

Droit de la
responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2020

Environnement et responsabilité

Édité par
Christine Chappuis



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



CG
Collection
Genevoise

Journée de la responsabilité civile 2020

Environnement et responsabilité

Édité par
Christine Chappuis



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § 2021
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : CHRISTINE CHAPPUIS (éd.), *Environnement et responsabilité*, Collection Genevoise, Genève/Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8815-2

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021
www.schulthess.com

Diffusion en France : LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense –
92044 Paris – La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps
119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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

Sommaire

Avant-propos	5
Sommaire	9
Liste des auteurs	11
LUC RECORDON	
Responsabilité civile et environnement dans l'histoire politiques suisse	13
RAPHAËL MAHAIM	
La responsabilité civile au secours de l'environnement ?	
Le berger, le prisonnier, le gypaète et le pétrole	21
ANTOINE REFONDINI	
Atteintes à l'environnement, quelle place pour la responsabilité civile ?	37
ANNE-CHRISTINE FAVRE	
Responsabilité pour atteintes à l'environnement : droit privé ou droit public ?	53
ISABELLE ROMY	
Répartition contractuelle des risques liés aux responsabilités environnementales de droit public.....	81
MAKANE MOÏSE MBENGUE	
Le droit international et le dommage à l'environnement.....	117
VINCENT BRULHART	
L'assurance des risques environnementaux.....	163
DAVID RAEDLER	
Responsabilité de l'État pour le défaut de mesures en faveur du climat : lorsque les droits humains viennent en aide au climat	
<i>De l'arrêt Urgenda à une action générale s'imposant aux Etats par les droits humains</i>	<i>181</i>

Répartition contractuelle des risques liés aux responsabilités environnementales de droit public

Isabelle Romy*

Table des matières

I.	Généralités sur les responsabilités environnementales de droit public et délimitations.....	82
II.	Quelques caractéristiques des responsabilités environnementales de droit public et distinction avec la responsabilité civile	86
1.	Prévention et réparation des atteintes aux biens environnementaux vs réparation d'un dommage au sens civil	86
2.	Nature des responsabilités environnementales de droit public.....	88
3.	Perturbateurs vs responsables, causalité immédiate vs causalité adéquate.....	89
4.	Absence de prescription absolue des responsabilités environnementales de droit public	91
5.	Absence de solidarité entre les perturbateurs et sûretés financières.....	92
III.	Aperçu des régimes de responsabilité de droit public pour les sites pollués par des déchets, les atteintes portées au sol et la gestion des déchets	93
1.	Introduction.....	93
2.	Aperçu du régime des sites pollués.....	94
2.1	Sources et champ d'application	94
2.2	Mise en œuvre des mesures nécessaires et prise en charge des coûts imputables.....	95
3.	Aperçu du régime des sols pollués.....	100
3.1	Sources et champ d'application/délimitation avec le régime des sites pollués.....	100
3.2	Mise en œuvre des mesures nécessaires et prise en charge des coûts imputables.....	101

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et à l'EPFL, avocate. Je remercie chaleureusement Mme Judith Gelblat, assistante à la chaire d'enseignement du droit à l'EPFL et doctorante à l'Université de Fribourg, pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée lors de la préparation et de la mise au point de cette contribution.

4. Aperçu du régime des déchets pollués	102
4.1 Sources et champ d'application	102
4.2 Mise en œuvre des mesures nécessaires et prise en charge des coûts imputables.....	102
IV. Conclusion intermédiaire	105
V. Prise en compte des responsabilités environnementales de droit public dans les transactions de droit privé.....	106
1. Contexte.....	106
2. Sort des responsabilités de droit public dans les transactions commerciales et les accords à titre singulier	107
2.1 Transactions commerciales	107
2.2 Les transferts successoraux.....	109
2.3 Les contrats de cession ou d'usage à titre singulier	110
3. Quelques réflexions sur la rédaction des clauses contractuelles.....	110
VI. Remarques finales.....	111
VII. Bibliographie	113

I. Généralités sur les responsabilités environnementales de droit public et délimitations

Les activités polluantes en tous genres et l'utilisation de substances et d'organismes sont la cause d'atteintes nuisibles ou incommodes pour les êtres humains et leur environnement naturel. Cette notion englobe les animaux, les plantes, leur milieu naturel ainsi que tous les éléments indispensables à la vie que sont les eaux, l'air, le climat, les sols et les espaces vitaux².

Les effets des atteintes environnementales sur le bien-être et la santé de la population, sur les écosystèmes et leurs composés ainsi que sur les infrastructures sont régulièrement surveillés et évalués au moyen de divers indicateurs, en Suisse et au niveau international³. Leur impact économique global est très difficile à chiffrer, quand

² Nous utilisons ici la terminologie de l'art. 74 al. 1 Cst., qui attribue à la Confédération une compétence législative, globale, concurrente et obligatoire s'agissant de protéger les êtres humains et l'environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes. Sur cette base, la Confédération a édicté la LPE, complétée par plusieurs ordonnances d'exécution.

³ Le Conseil fédéral évalue au moins tous les quatre ans l'état de l'environnement en Suisse et présente les résultats à l'Assemblée fédérale dans un rapport : art. 107 LPE. Ses rapports décrivent notamment la méthodologie et les indicateurs utilisés pour dresser le bilan de la mise en œuvre de la politique environnementale dans différents domaines, notamment le climat, l'air, la biodiversité, les eaux, les forêts, etc. : voir Rapport Environnement Suisse 2018, p. 13.

bien même il est notoire que ces atteintes entraînent des coûts très substantiels pour la collectivité en général. En Suisse, à titre d'exemples, le traitement des eaux résiduelles polluées, la lutte contre les micropolluants ainsi que l'impact de la pollution de l'air sur la santé et sur les biens immobiliers notamment se chiffrent en milliards de francs par année⁴. D'autres atteintes à des ressources environnementales pourtant essentielles à la vie ne sont tout simplement pas mesurables en termes économiques ; il en va ainsi de la dégradation de la biodiversité et de l'extinction d'espèces.

En raison des intérêts publics et collectifs liés à la protection de l'environnement, la prévention des nuisances ainsi que la réparation des atteintes aux biens environnementaux sont principalement l'apanage du droit public. Le droit privé joue un rôle subsidiaire et intervient principalement comme mécanisme de réparation ; celle-ci est soumise à des conditions strictes et suppose, sauf exception, que les atteintes environnementales aient eu des répercussions sur un patrimoine privé⁵.

Ces normes de droit public ont des sources multiples et variées. Le législateur fédéral a fait usage de ses compétences constitutionnelles et a édicté en 1985 la loi sur la protection de l'environnement (LPE)⁶, assortie de nombreuses ordonnances ; celles-ci mettent notamment en œuvre les engagements internationaux de la Suisse dans les divers domaines d'application de cette loi. La LPE n'a pas été conçue comme une loi générale sur la protection du milieu naturel et laisse subsister de nombreuses autres lois applicables à des biens environnementaux protégés spécifiques⁷, telles que la loi sur la protection des eaux⁸, sur les forêts⁹, sur la protection de la nature et du paysage¹⁰, ou encore sur la pêche¹¹.

Chacune de ces lois, dans le cadre précis de son champ d'application, prévoit divers types de mesures de protection et de limitation des nuisances, en application du principe de prévention, de rang constitutionnel et énoncé dans plusieurs lois fédérales (art. 74 Cst. ; art. 1 al. 2 LPE ; art. 1 LEaux). Ce principe n'impose pas une interdiction absolue des nuisances mais tend à les limiter dans une mesure supportable économiquement¹². A titre d'exemple, l'art. 11 LPE prévoit expressément que les installations soumises à la LPE doivent limiter les pollutions atmosphériques, le bruit,

⁴ Rapport Environnement Suisse 2018, p. 92 s. (coût de la santé et détérioration des bâtiments) ; 103 s. (assainissement de biotopes) ; 114 (épuration des eaux usées et élimination des micropolluants).

⁵ Voir la contribution d'Anne-Christine FAVRE dans ce même ouvrage, p. 55. Les rapports entre le droit public et le droit privé en matière de protection de l'environnement sont encore discutés mais le Tribunal fédéral admet que les deux régimes présentent des convergences et des recoupements : ATF 126 III 223 consid. 3c et références (not. RASELLI, p. 284 s), trad./rés. JdT 2001 I 58 ; REGGS, n° 435 ss ; ZUFFEREY, *Le chantier*, p. 31 s. Cf. également DUPONT, *Droit public*, p. 429 et REY, p. 283.

⁶ Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

⁷ Voir une liste détaillée des lois qui instituent une protection de l'équilibre écologique ou de certains éléments du milieu naturel dans ZUFFEREY/ROMY, *Construction*, p. 205 ss.

⁸ Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20, LEaux).

⁹ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0, LFo).

¹⁰ Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451, LPN).

¹¹ Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (RS 923.0, LFSP).

¹² JUNGO, p. 178 ss ; GRIFFEL, n° 67 ss ; GRIFFEL/RAUSCH, *ad art.* 11 LPE, n° 8 ss.

les vibrations et les rayons par des mesures prises à la source, dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation et pour autant que cela soit économiquement supportable. Elles doivent les limiter plus sévèrement lorsque les atteintes sont nuisibles ou incommodes.

À côté des mesures préventives, les lois environnementales exigent l'exécution de mesures de réparation sous forme de remise en état ou de compensation en cas d'atteinte à certains biens protégés. L'art. 32c LPE impose aux cantons l'obligation de veiller à l'assainissement des sites pollués par des déchets lorsqu'ils engendrent des atteintes nuisibles ou incommodes aux eaux de surface ou souterraines, à la fertilité du sol ou à la qualité de l'air. L'art. 7 LFo commande de compenser tout défrichement en nature et dans la même région. L'art. 24e LPN permet d'imposer à celui qui porte atteinte à un site naturel, à un biotope ou à la végétation des rives les frais occasionnés par la réparation du dommage ou de fournir une compensation appropriée lorsque le dommage ne peut pas être réparé.

Le principe de causalité, appelé également principe du pollueur-payeur, postule que celui qui porte atteinte à l'environnement supporte les frais occasionnés pour supprimer, éviter ou restreindre les effets de l'atteinte (art. 74 al. 2 Cst. ; art. 2 LPE ; art. 3a LEaux ; art. 4 LRA¹³). Ce principe a pour but d'imputer ou d'internaliser les coûts des mesures prises pour combattre des atteintes à l'environnement. Toutefois, formulé de manière très générale, il ne désigne pas le responsable des mesures à prendre dans un cas particulier ni celui qui devra les financer et doit être concrétisé dans une loi ou une ordonnance¹⁴. Il convient dès lors, dans chaque cas particulier, de se référer à la réglementation applicable pour déterminer le débiteur de l'obligation matérielle d'exécuter une mesure prévue par la loi. Ainsi, il incombe au détenteur d'une installation soumise au régime de protection contre les accidents majeurs de prendre les mesures propres à protéger la population et l'environnement, à ses frais (art. 10 LPE). Les cantons éliminent les déchets urbains, les déchets de la voirie et des stations publiques ; les frais d'élimination des déchets urbains sont financés par une taxe causale (art. 31b et art. 32a al. 1 LPE). Les autres déchets, notamment les déchets d'excavation pollués, sont éliminés par leur détenteur, à ses frais (art. 31c et 32 al. 1 LPE). Les taxes d'incitations perçues sur les importations et la mise dans le commerce de composés organiques volatils, sur l'essence et sur l'huile diesel (art. 35a ss LPE) ou la taxe CO₂ (art. 29 ss LCO₂¹⁵) concrétisent également le principe de causalité.

De manière générale, lorsque la loi désigne le responsable d'une mesure de prévention, de limitation ou de réparation des atteintes environnementales, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une collectivité publique, il incombe à ce dernier d'en supporter les coûts, sauf disposition expresse prévoyant une autre répartition des

¹³ Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (RS 814.50).

¹⁴ ATF 138 II 111, consid. 5.3.2 ; TF arrêt du 4 juillet 2016, 1C_366/2015, consid. 3.3 ; GRIFFEL, n° 236 ss.

¹⁵ Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂ (RS 641.71).

coûts¹⁶. Ainsi, l'art. 59 LPE¹⁷ et l'art. 54 LEaux¹⁸ permettent à l'Etat de reporter sur les personnes désignées comme perturbatrices les coûts des mesures de police prises pour empêcher ou réparer des atteintes imminentes à l'environnement, respectivement d'une pollution des eaux. Entré en vigueur en 1997, l'art. 32d LPE prévoit que celui qui a exécuté des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement d'un site pollué (en général, le détenteur du site) peut demander à l'Etat qu'il rende une décision de répartition des coûts afin de faire reporter tout ou partie de ces frais sur les personnes à l'origine de la pollution.

Ce bref aperçu fait apparaître que les responsabilités environnementales peuvent prendre diverses formes et couvrent aussi bien les obligations matérielles d'exécuter les mesures prévues par la loi que les obligations financières d'en supporter les coûts.

L'ampleur de ces obligations financières est importante. A titre d'exemple, les coûts totaux du traitement des quelques quatre mille sites contaminés recensés¹⁹ en Suisse sont estimés à cinq milliards de francs²⁰. Une large partie de ces coûts est prise en charge par les particuliers. Trente-huit mille autres sites sont pollués²¹ ; l'existence de la pollution a un impact négatif sur la valeur des immeubles et renchérit les projets de construction. Les coûts de l'élimination des déchets d'excavation pollués de manière respectueuse de l'environnement s'élèvent à plusieurs centaines de millions par année²².

