

*Isabelle Romy*

**RESPONSABILITÉS  
ENVIRONNEMENTALES ET  
TRANSACTIONS**

*par*

**ISABELLE ROMY**

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

## **BIBLIOGRAPHIE**

Harald BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, thèse Zurich 2001

U. L. BAUMGARTNER, Altlasten-Kostenverteilung aus privatrechtlicher Sicht, in *URP/DEP* 2001, pp. 835 ss

Piera BERETTA, in *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, Zurich 2004

Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2004

Peter BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in *Mergers & Acquisitions*, [édit. par Rudolf TCHÄNI], Zurich 1998, pp. 59 ss (cité : Gewährleistungen)

François CHAUDET, *Droit suisse des affaires*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2004

Mark CUMMINS, *Kostenverteilung bei Altlastensanierungen*, thèse Zurich 2000

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996

Joachim FRICK, in *Fusionsgesetz* [édit. Par Baker & McKenzie], Bern 2003 ad art. 72

Peter GAUCH / Eugen SPIRIG, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, *Zürcher Kommentar*, V 1k, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 1994 ad art. 181

Heinrich HONSELL, in *Basler Kommentar, OR-I*, 3<sup>ième</sup> éd., Bâle 2003, ad art. 197 CO

Hans Ulrich LINIGER, Unternehmensübernahmen aus umweltrechtlicher Sicht, in: *Mergers & Acquisitions II* [édit. par R. Tschäni], Zurich 2000, pp. 95 ss;

Ralph MALACRIDA, in *Basler Kommentar, Fusionsgesetz* [édit. Par Watter, Vogt, Tschäni, Daeniker] Bâle 2005 ad art. 72

U. C. NEF, Die Kostenpflicht bei der Sanierung von historischen Altlasten. Bemerkungen zu Art. 32d Umweltschutzgesetz (USG), in *Das Recht in Raum und Zeit. Festschrift für Martin Lendi*, [édit. par RUCH A./HERTIG G./NEF U. C.], Zurich 1998, p. 389 ss

Isabelle Romy

Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, La prise en charge de l'assainissement des sites contaminés en cas d'insolvabilité du détenteur, in *Insolvenz, désendettement et redressement*, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves [édit. par Anne Héritier Lachat et Laurent Hirsch], Bâle-Genève Munich 2000, pp. 239 ss. (cité : Insolvabilité)

Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés : organisation, responsabilité et accidents majeurs, in *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch* [édit. par Bénédicte Foëx et Luc Thévenoz], Genève 2004, pp. 183 ss (cité : Groupes de sociétés)

Thomas PROBST, in *Commentaire romand, Code des obligations I* [édit. Par Luc Thévenoz et Franz Werro], Genève, Bâle, Munich 2003, ad art. 181 CO

Isabelle ROMY, Les sites contaminés, à la croisée du droit public et du droit privé, in *Journées suisses du droit de la construction 2003*, pp. 141 ss (cité : Sites contaminés)

Isabelle ROMY, Les sites contaminés, Les points essentiels pour les propriétaires et les exploitants, in *Journées du droit de la propriété immobilière*, Genève 2005, à paraître (cité : Les points essentiels)

Isabelle ROMY, Responsabilité des organes : jurisprudence actuelle sur la qualité pour agir et le dommage direct et indirect, in *La responsabilité civile dans l'entreprise*, CEDIDAC 2004, pp. 1 ss (cité : Responsabilité des organes)

Jörg SCHMID, Die Gewährleistung beim Grundstückkauf. Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, in *ZBGR/RNRF 81/2000*, pp. 353 ss

Hans SEILER, in *Kommentar zum Umweltschutzgesetz* [édit. par Vereinigung für Umweltrecht et Keller H.], mars 2001 ad art. 2 LPE

Hans STUTZ, Questions de procédure relatives à la répartition des frais, traduction de son article intitulé "Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung", in *URP/DEP 2001*, pp. 798 ss, disponible sur le site internet de l'ADE ([www.vur-ade.ch](http://www.vur-ade.ch));

Hans STUTZ, Die Kostentragung der Sanierung – Art. 32d USG, in *URP/DEP 1997*, pp. 758 ss

*Responsabilités environnementales et transactions*

STUTZ/CUMMINS, *Die Sanierung von Altlasten : Rechtsfragen der Behandlung kontaminierter Grundstücke unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts*, Zurich 1996

SCHUMACHER/RÜEGG, in Koller, *Der Grundstückkauf*, 2<sup>ième</sup> éd., Berne 2001

Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3<sup>ième</sup> éd., Zurich 2003

