

Questions de droit matériel en relation avec la répartition des responsabilités selon l'art. 32d LPE

Isabelle Romy, Prof. Dr. iur., Professeure associée à l'université de Fribourg et à l'EPFL, avocate, Niederer Kraft & Frey, Zürich¹

Contenu

Résumé.....	613
Zusammenfassung.....	613
I. Introduction.....	613
II. Responsabilité de l'art. 32d LPE: rappel des principes.....	614
III. Questions choisies.....	617
1. Notion de perturbateur en lien avec les lieux d'entreposage des déchets.....	617
2. Transfert des responsabilités de perturbateurs en matière de cession d'entreprise ou de patrimoine.....	618
2.1 Le contexte.....	618
2.2 Transfert d'actifs et passifs selon l'art. 181 CO.....	620
2.2.1 Régime.....	620
2.2.2 Transfert de la responsabilité du perturbateur par comportement.....	620
2.2.3 Transfert de la responsabilité du perturbateur par situation.....	625
3. Sort des responsabilités environnementales «oubliées» dans un transfert de patrimoine selon la Loi sur les fusions.....	625
4. Transfert des responsabilités en matière successorale.....	626
5. Prescription de l'obligation de financer les mesures nécessaires.....	631

¹ Je remercie M. Darius Scheidegger, MLaw, assistant pour l'enseignement du droit à l'EPFL, pour l'aide qu'il m'a apportée lors de la préparation et de la mise au point de cette contribution.

Résumé

La répartition des responsabilités entre les diverses personnes à l'origine des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués selon l'art. 32d LPE soulève de nombreuses questions en théorie et en pratique, lesquelles donnent parfois lieu à des solutions cantonales différentes. Après un bref rappel des principes, cette contribution analyse plus en détail certains aspects choisis en raison de leur actualité et des controverses qu'ils suscitent, à savoir la notion de perturbateur en matière de décharges de déchets, le transfert des responsabilités en cas de transfert d'entreprises et en matière successorale ainsi que la prescription des obligations de financer les mesures nécessaires.

Zusammenfassung

Die Verantwortungsverteilung zwischen verschiedenen Verursachern im Sinne von Art. 32d USG ruft in der Theorie und Praxis viele Fragen hervor, welche manchmal zu unterschiedlichen kantonalen Lösungen führen. Nachdem kurz auf die Grundsätze eingegangen wird, analysiert dieser Beitrag gewisse Aspekte näher, welche aufgrund von ihrem aktuellen und umstrittenen Charakter gewählt wurden: Störerbegriff bei Abfalldeponien, Übertragung der Verantwortung bei Betriebsübergang und im Erbrecht sowie Verjährung der Kostentragungspflichten für notwendige Massnahmen.

I. Introduction

En matière de sites pollués, le législateur a choisi de dissocier l'obligation matérielle d'exécuter les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement prescrites par l'OSites,² de l'obligation d'assumer les coûts de ces mesures. La première incombe, en principe, au détenteur du site (art. 20 OSites). C'est lui qui répond en premier lieu de l'état de sa propriété et qui doit veiller à ce qu'elle soit conforme à la réglementation environnementale.³

² Ordonnance du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués (Ordonnance sur les sites contaminés, OSites ; RS 814.680).

³ Arrêt TF 1A.214/1999 du 3 mai 2000 c. 2 e aa) = DEP 2000 590 ; ATF 130 II 321 c. 2 = DEP 2004 586 ; arrêt TF 1A.204/2003 du 2 juin 2004 c. 2.2 = DEP 2000 590 ; arrêt TF 1A.2/2003 du 31 juillet 2003 c. 2.2 = DEP 2003 783 ; ATF 136 II 370 c. 2.4 ; arrêt TF 1C.374/2007 du 7 juin 2010 c. 2.4.

La personne responsable d'exécuter ces mesures au sens de l'art. 20 OSites les financera dans un premier temps, puis elle pourra faire reporter tout ou partie de ces frais sur les perturbateurs aux conditions posées par l'art. 32d LPE^{4,5}. Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997 et révisée selon projet du 16 décembre 2005⁶, concrétise le principe de causalité ancré aux art. 2 LPE et 74 Cst⁷. Elle impose de répartir la charge financière parfois importante qui résulte des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués entre les diverses personnes à l'origine des mesures nécessaires.

Selon le Tribunal fédéral, la dissociation de l'obligation matérielle d'exécuter les mesures nécessaires et de l'obligation de financer ces mesures se justifie par le fait que la première vise une mise en œuvre la plus efficace possible du droit de l'environnement, alors que la prise en charge des frais a pour objectif une répartition équitable des coûts.⁸

La mise en œuvre des responsabilités financières selon l'art. 32d LPE soulève de nombreuses questions en théorie et en pratique. Après un bref rappel des principes, la présente contribution examinera quelques questions choisies qui sont particulièrement controversées en doctrine et font l'objet de pratiques cantonales différentes.

II. Responsabilité de l'art. 32d LPE: rappel des principes

Aux termes de l'art. 32d al. 1 LPE, «*Celui qui est à l'origine des mesures nécessaires assume les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement du site pollué*».

Les frais qui peuvent faire l'objet d'une répartition selon l'art. 32d LPE sont ceux qui sont causés par les mesures d'investigation, de surveillance et

⁴ Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE ; RS 814.01).

⁵ ATF 130 II 321 c. 2.2.

⁶ L'art. 32d révisé est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2006 : FF 2005 I 6799 ; RO 2006 2677. Sur les questions de droit transitoire, cf. ROMY ISABELLE, in : Commentaire Stämpfli de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement, MOOR PIERRE/FAVRE ANNE-CHRISTINE/FLÜCKIGER ALEXANDRE (édit.), N. 3 ad art. 32d.

⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

⁸ Arrêt TF 1A.250/2005 du 14 décembre 2006 c. 6 = RDAF 2007 I 307 ; ATF 131 II 743 = JT 2006 I 699 et DEP 2005 711 ; arrêt TF 1A.86/2002 du 22 octobre 2002 c. 3 ; arrêt TF 1A.214/1999 du 3 mai 2000 c. 2b = DEP 2000 590. Cf. ég. TSCHANNEN PIERRE, Questions fondamentales relatives à la répartition des frais selon l'art. 32d LPE, traduction française de son article intitulé «Grundfragen der Kostenverteilung nach Art. 32d USG», DEP 2001 774, p. 11 s.

d'assainissement nécessaires au sens de l'OSites, qui répondent à un intérêt public et qui sont conformes au principe de proportionnalité.⁹

L'art. 32d LPE ne définit pas la personne à l'origine des mesures nécessaires. La jurisprudence fédérale a recouru à la notion de perturbateur utilisée en matière de droit de police et a précisé que les frais peuvent être mis à la charge tant du perturbateur par situation que du perturbateur par comportement.¹⁰ Le *premier* est le détenteur du site, soit la personne morale ou physique qui exerce un pouvoir de droit ou de fait sur la chose qui a provoqué la situation contraire au droit.¹¹ Le *second* est la personne physique ou morale qui, par ses propres actes ou omissions, ou ceux des personnes qui sont sous sa responsabilité, cause directement un danger ou une perturbation contraire au droit.¹²

Lorsque plusieurs personnes sont impliquées, l'art. 32d al. 2 prévoit qu'«elles assument les frais de l'assainissement proportionnellement à leur part de responsabilité. Assume en premier lieu les frais celle qui a rendu nécessaires les mesures par son comportement. Celle qui n'est impliquée qu'en tant que détenteur du site n'assume pas de frais si, même en appliquant le devoir de diligence, elle n'a pas pu avoir connaissance de la pollution».