Compte tenu de ces enjeux, il est nécessaire de soigneusement prendre en compte ces responsabilités environnementales dans les transactions commerciales qui touchent à des entreprises ou installations qui ont ou ont eu des activités polluantes et peuvent être amenées à en répondre, ainsi que dans les contrats immobiliers. Bien que ces transactions soient soumises au droit privé, la connaissance des régimes de responsabilité du droit public est essentielle pour permettre aux parties de régler de manière adéquate le transfert des risques, les garanties, les éventuelles exclusions de responsabilité et partant, d'en déterminer le prix. La méconnaissance de ces règles peut conduire à la rédaction de clauses de garanties peu claires, imprécises ou inadéquates qui donneront lieu à contestation et litige. Ce risque est d'autant plus grand que le créancier des obligations environnementales fondées sur le droit public est l'Etat ; ce

¹⁶ ATF 118 Ib 407, consid. 3b et références citées.

¹⁷ Le texte de cette disposition est le suivant : « les frais des mesures que les autorités prennent pour empêcher une atteinte imminente, ainsi que pour en déterminer l'existence et y remédier, sont mis à la charge de celui qui en est la cause ».

¹⁸ Le texte de cette disposition est le suivant : « Les coûts résultant des mesures prises par l'autorité pour prévenir un danger imminent pour les eaux, pour établir un constat et pour réparer les dommages sont à la charge de celui qui a provoqué ces interventions. ».

¹⁹ En 2018, il restait quelques 3000 sites à assainir sur les 4000 recensés (Rapport Environnement Suisse 2018, p. 168).

²⁰ OFEV, Le traitement des sites pollués, p. 41.

²¹ Rapport Environnement Suisse 2018, p. 168 s.

²² Les recettes OTAS provenant de la taxe prélevée sur la mise en décharge s'élèvent p. ex. à 53,9 millions pour l'année 2019. Cette somme ne représente qu'un pourcentage du montant total des frais de mise en décharge.

dernier n'est pas lié par les conventions de droit privé entre les parties qui prévoiraient une répartition différente des risques et responsabilités environnementales. En revanche, les parties peuvent corriger dans leurs accords de droit privé les implications du régime de droit public et en tenir compte dans l'appréciation des risques liés à une transaction.

En bref, la bonne compréhension des règles du droit public est essentielle à une analyse fondée des risques de responsabilités et à la formulation de clauses contractuelles adéquates. Or ces responsabilités de droit public présentent des caractéristiques qui les distinguent parfois fortement des responsabilités civiles et qui peuvent être sous-évaluées par les parties. En outre, la portée de ces normes relativement nouvelles évolue au gré de la jurisprudence ; les tribunaux sont amenés à préciser des notions et principes jusque-là controversés et étendent dans certains cas le champ des obligations environnementales. Cette évolution est particulièrement marquée dans les domaines des sites pollués, des sols et de la gestion des déchets, qui sont étroitement liés et néanmoins soumis à des régimes de responsabilité de droit public très différents.

Après avoir rappelé les principales distinctions entre les responsabilités environnementales ici examinées et le droit de la responsabilité civile (chapitre II ci-après), cette contribution fera le point de la situation sur les développements législatifs et jurisprudentiels survenus ces dernières années dans ces domaines choisis (chapitre III). Elle abordera enfin les questions juridiques récurrentes qui se posent lors de transactions commerciales et de la rédaction des contrats (chapitre V).

II. Quelques caractéristiques des responsabilités environnementales de droit public et distinction avec la responsabilité civile

Les responsabilités environnementales fondées sur le droit public présentent des caractéristiques générales qui les distinguent parfois fortement des régimes de responsabilité de droit privé, contractuelle ou civile. Sans prétention à l'exhaustivité, nous mentionnerons ci-après les éléments les plus pertinents pour la présente contribution²³.

1. Prévention et réparation des atteintes aux biens environnementaux vs réparation d'un dommage au sens civil

Les responsabilités environnementales de droit public se fondent sur plusieurs normes légales qui doivent être soigneusement distinguées les unes des autres dès lors que leurs champs d'application et le régime de responsabilité qu'elles instaurent diffèrent parfois fortement²⁴. Chaque norme s'applique à des biens environnementaux

²³ Sur ces questions, voir également : DUPONT, *Droit public, RC et protection de l'environnement*, p. 432 ss ; RAUSCH, p. 362 ss ; WIDMER, p. 441 ss.

²⁴ À cet égard, voir aussi la contribution d'Anne-Christine FAVRE dans ce même ouvrage, p. 58 ss et 65 ss.

spécifiques, à un cercle de responsables déterminés et à des mesures de réparation ou de remédiation définies.

En dépit de ces différences, les normes de responsabilité de droit public ont pour caractéristique commune de s'appliquer à la prévention ou la réparation des atteintes aux biens environnementaux qui sont protégés pour eux-mêmes et non pas en raison de leur appropriation ou utilisation anthropocentrique. A titre d'exemples, l'art. 54 LEaux suppose une atteinte imminente ou un danger concret et sérieux pour les eaux superficielles et souterraines définies aux art. 2 et 4 LEaux. L'art. 59 LPE s'applique en cas d'atteintes imminentes au sens de l'art. 7 LPE. L'art. 32d LPE répartit les responsabilités financières en cas d'atteintes ou de risque concret d'atteintes aux eaux souterraines et de surface, la fertilité du sol et l'air.

Dans tous ces exemples, les mesures de prévention ou de réparation exigées par le droit public sont indépendantes de l'existence d'un préjudice économique au sens du droit privé.

Inversement, l'existence d'un dommage est une condition de la responsabilité civile, quel que soit le chef de responsabilité invoqué (art. 59a LPE, 679 et 684 CC)²⁵. La notion de dommage n'est pas définie dans la loi. Selon la jurisprudence fédérale, il est une diminution involontaire du patrimoine net, qu'il s'agisse d'une diminution de l'actif ou d'une augmentation du passif²⁶. Il se définit comme la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait été sans l'événement préjudiciable. Le dommage peut être seulement prévisible²⁷. En l'état actuel du droit suisse, les atteintes aux ressources naturelles qui ne sont pas répercutées sur un patrimoine privé ne sont pas réparables sous l'angle du droit privé, sauf base légale expresse ; l'art. 15 LFSP, qui permet dans une certaine mesure la réparation des atteintes aquatiques, constitue une telle exception²⁸.

L'étendue et la portée des mesures de prévention et de réparation exigées par le droit public sont définies par le but de protection de chaque loi considérée. L'objectif n'est toutefois pas toujours une remédiation ou un assainissement total de l'environnement mais le respect de certaines valeurs seuils posés dans les ordonnances. La LPE, la LEaux et leurs ordonnances d'application tolèrent ainsi une pollution résiduelle dès lors que certaines valeurs et concentrations de substances polluantes sont respectées. En outre, le principe de proportionnalité, de rang constitutionnel, s'applique et permet selon les cas de tolérer des dépassements des valeurs limites fixées par les ordonnances d'exécution. En d'autres termes, la

²⁵ DUPONT, *Droit public, RC et protection de l'environnement*, p. 433 s.

²⁶ Voir notamment ATF 133 III 462.

²⁷ ATF 86 II 41, consid. 4a.

²⁸ DUPONT, *Le dommage écologique*, n° 773 : l'art. 15 LFSP permet le remboursement des frais entraînés pour réparer une atteinte ; voir aussi : arrêt du TF du 25 septembre 2013, 1C_512/2012, consid. 3.1 et 3.2.

responsabilité est limitée aux mesures nécessaires au regard du but de protection de la législation considérée et conformes au principe de proportionnalité.

Le droit suisse de la responsabilité civile connaît quant à lui le principe de la réparation intégrale du dommage²⁹. S'agissant de l'atteinte portée à une ressource naturelle qui fait l'objet d'un droit privé, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la valeur de la ressource intacte avant l'événement dommageable correspond aux coûts de remplacement d'une ressource équivalente³⁰. Ainsi, le dommage causé par la pollution d'un captage d'eau potable se calcule sur la base des frais liés à la construction d'une nouvelle installation de pompage de même capacité³¹. Pour le cas où il n'existe pas de ressource de remplacement, le dommage peut se définir non pas en fonction des coûts d'une solution de remplacement, mais en fonction de l'atteinte causée au droit de propriété. Les deux méthodes sont alternatives, la priorité étant donnée à la ressource de remplacement. Dans les deux cas, l'évaluation du dommage pose des difficultés lorsque l'étendue et la durée de la pollution ne sont pas connues. En outre, en droit privé, les dommages-intérêts payés à la personne lésée ne doivent pas nécessairement être affectés à la réparation du milieu naturel.

2. Nature des responsabilités environnementales de droit public

Les responsabilités environnementales de droit public sont une expression du principe de causalité. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'un principe d'imputation des coûts qui n'a pas pour but de pénaliser un comportement illicite³². Il en découle qu'une faute ou négligence du responsable n'est pas exigée. Si elle existe, elle peut constituer un facteur aggravant de responsabilité³³. En revanche, l'illicéité est requise en cas d'omission. L'autorité devra alors démontrer que le perturbateur avait un devoir d'agir selon le droit en vigueur au moment des faits et qu'il ne s'y est pas conformé³⁴.

En outre, le fait que l'activité polluante en cause ait été conforme ou non à l'état de la technique ou même ait été approuvée par une autorité ne constitue pas un motif d'exonération³⁵. Le principe de causalité permet d'appréhender des atteintes environnementales que l'ordre juridique tolère, à la différence du droit de la responsabilité civile³⁶.

²⁹ *Prinzip des vollen Schadensausgleichs* : ATF 127 III 73, consid. 5c/cc.

³⁰ ATF 127 III 73, consid. 5.

³¹ TF arrêt du 23 février 1978, C.244/1997 – Einwohnergemeinde Biel und Lyss gegen Zuckerfabrik & Raffinerie Aarberg, consid. 9a ; partiellement publié à l'ATF 104 II 15, trad. JdT 1978 I 599.

³² TF arrêt du 7 décembre 2020, 1C_117/2020, consid. 4.2 ; TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, rés. DC 2018 p. 312, consid. 2 (pour l'art. 32d LPE) ; TF arrêt du 6 juin 2016, 1C_18/2016, consid. 3.2.2 ; SEILER, *ad art.* 2 LPE (2004), n° 74 ; TSCHANNEN/FRICK, p. 17.

³³ Arrêt TF, 1A.250/2005, du 14 décembre 2006, cons. 5.3, RDAF 2007 I, pp. 307 ss ; Arrêt TF, du 3 juillet 2006, 1A.277/2005 ; TSCHANNEN/FRICK, p. 7 et 14.

³⁴ TF arrêt du 25 avril 2016, 1C_418/2015 – Sagenbach.

³⁵ ATF 114 Ib 44 consid. 2c/cc ; TF arrêt du 25 avril 2016, 1C_418/2015 – Sagenbach.

³⁶ ATF 142 II 232, consid. 3.4 ; TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 2.

Le Tribunal fédéral a répété dans sa jurisprudence concernant le droit des sites pollués entré en vigueur en 1997 que l'obligation de prendre des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement ne contrevenait pas au principe de non-rétroactivité des lois même si les activités à l'origine de la pollution se sont déroulées dans un passé bien antérieur à l'entrée en vigueur de ces normes. En effet, dès lors que le danger pour les biens protégés perdure jusqu'au présent et ne peut être écarté que par un assainissement, il s'agit d'une rétroactivité improprement dite, d'emblée prévue par le législateur, qui est admissible. Il en va de même de l'obligation financière de prendre en charge les frais desdites mesures si les coûts sont nés après l'entrée en vigueur de la norme de responsabilité appliquée³⁷.

En matière de responsabilité civile, les activités qui présentent des risques particuliers pour les êtres humains et l'environnement sont régies par des lois spéciales qui contiennent une norme de responsabilité objective aggravée, indépendante de la violation d'un devoir de diligence ou d'une faute³⁸. A titre d'exemple, les installations ou entreprises qui présentent un danger particulier pour l'environnement répondent des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne (art. 59a LPE)³⁹. Ces normes de responsabilité civile n'ont pas d'effet rétroactif. En revanche, s'agissant d'atteintes environnementales qui perdurent, la question se pose de savoir quelle est la norme légale applicable *rationae temporis*. Par exemple, depuis 1971, plusieurs normes de responsabilité civile pour les dommages causés aux eaux sont entrées en vigueur successivement, à savoir l'art. 36 de l'ancienne loi sur la protection des eaux⁴⁰, remplacé par l'art. 69 aLEaux, lequel a été abrogé lors de l'entrée en vigueur de l'art. 59a LPE en 1997. L'existence et l'étendue d'éventuelles prétentions fondées sur ces normes doivent être déterminées selon les dispositions en vigueur à l'époque des faits à l'origine de ces prétentions⁴¹. Le moment à prendre en considération pour déterminer la norme de responsabilité civile applicable temporellement est celui où le risque se concrétise, à savoir le moment où les substances polluantes parviennent dans l'environnement. Peu importe que le dommage ne se manifeste que plus tard⁴².

3. Perturbateurs vs responsables, causalité immédiate vs causalité adéquate

Chaque norme de responsabilité fondée sur le droit public définit le cercle des personnes appelées à exécuter des mesures de prévention ou de réparation des

³⁷ TF arrêt du 6 juin 2016, 1C_18/2016, consid. 6.3 ; TF arrêt du 24 février 2016, 1C_524/2014 et 1C_526/2014, consid. 3.1.

³⁸ DUPONT, *Droit public, RC et protection de l'environnement*, p. 432 ss.

