulle au regard du droit privé (art. 20 CO).

En ce qui concerne les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, elles devraient être formulées de façon claire et univoque. En matière de sites contaminés, il peut être judicieux de définir précisément les pollutions ou contaminations pour lesquelles une responsabilité du vendeur est exclue¹⁰², au besoin par référence aux rapports hydro-géologiques effectués dans le cadre des mesures d'investigation selon l'OSites. En outre, même clairement formulées, les clauses limitatives de responsabilité ne s'appliquent pas aux défauts auxquels l'acheteur ne pouvait raisonnablement pas s'attendre¹⁰³.

De même, les clauses de non-responsabilité sont invalides lorsque le vendeur a dissimulé les défauts frauduleusement (art. 199 CO)¹⁰⁴. Le dol du vendeur rend une clause exclusive de responsabilité inefficace et empêche l'application de la (brève) prescription ordinaire de cinq ans¹⁰⁵.

¹⁰¹ BAUMGARTNER (2001), p. 850.

¹⁰² SCHMID (2000), p. 373. Voir un exemple d'une telle clause dans LINIGER (2000), p. 118 s.

¹⁰³ Dans une affaire zurichoise de 1981 qui concernait la contamination du fonds vendu par des fuites de mazout, le Tribunal fédéral a traité plutôt sévèrement l'acheteuse avisée: elle savait au moment de la conclusion du contrat que des serres recouvraient le fonds encore sept ans auparavant. A l'époque, les risques de citernes et de conduites non étanches ainsi que les conséquences éventuellement graves au regard de la protection des eaux étaient généralement connues. C'est pourquoi il était exclu de considérer qu'elle ne pouvait raisonnablement pas compter avec le dommage dû au mazout. Le défaut était donc couvert par la clause de non-responsabilité: ATF 107 II 161, JT 1981 I 582. Cet arrêt a été commenté par WESSNER (1987), p. 10 ss.

¹⁰⁴ SCHMID (2000), p. 372; ATF 126 III 59 consid. 4a (en français).

¹⁰⁵ WAGNER PFEIFER (2000), p. 595; ATF 104 II 265 (en français); ATF 66 II 132, 139 s, consid. 6, JT 1940 I 554.

En pratique, les clauses d'exclusion ou de limitation de la garantie ou de responsabilité sont souvent liées à des assurances données par le vendeur sur ses connaissances de l'état de la chose vendue (par ex., le vendeur certifie qu'à sa connaissance, le sol n'est pas pollué, ou à l'inverse, qu'il l'est dans la mesure décrite dans le contrat)¹⁰⁶. De telles précisions peuvent être utiles pour éviter que l'acheteur n'invoque par la suite qu'il n'avait pas connaissance du défaut au sens de l'article 200 CO ou ne reproche au vendeur d'avoir frauduleusement dissimulé un défaut au sens de l'article 199 CO.

Conclusion

Le droit des sites pollués par des déchets a des conséquences importantes sur les droits liés à un immeuble. Il impose des obligations nouvelles, parfois lourdes financièrement, aux propriétaires, détenteurs et exploitants d'un bien-fonds pollué ou contaminé. Pour ces raisons, le droit public des sites contaminés constitue un élément essentiel à prendre en considération dans les transactions immobilières. Si la gestion d'une pollution ou d'une contamination du sol constitue souvent l'un des points centraux des négociations contractuelles en la matière, les parties ne tiennent pas toujours suffisamment compte de la responsabilité de droit public qu'elles peuvent être amenées à supporter sur la base de l'art. 32 d LPE. Bien qu'elles ne puissent pas s'exonérer de leur responsabilité de droit public vis-à-vis de l'État, elles ont toutefois la possibilité, dans leurs relations internes, de limiter les risques financiers en découlant, au moyen de clauses et de garanties contractuelles adéquates. Pour cette raison, les parties devraient apporter un soin tout particulier à la rédaction des contrats liés à l'utilisation ou à la vente d'un immeuble pollué.

¹⁰⁶ Voir des exemples de telles clauses dans SCHMID (2000), p. 373 s.