Chaque responsable visé par l'art. 32d LPE répond uniquement de la part des frais qui lui incombe *en vertu du principe de causalité*. Cela signifie que lorsque plusieurs personnes ont contribué à la contamination, chacune d'entre elles assumera la quote-part des frais proportionnellement à sa part de responsabilité (art. 32d al. 2 LPE).

L'autorité détermine tout d'abord la part causale de chaque perturbateur, puis examine si celle-ci doit être adaptée sous l'angle de l'équité, en appliquant par analogie les principes posés par l'art. 51 CO. Elle tiendra compte des fautes éventuelles, mais sans égard à la capacité économique des par-

⁹ Pour plus de détails, cf. ROMY, n. 6, N. 6 ss *ad* art. 32d.

¹⁰ ATF 131 II 743 c. 3.1 = JT 2006 I 699 et DEP 2005 711 ; arrêt TF 1A.250/2005 du 14 décembre 2006 c. 5.3 = RDAF 2007 I 307.

¹¹ ATF 122 II 65, c. 6a; voir aussi ROMY, n. 6, N. 42 ss *ad* art. 32d et références citées.

¹² Arrêt TF 1A.250/2005 du 14 décembre 2006 c. 5.3 = RDAF 2007 I 307 ; ATF 131 II 743 c. 3.1 = JT 2006 I 699 et DEP 2005 711 ; arrêt TF 1A.366/1999 du 27 septembre 2000 c. 2b = DEP 2000 785 ; arrêt TF 1A.67/1997 du 26 février 1998 c. 4b = DEP 1998 152 ; ATF 118 Ib 407 = JT 1990 I 485 ; arrêt TA VS du 20 avril 2001 = RVJ 2002 59, p. 63 ; ROMY ISABELLE, Sites contaminés : Questions de droit public et de droit privé, *in* : BIANCHI FRANÇOIS (édit.) : Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois à l'occasion de son centenaire, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 273 s. ; SCHERRER KARIN, Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Störer- versus Verursacherprinzip (Thèse), Berne 2005, p. 25 ss, 83 s. et 99 ss ; TSCHANNEN PIERRE/FRICK MARTIN, La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'art. 32d LPE, Avis de droit à l'attention de l'OFEV, Berne 2002, p. 7.

ties. En outre, elle examinera le caractère supportable des frais pour chaque perturbateur, en application du principe de proportionnalité.¹³

Il n'y a pas de solidarité entre les divers responsables. En cas d'insolvabilité de l'un d'entre eux, ou si la part de l'un est réduite selon le principe de proportionnalité, il appartient à la collectivité publique compétente de supporter cette part (art. 32d al. 3 LPE).¹⁴

Les responsabilités de l'art. 32d étant de droit public, la contribution de chacun des perturbateurs est due à l'Etat et non pas à celui qui a payé.¹⁵ Les prétentions en remboursement de la personne qui a avancé les frais d'investigation et d'assainissement seront exercées contre l'Etat et non pas contre les autres perturbateurs.¹⁶ L'Etat se chargera également de rechercher les autres coresponsables et d'encaisser leur part des frais d'assainissement en fonction de l'ampleur de leur responsabilité.¹⁷ Il supporte ainsi les conséquences de l'éventuelle insolvabilité de l'un des perturbateurs (art. 32d al. 3 LPE).¹⁸

¹³ ATF 131 II 743 c. 3.1 = JT 2006 I 699 et DEP 2005 711 ; ATF 114 Ib 44 = JT 1990 I 482 ; arrêt TF 1A.250/2005 du 14 décembre 2006 c. 5.3 = RDAF 2007 I 307 ; arrêt TF 1A.366/1999 du 27 septembre 2000 c. 2b = DEP 2000 785 et RDAF 2001 I 653 (rés., trad.), p. 653 s. ; arrêt TF 1A.273/2005 du 25 septembre 2006 c. 4.8. Sur les conditions de la responsabilité et les critères de répartition des responsabilités, voir ROMY, n. 6, N. 15 ss *ad art. 32d* et références citées.

¹⁴ TSCHANNEN PIERRE, *Kommentar USG*, art. 32d N. 16 ; CUMMINS MARK, *Kostenverteilung bei Altlastsanierungen*, thèse, Zurich 2000, p. 138 ; HARTMANN JÜRGE/ECKERT MARTIN, DEP 1998 603, p. 632 ; ZAUGG MARCO, DEP 2001 858, p. 873 ss. La jurisprudence fédérale rendue en application de l'art. 59 LPE, sur lequel se fonde l'art. 32d LPE, a varié puis a opté pour une absence de solidarité entre les perturbateurs : ATF 118 Ib 407 c. 4 = JT 1990 I 485 ; ATF 102 Ib 209.

¹⁵ ROMY ISABELLE, *Sites contaminés : les points essentiels pour les propriétaires et exploitants*, in : HOTTELIER MICHEL/FOËX BÉNÉDICT (édit.), *Protection de l'environnement et immobilier : Principes normatifs et pratique jurisprudentielle*, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 68 ; SCHERRER, n. 12, p. 108 s. ; HARTMANN/ECKERT, n. 14, p. 624 s. TSCHANNEN, n. 14, N. 37 ; BUDLIGER MICHAEL, DEP 1997 296, p. 304 s.

¹⁶ ROMY ISABELLE, *Les sites contaminés à la croisée du droit public et du droit privé*, JDC 2003 140, p. 162 s. ; TSCHANNEN, n. 8, p. 791 ss.

¹⁷ GRIFFEL ALAIN, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, 2^{ème} éd., Zurich 2001, p. 227 s., N. 311 ; TSCHANNEN, n. 14, N. 18 ; HARTMANN/ECKERT, n. 14, p. 625 s. ; *contra* : BÜHLER ALFRED, DEP 2007 157, p. 173.

¹⁸ ROMY, n. 6, N. 51 ss *ad art. 32d*.

III. Questions choisies

1. Notion de perturbateur en lien avec les lieux d'entreposage des déchets

La question de la répartition des frais entre plusieurs perturbateurs revêt une importance particulière en pratique en ce qui concerne l'assainissement des décharges de déchets. La question est discutée en doctrine de savoir qui revêt la qualité de perturbateur par comportement et les pratiques cantonales varient.

Il est unanimement admis que *l'exploitant d'une décharge* est un perturbateur par comportement puisqu'il crée une cause directe pour les besoins d'assainissement ultérieurs en acceptant et entreposant les déchets. L'exploitant est ainsi le responsable primaire, au plan causal, de l'état de fait nécessitant un assainissement.¹⁹

Il est également largement admis dans la jurisprudence et la doctrine que l'existence d'une autorisation d'exploitation délivrée par les autorités n'est pas une cause d'exonération de responsabilité. WAGNER PFEIFER admet pour sa part que lorsque l'exploitant est au bénéfice d'une autorisation délivrée par le canton, le principe de la confiance s'applique et peut conduire à une réduction de la part de responsabilité du perturbateur par comportement.²⁰ Cela étant, le principe de la confiance ne peut s'appliquer que si l'autorisation est conforme à la loi.