³⁹ D'autres lois spéciales contiennent une norme de responsabilité objective : p. ex. art. 39 LRaP ; art. 33 LITC (Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduite de combustible ou carburants liquides ou gazeux, RS 746.1) ; art. 58 LCR (Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière, RS 741.01) ; voir également la contribution d'Anne-Christine FAVRE dans le présent ouvrage, p. 65 s.

⁴⁰ Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution, abrogée en 1992 (LPEP, RS 814.20).

⁴¹ ATF 122 II 26, consid. 3.

⁴² WAGNER PFEIFER, *Haftungsrisiken*, p. 540 ss.

atteintes environnementales et, s'il est différent du premier, le cercle des personnes appelées à en prendre en charge les coûts. Dans ces deux cas de figure, les responsables des mesures et de leurs coûts sont qualifiés de perturbateurs. Cette notion se fonde sur le droit de police et inclut le perturbateur par comportement et par situation⁴³.

Le *perturbateur par situation* est la personne morale ou physique qui exerce une maîtrise de fait ou de droit sur une installation, un immeuble ou un meuble qui constitue la source des atteintes environnementales combattues par le droit public. Il lui incombe de remettre cette chose dans un état conforme à l'ordre public parce qu'il en dispose ou en jouit comme propriétaire ou possesseur⁴⁴. Pour cette raison, la responsabilité de perturbateur par situation suit l'immeuble en cas de cession, comme obligation quasi-réelle⁴⁵. Le détenteur actuel d'un site pollué est ainsi tenu d'exécuter les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement nécessaires selon l'OSites⁴⁶ et de les préfinancer ; il pourra faire reporter les coûts des mesures qu'il a financées sur les autres perturbateurs mais en supportera en règle générale une part⁴⁷. Le détenteur d'un sol pollué sera pour sa part tenu de l'assainir et de supporter les frais d'assainissement sans pouvoir se retourner contre d'autres responsables sur la base du droit public⁴⁸.

La notion de détenteur du droit public est autonome et indépendante de la situation juridique au regard du droit privé⁴⁹. Il peut s'agir du propriétaire du site, du locataire, du preneur de leasing, du superficiaire, de l'exploitant ou du gérant⁵⁰.

Dans les cas prévus par la loi, l'Etat peut reporter tout ou partie des coûts des mesures de prévention et de réparation nécessaires aux *perturbateurs par comportement*. La responsabilité est alors liée à un comportement ou à une activité à l'origine de la pollution. Les collectivités peuvent 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 concret⁵¹.

⁴³ ATF 139 II 106, consid. 3.1.1 (art. 32d LPE) ; ATF 131 II 743, consid. 3.1 ; ATF 118Ib 407, consid. 4c.

⁴⁴ ATF 118 Ib 407, consid. 4c.

⁴⁵ ATF 144 II 332, consid. 6.2 et références.

⁴⁶ Ordonnance du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués (RS 814.680).

⁴⁷ Voir *infra* III.2.2 (b).

⁴⁸ Voir *infra* III.3.2 (b).

⁴⁹ De jurisprudence constante, le détenteur est celui qui exerce une maîtrise de fait, en l'espèce sur un déchet, sans égard ni à la qualification de cette maîtrise en droit privé, ni au fait que le détenteur soit ou non responsable de la production de ce déchet (voir TF arrêt du 10 avril 2019, 1C_315/2018 et ROMY, *Sites contaminés*, p. 58 s.). En revanche, la notion de détenteur utilisé à l'art. 32b^{bis} LPE, norme de responsabilité civile, est une notion de droit privé plus étroite que celle retenue en droit public (voir ATF 119 Ib 492, consid. 4b/bb ; TF arrêt du 15 mars 2018, 4A_67/2017, consid. 3.3 et ZUFFEREY, *Pollueur-payeur*, p. 124).

⁵⁰ WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht*, n° 721 ss ; TSCHANNEN, *ad art.* 32c LPE, n° 6 ss ; TSCHANNEN/FRICK, p. 8.

⁵¹ Voir ATF 131 II 743, trad./rés. JdT 2006 I 699 ; TF arrêt du 31 octobre 2005, A.158/2005, DEP 2005, p. 711 ss ; TF arrêt du 3 juillet 2006, 1A.277/2005, consid. 5.6 ; TF arrêt du 27 septembre 2000, 1A.366/1999, consid. 3a, DEP 2000, p. 785 ss, trad./rés. RDAF 1/2001, p. 653 s.

Selon la jurisprudence fédérale, pour déterminer si une personne physique ou morale est perturbatrice par comportement ou par omission, il convient de recourir à la théorie de l'immédiateté et non pas à celle de la causalité adéquate applicable en responsabilité civile⁵². Selon la théorie de la causalité immédiate, seules comptent les causes qui provoquent directement le danger ou la gêne concrète, franchissant ainsi le seuil du danger. Le Tribunal fédéral a plusieurs fois rejeté l'opinion d'une partie de la doctrine qui préconise de recourir à la notion de causalité adéquate du droit de la responsabilité civile⁵³, tout en reconnaissant que les deux approches peuvent aboutir à des résultats identiques⁵⁴.

La vraisemblance prépondérante suffit pour établir la causalité immédiate lorsqu'en raison du temps écoulé, il n'est pas possible de la déterminer de manière absolument certaine⁵⁵.

En droit privé, chaque norme de responsabilité civile définit le chef de responsabilité et le cercle des responsables qui doivent remplir les conditions posées par la norme en vigueur au moment de l'activité polluante en cause. Dans ce sens, la notion de responsable est plus étroite que celle de perturbateur par comportement. Par ailleurs, le lésé devra prouver que son dommage se trouve dans un lien de causalité adéquate avec l'activité ou le comportement en cause. La preuve de la causalité soulève des difficultés particulières en cas d'atteintes latentes ou de pollution diffuse quand bien même le Tribunal fédéral a admis qu'un faisceau d'indices pouvait suffire pour identifier le responsable⁵⁶.

4. Absence de prescription absolue des responsabilités environnementales de droit public

Les obligations d'exécuter des mesures de remise en état des atteintes environnementales ainsi que les obligations de prise en charge des coûts relatifs ne se prescrivent pas, indépendamment de la date d'occurrence de l'activité polluante, tant que durent les atteintes et qu'il existe une prétention à les éliminer. Le Tribunal fédéral a confirmé maintes fois l'absence de prescription absolue des atteintes aux biens environnementaux et maintient sa jurisprudence en dépit des critiques d'une partie de

⁵² TF arrêt du 25 avril 2016, 1C_418/2015, consid. 2.2 ; TF arrêt du 24 février 2016, 1C_524/2014 et 1C_526/2014, consid. 5.1 ; TF arrêt du 25 septembre 2006, 1A.273/2005, 1A.274/2005 et 1P.669/2005, consid. 5.3 ; TF arrêt du 14 décembre 2006, 1A.250/2005, 1A.252/2005 et 1P.602/2005, consid. c. 5.3 ; TSCHANNEN/FRICK, p. 8.

⁵³ HARTMANN/ECKERT, p. 630 ; SCHERRER, p. 23 s.

⁵⁴ Voir notamment ATF 131 II 743, consid. 3 et références. La distinction a toutefois une importance procédurale non négligeable dès lors que la causalité adéquate est une question de droit et la causalité immédiate relève du fait, de sorte que le recours au Tribunal fédéral est limité sur ce point aux griefs énoncés aux art. 97 et 105 LTF : cf. ROMY, *ad art.* 32d LPE, n° 24 s.

⁵⁵ ATF 144 II 332, consid. 4.1.2. et références (droit des sites pollués).

⁵⁶ ATF 109 II 304 ; ROMERIO, p. 26 ss.

la doctrine⁵⁷. Il l'a réitérée dans un arrêt de juillet 2019, concernant une pollution du lac de Zurich suite au déversement, jusqu'en 1963, des eaux résiduaires d'une fabrique qui contenaient des boues de papier, lesquelles se sont accumulées sur le fond lacustre⁵⁸. Il a précisé dans cet arrêt qu'il découle de l'art. 32c al. 1 LPE que les sites pollués doivent impérativement être assainis lorsqu'ils causent des atteintes ou créent un risque concret de telles atteintes. Cette obligation est indépendante de la date à laquelle l'autorité compétente a eu connaissance de la pollution ou du fait qu'elle y aurait elle-même contribué, par exemple en délivrant une autorisation. Le perturbateur ne peut pas davantage se prévaloir de l'inaction des autorités ; compte tenu du nombre de sites à assainir, de la complexité de la problématique et des ressources limitées des autorités, celles-ci doivent fixer des priorités et l'on ne saurait déduire du simple écoulement du temps qu'elles renoncent à un assainissement⁵⁹.

En revanche, la créance de la collectivité se prescrit par un délai de cinq ans dès que la décision de répartition des coûts des mesures nécessaires entre en force⁶⁰ ; le droit de demander une décision de répartition se prescrit à notre avis par cinq ans une fois les coûts connus.

Les prétentions du droit de la responsabilité civile se prescrivent quant à elles selon les règles posées à l'art. 60 CO. La question se pose néanmoins de savoir quel est le point de départ du délai de prescription absolue de l'art. 60 CO⁶¹. Dans une affaire de pollution des eaux régie par l'art. 679 CC, le Tribunal fédéral a admis que la prescription décennale de l'art. 60 CO ne commençait pas à courir tant que perdurait l'immission illicite, c'est-à-dire l'atteinte aux eaux souterraines des fonds voisins⁶². Les mêmes principes devraient à notre avis s'appliquer en matière de responsabilité de l'exploitant d'une installation susceptible de polluer l'environnement selon l'art. 59a de la LPE. Tant que cette atteinte perdure, notamment parce que la migration des substances polluantes vers les biens protégés par le droit privé n'est pas enrayée, la prescription ne devrait pas commencer à courir⁶³.

5. Absence de solidarité entre les perturbateurs et sûretés financières

Chaque perturbateur appelé à prendre en charge les coûts des mesures de remédiation des atteintes environnementales répond pour sa part des frais. S'il y a plusieurs

⁵⁷ ATF 114 Ib 44, consid. 4 (pollution des eaux) ; ATF 105 Ib 265, consid. 3b (défrichement d'une forêt protectrice) ; TF arrêt du 6 juin 2016, 1C_18/2016, consid. 5.2 (sites pollués) ; TF arrêt du 24 février 2016, 1C_524/2014 et 1C_526/2014, consid. 8 (sites pollués) ; voir not. : WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflichten*, p. 148 s. ; SEILER, *ad art. 2 LPE* (2011), n° 6.

⁵⁸ TF arrêt du 29 juillet 2019, 1C_17/2019 consid. 4.2 s. ; sur cet arrêt, voir ROMY, *Sûretés financières*, p. 74 ss.

⁵⁹ TF arrêt du 29 juillet 2019, 1C_17/2019, consid. 5 et ROMY, *Sûretés financières*, p. 75 s.

⁶⁰ TF arrêt du 29 juillet 2019, 1C_17/2019, consid. 4.2 et 4.3 et ROMY, *Sûretés financières*, p. 74 ; TF arrêt 1C_18/2016 du 6 juin 2016, consid. 5.2.

⁶¹ ATF 92 II 1.

⁶² Voir p. ex. ATF 81 II 439, trad./rés. JdT 1956 I 261 ; également ATF 107 II 134, trad. JdT 1982 I 46.

⁶³ Dans ce sens, voir VERDE, p. 174.

perturbateurs, la part de chacun d'entre eux est fixée selon les principes posés à l'art. 51 CO, applicables par analogie⁶⁴. En revanche, il n'y a pas de solidarité entre eux : les frais qui ne peuvent être mis à la charge de l'un d'eux sont pris en charge par l'Etat à titre de frais de défaillance (art. 32d al. 3 LPE)⁶⁵.

L'Etat peut exiger des garanties financières lorsqu'une base légale le prévoit, ce qui est le cas notamment en matière de responsabilité pour les sites pollués (art. 32d^{bis} LPE)⁶⁶ et pour couvrir les frais de gestion ultérieure après la fermeture d'une décharge (art. 32b LPE).

III. Aperçu des régimes de responsabilité de droit public pour les sites pollués par des déchets, les atteintes portées au sol et la gestion des déchets

1. Introduction

Les régimes spécifiques de responsabilité de droit public varient parfois fortement selon le domaine environnemental considéré. Il est dès lors important de les distinguer afin d'identifier les obligations imposées dans chaque domaine particulier et de les prendre en compte de manière adéquate lors de la répartition contractuelle des risques environnementaux. La présentation détaillée de tous les régimes prévus par le droit public sort du cadre de notre exposé et il est renvoyé à la littérature spécialisée. Il s'agit ici de mettre l'accent sur certains aspects pertinents pour l'objet de la présente contribution, à la lumière de trois situations en matière immobilière :

- 1) Une société acquiert un terrain situé en zone industrielle pour y construire un nouveau bâtiment de fabrication d'instruments de haute précision. L'immeuble n'est pas inscrit au cadastre des sites pollués. Le contrat de vente exclut toute garantie pour les défauts. La nouvelle propriétaire se voit imposer des mesures d'investigation puis d'assainissement selon l'OSites après la découverte durant les travaux de construction d'une contamination du sol, créant un risque concret d'atteintes pour les eaux souterraines. Ces mesures ralentissent le chantier et entraînent des surcoûts importants.
- 2) Le propriétaire d'un immeuble locatif apprend que le sol des jardins utilisés par les locataires est pollué par des hydrocarbures aromatiques polycycliques cancérigènes. L'autorité lui notifie une décision qui prévoit que l'utilisation des jardins est subordonnée à des nombreuses restrictions en vue de protéger la santé des utilisateurs. En particulier, les enfants de moins de douze ans sont interdits d'accès⁶⁷.