Bibliographie

- BAUMANN KONRAD, Le cadastre des sites pollués, DEP 2001, p. 731-757.
- BAUMGARTNER URS L., Altlasten-Kostenverteilung aus privatrechtlicher Sicht, DEP 2001, p. 835-857.
- BUDLIGER MICHAEL, Zur Kostenverteilung bei Altlastensanierung mit mehreren Verursachern. Die Regelung im revidierten USG und im Vorentwurf zur neuen Altlasten-Verordnung – Diskussionsbeitrag aus Sicht eines praktizierenden Rechtsanwaltes, DEP 1997, p. 296-311.
- COMMISSION DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ÉNERGIE DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 20 août 2002 sur l'initiative parlementaire «Sites contaminés. Frais d'investigation» (objet 98.451), FF 2003 4527-4558.
- CUMMINS MARK, Kostenverteilung bei Altlastensanierungen – Ausgleich unter Störern und Gemeinwesen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht, Zurich 2000.
- HARTMANN JÜRGE. / ECKERT MARTIN K., Sanierungspflicht und Kostenverteilung bei der Sanierung von Altlasten-Standorten nach (neuem) Art. 32d USG und Altlastenverordnung, DEP 1998, p. 603-633.
- HONSELL HEINRICH, Commentaire bâlois, OR-I, 3^{ème} éd., Bâle 2003.
- LINIGER HANS ULRICH, Unternehmensübernahmen aus umweltrechtlicher Sicht, in RUDOLF TSCHÄNI (éd.), Mergers & Acquisitions II, Zurich 2000, p. 95-123.
- NEF URS CH., Die Kostenpflicht bei der Sanierung von Altlasten, in ALEXANDER RUCH / GÉRARD HERTIG / URS CH. NEF (éd.), Festschrift für MARTIN LENDI, Zurich 1998, p. 389-406.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEPF), Sites contaminés, cadastre: établissement du cadastre des sites pollués, L'environnement pratique, Berne 2001.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEPF), Sites contaminés: recenser, évaluer, assainir, Berne 2001.
- ROMY ISABELLE, Les sites contaminés à la croisée du droit public et du droit privé, in Institut pour le droit suisse et international de la construction (éd.), Journées suisses du droit de la construction 2003, Fribourg 2003, p. 139-195.
- SCHMID JÖRG, Die Gewährleistung beim Grundstückkauf – Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, RNRF 2000, p. 353-389.

- SCHUMACHER RAINER / RÜEGG ERICH, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in ALFRED KOLLER (éd.), Der Grundstückkauf, 2^{ème} éd., Berne 2001, p. 175-292.
- STUTZ HANS W., Die Kostentragung der Sanierung – Art. 32d USG, DEP 1997, p. 758-782.
- STUTZ HANS W., Questions de procédure relatives à la répartition des frais, disponible sur Internet (<http://www.vur-ade.ch/pdf-files/Stutz.pdf>), p. 22 ss, traduction de l'allemand du texte original publié in DEP 2001, p. 798-834.
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd., Zurich 2003.
- TSCHANNEN PIERRE, Questions fondamentales relatives à la répartition des frais selon l'art. 32d LPE, texte disponible sur Internet (<http://www.vur-ade.ch/pdf-files/Tschannen.pdf>), p. 11 s, traduction de l'allemand du texte original publié in DEP 2001, p. 774-797.
- TSCHANNEN PIERRE / FRICK MARTIN, Der Verursacherbegriff nach Artikel 32d USG, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Bern 11.9.2002, p. 17, texte disponible sur Internet à l'adresse suivante: http://www.umwelt-schweiz.ch/imperia/md/content/altlasten/altlasten_pdf/gutachten_tschannen.pdf.
- VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT / HELEN KELLER (éd.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zurich:
- SEILER HANSJÖRG, Art. 2 LPE (2^{ème} éd., mars 2001)
 - TSCHANNER PIERRE, Art. 32d LPE (2^{ème} éd., mai 2000)
- WAGNER PFEIFER BEATRICE, Wer zahlt für Bodensanierungen? – Rechtliche Aspekte des Schwerpunktprogramms Umwelt/Integriertes Projekt Boden, PJA 2000, p. 591-598.
- WAGNER PFEIFER BEATRICE, Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Ueberwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien, ZBl. 2004, p. 117-156.
- WESSNER PIERRE-ANDRÉ, La clause d'exclusion de la garantie en raison des défauts de la chose immobilière, DC 1987, p. 10-13.
- ZAUGG MARCO, Altlasten - die neuen Bestimmungen, DEP 1996, p. 481-496.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Construire dans un sol réglementé, in Institut pour le droit suisse et international de la construction (éd.), Journées du droit de la construction 1999 – Volume I: conférences générales, Fribourg 1999, p. 443-84.