La question de savoir si les *déposants des déchets* peuvent être considérés comme perturbateurs par comportement au sens de l'art. 32d LPE a été peu traitée en doctrine et en jurisprudence. Certains admettent que le producteur ou le déposant des déchets n'est responsable que s'il les a mal déclarés ou s'il les a déposés de manière illicite, dans une décharge non contrôlée (sauvage).²¹ Cette opinion nous paraît contraire à la notion de perturbateur par comportement définie par le Tribunal fédéral, puisque celle-ci est indépendante d'une faute ou de l'illicéité du comportement en question.

D'autres soutiennent que la responsabilité du producteur ou déposant des déchets comme perturbateur par comportement doit être admise lorsque les déchets en cause présentent une dangerosité qualifiée qui peut

¹⁹ TSCHANNEN/FRICK, n. 12, p. 16 s.

²⁰ Arrêt TF du 29 avril 1988 = JAB 1988 406 ; TSCHANNEN/FRICK, n. 12, p. 17 s ; WAGNER PFEIFER BEATRICE, Kostentransportpflichten bei der Sanierung und Überwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien, ZBl 2004 117, p. 142 s.

²¹ WAGNER PFEIFER BEATRICE, n. 20, p. 128 ; Baudirektion ZH du 3 mai 2000 = DEP 2000 386.

s'actualiser en cours d'entreposage.²² Le critère du caractère «dangereux» des déchets nous paraît toutefois trop incertain pour fonder une responsabilité par comportement, puisque la concrétisation du risque dépend essentiellement des conditions d'entreposage. A notre avis, il convient de s'en tenir au critère de la causalité immédiate, dont le caractère dangereux du déchet constitue un élément d'appréciation. Un déchet dangereux entreposé de manière volontaire ou non dans une décharge qui s'avère par la suite inadéquate est une cause immédiate de la pollution, de sorte que le déposant doit être considéré comme perturbateur par comportement, aux côtés de l'exploitant.

En revanche, les déchets produits par un ménage ordinaire ne présentent pas de dangerosité particulière telle qu'un stockage définitif sans danger ne pourrait pas être garanti.²³ Dès lors, le producteur et le déposant de ces déchets ménagers n'est pas perturbateur par comportement pour les avoir remis à une décharge. Il devrait en aller de même des collectivités publiques ou des entreprises qui organisaient le ramassage des ordures sur leur territoires et les amenaient à une décharge, sauf si elles se chargeaient du stockage définitif, auquel cas elles seraient considérées comme exploitantes de la décharge.

2. *Transfert des responsabilités de perturbateurs en matière de cession d'entreprise ou de patrimoine*

2.1 *Le contexte*

Il arrive que les pollutions du sol, de l'air ou des eaux qui nécessitent des mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement résultent d'une activité industrielle ou artisanale qui a été déployée il y a des dizaines d'années. La société qui exploitait l'entreprise polluante en cause et qui répond à la définition de perturbateur par comportement peut avoir disparu, s'être transformée, ou avoir subi des modifications commerciales par suite de fusion ou de transfert de patrimoine. Dans ces cas, la question se pose de savoir si la responsabilité *liée aux activités polluantes* en cause a été transférée aux éventuels successeurs de l'exploitante originelle. Dans l'affirmative, l'autorité pourra rechercher les successeurs du perturbateur par comportement pour la part causale imputable à ce dernier. Dans la négative, si ce

²² TSCHANNEN/FRICK, n. 12, p. 12 s.; ces auteurs relèvent qu'il n'est pas possible de définir de manière générale quels déchets présentent une tendance particulière au danger mais suggèrent de recourir à la catégorie de déchets spéciaux.

²³ TSCHANNEN/FRICK, n. 12, p. 12.

dernier n'existe plus, elle supportera les frais qui étaient imputables au perturbateur défaillant (art. 32d al. 3). Cette problématique n'est pas propre aux transactions commerciales du passé. Il arrive que des sociétés impliquées dans des procédures d'investigation ou d'assainissement en cours se restructurent. Dans ces hypothèses, la question se pose également de savoir ce qu'il advient des responsabilités de l'art. 32d LPE, et plus particulièrement de celle du perturbateur par comportement.

Une affaire bernoise récente en donne un exemple :²⁴ la société G & Cie SA avait exploité une entreprise de textiles de 1865 à 1995, laquelle avait causé une pollution du sol. Par contrat de fusion du 13 décembre 2002, L. SA a repris G & Cie SA. A cette date, G & Cie SA était propriétaire de plusieurs parcelles inscrites au cadastre des sites pollués du canton comme sites nécessitant une investigation. En 2004 et en 2007, L. SA effectua une investigation préalable de ces parcelles. En avril 2008, L. SA transféra à la L. Anlagen SA à constituer les parcelles polluées ainsi que d'autres immeubles situés dans divers cantons.

Cet état de fait soulève la question de savoir quelle société assume la responsabilité du perturbateur par comportement et laquelle est tenue de procéder aux investigations requises par l'OSites.

Pour y répondre, il convient tout d'abord de déterminer quelle forme juridique a revêtu le transfert de patrimoine ou la restructuration d'entreprise en question, puis de vérifier quels sont les effets de cette transaction sur les obligations découlant du droit des sites contaminés.²⁵ Cette question ne relève pas de la LPE mais du droit commercial en vigueur au moment où la transaction a eu lieu. Si des opérations comme la fusion ou le transfert d'actions ne posent pas de problèmes particuliers²⁶, en revanche, le sort de la responsabilité du perturbateur par comportement lors d'un transfert de patrimoine soulèvent des controverses, qui seront seules examinées ci-après.

²⁴ JAB 2010 413.

²⁵ Sur ces questions, cf. ROMY ISABELLE, *Sort des responsabilités environnementales dans le transfert d'entreprises*, in : *Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, Publications CEDIDAC 82, Lausanne 2009, p. 34 ss ; ROMY ISABELLE, *Sites pollués, sociétés et responsabilités*, JDC 2009 163, p. 163 ss ; LINIGER HANS ULRICH/CURDIN CONRAD, *Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen : quid iuris ?*, in : OERTLE MATTHIAS/WOLF MATTHIAS/BREITENSTEIN STEFAN/DIEM HANS-JAKOB (édit.), *Recht und Wirtschaft in der Praxis Liber amicorum für Rudolf Tschäni*, Zurich/St. Gall 2010, p. 228 ss.

²⁶ Les auteurs qui ont examiné ces questions (voir références à la note précédente) s'accordent à reconnaître qu'en cas de fusion (succession à titre universel), qu'elle repose sur les art. 748 s. aCO ou sur la LFus (Loi sur la fusion, LFus ; RS 221.301) entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, tous les droits et obligations de la société transférante sont assumés par la société reprenante, et ceci même si le fondement de la responsabilité environnementale n'existait pas au moment de la fusion.

2.2 Transfert d'actifs et passifs selon l'art. 181 CO

2.2.1 Régime

Avant l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les fusions le 1^{er} juillet 2004, les transferts de passifs et d'actifs étaient régis par l'art. 181 CO dans sa version en vigueur avant cette date. Le régime de l'art. 181 CO est censé connu.²⁷ On se contentera de rappeler pour les propos de cette contribution qu'il prévoit que les actifs sont transférés à titre singulier selon les modalités propres aux biens ou créances concernés. En revanche, il est présumé que tout le passif est transféré au reprenant, sous réserve d'éventuelles exceptions communiquées de façon claire aux créanciers.²⁸ Le reprenant et le débiteur primitif restent solidairement responsables des dettes transférées pendant une durée de deux ans (trois selon le nouvel art. 181 CO).