⁶⁴ ATF 131 II 743, consid. 3.1 ; voir aussi ROMY, *ad art.* 32d LPE, n° 17 ss.

⁶⁵ ROMY, *ad art.* 32d LPE, n° 51 ss ; TSCHANNEN, *ad art.* 32d LPE, n° 16.

⁶⁶ Cas d'application : TC/ZH arrêt du 15 novembre 2018, VB.2018.00144, not. consid. 8.3 et 8.4, confirmé par TF arrêt du 29 juillet 2019, 1C_17/2019.

⁶⁷ TF arrêt du 3 août 2015, 1C_609/2014.

- 3) Lors d'un projet de construction, le maître d'ouvrage découvre que le sol est pollué par du cuivre provenant de l'exploitation de vignes sur cette parcelle dans les années cinquante. L'enlèvement et l'élimination des terres polluées entraînent des surcoûts de plusieurs centaines de milliers de francs.

Dans ces exemples, le propriétaire, respectivement le maître de l'ouvrage, est tenu dans un premier temps de prendre les mesures requises par le droit public et d'en supporter le poids financier ; la question se posera de savoir s'il peut faire reporter tout ou partie de ces coûts sur les personnes à l'origine de la pollution, voire sur l'Etat. La réponse varie selon le régime applicable à ces états de fait.

En droit privé, il conviendra d'examiner si le propriétaire tenu de prendre ces mesures et de les financer peut agir par la voie contractuelle contre le vendeur de l'immeuble pollué si la prescription de ses prétentions n'est pas acquise. La portée des clauses de garanties ou d'exclusion de responsabilité dans les contrats de vente immobilière s'avère déterminante. En outre, si le responsable de la pollution est identifiable, il faudra étudier si les conditions d'une action en dommages-intérêts fondées sur le droit de la responsabilité civile sont remplies.

2. Aperçu du régime des sites pollués

2.1 Sources et champ d'application

Une obligation générale d'assainir les sites pollués par des déchets a été introduite en droit suisse lors de la révision de la LPE en 1995. Les sites pollués sont depuis lors régis par les art. 32c à 32e LPE, entrés en vigueur le 1^{er} juillet 1997 et révisés en 2006 ; ils sont complétés par l'OSites et l'OTAS⁶⁸. Un nouvel article 32d^{bis} LPE sur les sûretés financières a été introduit dans la loi en 2013.

Les « sites pollués par des déchets » soumis au régime des art. 32c à 32e LPE sont définis à l'art. 2 OSites, dont la portée a été précisée par la jurisprudence. La notion de site est fédérale et les cantons ne peuvent pas la définir plus étroitement⁶⁹. L'obligation d'assainir s'applique à trois types d'emplacements d'une étendue limitée⁷⁰, pollués par des déchets, qui sont énumérés de façon exhaustive à l'art. 2 al. 1 OSites⁷¹, à savoir :

- 1) *Les sites de stockage définitifs*, qu'ils soient désaffectés ou en exploitation. En sont exclus les sites dans lesquels sont déposés exclusivement des matériaux d'excavation et des déblais non pollués (art. 2 al. 1 let. a OSites)⁷². Les sites de

⁶⁸ Ordonnance du 26 septembre 2008 relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (RS 814.681) qui a remplacé l'ordonnance de même nom du 5 avril 2000.

⁶⁹ TF arrêt du 17 avril 2019, 1C_464/2018 – Rütli, Zurich.

⁷⁰ Les emplacements d'étendue limitée excluent les surfaces étendues polluées de manière diffuse qui tombent selon les cas dans le champ d'application du régime de protection des sols (voir *infra* III.3.1) ; TF arrêt du 17 avril 2019, 1C_464/2018, consid. 3 ; ROMY, *ad art.* 32c, n° 10.

⁷¹ ATF 136 II 142, consid. 3.2.2-4 = TF arrêt du 4 novembre 2009, 1C_178/2009 et 1C_179/2009.

⁷² TF arrêt du 20 novembre 2017, 1C_537/2016 et 1C_546/2016.

stockage de déchets incluent tous les lieux où des déchets ont été entreposés *en connaissance de cause* pour les éliminer. En sont également exclus les immeubles sur ou dans lesquels des substances ont été introduites sciemment pour remplir une fonction déterminée en raison de leurs propriétés (p. ex. de l'amiante utilisé lors de la construction d'un immeuble⁷³, des plaques de goudron utilisées volontairement afin de stabiliser allées et places dans des jardins en tant que matériaux de construction⁷⁴, du cuivre utilisé dans les vignes⁷⁵).

- 2) *Les aires d'exploitation d'entreprise ou d'industrie* sur lesquelles des substances dangereuses pour l'environnement ont effectivement été utilisées ou produites⁷⁶.
- 3) *Les lieux d'accident pollués* suite à la suite d'événements extraordinaires.

L'assainissement des sites pollués vise à protéger les *biens environnementaux spécifiques* énumérés par l'OSites, et ceux-là seulement, à savoir les eaux souterraines et de surface, la fertilité du sol et l'air. Le sous-sol n'est pas un bien protégé par la LPE⁷⁷.

2.2 Mise en œuvre des mesures nécessaires et prise en charge des coûts imputables

(a) Etapes de la procédure OSites

Les cantons ont l'obligation de veiller à ce que soient assainis les sites pollués qui engendrent des atteintes nuisibles ou incommodes aux biens environnementaux protégés ou présentent un danger concret que de telles atteintes apparaissent (art. 32c LPE). Ils mettent en œuvre les diverses étapes de la procédure d'assainissement décrites de manière plus précise dans l'OSites.

Les cantons (et les autorités fédérales dans leurs domaines de compétence) recensent les sites pollués dans un cadastre des sites pollués (art. 5 OSites). Une vraisemblance de pollution suffit pour inscrire un site au cadastre⁷⁸. Le cadastre est un outil d'information du public et de planification des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement imposées par l'OSites. Il est dynamique et reflète l'avancement et les résultats de la procédure prévue par l'OSites⁷⁹. Il n'est toutefois pas

⁷³ ATF 136 II 142, consid. 3.2.1 s.

⁷⁴ TF arrêt du 3 août 2015, 1C_609/2014.

⁷⁵ TF arrêt du 20 novembre 2017, 1C_537/2016 et 1C_546/2016, consid. 3.1.3.

⁷⁶ ATF 136 II 142, consid. 3.2.2 ; TF arrêt du 17 avril 2019, 1C_464/2018, consid. 4 ; OFEV, Cadastre, p. 15 ss.

⁷⁷ TF arrêt du 17 avril 2019, 1C_464/2018 – Rütli ZH ; TF arrêt du 16 janvier 2014, 1C_44/2013 – Oberfeld.

⁷⁸ TF arrêt du 20 novembre 2017, 1C_537/2016 et 1C_546/2016, consid. 3.1.2.

⁷⁹ Art. 5 OSites en lien avec l'art. 8 al. 2 OSites ; OFEV, Cadastre, p. 7 ss.

exhaustif et l'obligation d'assainir un site contaminé ne dépend pas de l'inscription au cadastre⁸⁰.

Si l'autorité d'exécution ne peut exclure qu'un site dont la pollution par des déchets est avérée ou vraisemblable présente des atteintes nuisibles ou incommodantes ou un risque d'atteintes aux biens protégés, elle ordonnera des mesures d'investigation préalable. Ces mesures permettront à l'autorité d'exécution d'examiner si le site est la source d'atteintes aux biens protégés et s'il nécessite de ce fait une surveillance ou un assainissement. Elle fondera son évaluation sur les critères définis aux articles 9 à 12 OSites pour chaque bien environnemental considéré et sur les valeurs fixées à l'annexe 1 de l'OSites ou déterminées au cas par cas si l'annexe 1 ne contient pas de valeurs pour une substance polluante déterminée.

Si le site nécessite un assainissement, l'autorité procède à une estimation de la mise en danger en se fondant sur des données supplémentaires recueillies dans une investigation de détail ; ces données lui permettront de définir les buts et l'urgence de l'assainissement. L'autorité exige alors qu'un projet d'assainissement soit élaboré, puis l'évalue en tenant compte, entre autres critères posés à l'art. 18 OSites, des effets des mesures sur l'environnement et de leur efficacité à long terme. Sur cette base, elle rend une décision qui fixe les buts définitifs de l'assainissement, les mesures d'assainissement, le suivi et les délais à respecter ainsi que les éventuelles autres charges et conditions à remplir pour la protection de l'environnement.

L'assainissement vise à éliminer les atteintes ou les dangers concrets d'apparition de telles atteintes (art. 15 al. 1 OSites) grâce à des mesures d'élimination des substances dangereuses pour l'environnement (décontamination) ou de confinement, en vue d'empêcher durablement leur dissémination dans l'environnement (art. 16 LPE). Ces mesures permettent de mettre un terme aux nuisances émanant du site et de rétablir l'équilibre écologique du site contaminé. La loi n'exige pas de décontamination totale du site mais le respect des valeurs de concentrations fixés à l'annexe 1 OSites. L'autorité peut également s'écarter des buts de l'assainissement pour les eaux souterraines et de surface en application du principe de proportionnalité et aux conditions posées par l'art. 15 al. 2 et 3 OSites.

(b) Obligation d'exécuter les mesures OSites et obligation de prendre en charge les frais

L'autorité d'exécution met en œuvre la procédure OSites, dont le déroulement est brièvement décrit ci-dessus. Elle peut exécuter les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement elle-même ou en charger des tiers (art. 32c LPE et art. 20 OSites). En règle générale, l'autorité désigne le détenteur actuel du site (perturbateur par situation) comme responsable de l'exécution des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement imposées par la loi. A certaines

⁸⁰ ROMY, *ad* art. 32c LPE, n° 29 s.

conditions, elle peut imposer cette obligation à un perturbateur par comportement (art. 20 al. 2 et 3 OSites)⁸¹.

La loi dissocie l'obligation matérielle d'exécuter les mesures nécessaires selon l'OSites de l'obligation d'assumer les coûts de ces mesures. La personne responsable de la réalisation des mesures au sens de l'art. 20 OSites les financera dans un premier temps, mais elle pourra les faire reporter ensuite sur les autres perturbateurs aux conditions posées par l'art. 32d LPE, en application du principe de causalité⁸². Sur requête (ou d'office lorsque l'autorité réalise les mesures elle-même, art. 32d al. 4 LPE), l'autorité compétente rendra une décision afin de faire reporter tout ou partie des coûts sur « celui qui est à l'origine des mesures nécessaires » (art. 32d al. 1 LPE).

(c) La répartition des responsabilités selon l'art. 32d LPE

L'art. 32d LPE définit la responsabilité financière pour les mesures nécessaires d'investigation, de surveillance et d'assainissement. Il se fonde largement sur la jurisprudence fédérale rendue en application des articles 8 al. 1 aLPEP, 59 LPE et 54 LEaux⁸³.

Les responsabilités financières portent sur les coûts dits imputables, soit ceux des mesures nécessaires selon l'OSites (frais de l'investigation préalable, de l'investigation de détail, de surveillance et d'assainissement, lesquels incluent les frais de défense ou de réparation [*Abwehr- und Behebungskosten*]⁸⁴). Les frais somptuaires visant à assainir totalement un site ou à le remettre en état au-delà de ce que commande le droit de l'environnement ne peuvent faire l'objet d'une répartition. De tels investissements ne visent en effet pas à mettre un terme aux nuisances menaçant l'équilibre écologique. Seuls sont pris en compte les frais nécessaires afin de parvenir au but de l'assainissement⁸⁵.

Ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 32d LPE les frais induits par des investigations exploratoires conduites dans le seul but de déterminer si un projet immobilier peut être réalisé dans le respect de l'article 3 OSites. Si un projet de construction crée un nouveau besoin d'assainissement, les frais de l'assainissement incombent au maître de l'ouvrage/constructeur et l'art. 32d LPE ne s'applique pas⁸⁶.

Si le site n'est pas contaminé mais uniquement *pollué*, les frais de l'investigation préalable seront répartis selon l'art. 32d LPE⁸⁷. Si, en revanche, les investigations ont

⁸¹ Sur les notions de perturbateur par situation et par comportement, voir *supra* II.3.

⁸² ATF 130 II 321, consid. 2.2.

⁸³ ROMY, *ad* art. 32d LPE, n° 2.

⁸⁴ CUMMINS, p. 108 et les références citées ; SCHERRER, p. 568.

⁸⁵ TF arrêt du 25 septembre 2006, 1A.273/2005, consid. 4.8 ; CUMMINS, p. 109 ; SCHERRER, p. 568 s. Les frais liés à la renaturation sont toutefois soumis à répartition s'ils ont été consentis dans un but d'assainissement (voir également : STUTZ, p. 772).

⁸⁶ TF arrêt du 4 juillet 2016, 1C_366/2015, rés./trad. RDAF 2017 p. 435 ss, consid. 3.1 et 3.2 ; voir également TF arrêt du 21 février 2018, 1C_282/2016, consid. 2.2 et 2.3.

⁸⁷ TF arrêt du 21 février 2018, 1C_282/2016 et 1C_194/2016, consid. 3.1.

démontré que le site *n'est pas pollué*, les frais sont mis à la charge de l'autorité publique compétente⁸⁸.