Rudolf TSCHÄNI, *M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, Zurich Bâle Genève 2003 (cité M&A-Transaktionen)

Rudolf TSCHÄNI, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, [édit. par Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand], 3<sup>ième</sup> éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 2003, ad art. 181 CO

Pierre TSCHANNEN, Questions fondamentales relatives à la répartition des frais selon l'art. 32d LPE, traduction de son article intitulé « Grundfragen der Kostenverteilung nach Art. 32d USG », in : *URP/DEP 2001*, pp. 774 ss, disponible sur le site internet de l'ADE ([www.vur-ade.ch](http://www.vur-ade.ch)) (cité : Répartition)

Pierre TSCHANNEN, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz* [édit. par Vereinigung für Umweltrecht et Keller H.], mars 2001 ad art. 32d LPE

Pierre TSCHANNEN/Martin FRICK, *Der Verursacherbegriff nach Artikel 32d USG, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft du 11 septembre 2002*, disponible sur le site internet de l'OFEFP ([www.umwelt-schweiz.ch/buwal/de/fachgebiete/fg\\_altlasten/finanzieren/rechtsgutachten\\_kostentragung/index.html](http://www.umwelt-schweiz.ch/buwal/de/fachgebiete/fg_altlasten/finanzieren/rechtsgutachten_kostentragung/index.html))

Silvio VENTURI, in *Commentaire romand, Code des obligations I* [édit. Par Luc Thévenoz et Franz Werro], Genève, Bâle, Munich 2003, ad art. 197 CO

Hans Caspar VON DER CRONE / Andreas GERSBACH / Franz KESSLER / Martin DIETRICH / Katja BERLINGER, *Das Fusionsgesetz*, Zurich Bâle Genève 2004

Beatrice WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Ueberwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien, in *ZBl* 2004, pp. 117 ss

Beatrice WAGNER PFEIFER, Haftungsrisiken durch rückwirkende Anwendung umweltrechtlicher Normen? In *Risiko und Recht, Festgabe*

*Isabelle Romy*

*zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle-Genève-Munich Berne 2004,  
pp. 535 ss

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

Jean-Baptiste ZUFFEREY, Construire dans un sol réglementé, *in  
Journées du droit de la construction*, Fribourg 1999, p. 43 ss

## **I. INTRODUCTION**

Les sociétés commerciales qui exploitent des installations susceptibles de polluer l'environnement sont soumises aux nombreuses exigences posées par le droit de l'environnement, particulièrement par la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) du 7 octobre 1983, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1985. Elles doivent notamment limiter les émissions polluantes dans la mesure que permet l'état de la technique selon le principe de prévention (art. 11 LPE) et assainir les installations qui ne satisfont pas aux prescriptions de la loi (art. 16 LPE). En outre, elles sont soumises à une responsabilité civile aggravée pour les dommages causés par ces installations (art. 59a LPE). Cette situation est bien connue des entreprises, qui consacrent souvent des frais importants pour assainir leurs installations et les maintenir dans un état conforme aux prescriptions environnementales.

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

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

La responsabilité pour les sites contaminés est double : elle s'attache d'une part à la qualité de *détenteur* d'un bien-fonds pollué, sans égard à la cause de la pollution ni au moment où celle-ci a eu lieu. Le détenteur a l'obligation d'effectuer des mesures d'investigation s'il existe un soupçon de pollution et de procéder à un assainissement si les terrains en cause

---

<sup>1</sup> URP/DEP 1998, p. 152 ss, 160 c. 4d bb (TF); ROMY, Les sites contaminés, p. 158; WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 117 et Haftungsrisiken, pp. 538 ss.

s'avèrent contaminé<sup>2</sup>. D'autre part, elle est liée à l'activité polluante en tant que telle. Les personnes qui ont contribué à la pollution peuvent être amenées à supporter les coûts d'assainissement, même si l'activité en cause a été exercée dans un passé lointain<sup>3</sup>.

Les sociétés commerciales peuvent ainsi être confrontées à ces responsabilités environnementales à divers titres : en tant qu'*exploitantes* d'industries polluantes qui ont été déployées dans le passé ou le sont à l'heure actuelle, ou en tant que *propriétaires actuels* de terrains pollués, même si elles n'ont pas contribué elles-mêmes à cette pollution.