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 (et son exploitation) transférée, pour autant qu'elles soient susceptibles de transfert. Elles peuvent être prescrites, conditionnelles, voire ignorées par le 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.²⁹

2.2.2 Transfert de la responsabilité du perturbateur par comportement

Lorsque l'entreprise transférée a causé une pollution qui donne lieu à des mesures au sens de l'OSites, la première question qui se pose est de savoir si les dettes de droit public telles que celles qui sont fondées sur l'art. 32d LPE sont bien susceptibles de transfert au sens de l'art. 181 CO. Le Tribunal fédéral a admis qu'une obligation éventuelle d'assurer les frais d'un assainissement des eaux souterraines fondée sur l'art. 8 de l'ancienne Loi fédérale sur la protection des eaux du 8 octobre 1971 (LPEP (1971)) était bien transfé-

²⁷ Pour une présentation de cette disposition, cf. PROBST THOMAS, in : THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), CoRo, CO I, Genève/Bâle/Munich 2003, ad art. 181, p. 959 ss ; TSCHÄNI RUDOLF, in : HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar, OR II, 4^{ème} ed., Bâle 2007, ad art. 181 CO, p. 913 ss. Depuis l'entrée en vigueur de la LFus le 1^{er} juillet 2004, l'art. 181 CO a perdu de sa portée puisque la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales, à des sociétés coopératives, à des associations, à des fondations ou à des entreprises individuelles qui sont inscrites au registre du commerce est régie par cette loi et non plus par le CO (cf. art. 181 al. 4 CO).

²⁸ TSCHÄNI, n. 27, N. 7, 11 et 13 ad art. 181 CO. Le TF a précisé que lorsque la publication se réfère à un bilan de reprise, le créancier peut conclure de bonne foi qu'il y a reprise globale des dettes par le reprenant: ATF 129 III 167.

²⁹ PROBST, n. 27, N. 28 ad art. 181 CO et références citées ; GAUCH PETER/SPIRIG EUGEN, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, in : ZK, V 1k, 3^{ème} éd., Zurich 1994, N. 114 ad art. 181 CO ; WAGNER PFEIFER, n. 20, p. 140.

nable selon l'art. 181 CO.³⁰ Il faut en déduire que l'art. 181 CO s'applique aussi aux dettes fondées sur l'art. 32d LPE.³¹

Deuxièmement, dans le contexte des sites contaminés, il arrive fréquemment que le transfert du passif lié à une entreprise polluante ait eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE le 1^{er} juillet 1997. C'est dire que l'obligation de financer les mesures nécessaires telle qu'elle est dorénavant prévue à l'art. 32d LPE n'existait pas lors du transfert. Cela signifie-t-il que la société reprenante n'assume pas la responsabilité de perturbateur par comportement de la société transférante ou y a-t-il une reprise de responsabilité sous forme de transfert de passif et, dans l'affirmative, à quelles conditions ?

Selon les principes susmentionnés qui découlent de l'art. 181 CO, seules les dettes *fondées* au moment du transfert peuvent être transférées. La littérature commerciale ne s'étend pas sur cette condition, sauf à rappeler que la dette n'a pas besoin d'être exigible et qu'elle peut être conditionnelle³². Pour être fondée, une obligation doit reposer sur un fondement juridique. A notre avis, il convient dès lors d'examiner si, *au moment du transfert*, il existait soit une dette d'assainissement, soit une norme contraignante qui imposait à la société transférante, perturbatrice par comportement, une obligation de supporter les coûts des mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement. Le Tribunal fédéral a posé ce principe en matière de transfert de l'obligation d'assainir en matière successorale³³ (voir III. 4 *infra*). Il l'a appliqué également dans une affaire plus ancienne de transfert de responsabilité du perturbateur par comportement fondé sur l'art. 181 CO, qui présentait l'état de fait suivant³⁴:

Une société anonyme exploita une entreprise de nettoyage de textile de 1966 à 1974 ; après cette date, elle cessa cette exploitation et déplaça son siège social. Durant cette période, elle causa une pollution des eaux par des solvants chlorés, laquelle fut constatée dès 1981. Cette même année, une division de l'entreprise eut lieu. Tous les actifs et passifs liés à l'entreprise

³⁰ Arrêt du TF du 29 avril 1988 c. 3a dans la cause C. Kleiderreinigung AG vs Regierungsrat des Kantons Bern = JAB 1988 406 ; cf. ég. l'arrêt du TA GE ATA/175/2008 du 15 avril 2008, qui admet qu'une dette d'assainissement, même ignorée, puisse être reprise sur la base de l'art. 181 CO. Cet arrêt n'examine toutefois pas quel était le fondement légal de l'éventuelle dette d'assainissement transférée, alors que le transfert d'entreprise avec actifs et passifs avait eu lieu en 1966.

³¹ Cf. dans le même sens WAGNER PFEIFFER, n. 20, p. 140 ; SEILER HANSJÖRG, Kommentar USG, art. 2 N. 67. Le TA BE l'a admis en cas de transfert de patrimoine selon les art. 69 ss LFus, qui s'appliquent désormais en lieu et place de l'art. 181 CO aux entreprises et sociétés inscrites au registre du commerce : JAB 2010 413.

³² PROBST, n. 27, N. 28 *ad* art. 181 ; SPIRIG, n. 29, N. 109 ss *ad* art. 181.

³³ Arrêts TF 1A.273/2005 ; 1A.274/2005 ; 1P.669/2005 du 25 septembre 2006 c. 5.2 et 5.3.

³⁴ Arrêt TF du 29 avril 1988 = JAB 1988 406.

de nettoyage de textiles furent transférés à une nouvelle société anonyme fondée en mai 1981. Le canton effectua des investigations et, par décision du 15 juillet 1986, réclama le remboursement des frais en résultant à la nouvelle société anonyme, sur la base de l'art. 8 LPEP (1971) alors en vigueur. Cette dernière s'y refusa, en faisant valoir qu'elle n'existait pas à l'époque où les événements polluants avaient eu lieu et qu'elle n'avait pas repris le passif résultant de ces activités.

Le Tribunal fédéral considéra que tous les actifs et passifs *existants* liés à l'exploitation de l'ancienne entreprise avaient été transférés à la nouvelle société fondée en 1981, y compris les dettes dont elle n'avait pas connaissance, faute de communication contraire faite aux créanciers. Il confirma que l'obligation fondée sur l'art. 8 LPEP (1971) résultant de la création d'une pollution des eaux avait été transférée à la société reprenante. Il précisa que l'art. 8 LPEP s'appliquait non seulement aux pollutions causées après l'entrée en vigueur de cette disposition le 1^{er} juillet 1972, mais également à celles causées auparavant mais qui duraient encore à ce moment.

À la lumière de ces faits, on peut retenir qu'à la date du transfert d'actifs et de passifs en 1981, la société transférante assumait l'obligation (non encore exigible) de prendre en charge les frais des mesures d'investigations ordonnées par l'Etat, sur la base de l'art. 8 LPEP (1971), pour les pollutions qu'elle avait causées. Cette responsabilité de perturbateur par comportement fut transférée à la société reprenante. Cette dernière n'était pas elle-même personnellement perturbatrice puisqu'elle n'existait pas encore au moment où les activités polluantes avaient eu lieu, mais elle le devint suite à ce transfert en raison des activités de la société transférante.