L'art. 32d LPE postule que le perturbateur par comportement assume en premier lieu les frais des mesures nécessaires. S'il y a plusieurs perturbateurs par comportement, chacun prendra à sa charge une part des coûts, proportionnellement à sa responsabilité. Le détenteur du site encourt aussi une part des frais, mais moindre. Le Tribunal fédéral a précisé que cette part ne saurait dépasser 10% sauf circonstances particulières ; elle pourra être augmentée si le détenteur a tiré un avantage économique de la pollution ou de l'assainissement, par exemple si ce dernier permet de nouvelles affectations économiquement rentables ou augmente de manière importante la valeur marchande de l'immeuble⁸⁹. En outre, le détenteur peut s'exonérer complètement de sa responsabilité et n'assumer aucun frais si, même en appliquant le devoir de diligence, il n'a pas pu avoir connaissance de la pollution. S'il est exonéré, sa part revient aux perturbateurs par comportement et ne constitue pas des frais de défaillance à la charge de la collectivité publique⁹⁰.

La diligence attendue de l'acquéreur est élevée ; selon la jurisprudence, elle implique qu'il consulte le registre foncier, le cadastre des sites pollués et qu'il se renseigne sur l'affectation de l'immeuble ainsi qu'auprès de l'autorité d'exécution pour connaître les utilisations antérieures et un éventuel risque de pollution⁹¹.

La détermination des parts de responsabilité se fait en deux temps : l'autorité fixe tout d'abord les quotes-parts selon le principe de causalité immédiate, puis les parts nominales qu'elle peut adapter à la hausse ou à la baisse, en équité, notamment en tenant compte d'éventuelles fautes ainsi que de la situation économique des perturbateurs au regard de laquelle les coûts doivent rester économiquement supportables⁹². En outre, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'était pas possible d'augmenter la part nominale d'un perturbateur uniquement parce qu'il a une plus grande capacité financière que les autres ; le principe de la « *deep-pocket* » ne s'applique pas⁹³.

L'autorité jouit d'un large pouvoir d'appréciation lors de la fixation des parts de responsabilité. La casuistique est abondante et offre à titre indicatif des fourchettes de

⁸⁸ Art. 32d al. 5 LPE : cette disposition s'applique aux frais nés après son entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2006. Sur la situation, incertaine, avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d al. 5, voir ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 271 s.

⁸⁹ TF arrêt du 7 décembre 2020, 1C_117/2020, consid. 4.4 et 5.3 ; TF arrêt du 11 juin 2018, 1C_533/2017 et 1C_543/20017, consid. 7.1 non publié à l'ATF 144 II 332, rés. REAS 2018, p. 314 ; TF arrêt du 19 mai 2017, 1C_427/2016, consid. 3.1.

⁹⁰ ATF 144 II 332, rés./trad. JdT 2019 I 225, consid. 5.2.

⁹¹ TA Soleure arrêt du 30 avril 2020, VWBES.2019.249, consid. 4.2 ; TA Berne arrêt du 3 mars 2017, VG.100.2015.203, not. consid. 2.4.

⁹² ROMY, *ad art. 32d LPE*, n^{os} 27 et 45 ss ; TSCHANNEN, *ad art. 32d LPE*, n^o 23.

⁹³ ATF 144 II 332, consid. 7.5.

quotes-parts qui peuvent guider l'autorité⁹⁴ ; néanmoins cette dernière doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce.

Les perturbateurs ne répondent pas solidairement entre eux et la part du perturbateur défaillant ou non-identifié est à la charge du canton (art. 32d al. 3 LPE). Les cantons bénéficient à certaines conditions de subventions fédérales voire cantonales pour assurer notamment le financement partiel des anciennes décharges de déchets urbains ou la prise en charge des frais de défaillance (art. 32e LPE et OTAS).

(d) Les sûretés financières de l'art. 32d^{bis} LPE

En cas d'insolvabilité ou de défaillance d'un perturbateur par comportement ou par situation, sa part de responsabilité est prise en charge par la collectivité publique compétente (art. 32d al. 3 LPE). Or, les sociétés à l'origine de pollutions qui ont contribué à la constitution de sites pollués ou contaminés disposent de divers moyens juridiques pour tenter de réduire ou d'échapper à leurs obligations financières selon l'art. 32d LPE. Elles peuvent réduire leur capital social, déplacer leur siège à l'étranger ou encore procéder à des transactions qui ont pour effet de transférer les responsabilités environnementales à des sociétés à faible capacité financière⁹⁵.

Le nouvel article 32d^{bis} LPE, adopté le 22 mars 2013, permet à l'autorité d'exécution d'exiger des sûretés financières en vue de renforcer l'efficacité des principes de causalité et d'égalité de traitement entre les perturbateurs lorsqu'il existe un risque de défaillance et lors de la cession ou du morcellement d'immeubles pollués⁹⁶.

Le montant de la garantie est fixé, pour chaque perturbateur, en fonction de l'étendue, du type et de l'intensité de la pollution. Le principe de proportionnalité s'applique pour déterminer le montant supportable économiquement, sauf si des indices laissent apparaître que la société perturbatrice a activement provoqué son risque de défaillance⁹⁷.

⁹⁴ Voir FELLRATH, p. 296 ss.

⁹⁵ ZUFFEREY/ROMY, *OFEV – Avis de droit*, p. 7.

⁹⁶ Les alinéas 1 et 2 de l'art. 32d^{bis} LPE sont entrés en vigueur le 1^{er} novembre 2014. Ils permettent à l'autorité compétente d'exiger de la part des perturbateurs une garantie financière pour les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement en cas de vraisemblance de risque de défaillance. Les alinéas 3 et 4 de l'art. 32d^{bis} LPE sont, quant à eux, entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2014. L'al. 3 subordonne la cession ou le partage d'un immeuble inscrit au cadastre des sites pollués à une autorisation, qui est délivrée moyennant garantie ; quant à l'al. 4, il prévoit que les cantons peuvent faire mentionner au registre foncier que le site concerné est inscrit au cadastre.

⁹⁷ TF arrêt du 29 juillet 2019, 1C_17/2019, consid. 3.3 s. ; ROMY, *Sûretés financières*, p. 78.

3. Aperçu du régime des sols pollués

3.1 Sources et champ d'application/délimitation avec le régime des sites pollués

Un nouveau chapitre intitulé « atteintes portées au sol » a été introduit aux articles 33 à 35 LPE lors de la révision de 1995 ; il est complété par l'Ordonnance sur les atteintes portées aux sols du 1^{er} juillet 1998 (OSol).

Le but de la loi est de protéger la fertilité du sol à long terme (art. 1 al. 1 et 33 LPE) contre les modifications physiques, chimiques ou biologiques de l'état naturel des sols. Le sol est « la couche de terre meuble de l'écorce terrestre où peuvent pousser les plantes » (art. 7 al. 4^{bis} LPE). Le régime de protection comprend des mesures de prévention, de restriction d'utilisation et, pour les sols horticoles ou agricoles ainsi que les jardins et places de jeux, par des mesures d'assainissement, respectivement d'interdiction d'utilisation (voir *infra* III.3.2).

La délimitation des champs d'application du régime des sites pollués et de celui de la protection des sols n'est pas toujours aisée et claire, bien qu'elle revête une importance pratique considérable car les mesures de protection et de remédiation ainsi que la prise en charge des coûts y relatifs varient selon le régime applicable.

Il est admis que le régime de protection des sols s'applique de manière subsidiaire à celui des sites pollués. Il en découle que lorsque l'atteinte aux biens protégés, y compris à la fertilité du sol, provient d'un site pollué au sens de l'art. 2 al. 1 OSites, seul le régime des sites pollués trouve application⁹⁸. Inversement, le droit de la protection des sols s'applique lorsque des sols sont pollués par des substances diffuses ou ponctuelles et qu'ils ne constituent pas des sites pollués au sens de l'OSites.

Cette distinction donne lieu à des solutions peu cohérentes et insatisfaisantes lorsque les pollutions du sol, y compris de jardins privés et de places de jeux, sont détectées sur des emplacements qui ne répondent pas à la définition de l'art. 2 OSites. A titre d'exemples, les jardins familiaux ou places de jeux publiques exploités sur un emplacement qui n'est pas une décharge, une aire d'exploitation ou un lieu d'accident au sens de l'OSites ou qui sont pollués par des pollutions diffuses, par ex. par des métaux lourds (retombées de polluants atmosphériques), ou les sols sur lesquels des vignes ont été cultivées ne sont pas régis par l'OSites mais par l'OSol. Conformément à l'OSol, seules des mesures de restrictions et d'interdictions d'utilisation peuvent être imposées au propriétaire (voir *infra* III.3.2 (a)), alors que l'OSites, si elle s'applique,

⁹⁸ L'art. 12 OSites, révisé en 2008 lors de la révision de l'OTAS, et l'annexe 3 OSites, permettent de poser les délimitations suivantes : lorsqu'un sol constitue un site pollué ou une partie de site pollué (c'est-à-dire qu'il fait partie d'une aire d'exploitation, d'une décharge ou d'un lieu d'accident), et qu'il contient une substance qui dépasse la valeur de concentration de l'annexe 3 OSites, il sera assaini selon les prescriptions de l'OSites (art. 12 al. 1 OSol). Si ce même sol ne nécessite pas d'assainissement selon l'annexe 3 OSites, il sera évalué selon l'OSol (art. 12 al. 2 OSol).

impose un assainissement (art. 12 et annexe 3 OSites) dont les coûts peuvent être répartis entre les perturbateurs selon l'art. 32d LPE.

3.2 Mise en œuvre des mesures nécessaires et prise en charge des coûts imputables

(a) Système de protection

La protection des sols est calquée en partie sur le régime de protection à deux niveaux applicables en matière de lutte contre les émissions (art. 11 à 15 LPE), à savoir par des mesures de limitation préventive des émissions à la source, complétée par des mesures plus sévères en cas de dépassement des valeurs indicatives fixées dans l'OSol. Le choix des mesures dépend d'une part de l'utilisation du sol, et d'autre part du degré de gravité des atteintes portées au sol, lequel se mesure grâce aux valeurs limites de l'OSol, que sont les valeurs indicatives⁹⁹, les seuils d'investigation¹⁰⁰ et les valeurs d'assainissement¹⁰¹.

Lorsque les atteintes portées à la fertilité des sols constituent une menace pour les êtres humains, les animaux ou les plantes les cantons restreignent autant que nécessaire l'utilisation des sols (art. 34 al. 2 LPE). L'OSol distingue notamment l'utilisation du sol pour la culture de fourrages et celle qui peut impliquer un contact direct oral avec le sol (p. ex., place de jeux pour enfants). Les cantons peuvent interdire les formes d'utilisation qui constituent une menace pour la santé des hommes, des animaux et des plantes. Ces restrictions peuvent consister dans le remplacement de la culture à risque par un autre type de culture, moins sensible aux atteintes, le reclassement du terrain en cause dans une autre zone d'affectation à usage moins sensible (p. ex., réaffectation à une aire industrielle) ou encore l'interdiction d'une forme d'utilisation donnée (p. ex., comme terrain de jeu ou de sport).

En outre, si les sols sont utilisés à des fins agricoles, horticoles ou sylvicoles et qu'ils ne peuvent pas être exploités sans menacer les êtres humains, les animaux ou les plantes, ils devront être assainis (art. 10 al. 2 OSol). Les objectifs de l'assainissement (on parle aussi de réhabilitation) sont fixés de cas en cas, selon l'utilisation prévue du sol.

Par ailleurs, à l'inverse de l'OSites, l'OSol ne prévoit pas de recensement systématique des sols pollués. Quelques cantons ont fait usage des prérogatives que leur confère l'art. 4 OSol sur la surveillance des sols pour établir une carte des sols. Il

⁹⁹ Les valeurs indicatives indiquent le niveau de gravité des atteintes au-delà duquel, selon l'état actuel de la science ou l'expérience, la fertilité des sols n'est plus garantie à long terme (art. 35 al. 2 LPE).

¹⁰⁰ Les seuils d'investigation indiquent, pour une utilisation donnée, le niveau d'atteinte à partir duquel, selon l'état actuel des connaissances, la santé de l'homme, des animaux et des plantes peut être menacée. Ils servent à évaluer s'il est nécessaire de restreindre l'utilisation d'un sol au sens de l'art. 34 al. 2 LPE (art. 2 al. 5 OSol).

¹⁰¹ Les valeurs d'assainissement indiquent le niveau de gravité des atteintes au-delà duquel, selon l'état actuel de la science ou l'expérience, certaines exploitations mettent forcément en péril l'homme, les animaux ou les plantes. Ces valeurs d'assainissement ne sont pas uniformes mais dépendent de l'utilisation du sol. L'OSol contient des valeurs pour divers substances, dont le cuivre.

n'existe toutefois pas de directive fédérale définissant des critères uniformes pour l'établissement de ces cartes et elles ne sont pas toutes publiques.

- (b) Obligation d'exécuter les mesures OSol et obligation de prendre en charge les frais

L'exécution de la loi et de l'OSol incombe aux cantons, qui arrêtent les restrictions d'utilisation nécessaires en cas de dépassement des seuils d'investigation, interdisent les utilisations données du sol en cas de dépassement des valeurs d'assainissement ou ordonnent des mesures de réhabilitation des sols agricoles et horticoles. L'autorité compétente adressera au détenteur du sol pollué une décision qui spécifie les mesures de restrictions d'utilisation ordonnées¹⁰².

Contrairement aux sites pollués, la LPE ne contient pas de norme particulière applicable à la répartition des coûts des mesures prises en application des art. 33 à 35 LPE. Il en découle que ces frais sont supportés par le détenteur du sol exclusivement ; ce dernier ne peut pas exiger de répartition des coûts, même s'il n'est pas à l'origine de la pollution, faute de base légale.