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

La question se pose ainsi de savoir ce qu'il advient de ces responsabilités environnementales dans les transactions commerciales qui touchent soit l'immeuble pollué, soit la société qui exploite ou exploitait une activité polluante ayant causé la contamination d'un bien-fonds. La question revêt de l'intérêt aussi bien pour les autorités administratives qui doivent rendre des décisions de répartition des coûts selon l'art. 32d LPE<sup>4</sup> que pour les dirigeants de sociétés appelés à structurer une transaction commerciale qui portera sur des installations susceptibles de polluer l'environnement ou sur un immeuble pollué. Ils devront à cet effet prendre en compte les responsabilités environnementales tant pour fixer le prix que pour régler de manière adéquate la répartition des risques et les éventuelles garanties y afférentes.

En outre, cette responsabilité de droit public peut s'appliquer également aux organes et soulève la question d'un éventuel concours avec

---

<sup>2</sup> L'obligation d'assainir prévue par l'art. 32c LPE est concrétisée par l'Ordonnance sur l'assainissement des sites pollués du 26 août 1998 (OSites), notamment par son art. 20 (voir infra, II.C).

<sup>3</sup> Voir infra, II.D.

<sup>4</sup> Voir infra, II.D.4.

les règles sur la responsabilité des organes selon le droit commun ou le droit commercial.

Après un rappel du régime de responsabilité instauré par les art. 32d LPE et 20 OSites, cette contribution examinera le sort de ces responsabilités environnementales dans quelques types de transactions commerciales courantes, puis leurs effets pour les organes d'une société. Il convient de préciser que les termes de responsabilités environnementales visent ici uniquement les obligations fondées sur le droit public des sites contaminés, et non la responsabilité civile prévue notamment par l'art. 59a LPE.

## **II. LA RESPONSABILITE POUR LES SITES CONTAMINES : LES SOURCES ET LES PRINCIPES**

### **A. Les sources**

Les sites pollués par des déchets sont régis par les art. 32c à 32e LPE, introduits dans la LPE lors de sa révision de 1995, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1997. Ces dispositions ont été révisées à leur tour selon le projet de modification de la LPE du 20 août 2002<sup>5</sup>.

Ces dispositions sont concrétisées par l'Ordonnance sur l'assainissement des sites pollués (Ordonnance sur les sites contaminés, OSites) du 26 août 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1998, ainsi que par l'Ordonnance relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (OTAS) du 5 avril 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

L'OSites et les directives d'application publiées par l'OFEFP règlent les modalités et l'étendue des mesures d'investigation et d'assainissement des sites d'une étendue limitée (aires de stockage, lieu d'accident, aires industrielles)<sup>6</sup> pour lesquels il existe un soupçon qu'ils soient pollués par des déchets. Un site pollué par des déchets nécessite un assainissement s'il engendre des atteintes nuisibles ou incommodes ou s'il existe un

---

<sup>5</sup> FF 2003, p. 4559 ss.

<sup>6</sup> Voir les art. 1 et 2 OSites



danger concret que de telles atteintes apparaissent<sup>7</sup>. Dans un tel cas, le site est qualifié de « contaminé » (art. 2 al. 2 et 3 OSites).

La procédure se déroule en plusieurs étapes, de l'inscription du site au cadastre jusqu'à son assainissement en passant par des mesures d'investigations techniques. Elle est menée par les autorités cantonales pour les sites cantonaux et par les services fédéraux dans les domaines réservés à la compétence de la Confédération<sup>8</sup>.

Nous ne présenterons pas ici ces différentes étapes et les modalités techniques des investigations et des assainissements opérés<sup>9</sup>, pour nous concentrer sur les responsabilités qui y sont attachées.

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

La LPE et l'OSites *dissocient* l'obligation de procéder aux mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement décrites ci-dessus (l'exécution de la *prestation réelle ou matérielle*) de l'obligation d'en assumer les coûts (le *financement* de ces mesures). La première incombe en principe à la charge du *détenteur* du site. Les frais des mesures d'investigation et d'assainissement sont répartis entre les personnes qui ont contribué à la pollution selon une cascade de responsabilités posée par l'art. 32d LPE. Selon le Tribunal fédéral, cette dissociation se justifie par le fait que l'exécution des mesures nécessaires vise une mise en œuvre la plus efficace possible du droit de l'environnement, alors que la prise en charge des frais a pour objectif une répartition équitable des coûts<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Les besoins d'assainissement sont définis aux art. 8 à 12 de l'OSites ainsi que dans les annexes de cette ordonnance en fonction des atteintes effectives ou des risques d'atteintes portés aux biens protégés, à savoir les eaux souterraines et de surface, l'air et la fertilité du sol.

<sup>8</sup> Art. 21 OSites.