À notre avis, l'existence d'une norme fondant l'obligation du perturbateur ne suffit pas, il faut en outre que le comportement polluant causal donnant lieu à cette responsabilité ait eu lieu avant le transfert. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'atteinte aux biens environnementaux se soit déjà produite ou manifestée, dès lors qu'un risque de pollution a été créé. Les investigations historiques et techniques offrent souvent des informations utiles pour identifier la source et la cause de la contamination ainsi que les personnes et entreprises impliquées en qualité de perturbatrices par comportement.

Comme il résulte de l'arrêt précité, la responsabilité du perturbateur par comportement ne doit pas nécessairement être fondée sur l'art. 32d LPE. D'autres dispositions de droit fédéral fondaient une responsabilité du perturbateur par comportement d'assumer les frais de mesures d'investigation (et d'assainissement) avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE.

En particulier en matière de pollution des eaux de surface ou souterraines, le droit fédéral impose depuis plusieurs décennies une obligation de

prévenir les pollutions des eaux. Ainsi, l'art. 4 de la Loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution du 16 mars 1955³⁵ (LPEP 1955) interdisait de jeter dans les eaux toute matière solide de nature à polluer l'eau (al. 1) et interdisait de déposer des matières en dehors des eaux s'il pouvait en résulter une pollution (al. 2). L'art. 4 al. 3 prévoyait que si des dépôts et les gravières existaient déjà, les mesures nécessaires devaient être prises pour mettre fin à la pollution qui pourrait en résulter. Il incombait aux cantons d'ordonner les mesures à prendre pour prévenir la pollution (art. 4 al. 5 et art. 6 LPEP (1955)), au besoin en ordonnant des mesures coercitives par voie de contrainte ou en les exécutant eux-mêmes aux frais de ceux qui en avaient la charge (art. 12 LPEP (1955)).

La Loi fédérale sur la protection des eaux du 8 octobre 1971³⁶ formulait également un devoir général d'empêcher toute pollution des eaux superficielles et souterraines, en y mettant la diligence qu'exigeaient les circonstances (art. 13) et contenait des interdictions de déversement dans ou en-dehors des eaux de toute matière pouvant les polluer (art. 14). L'art. 27 al. 3 imposait aux cantons de supprimer les décharges publiques contenant des matières solides de nature à polluer les eaux. Les entreprises étaient tenues d'éliminer les déchets et résidus des entreprises industrielles et artisanales qui, en raison de leur nature, ne pouvaient être éliminés dans des installations publiques sans qu'il en résulte des risques de pollution des eaux (art. 27 al. 4). L'art. 8 prévoyait que «les frais provoqués par les mesures que les autorités compétentes prennent pour empêcher une pollution imminente des eaux ainsi que pour déterminer l'existence d'une pollution et y remédier peuvent être mis à la charge de ceux qui en sont la cause».

Des obligations similaires de prévenir les pollutions des eaux et d'y remédier ont été formulées dans la Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LEaux) et la prise en charge des frais par les perturbateurs a été consacrée aux art. 54 LEaux et 59 LPE. En matière de protection des eaux, le droit fédéral permettait donc bien avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE d'imposer une obligation d'assainir en cas de risque (concret) de pollution, aux frais du perturbateur³⁷. Si une telle norme contraignante existait et fondait une obligation d'assainir et/ou d'en assumer les coûts lors du transfert, alors

³⁵ RO 1956 1635, entrée en vigueur 1^{er} janvier 1957 et abrogée le 8 octobre 1971 (RO 1972 958).

³⁶ RO 1972 958, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1972 et abrogée le 1^{er} novembre 1992 (RO 1992 1860).

³⁷ Cf. Arrêt TF du 29 avril 1988 = JAB 1988 406 c. 3a, qui confirme l'obligation d'une entreprise de prendre en charge les frais de mesures d'investigation suite à une pollution des eaux sur la base de l'art. 8 LPEP (1971), suite à un transfert d'actifs et passifs selon l'art. 181 CO ; ATF 121 II 378 c. 17, qui fonde une obligation d'assainir un site contaminé sur les dispositions de la LEaux de 1991 ; PEREGRINA DANIEL, L'assainissement des sites industriels contaminés, DEP 1993 271. L'obligation d'assainir (et d'en supporter les frais) supposait une

cette obligation a été transférée à la société reprenante, sauf communication contraire aux créanciers.

LINIGER/CONRAD proposent pour leur part de lier la responsabilité de perturbateur par comportement à l'entreprise elle-même, et d'en faire ainsi une obligation réelle qui passerait avec les éléments de l'entreprise à la société reprenante, de sorte qu'une base légale fondant l'obligation d'assainir au moment du transfert serait superflue.³⁸ Cette solution nous paraît contraire à la notion de perturbateur par comportement qui est liée à une activité ou une abstention causale personnelle et non à un patrimoine ou à une entreprise. Par ailleurs, la simplicité de la solution qu'ils préconisent n'est qu'illusoire. En pratique, il arrive fréquemment que l'entreprise elle-même fasse l'objet de restructurations au cours des ans, par ex. parce qu'une unité de production est aliénée ou que l'outil de production est divisé et vendu à des repreneurs différents. Dans ces hypothèses, il sera ardu, voire impossible, de rattacher la responsabilité de perturbateur par comportement à tel ou tel élément de l'entreprise.

Ces auteurs objectent encore que si l'on se fonde sur une autre norme que l'art. 32d LPE, il faudrait alors déterminer l'obligation d'assainir en fonction de cette ancienne norme, qui diverge de l'actuel art. 32d LPE. On remarquera à ce propos que dans la très grande majorité des cas, un site contaminé selon la LPE et l'OSites nécessite un assainissement en raison des risques qu'il présente pour les eaux souterraines ou de surface. Or, comme mentionné ci-dessus, le droit fédéral de la protection des eaux requiert depuis des décennies d'assainir de tels sites en cas de pollution avérée ou de menace d'atteintes aux eaux. En revanche, en matière de protection de l'air et de fertilité des sols, il n'existait pas de base légale similaire de droit public permettant d'imposer un assainissement avant l'entrée en vigueur de la LPE le 1^{er} janvier 1985. Il en découle que si l'atteinte à l'air ou aux sols est antérieure à cette date et que la société transférante a été cédée avant cette date, la dette d'assainissement n'existait pas lors du transfert, faute de base légale adéquate ; la société transférante, perturbateur par comportement, est seule responsable. Si elle n'existe plus, l'autorité publique compétente assume les éventuels frais de défaillance.

Si le transfert a lieu alors qu'une décision sur la répartition des coûts a déjà été rendue, l'obligation de prise en charge des coûts ne sera transférée

risque concret de pollution des eaux, alors que la responsabilité de perturbateur en cas d'exécution par substitution par l'État au sens des art. 8 LPEP (1971) ou art. 59 LPE suppose un risque imminent, arrêt TF du 28 mars 1996 in DEP 1996 411 (note LAGGER SIGI) = RDAF 1997 I 518.

³⁸ Cf. n. 25, p. 240 s.

à la société reprenante que si la décision statue clairement sur l'obligation de prise en charge des coûts par un éventuel successeur³⁹ ou avec l'accord de l'Etat créancier.