En revanche, lorsque la réhabilitation d'un sol a lieu dans le cadre de la procédure d'assainissement d'un site contaminé, l'art. 32d LPE s'applique.

4. Aperçu du régime des déchets pollués

4.1 Sources et champ d'application

Les matériaux d'excavation provenant d'un site pollué ou contaminé ou les terres décapées d'un sol pollué sont des déchets au sens de l'art. 7 al. 6 LPE et sont régis par le chapitre 4 de la LPE (art. 30 à 32^{bis} LPE), complété notamment par l'Ordonnance sur la limitation et l'élimination des déchets du 4 décembre 2015 (OLED) qui a remplacé l'OTD et l'OMoD.

Ces déchets doivent être soit valorisés, soit éliminés de manière respectueuse de l'environnement conformément aux prescriptions de l'OLED c'est-à-dire stockés de manière définitive dans l'un des cinq types de décharges prévus par l'OLED selon la catégorie et la composition des déchets (art. 35 et annexe 5 OLED).

4.2 Mise en œuvre des mesures nécessaires et prise en charge des coûts imputables

- (a) Principe général : élimination des déchets aux frais du détenteur

Selon le régime général des déchets, l'élimination des matériaux d'excavation et des terres pollués doit être assurée par leur détenteur (art. 31c LPE), Celui-ci en assume seul les frais, même s'il n'est pas responsable de la pollution ou de la production du

¹⁰² Voir un exemple de restrictions d'utilisation de jardins familiaux : TF arrêt du 3 août 2015, 1C_609/2014.

déchets¹⁰³ (art. 32 al. 1 LPE), à moins qu'il ne puisse être identifié ou qu'il soit insolvable, auxquels cas les frais sont pris en charge par le canton (art. 32 al. 2 LPE), ou qu'une des dispositions spécifiques suivantes permette de faire reporter ces coûts sur des tiers.

- (b) Exception n° 1 : répartition selon l'art. 32d LPE si les matériaux d'excavation provenant d'un site contaminé

Si l'évacuation des matériaux pollués est nécessaire pour l'assainissement d'un site contaminé au sens de l'OSites, les frais d'enlèvement et d'évacuation de ces déchets sont répartis selon l'art. 32d LPE, en sus des frais des mesures d'investigation.

Ce principe s'applique également si le sous-sol pollué est enlevé et éliminé dans le cadre d'un projet de construction sur un site contaminé, pour autant que l'enlèvement de ces matériaux soit nécessaire au but de l'assainissement et que le besoin d'assainissement soit préexistant au projet de construction. En d'autres termes, si le projet de construction sur un site pollué engendre un nouveau besoin d'assainissement, les frais des mesures y afférents sont à la charge du détenteur et l'art. 32d LPE ne s'applique pas¹⁰⁴. Le détenteur pourra en revanche récupérer une partie de ces coûts sur la base de l'art. 32b^{bis} LPE si les conditions exposées ci-après sont remplies.

- (c) Exception n° 2 : financement d'une partie des surcoûts de l'élimination de matériaux d'excavation de sites pollués selon l'art. 32b^{bis} LPE

Si les matériaux d'excavation sont pollués et qu'ils ne doivent pas être éliminés en vue d'un assainissement selon l'OSites, le détenteur peut reporter en règle générale les deux tiers des coûts supplémentaires d'investigation et d'élimination desdits matériaux sur les anciens détenteurs et les perturbateurs selon les conditions restrictives de l'art. 32b^{bis} LPE. Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2006 au terme d'un processus législatif mouvementé¹⁰⁵, tempère la rigueur du principe de l'art. 32 LPE et entend corriger la différence de traitement entre les propriétaires de sites pollués, lesquels assument seuls les coûts de la pollution, alors que les propriétaires de sites contaminés sont paradoxalement mieux situés puisqu'ils ont la possibilité de faire reporter les coûts des mesures d'assainissement sur les personnes à l'origine de la contamination.

L'art. 32b^{bis} LPE institue une norme de responsabilité de droit privé, qui présente la particularité d'être limitée dans le temps puisque toute action fondée sur cette disposition doit être intentée avant le délai de péremption du 1^{er} novembre 2021. L'action fondée sur cette disposition est en outre soumise aux conditions cumulatives strictes suivantes : elle vise les surcoûts générés par l'évacuation et l'élimination de

¹⁰³ TF arrêt du 28 février 2019, 1C_305/2018, consid. 4.

¹⁰⁴ TF arrêt du 4 juillet 2016, 1C_366/2015, consid. 3.2.

¹⁰⁵ Voir ROMY, *ad art.* 32b^{bis}, n° 8 ss.

matériaux d'excavation pollués, qui proviennent d'un site pollué et qui ne doivent pas être éliminés en vue d'un assainissement. Sont ainsi exclus du champ d'application de l'art. 32^{bis} LPE les matériaux de décapage d'un sol pollué qui n'entre pas dans la définition de l'art. 2 OSites. En outre, l'élimination de ces matériaux doit être nécessaire à la transformation ou à la construction des bâtiments. Sont également couverts par l'art. 32^{bis} LPE les frais d'investigation qui se rapportent aux mesures et analyses liées à la détermination de la composition des matériaux, aux choix de la meilleure implantation possible du projet pour minimiser le volume de matériaux et à la détermination des filières d'évacuation.

La légitimation active appartient au détenteur de l'immeuble. Cette notion est plus étroite qu'en droit public¹⁰⁶. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'art. 32^{bis} LPE est une disposition d'exception, de caractère transitoire, dont les conditions d'application sont rigoureuses. Le cercle des personnes légitimées à agir est limité au détenteur de l'immeuble qui enlève des matériaux pollués, à savoir le propriétaire actuel de l'immeuble, ainsi que le titulaire d'un droit réel limité sur l'immeuble qui lui confère la faculté de construire et donc de disposer des matériaux à enlever. En revanche, à l'inverse de la situation en droit public, la notion de détenteur de l'art. 32^{bis} LPE exclut tout droit personnel, que ce soit sur l'immeuble ou sur les déchets¹⁰⁷. La légitimation active n'appartient pas au cocontractant qui supporte les coûts d'élimination indépendamment des conditions de sa relation à l'immeuble.

Le détenteur au sens de l'art. 32^{bis} doit en outre avoir acquis l'immeuble entre le 1^{er} juillet 1972 et le 1^{er} juillet 1997 (art. 32^{bis} al. 1 let. c). Il pourra se retourner contre les personnes à l'origine de la pollution (perturbateurs par comportement) si elles n'ont assuré aucun dédommagement pour la pollution ainsi que contre les anciens détenteurs s'ils n'ont pas consenti de remise sur le prix en raison d'une pollution lors de la vente de l'immeuble.

L'art. 32^{bis} LPE a suscité les critiques de la doctrine, notamment en raison des nombreuses interrogations qu'il soulève en lien avec le droit de la vente immobilière et son effet rétroactif dès lors qu'il permet d'agir contre les anciens propriétaires alors que la prescription des actions en garantie découlant de la vente est déjà acquise¹⁰⁸. Compte tenu des conditions d'application restrictives posées par cette disposition, celle-ci est sans surprise restée quasiment lettre morte et n'a pas permis de remédier aux différences de traitement qu'elle était censée corriger.

¹⁰⁶ ATF 144 III 227, consid. 3.3, commentaire VISCHER/ZAUGG ; ATF 143 III 73, consid. 6-8, rés./trad. RDAF 2018 I 425 ss et DC 2018, p. 311 (n° 546).

¹⁰⁷ ATF 144 III 227, consid. 3.3.3 = TF arrêt du 15 mars 2018, 4A_67/2017, rés. DEP 2018, p. 671 ss.

¹⁰⁸ ROMY, *ad art.* 32^{bis} LPE, n° 40 et références citées.

IV. Conclusion intermédiaire

La brève description des quelques responsabilités environnementales de droit public examinées ici a permis de démontrer que les obligations matérielles et/ou financières des perturbateurs par comportement et/ou par situation varient selon le domaine environnemental considéré. Des situations similaires donnent lieu à des solutions très différentes, comme l'illustre également l'analyse des trois exemples introductifs mentionnés plus avant (*supra* III.1).

Dans le cas n° 1), la nouvelle propriétaire sera tenue de réaliser les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement selon l'art. 20 OSites et devra les préfinancer. Elle pourra demander à l'autorité compétente de rendre une décision de répartition des coûts pour faire reporter les frais des mesures nécessaires sur le ou les perturbateurs, voire sur l'Etat en cas de défaillance des perturbateurs. La question se posera de savoir si la propriétaire actuelle, perturbatrice par situation, peut s'exonérer de toute responsabilité parce que le site n'était pas inscrit au cadastre des sites pollués et qu'elle n'avait pas pu avoir connaissance de la pollution. Seuls les coûts des mesures nécessaires selon l'OSites seront répartis entre les perturbateurs. Les coûts entraînés par le retard de chantier et l'évacuation de matériaux d'excavation pollués dont l'enlèvement n'est pas nécessaire du point de vue de l'OSites sont à la charge de propriétaire. Sous l'angle du droit privé, la question se posera de savoir si l'exclusion de la garantie pour les défauts s'applique effectivement aux conséquences de la contamination préexistante à la vente.

Dans le cas n° 2), l'autorité notifie au propriétaire de jardins familiaux une décision qui ordonne des restrictions d'utilisation très strictes en vue de protéger la santé des habitants. La question ici se pose de savoir si les jardins dont le sol est pollué et présente une atteinte à la santé sont des sites pollués par des déchets au sens de l'OSites. Dans l'affirmative, les restrictions d'utilisation n'ont pas de base légale et l'autorité devra ordonner un assainissement. Les frais des mesures nécessaires selon l'OSites seront répartis entre les perturbateurs ou pris en charge par l'Etat à titre de frais de défaillance. Dans la négative, l'OSol s'applique et les restrictions d'utilisation sont bien fondées. Le propriétaire est libre d'assainir le sol de ces jardins plutôt que de faire respecter les restrictions d'utilisation ordonnées, mais il supportera seul les frais de ces mesures.

S'agissant du cas n° 3), si le projet de construction est exécuté sur un sol pollué qui ne répond pas à la définition de l'art. 2 OSites, l'enlèvement et l'élimination des terres et matériaux d'excavation pollués restent à la charge du maître de l'ouvrage selon l'art. 32 al. 1 LPE ; une action en paiement d'une partie des surcoûts fondée sur l'art. 32^{bis} LPE n'entre pas en considération. Quant à une action fondée sur le droit de la vente immobilière, elle suppose que la prescription ne soit pas acquise et que la responsabilité du vendeur soit effectivement engagée en raison des qualités attendues ou promises.

Ces exemples soulèvent la question plus générale de savoir comment les parties à une transaction soumise au droit privé peuvent ou doivent tenir compte de ces responsabilités environnementales dans leur réglementation contractuelle et si elles sont libres d'en disposer comme elles l'entendent.

Nous passerons en revue deux aspects particulièrement importants en pratique, à savoir le sort de ces responsabilités dans les transactions commerciales et dans les contrats immobiliers.

V. Prise en compte des responsabilités environnementales de droit public dans les transactions de droit privé

1. Contexte

La responsabilité de perturbateur par situation est liée à la maîtrise de fait ou de droit sur un immeuble ou un meuble (déchet) pollué et se transfère avec cette chose, comme obligation *propter rem*¹⁰⁹. En d'autres termes, l'obligation d'exécuter les mesures exigées par la loi incombe au détenteur actuel, même s'il n'est pas à l'origine de la pollution, et il devra financer ces mesures, sous réserve des cas dans lesquels une norme légale permet de faire reporter tout ou partie de ces coûts sur les perturbateurs (voir *supra* I). Le détenteur ou perturbateur par situation ne peut pas transférer cette responsabilité de droit public à un tiers par un contrat de droit privé sans accord express de l'autorité. Cette situation doit être prise en compte dans les accords soumis au droit privé au moyen de clauses de garantie adéquates.

Le sort juridique de la responsabilité de perturbateur par comportement est plus complexe du fait qu'elle est dissociée de la maîtrise de l'immeuble ou du meuble pollué et qu'elle peut être liée à une activité polluante déployée dans un passé lointain et dont les effets sur l'environnement ne se manifestent que des décennies plus tard. Il est admis que la responsabilité de perturbateur par comportement ne se transfère pas en cas d'acquisition à titre singulier ; il s'agit d'une dette personnelle du perturbateur-débiteur¹¹⁰. En revanche, cette dette peut être transférée aux successeurs du perturbateur originaire dans les cas d'acquisition à titre universel, à savoir par succession, fusion ou transfert de patrimoine ou d'entreprise. Cette situation n'est pas propre aux responsabilités environnementales de droit public, mais elle se présente de manière plus aigüe pour ces dernières en raison de l'absence de prescription absolue des atteintes causées à certains biens environnementaux, qui accentue le risque que la responsabilité puisse être transférée à l'insu des successeurs juridiques du perturbateur par comportement.

Le sort des responsabilités environnementales dans les cas de succession et de transfert d'entreprise a fait l'objet de diverses contributions, auxquelles nous

¹⁰⁹ ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 625.

¹¹⁰ ATF 139 II 106, consid. 5.3.1 ; TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 3.2.

renvoyons¹¹¹. Nous nous contenterons dans le cadre de la présente contribution d'exposer les principes et clarifications apportées par la jurisprudence récente et de mentionner les interrogations qui subsistent.

2. Sort des responsabilités de droit public dans les transactions commerciales et les accords à titre singulier

2.1 Transactions commerciales

Le besoin d'assainissement et de remédiation des atteintes aux biens environnementaux s'apprécie selon les connaissances actuelles et le droit actuellement en vigueur¹¹². En revanche, les transactions commerciales sont soumises au droit privé et leurs effets sur les obligations environnementales de droit public sont régis par le droit commercial en vigueur au moment de la transaction considérée.

La jurisprudence fédérale confirme qu'en cas de fusion par absorption, qu'elle repose sur les art. 748 aCO ou la Loi sur les fusions (LFus)¹¹³, tous les droits et obligations de la société transférante sont assumés par la société reprenante, même si le fondement de la responsabilité environnementale n'existait pas au moment de la fusion. Il en découle que si la société transférante a eu des activités polluantes dans le passé, avant la fusion, et que celles-ci provoquent des atteintes actuelles, la société reprenante assume la responsabilité de perturbateur par comportement, même si le fondement juridique de cette responsabilité n'existait pas encore au moment de la fusion¹¹⁴.

Le transfert de patrimoine sous forme de reprise d'actifs et passifs a soulevé des controverses doctrinales en lien avec le champ d'application de l'ancien article 181 CO (art. 181 aCO) dans sa version en vigueur avant l'entrée de la LFus le 1^{er} juillet 2004¹¹⁵. La jurisprudence fédérale récente a apporté les précisions suivantes. L'art. 181 aCO s'applique bien aux dettes de droit public fondées sur la responsabilité de perturbateur

¹¹¹ LINIGER, p. 95 ss ; ROMY, *Questions – Art. 32d LPE* ; ROMY, *Responsabilités environnementales dans le transfert d'entreprises*, p. 34 ss ; ZUFFEREY/ROMY, *Responsabilités financières*.

¹¹² TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid.4.3.

¹¹³ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301).

¹¹⁴ TF arrêt du 6 juin 2016, 1C_18/2016, consid. 4.2 et 4.4.

¹¹⁵ Pour rappel, l'art. 181 aCO s'applique aux transferts d'actifs et passifs qui ont eu lieu avant le 1^{er} juillet 2004. Il prévoit que les actifs d'une entreprise sont transférés à titre singulier selon les modalités propres aux biens et créances concernés. En revanche, il était présumé que tout le passif était transféré au reprenant, sans l'accord du créancier, sous réserve d'éventuelles exceptions communiquées de façon claire aux créanciers. Le reprenant et le débiteur primitif restaient solidairement responsables des dettes transférées pendant une période de deux ans. La communication aux créanciers est déterminante pour déterminer l'étendue du passif transféré. La reprise englobe toutes les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise transférée, pour autant qu'elles soient susceptibles de transfert. Elles peuvent être prescrites, conditionnelles, voire ignorées du reprenant. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient exigibles au moment de la reprise dès lors qu'elles sont fondées à ce moment-là. En revanche, les dettes futures ne sont pas comprises dans le transfert.

par comportement¹¹⁶, ce qu'une partie de la doctrine contestait¹¹⁷. Pour que ces dettes soient transférées à la société reprenante, il est toutefois nécessaire qu'une base légale instituant un régime de responsabilité pour les frais d'assainissement en question existât au moment du transfert¹¹⁸. Cette base légale n'est pas nécessairement l'art. 32d LPE. L'art. 12 aLPEP de 1955 qui prévoyait une répartition des coûts en lien avec des mesures d'exécution par substitution constitue une telle base légale s'il était en vigueur au moment du transfert d'entreprise. Il en va de même de l'art. 8 aLPEP de 1971. Ces dispositions constituent des bases légales suffisantes pour transférer la responsabilité de perturbateur par comportement pour autant que le besoin d'assainissement apprécié selon les critères de l'OSites soit lié à un bien protégé par ces normes, à savoir les eaux souterraines ou de surface. En revanche, l'art. 12 aLPEP 1955 et l'art. 8 aLPEP 1971 ne protégeaient pas la fertilité du sol et ne constituaient dès lors pas des bases légales suffisantes pour fonder une responsabilité du perturbateur par comportement si l'activité polluante porte atteinte à la fertilité du sol et engendre un besoin d'assainissement de ce fait¹¹⁹.

Le Tribunal fédéral a en outre clairement rejeté l'avis exprimé par certains auteurs selon lequel la responsabilité de perturbateur par comportement serait liée à l'entreprise elle-même et passerait avec les éléments de l'entreprise à la société reprenante sans qu'une base légale fondant l'obligation d'assainir au moment du transfert ne soit nécessaire¹²⁰. La responsabilité de perturbateur par comportement est liée à un comportement donné et non pas à un droit réel sur un immeuble¹²¹, les cas d'abus de droit étant réservés¹²².

Le Tribunal fédéral a confirmé que sauf communication contraire aux créanciers, le transfert des passifs englobe toutes les dettes fondées au moment du transfert, même si elles ne sont pas exigibles et qu'elles ne sont pas connues¹²³. Une dette est à notre avis fondée lorsqu'au moment du transfert, une menace ou risque concret existe pour les biens protégés ou que les éléments constitutifs de la responsabilité (utilisation de substances polluantes qui sont la cause des mesures OSites) étaient remplis avant le

¹¹⁶ TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 3.2.

¹¹⁷ Contestaient notamment l'application de l'art. 181 aCO : TSCHANNEN, *ad art. 32d LPE*, n° 32 ; CUMMINS, p. 120 ss. L'admettaient notamment : SEILER, *ad art. 2 LPE* (2004), n° 67 ; WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflicht*, p. 139 s. ; ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 620 s.

¹¹⁸ TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 4.3.

¹¹⁹ TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 4.5.

¹²⁰ Cette opinion est soutenue par LINIGER/CONRAD, p. 240 s. Pour une critique, voir ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 624.

¹²¹ TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 5.2 et 5.3.

¹²² Voir p. ex. l'arrêt du TA Zurich du 21 août 2014, VB.2014.00113, où le tribunal a admis la qualité de perturbatrice par comportement de la société qui a avait repris à titre singulier des éléments de production d'une entreprise qui avait causé une pollution du sol. Le tribunal a considéré que la société reprenante était *de facto* la successeuse juridique de la perturbatrice par comportement originaire, dès lors que les dirigeants étaient les mêmes, que le but de la société était identique à celui de la société liquidée et que la production se poursuivait sur la même parcelle (cf. consid. 4.4, rés. DEP 2015, p. 137 ss).

¹²³ TF arrêt du 7 septembre 2017, 1C_170/2017, consid. 3.2 ; TF arrêt du 6 juin 2016, 1C_18/2016, consid. 4.2.

transfert¹²⁴. Le Tribunal fédéral ne s'est toutefois pas prononcé plus avant sur la portée de cette condition.

Les transferts de patrimoine qui ont eu lieu depuis le 1^{er} juillet 2004 sont soumis aux art. 69 ss LFus. Par rapport à l'art. 181 aCO, le transfert de patrimoine est simplifié en ce sens que les actifs et passifs peuvent être transférés *uno actu* sans que les parties soient tenues de respecter les règles propres à la succession à titre singulier. Conformément à l'art. 71 LFus, le contrat de transfert doit notamment contenir un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés. Le sort des passifs qui ne figurent pas à l'inventaire fait l'objet de discussions doctrinales quant à savoir s'ils demeurent chez le sujet reprenant ou ressortent à la responsabilité solidaire des parties selon l'art. 75 LFus¹²⁵.

L'art. 75 al. 1 LFus postule une responsabilité solidaire pendant trois ans pour toutes les dettes nées avant le transfert de patrimoine ; ce délai était de deux ans selon l'ancien art. 181 CO. Pour les créances exigibles, ce délai court dès l'avis aux créanciers ou la publication (art. 181 al. 2 CO). Pour les créances non exigibles, la question du point de départ de ce délai est controversée. Selon le Tribunal fédéral, le délai de l'art. 181 al. 2 aCO¹²⁶ est un délai de péremption¹²⁷. Il n'a toutefois pas tranché la question de savoir s'il court de la date du transfert ou de l'exigibilité de la créance en responsabilité lors de l'entrée en force de la décision de répartition des coûts, laquelle on l'a vu peut être rendue des dizaines d'années après le transfert¹²⁸. Le délai de solidarité prévu par ces dispositions sert à protéger les créanciers des sociétés concernées, qui ont le choix de s'adresser pendant ce délai à l'une ou l'autre de leurs débitrices¹²⁹. Ce but de protection doit toutefois être mis en balance avec la sécurité juridique qui appelle une claire détermination de la personne du débiteur, tant dans l'intérêt des créanciers des sociétés transférée et reprenante que de ceux du commerce en général. Pour ces motifs, il paraît judicieux de limiter la solidarité à un délai absolu de péremption de dix ans dès la date du transfert ou de la publication.

2.2 Les transferts successoraux

Le Tribunal fédéral a également précisé dans des arrêts récents que lorsque le perturbateur par comportement est une personne physique, l'obligation de prendre en charge les coûts est transférée à ses héritiers selon l'art. 560 al. 2 CC si deux conditions

¹²⁴ ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 622 ; WAGNER PFEIFFER, *Umweltrecht*, p. 815 s. ; ZUFFEREY/ROMY, *Responsabilités financières*, p. 25.

¹²⁵ Voir ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 626 et références.

¹²⁶ Arrêt rendu avant l'adoption de la LFus, lorsque l'art. 181 al. 2 aCO prévoyait une durée de responsabilité solidaire du transférant de deux ans.

¹²⁷ ATF 108 II 107, consid. 3.

¹²⁸ TSCHÄNI, p. 173, relève que concernant notamment les risques environnementaux, la responsabilité solidaire de l'entité transférante ne peut se matérialiser que des années après le transfert (voir aussi : WEBER, *ad art. 75 LFus*, p. 319 ; BINDER, p. 127).

¹²⁹ BSK-OR I, TSCHÄNI/GABERTHÜEL, *ad art. 181*, n° 3 s. ; CoRo-CO I, PROBST, *ad art. 181*, n° 1 et 40 ; BSK-FusG, KÄGI/EHRAT, *ad art. 75*, n° 2.

sont réunies. D'une part, à l'instar du transfert de patrimoine ou d'entreprise examiné plus avant, une base légale fondant l'obligation d'assainir et de prendre en charge les coûts doit exister au moment de la dévolution. D'autre part, les héritiers doivent avoir eu la possibilité de répudier la succession ou d'évaluer, par le biais du bénéfice d'inventaire, les conséquences prévisibles d'une obligation d'assainir¹³⁰.

2.3 Les contrats de cession ou d'usage à titre singulier

Les parties à un contrat portant sur la cession ou l'usage d'un immeuble ou d'un meuble à titre singulier sont libres, dans les limites de l'art. 20 CO et des dispositions légales impératives, de définir le prix de leur transaction et le transfert des risques. Toutefois, si elles sont débitrices d'obligations environnementales selon le droit public, elles ne sauraient librement en disposer. En effet, l'État créancier de ces obligations n'est pas lié par des conventions de droit privé entre les parties qui stipuleraient une répartition différente des risques et responsabilités environnementales de celle prévue par le droit public.

A titre d'exemple, le vendeur d'un immeuble pollué qui a causé la pollution peut exclure sa responsabilité pour les défauts envers l'acquéreur sur la base du droit des obligations et réduire le prix de vente en conséquence ; toutefois, cette exclusion ne le libère pas de sa responsabilité de perturbateur par comportement envers l'État, de sorte que ce dernier peut le rechercher pour sa quote-part de responsabilité sur la base de l'art. 32d LPE¹³¹.

3. Quelques réflexions sur la rédaction des clauses contractuelles

Les exemples examinés ci-dessus font apparaître que les parties à une transaction commerciale ou immobilière sont amenées à supporter des obligations environnementales de droit public qu'elles ne peuvent pas modifier ou exclure envers l'État. Elles peuvent toutefois corriger, dans leurs rapports internes, les implications du régime de droit public. Dans toute transaction, il est dès lors essentiel que les parties analysent soigneusement sous l'angle du droit public les obligations environnementales qui leur incombent, directement ou par succession. Il convient de déterminer les risques de responsabilités environnementales auxquels elles sont exposées en raison de leurs activités actuelles ou passées ou celles de leurs prédécesseurs juridiques. Ces risques devraient ensuite être pris en compte dans le régime de droit privé au moyen de clauses contractuelles adéquates qui reflètent la

¹³⁰ ATF 142 II 232, consid. 6.3 et 6.4.2. Le TF nie dans le cas d'espèce que les héritiers du perturbateur par comportement, qui avait exploité une décharge dans les années soixante, aient pu ou dû prévoir un besoin d'assainissement et partant une responsabilité pour les coûts de l'assainissement à la date du décès en 1981, le risque pour l'environnement ne s'étant pas concrétisé à ce moment. Voir aussi ATF 139 II 106, consid. 5.3.2 ; TF arrêt du 25 septembre 2006, 1A.273/2005/1A., 274/2005 et 1 P.669/2005, consid. 5.3 et ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 628 s. sur cet arrêt.

¹³¹ Voir ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*, p. 632.

volonté des parties et leur accord sur les impacts économiques qui en découlent ou les incertitudes qui subsistent¹³².