2.2.3 Transfert de la responsabilité du perturbateur par situation

La solution est différente s'agissant de la responsabilité du détenteur (ou perturbateur par situation). La responsabilité de ce dernier est liée au «pouvoir de détention actuel sur l'immeuble». C'est lui qui répond en premier lieu de l'état de ses actifs (un immeuble ou un outil de production par ex.) et qui doit veiller à ce qu'ils soient conformes à la réglementation de droit public, notamment à la LPE. Il assume également le risque que les prescriptions environnementales soient renforcées ultérieurement. La responsabilité liée à la maîtrise de l'immeuble pollué reste donc liée à l'immeuble comme obligation *propter rem*. Il s'ensuit que la société reprenante assume la responsabilité du perturbateur par situation lorsqu'elle devient propriétaire de l'immeuble pollué.⁴⁰

3. Sort des responsabilités environnementales «oubliées» dans un transfert de patrimoine selon la Loi sur les fusions

Depuis le 1^{er} juillet 2004, le transfert de patrimoine est régi par la LFus. Les art. 69 ss LFus s'appliquent à l'aliénation de tout ou partie du patrimoine d'une société ou d'une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce. Par rapport à l'art. 181 CO, le transfert de patrimoine est simplifié en ce sens que les actifs et passifs peuvent être transférés de par la loi *uno actu* sans que les parties soient tenues de respecter les règles propres à la succession à titre singulier. Les dettes fondées sur le droit public peuvent également être transférées de cette façon, tout comme l'art. 181 CO s'applique aux dettes de droit public par analogie.⁴¹

Le sort des responsabilités environnementales de droit public est à première vue moins problématique dans un transfert de patrimoine soumis à la LFus qu'à l'art. 181 CO précité. En effet, 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 (art.

³⁹ CUMMINS, n. 14, p. 120, qui justifie son point de vue par le fait que la décision est individuelle et concrète.

⁴⁰ SCHERRER, n. 12, p. 93; ROMY, n. 25 (CEDIDAC), p. 53 s.

⁴¹ Cf. supra, IV.B.2.

71 LFus). En principe donc, seules les dettes ou responsabilités qui figurent expressément sur cet inventaire sont reprises par la société reprenante.

Toutefois, il se peut que les parties n'aient pas réglé la répartition des responsabilités dans leur contrat, par exemple parce qu'elles n'ont pas connaissance des modes d'exploitation antérieurs et qu'elles n'ont pas identifié d'activité propre à engendrer une responsabilité de perturbateur par comportement ou qu'elles ignorent l'existence d'une contamination affectant le ou les immeubles en cause.

Le sort des passifs oubliés, à savoir ceux qui ne figurent pas expressément dans l'inventaire, est discuté en doctrine. Certains auteurs sont d'avis qu'ils demeurent chez le sujet transférant, par application analogique de l'art. 72 LFus⁴² ; d'autres soutiennent qu'ils tombent dans le champ d'application de l'art. 75 LFus, qui prévoit une responsabilité solidaire entre le sujet transférant et le sujet reprenant pour les dettes nées avant le transfert.⁴³

Dans l'affaire bernoise précitée⁴⁴, le tribunal administratif a considéré que l'obligation de procéder aux mesures d'investigation n'était pas portée à l'inventaire des passifs. Même s'il fallait admettre que cette obligation n'était pas restée chez la société transférante, celle-ci était de toute façon responsable solidairement avec la société reprenante et l'autorité d'exécution pouvait lui demander de procéder aux mesures d'investigation. Cette solution s'imposait d'autant plus que la société transférante était également responsable par comportement suite à la fusion avec la société qui avait causé la pollution.

4. Transfert des responsabilités en matière successorale

Lorsque le perturbateur par comportement est une personne physique, la question de savoir si la responsabilité liée à son comportement (ou à une omission) polluant est transmise à ses héritiers, et dans l'affirmative à quelles conditions, n'est pas clairement tranchée et donne lieu à des controverses doctrinales. Cette matière n'est pas régie par la LPE mais par le droit successoral, en particulier par l'art. 560 CC qui prévoit à son al. 1 que «*Les héritiers*

⁴² Von der CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2004, N. 846 ; MALACRIDA RALPH, in : WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DENISE (édit.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, Bâle/Genève/Munich 2005, art. 72 N. 3 et les références citées.

⁴³ PIERA BERETTA, ZK zum Fusionsgesetz, in : VISCHER FRANK (édit.), Zurich 2004, N. 4 ad art. 72 ; FRICK JOACHIM, Stämpfli's Handkommentar, Fusionsgesetz, Baker & McKenzie (édit.), Berne 2003, art. 72 N. 1.

⁴⁴ JAB 2010 413.

acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte». Selon le système de l'art. 560 al. 2 CC, les héritiers acquièrent à titre universel tous les éléments transmissibles du patrimoine du *de cuius*. En fait partie l'ensemble des rapports de droit qui ne sont pas inséparables de la personne du défunt, y compris les dettes existant au moment du décès et les obligations issues d'un acte illicite commis avant le décès, même si le dommage ne survient que plus tard.⁴⁵ Les dettes passent aux héritiers même s'ils en ignoraient l'existence à l'ouverture de la succession.⁴⁶

En matière de responsabilité du perturbateur par comportement de l'art. 32d LPE, certains auteurs font valoir que l'art. 560 CC ne s'applique pas aux créances de droit public et que dès lors, les dettes fondées sur l'art. 32d LPE ne passent pas aux héritiers, en l'absence de base légale.⁴⁷ Cette affirmation est trop péremptoire. En effet, dans la règle, les droits et obligations de nature pécuniaire fondés sur le droit public sont cessibles et tombent dans la masse successorale, sous réserve de règle particulière (notamment en matière fiscale).⁴⁸ En outre, dans une affaire de site pollué, le Tribunal fédéral a jugé que *la qualité de perturbateur par comportement est personnelle* et ne passe pas aux héritiers. En revanche, il a laissé ouverte la question de savoir si, dans le cas d'espèce, la responsabilité de perturbateur par comportement avait été transférée et a renvoyé le dossier à l'autorité d'instance inférieure, en ces termes⁴⁹ :

«à la date de l'ouverture de la succession, qui ne ressort d'ailleurs pas du dossier, la dette d'assainissement n'existait pas. Il n'est pas non plus établi qu'il existait à cette époque une norme contraignante pouvant fonder une obligation d'assainir. En outre, les héritiers ont été privés de toute possibilité de requérir le bénéfice d'inventaire ou de répudier la succession. Pour autant que l'exploitant de l'entreprise soit à considérer comme perturbateur par comportement, il apparaît douteux que les héritiers puissent en répondre. Cette question devra elle aussi, le cas échéant, être examinée plus avant par la cour cantonale».

⁴⁵ Arrêts TF 1A.273/2005 ; 1A.274/2005 ; 1P.669/2005 du 25 septembre 2006 c. 5.2 et 5.3 ; ATF 112 II 300 = JdT 1987 I 299 ; ATF 103 II 330 = JdT 1978 I 285.

⁴⁶ ADLER DENIS OLIVER/HAUSER LARS, Haftung der Erben für Altlasten auf geerbten Grundstücken, Successio 2010 270, p. 274.

⁴⁷ Cf. not. CUMMINS, n. 14, p. 121. *Contra* : SCHERRER, n. 12, p. 97.

⁴⁸ MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 80 s.

⁴⁹ Arrêts TF 1A.273/2005 ; 1A.274/2005 ; 1P.669/2005 du 25 septembre 2006 c. 5.2 et 5.3.

Appelé à réexaminer cette affaire, le Tribunal administratif du Canton de Genève considéra que la pollution était due en partie à une entreprise individuelle, qui avait été reprise avec actifs et passifs par une société anonyme en 1966. La dette d'assainissement liée à cette pollution ayant été valablement reprise par cette société, elle n'avait pas pu être transférée aux héritiers de l'exploitant de l'entreprise individuelle.⁵⁰

Le Tribunal fédéral semble admettre dans l'arrêt précité que les héritiers répondent sans base légale explicite si, au moment de l'ouverture de la succession, il existait soit une dette d'assainissement, soit une norme contraignante pouvant fonder l'obligation d'assainir, et que les héritiers aient eu la possibilité de demander le bénéfice d'inventaire ou de répudier.

Pour les mêmes raisons qu'en matière de transfert d'actifs et passifs (III.2.2 *supra*), la norme contraignante qui fonde l'obligation d'assainir n'est pas forcément l'art. 32d LPE mais peut être ancrée dans une autre loi prévoyant une obligation d'assainir et/ou d'en supporter les frais. Par ailleurs, il est nécessaire à notre avis que le comportement ou l'omission causale ait eu lieu avant le décès.

Il découle du principe de succession à titre universel formulé aux art. 560 ss CC que les héritiers répondent des dettes du *de cuius* non seulement sur les biens qui forment la masse successorale mais sur leur patrimoine propre. Comme corollaire, la loi prévoit que les héritiers peuvent limiter leur responsabilité, voire répudier la succession aux conditions posées aux art. 566 ss CC.

Pour limiter leur responsabilité, les héritiers disposent de la possibilité de demander le bénéfice d'inventaire dans le délai d'un mois de l'art. 580 al. 2 CC. A la requête d'un héritier, l'autorité compétente établit le passif et l'actif de la succession. Elle procède à des sommations publiques pour inviter les créanciers à produire leurs créances. Ceux qui restent inactifs ne peuvent pas rechercher l'héritier, ni personnellement, ni sur les biens de la succession, sauf si le créancier n'a pas pu produire sa créance sans sa faute. L'héritier qui accepte l'inventaire répond des dettes constatées tant sur les biens de la succession que ses propres biens (art. 589 CC).

Si les héritiers renoncent au bénéfice d'inventaire, ils assumeront toutes les dettes du *de cuius*, sans égard à la question de savoir s'ils en connaissent ou non l'existence.

⁵⁰ Arrêt TA GE du 15 avril 2008 = ATA/175/2008. A noter que le Tribunal administratif n'examine pas quelle était la norme qui fondait la responsabilité du perturbateur par comportement à la date de la reprise, en 1966. On peut renvoyer aux développements sous III.2.2 *supra*.

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral laisse entendre que les héritiers *qui n'avaient pas la possibilité de demander le bénéfice d'inventaire* ne répondraient pas de l'obligation d'assainir ou d'en supporter les coûts. Cette affirmation aurait mérité de plus amples développements et doit être interprétée à la lumière des principes du droit successoral.

Si l'on accepte en guise de prémisse que les obligations fondées sur l'art. 32d LPE ou sur des dispositions analogues de l'ancien droit sont cessibles et transmissibles par succession, elles tombent dans la masse successorale et les héritiers en répondent, à moins qu'ils ne répudient la succession. S'ils demandent le bénéfice d'inventaire, leur responsabilité ne portera que sur les dettes portées à l'inventaire, sous réserve d'exception reposant sur une base légale.⁵¹

L'art. 576 CC permet à l'autorité compétente, pour de justes motifs, d'accorder une prolongation de délai ou fixer un nouveau délai de répudiation aux héritiers légaux et institués. Cette prorogation de délai exige la preuve d'un juste motif, qui doit être apprécié au regard de l'art. 4 CC. On peut envisager le cas où des héritiers découvrent ultérieurement l'existence de dettes de la succession qu'ils ignoraient et qui conduisent à un surendettement massif. Il faudra alors déterminer dans quelle mesure les héritiers auraient pu ou dû entreprendre des mesures dans le délai original pour obtenir un aperçu de l'état de la succession. La proximité personnelle et spatiale des héritiers avec le *de cuius*, la qualité des rapports familiaux et la complexité du patrimoine sont des circonstances à prendre en considération pour apprécier l'existence de justes motifs⁵². Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la

⁵¹ Certains soutiennent que la protection du bénéfice d'inventaire est illusoire car les dettes de droit public ne doivent pas être annoncées et peuvent être invoquées ultérieurement. Cette affirmation est vraie pour les dettes fiscales, mais elle n'est pas transposable telle quelle aux autres créances fondées sur le droit public, qui sont transmissibles aux héritiers sans base légale. Il faut admettre avec ADLER/HAUSER, n. 45, p. 277, que les dettes d'assainissement doivent impérativement être inventoriées. A noter en outre que les héritiers peuvent dans tous les cas limiter leur responsabilité en requérant la liquidation officielle de la succession au sens des art. 593 ss CC.

⁵² WEBER ROGER, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, in : PJA 1997 550, p. 559 ; SCHWANDER IVO, in : HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), ZGB II, Basler Kommentar, 2^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2003, art. 576 N. 4 ; *contra* : TUOR PETER/PICENONI VITO, Das Erbrecht, Der Erbgang, in : Berner Kommentar, T. III/2, 2^{ème} éd., Berne 1964 (réimpr. 1984), art. 576 CC N. 3 ; STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, Berne 2006, p. 469, N. 975 ss. Sur les justes motifs en général, cf. SCHWANDER, N. 4 ad art. 576 ; PIOTET PAUL, Droit successoral, in : Traité de droit privé suisse, vol. IV, Fribourg 1975, p. 522 s. ; ESCHER ARNOLD, Das Erbrecht, Die Erben, in : ZK, T.III/1, 3^{ème} éd., Zurich 1959, N. 4 ad art. 476 ; TUOR/PICENONI, N. 3a ad art. 576. L'autorité examinera notamment si l'héritier a fait son possible pour clarifier la situation (WEBER, p. 558 sv.). Une prorogation de délai selon l'art. 576 est exclue si l'héritier a été déchu du droit de répudier avant l'échéance du délai pour l'un des motifs de l'art. 571 al. 2. Mais lorsque cette déchéance est due à l'acceptation de la succession, l'héritier peut éventuellement faire valoir une erreur, cf. arrêt TF 5A_594/2009

question de savoir si la faculté de prolongation ou de restitution de l'art. 576 CC s'applique par analogie au délai de l'art. 580 CC, solution préconisée par plusieurs auteurs⁵³. Il paraîtrait opportun d'appliquer les mêmes critères pour déterminer si les héritiers peuvent obtenir la restitution du délai pour réclamer le bénéfice d'inventaire.