Toutefois, en dépit de l'incidence des responsabilités environnementales de droit public sur les transactions de droit privé, les parties n'y prêtent pas toujours une attention suffisante. En outre, la complexité des divers régimes examinés plus avant n'est pas toujours correctement reflétée dans les contrats de droit privé. La terminologie employée dans le contrat est parfois source de difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer la portée d'assurances données par le vendeur ou encore d'une clause de garantie ou d'exclusion de responsabilité. Conformément aux principes d'interprétation des contrats, en cas de désaccord entre les parties sur la portée d'une clause contractuelle, le juge recherchera la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexacts dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO). Si la réelle et commune volonté des parties ne peut être établie, ce qui sera souvent le cas en pratique, la clause doit être interprétée selon le principe de la confiance. Sauf accord contraire des parties, les notions juridico-techniques déterminées utilisées par les parties revêtent le sens juridique que la loi leur donne¹³³. Or les notions de site pollué, site contaminé, et sol pollué ne sont pas interchangeables comme nous l'avons vu ci-dessus ; elles revêtent une signification précise qui sera déterminante pour fixer l'étendue des responsabilités assumées par les parties en droit privé si ces dernières s'y réfèrent dans leur contrat. Il en va de même du renvoi, dans le contrat, aux art. 32^{bis}, 32^d et 32^d^{bis} LPE, qui ont des champs d'application bien distincts. La référence au cadastre des sites pollués pour confirmer ou infirmer l'absence de pollution revêt la portée limitée de cet instrument, qui n'est pas exhaustif en matière de sites pollués et n'inclut pas les sols pollués.

Il est dès lors essentiel d'apporter un soin attentif à la terminologie utilisée en se référant aux notions juridiques ou techniques du droit de l'environnement et en prenant en considération toutes les circonstances du cas d'espèce et de la transaction envisagée. Il est déconseillé d'utiliser des clauses standards ou modèles qui par définition sont par trop générales et non adaptées aux spécificités du cas d'espèce.

VI. Remarques finales

Les responsabilités environnementales de droit public revêtent une importance croissante dans les transactions commerciales et immobilières. Si la problématique des sites pollués est désormais bien connue, les distinctions parfois subtiles entre ce régime et ceux de la protection des sols et de la gestion des déchets le sont en revanche beaucoup moins, de sorte que les parties à une transaction risquent d'être confrontées à des situations et des responsabilités financières qu'elles n'avaient pas anticipées. Une

¹³² Sur l'impact du régime des sites contaminés sur le droit de la vente immobilière, voir ROMY, *Sites contaminés : Questions de droit public et privé*, p. 284 ss.

¹³³ TF arrêt du 9 décembre 2004, 4C.301/2004, consid. 2.2.

analyse approfondie des régimes de responsabilité de droit public est dès lors incontournable lors de la rédaction des accords soumis au droit privé et un soin particulier devrait présider à l'élaboration des clauses contractuelles.

En outre, le tour d'horizon qui précède invite à une réflexion plus générale sur les rôles respectifs du droit public et du droit privé en matière de réparation des atteintes environnementales. Les responsabilités environnementales de droit public revêtent un rôle prépondérant pour supprimer des atteintes environnementales et remettre en état des biens environnementaux qui échappent au droit privé faute de dommage au sens civil. Elles remédient aux difficultés liées à la preuve de la causalité et à l'écoulement du temps qui font souvent obstacle à la mise en œuvre des prétentions civiles. Elles offrent aux autorités d'exécution des moyens efficaces et incisifs pour réparer certains préjudices écologiques et mettre en œuvre le principe constitutionnel de causalité.

Au vu des défis environnementaux majeurs auxquels la société contemporaine est confrontée, il est permis de supposer que l'internalisation des coûts des mesures de prévention et de remédiation des atteintes environnementales va se poursuivre et que de nouvelles responsabilités verront le jour. Ces développements auront des répercussions non seulement dans les transactions examinées ci-dessus mais également sur de nombreux autres aspects de la vie commerciale régis par le droit privé, notamment en matière d'accès aux marchés des capitaux, de sorte que les liens entre le droit public et le droit privé vont indubitablement se renforcer encore à l'avenir.

VII. Bibliographie

(Toutes les références numériques ont été consultées pour la dernière fois en date du : 22.04.2021)

Doctrine (ordre alphabétique)

- BINDER Andreas, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, in : GesKR 2007, pp. 123 ss.
- CUMMINS Marc, Kostenverteilung bei Altlastensanierungen – Ausgleich unter Störern und Gemeinwesen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht, Thèse, Zurich 2009.
- DUBEY Jacques, La limitation préventive des atteintes à l'environnement : entre liberté et neutralité économique, in : Sifonios David (édit.), Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux et opportunités, Lausanne 2009, pp. 115 ss.
- DUPONT Anne-Sylvie, Droit public, responsabilité civile et protection de l'environnement : deux outils au service d'un objectif essentiel, in : DEP 2009, pp. 421 ss (cité : DUPONT, *Droit public, RC et protection de l'environnement*).
- DUPONT Anne-Sylvie, Le dommage écologique : le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, Thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2005 (cité : DUPONT, *Dommage écologique*).
- FELLRATH Isabelle, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués : état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in : DEP 2018, pp. 283 ss.
- GRIFFEL Alain, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zurich 2011.
- GRIFFEL Alain/RAUSCH Heribert, ad art. 1 et 11 LPE, in : Griffel Alain/Rausch Heribert (édit.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.
- HARTMANN Jürg E./ECKERT Martin K., Sanierungspflicht und Kostenverteilung bei der Sanierung von Altlasten, in : DEP 1998, pp. 603 ss.
- JUNGO Fabia, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse – Avec des perspectives de droit international et de droit européen, Zurich 2012.
- KÄGI Urs/EHRAT Felix R., ad art. 75 LFus, in : Watter Rolf *et al.* (édit.), Basler Kommentar – Fusionsgesetz, 2^{ème} éd., Bâle 2015 (cité : BSK-FusG, KÄGI/EHRAT, ad art. 75).
- LINIGER Hans Ulrich, Unternehmensübernahmen aus umweltrechtlicher Sicht, in : Tschäni Rudolf (édit.), Mergers & Acquisitions II, Zurich 2000, pp. 95 ss.
- LINIGER Hans Ulrich/CONRAD Curdin, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen: quid iuris?, in : Oertle Matthias *et al.* (édit.), Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zurich/St. Gall 2010, pp. 228 ss.

- PROBST Thomas, *ad art. 181 CO*, in : Thénevoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations I*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CoRo-CO I, PROBST, *ad art. 181*).
- RASELLI Niccolò, *Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes*, in : DEP 1997, pp. 271 ss.
- RAUSCH Heribert, *Haftpflichtrechtliche Denkmuster: Leitplanken oder Fesseln?*, in : DEP 2009, pp. 359 ss.
- REGGS Raphaël, *Les « autres préjudices » de l'expropriation*, Thèse, Fribourg 2013.
- REY Heinz, *Die Bedeutung öffentlichrechtlicher Bestimmungen im privatechtlichen Immissionsschutz – Bemerkungen zu BGE 126 III 223 ff.*, in : recht 2000, pp. 280 ss.
- ROMERIO Flavio, *Toxische Kausalität – Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Studie*, Thèse, Bâle 1996.
- ROMY Isabelle, *ad art. 32b^{bis}, 32c-32d*, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), *Commentaire romand de la loi sur la protection de l'environnement*, Berne 2010 (cité : ROMY, *ad art. LPE*).
- ROMY Isabelle, *Questions de droit matériel en relation avec la répartition des responsabilités selon l'art. 32d LPE*, in : DEP 2011, pp. 612 ss (cité : ROMY, *Questions – Art. 32d LPE*).
- ROMY Isabelle, *Sites contaminés : les points essentiels pour les propriétaires et les exploitants*, in : Hottelier Michel/Foëx Benedict (édit.), *Protection de l'environnement et immobilier : Principes normatifs et pratique jurisprudentielle*, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 47 ss (cité : ROMY, *Sites contaminés*).
- ROMY Isabelle, *Sites contaminés : Questions de droit public et de droit privé*, Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois à l'occasion de son centenaire, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 255 ss (cité : ROMY, *Sites contaminés : Questions de droit public et privé*).
- ROMY Isabelle, *Sort des responsabilités environnementales dans le transfert d'entreprises*, in : *Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, Lausanne 2009, pp. 34 ss (cité : ROMY, *Responsabilités environnementales dans le transfert d'entreprises*).
- ROMY Isabelle, *Sûretés financières du droit des sites pollués : conditions d'application et conséquences incisives pour les sociétés perturbatrices et leurs organes*, in : BR/DC 2020, pp. 75 ss (cité : ROMY, *Sûretés financières*).
- SCHERRER Karin, *Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung: Störer- versus Verursacherprinzip*, Thèse, Berne 2005.
- SEILER Hansjörg, *ad art. 2 LPE*, in : Griffel Alain/Rausch Heribert (édit.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité : SEILER, *ad art. 2 LPE* (2011)).

- SEILER Hansjörg, *ad art. 2 LPE*, in : Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen (édit.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : SEILER, *ad art. 2 LPE* (2004)).
- STUTZ Hans W., *Die Kostentragung der Sanierung – Art. 32d USG*, in : DEP 1997, pp. 758 ss.
- TSCHÄNI Rudolf, *Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen*, in : GesKR 2007, pp. 170 ss.
- TSCHÄNI Rudolf/GABERTHÜEL Tino, *ad art. 181 CO*, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I*, 6^{ème} éd., Bâle 2019 (cité : BSK-OR I, TSCHÄNI/GABERTHÜEL, *ad art. 181*).
- TSCHANNEN Pierre, *ad art. 32c LPE*, in : Griffel Alain/Rausch Heribert (édit.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.
- TSCHANNEN Pierre/FRICK Martin, *La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE – Avis de droit à l'attention de l'OFEV*, Berne 2002 (accessible en ligne à l'adresse : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/sites-contamines/info-specialistes/financement-des-sites-contamines/prise-en-charge-des-frais.html>).
- VERDE Michel, *Neues Jahrzehnt – neues Verjährungsrecht*, in : PJA 2020, pp. 171 ss.
- VISCHER Markus/ZAUGG Christoph, *Art. 32b^{bis} USG : Keine Aktivlegitimation für obligatorisch Berechtigten*, CJN 9 juillet 2018.
- WAGNER PFEIFER Beatrice, *Haftungsrisiken durch rückwirkende Anwendung umweltrechtlicher Normen*, in : Sutter-Somm Thomas (édit.), *Risiko und Recht – Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle/Genève/Berne 2004, pp. 535 ss (cité : WAGNER PFEIFER, *Haftungsrisiken*).
- WAGNER PFEIFER Beatrice, *Kostentragungs*, in : Sutter-Somm Thomas (édit.), *Risiko und Recht – Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle/Genève/Berne 2004, pp. 535 ss (cité : WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflicht*).
- WAGNER PFEIFER Beatrice, *Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Überwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien*, in : ZBl 3/2004, pp. 117 ss (cité : Wagner Pfeifer, *Kostentragungspflichten*).
- WAGNER PFEIFER Beatrice, *Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche*, Zurich/St.-Gall 2013 (cité : Wagner Pfeifer, *Umweltrecht*).
- WEBER Martin, *ad art. 75 LFus*, in : Amstutz Marc/Roberto Vito/Trüb Hans Rufolf (édit.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : FusG, UWG, PauRG und KKG*, 3^{ème} éd., Zurich 2016.
- WIDMER Thomas Dreifuss, *Geltendmachung von Haftpflichtansprüchen aus Umweltschäden im Zivilprozess (Unter Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung)*, in : DEP 2009, pp. 439 ss.

ZUFFEREY Jean-Baptiste, « Pollueur-payeur, perturbateur, détenteur et responsable », in : BR/DC 1/1999, pp. 123 ss (cité : ZUFFEREY, *Pollueur-payeur*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste, Le chantier : ses nuisances, ses risques et ses déchets, in : Journées suisses du droit de la construction 2011 (ZUFFEREY, *Le chantier*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste/ROMY Isabelle, La construction et son environnement en droit public, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 205 ss (cité : ZUFFEREY/ROMY, *Construction*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste/ROMY Isabelle, La garantie de la couverture des frais de défaillance Explications et remarques sur l'art. 32dbis al. 1 et 2 LPE – Rapport sur mandat de l'OFEV, Berne 2014 (accessible en ligne à l'adresse : https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/fr/dokumente/alltlasten/externe-studienberichte/sicherstellung_derdeckungderausfallkosten-erklarungenundanmerku.pdf.download.pdf/la_garantie_de_la_couverture_des_frais_de_defaillance-explicationsetr.pdf) (cité : ZUFFEREY/ROMY, *OFEV – Avis de droit*).

ZUFFEREY Jean-Baptiste/ROMY Isabelle, Les responsabilités financières des sociétés et de leurs groupes pour les frais d'assainissement des sites contaminés, 2008 (disponible en ligne à l'adresse : <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-urek-gutachten-kantone-f.pdf>) (cité : ZUFFEREY/ROMY, *Responsabilités financières*).

Documents officiels (ordre chronologique)

Rapport du Conseil fédéral, Rapport Environnement Suisse 2018, disponible sur le site de l'OFEV : www.bafu.admin.ch/re2018 et accessible en ligne à l'adresse : https://environnement-suisse.ch/_Resources/Persistent/74a1536a38976540f8852ac3363dcd3e3a675d3f/OFEV-Rapport_Environnement_Suisse_2018_F.pdf (cité : Rapport Environnement Suisse 2018).

OFEV, Le traitement des sites pollués avance à grands pas : Etat de l'investigation, de la surveillance et de l'assainissement, 2015, accessible en ligne à l'adresse : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/sites-contamines/publications-etudes/publications/traitement-sites-pollues.html> (cité : OFEV, *Traitement des sites pollués*).

OFEV, Etablissement du cadastre des sites pollués, 2001, accessible en ligne à l'adresse : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/sites-contamines/publications-etudes/publications/etablissement-du-cadastre-sites-pollues.html>.