Au vu de ce qui précède, la question est de savoir si les héritiers, en usant de la diligence commandée par toutes les circonstances, auraient dû se préoccuper de l'état de la succession et réclamer le bénéfice d'inventaire pour pouvoir exercer leur droit d'option de l'art. 588 CC en toute connaissance de cause. Pour apprécier la diligence attendue, il convient de tenir compte par exemple du fait que les héritiers connaissaient ou non les activités polluantes du perturbateur défunt et étaient informés de la pollution ou de procédure d'assainissement antérieures. Si la diligence leur imposait une certaine prudence, il conviendra d'admettre qu'ils auraient dû demander le bénéfice d'inventaire ou répudier la succession ; s'ils ne l'ont pas fait, ils répondent de ce passif sur l'ensemble de leurs biens.

Si, en revanche, ils n'avaient aucune raison de penser ou de prévoir qu'ils pourraient encourir une responsabilité du défunt pour des activités ou omissions polluantes causales de ce dernier, ils devraient pouvoir se prévaloir d'un juste motif de restitution du délai de répudiation ou de celui pour demander le bénéfice d'inventaire.

Enfin, dans les cas où la responsabilité des héritiers est pleinement admise selon le droit successoral, l'autorité chargée de répartir les coûts selon l'art. 32d LPE garde son pouvoir d'appréciation. Elle pourra adapter leur part de responsabilité et cas échéant la réduire en application du principe de proportionnalité, notamment si la prise en charge de ces frais n'est pas supportable sur le plan économique ou conduit à des résultats inéquitables. Dans cette hypothèse, la collectivité publique compétente prendra en charge la part des frais qui ne serait pas imposée aux héritiers.

du 20 avril 2010 c. 2 ; ATF 114/1988 II 220/222 = JdT 1989 I 582 et SJ 1989 177/179 ; ATF 104/1978 II 249/253 = JdT 1979 I 252 ; SCHWANDER, N. 3 *ad* art. 576 ; WEBER, p. 558 ; PIOTET, p. 523 ; ESCHER, N. 3 *ad* art. 576 ; TUOR/PICENONI, N. 6 *ad* art. 576.

⁵³ ATF 104 II 249 = JdT 1979 I 252 et SJ 1979 469 (rés.). La doctrine dominante admet qu'il convient d'appliquer par analogie au délai de l'art. 580 CC la faculté de prorogation et de restitution prévue à l'art. 576 CC en matière de répudiation : *cf.* les références citées à l'ATF 104 II 249 c. 3b. Pour un état des lieux de la doctrine et de la jurisprudence, *cf.* STEINAUER, n. 51, p. 486, N. 10.

5. Prescription de l'obligation de financer les mesures nécessaires

Dans une procédure de répartition des coûts, il arrive fréquemment que l'un des perturbateurs fasse valoir que la pollution a été causée par des activités très anciennes et que par conséquent, la créance de l'Etat contre lui est prescrite. Ni la LPE ni l'OSites ne contiennent de dispositions concernant la prescription des créances découlant de la prise en charge des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués.

En doctrine, la question de savoir si les obligations en matière de sites contaminés se prescrivent ou non fait l'objet de débats. Il convient de distinguer entre prescription absolue et relative.

Quelques auteurs soutiennent que les créances de l'Etat fondées sur l'art. 32d LPE sont soumises au délai de prescription extraordinaire (absolue) de trente ans de l'art. 662 du Code civil⁵⁴ appliqué par analogie.⁵⁵ Pour d'autres ces créances ne se prescrivent pas tant que dure le besoin d'assainissement.⁵⁶ Ce dernier vise en effet à éliminer une menace pour les biens protégés par la LPE et l'OSites et relève dès lors de l'ordre public.⁵⁷ Ce principe est conforme à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière d'exécution par équivalent sur la base de l'art. 8 LPEP (1971), selon laquelle la prescription est exclue tant que dure l'état contraire au droit et qu'il existe une prétention de l'Etat à écarter ce danger.⁵⁸

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé expressément sur cette question en relation avec l'art. 32d LPE mais il a confirmé des décisions de répartition des coûts rendues en application de cette disposition, lesquelles imposaient des parts de responsabilités à des perturbateurs par comportement pour des pollutions qui remontaient à plus de trente ans, sans évoquer nullement la prescription.⁵⁹ Enfin, une cour cantonale a confirmé dans un arrêt

⁵⁴ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁵⁵ WAGNER PFEIFER, n. 20, p. 148 ss ; NEF URS, Die Kostenpflicht bei der Sanierung von historischen Altlasten, Bemerkungen zu Art. 32d Umweltschutzgesetz (USG), in : RUCH ALEXANDER/HERTIG GÉRARD/NEF URS (édit.), Das Recht in Raum und Zeit: Festschrift für Martin Lendi, Zurich 1998, p. 404.

⁵⁶ TSCHANNEN/FRICK, n. 12, p. 20.

⁵⁷ ROMY, n. 15, p. 70.

⁵⁸ ATF 114 Ib 44 c. 4 = JdT 1990 1482 ; arrêt TF du 29 avril 1988 = JAB 1988 406.

⁵⁹ Dans un arrêt du 14 décembre 2006, le Tribunal fédéral avait à examiner la répartition des coûts entre plusieurs perturbateurs par comportement pour des faits remontant aux années septante ; il n'a pas mentionné que les obligations à la charge de ces perturbateurs puissent être prescrites : arrêt TF 1A.250/2005 du 14 décembre 2006 = RDAF 2007 I 307. Cf. ég. DEP 2000 386, Baudirektion ZH, qui ne parle pas non plus de la prescription pour un comportement qui s'est étendu de 1933 à 1960.

récent qu'une créance fondée sur l'art. 32d LPE ne se prescrit pas tant que le site n'a pas été assaini.⁶⁰

En ce qui concerne le *délai de prescription relative*, la doctrine majoritaire et la jurisprudence s'accordent sur un délai de prescription relatif de cinq ans dès le jour où l'intervention a été exécutée et que le montant des frais est *connu de l'autorité*⁶¹.

Qu'en est-il cependant des cas où ce n'est pas l'autorité qui exécute ces mesures mais le détenteur du site pollué ou un tiers à l'origine des mesures au sens de l'art. 20 al. 1 et 2 Osites ? Dans cette hypothèse, l'art. 32d LPE octroie à l'administré une prétention en remboursement des frais qui dépassent sa quote-part de responsabilité, prétention qui doit être exercée contre l'Etat. Le délai précité est-il transposable à cette prétention, et dans l'affirmative, court-il du jour où l'administré a exécuté les travaux et en connaît les coûts ou seulement dès le moment où la décision est rendue ? Dans cette dernière hypothèse, le droit de demander une décision doit-il être exercé dans un certain délai ?

Plusieurs auteurs soutiennent que le droit de demander une décision peut être exercé en tout temps, sous réserve des principes de bonne foi et de sécurité du droit qui pourraient imposer un délai de péremption de cinq ans⁶². A notre avis, le parallélisme des principes impose de traiter de la même manière l'administré et l'Etat, de sorte que le premier devrait également faire valoir sa prétention dans le délai de cinq ans dès qu'il connaît les frais ; il devrait cependant s'agir d'un délai *de prescription*, qui peut être interrompu.

⁶⁰ TA JU ADM 20/2010 du 29 novembre 2010.

⁶¹ ATF 126 II 54 c. 7 ; ATF 122 II 26 ; ATF 116 Ia 461 ; TA VD GE92/087 du 21 février 1994 c. 2 = RDAF 1994 474. cf. ég. ZBI 1981 370, p. 371 s.

⁶² ROMY, n. 25 (JDC 2009), p. 180 ; STUTZ HANS, Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung, DEP 2001 798, p. 812 s.