<sup>9</sup> Sur ces questions, voir ROMY, Sites contaminés, *passim*.

<sup>10</sup> Arrêt TF, 1A.86/2002 c. 3, du 22 octobre 2002 ; arrêt TF, 1A.214/1999 c. 2b, du 3 mai 2000, reproduit in URP/DEP 2000, p. 590.

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

L'OSites prévoit qu'il appartient au *détenteur du site* d'exécuter les investigations préalable et de détail ainsi que les mesures de surveillance et d'assainissement du site pollué (art. 20 al. 1 OSites et 46 LPE)<sup>11</sup>.

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 LPE<sup>12</sup>. En pratique, il engagera des entreprises spécialisées, dont il acquittera les factures.

Le *détenteur* est la personne morale ou physique qui exerce un pouvoir de droit ou de fait sur la chose qui a provoqué la situation contraire au droit. Il a la *maîtrise effective* du site. Cette notion n'est pas propre au droit des sites contaminés et s'applique à d'autres domaines du droit de l'environnement, notamment en matière de protection des eaux<sup>13</sup>.

La situation du détenteur au regard du droit privé (propriété ou possession, par ex.) n'est pas déterminante. Il peut s'agir du propriétaire du site ou du locataire, de l'exploitant ou du gérant. Le critère décisif est le *pouvoir de disposition* actuel qui permet à celui qui le détient de maintenir la chose dans un état conforme à la réglementation en vigueur ou de prendre les mesures nécessaires pour parer au danger. Il n'est pas nécessaire que le détenteur soit l'auteur de la pollution ou qu'il en soit responsable selon les règles de la responsabilité civile<sup>14</sup>. La contamination peut être le fait d'un tiers ou d'événements naturels<sup>15</sup>. Seul est déterminant le fait que la chose elle-même, le bien-fonds pollué, est la source du

---

<sup>11</sup> A titre exceptionnel, les services cantonaux peuvent exiger que *des tiers* procèdent à l'investigation préalable lorsque leur comportement est à l'origine de la pollution (art. 20 al. 2 OSites). Dans cette hypothèse, le propriétaire du site est tenu de tolérer ces mesures : arrêt TF, 1A.204/2003 du 2 juin 2004 ; arrêt TF, 1A.214/1999 c. 2e cc), du 3 mai 2000, reproduit in URP/DEP 2000, p. 590.

<sup>12</sup> Arrêt TF, 1A.214/1999 c. 2 e aa), du 3 mai 2000, reproduit in URP/DEP 2000, pp. 590 ss.

<sup>13</sup> PETITPIERRE, *Insolvabilité*, p. 42 ; ZUFFEREY, *Pollueur-payeur*, pp. 125 s.

<sup>14</sup> PETITPIERRE, *Insolvabilité*, p. 42.

<sup>15</sup> En revanche, l'existence d'une catastrophe naturelle ou d'un cas de force majeure qui ne dépend pas de la volonté du détenteur perturbateur peut diminuer la mesure dans laquelle il répond : voir TSCHANNEN, *Répartition*, p. 11 s.

danger<sup>16</sup>. Peu importe également que l'activité en cause soit autorisée par les autorités<sup>17</sup>.

Dans un *groupe de sociétés*, l'identification du détenteur doit être effectuée selon la réalité économique. Il s'ensuit que la qualité de détenteur pourrait être attribuée à la maison-mère, si c'est elle qui décide effectivement de l'activité au sein du groupe et de la localisation des sites d'exploitation par exemple<sup>18</sup>.

La qualité de détenteur suppose un pouvoir de disposition *actuel* sur la chose ; l'ancien propriétaire (ou exploitant) n'est plus détenteur<sup>19</sup>.

Plusieurs personnes peuvent être en même temps détentrices d'un même site. L'autorité choisira celle qui est le mieux à même, d'un point de vue personnel, temporel et matériel, de procéder aux mesures requises. Elle dispose à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation<sup>20</sup>.

Enfin, cette obligation matérielle d'exécuter les mesures d'investigation et d'assainissement est par nature *imprescriptible*<sup>21</sup>: elle vise en effet à éliminer une menace pour les biens protégés par la LPE et l'OSites et relève de l'ordre public. Cette obligation de remise en état demeure aussi longtemps que l'atteinte contraire au droit persiste<sup>22</sup>. Peu importe dès lors que les faits à l'origine de la pollution soient survenus il y a des décennies.

---

<sup>16</sup> Voir arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, in RVJ 2002, p. 59, 63 ; arrêt du Tribunal administratif vaudois du 29 avril 1999, in RDAF 2000 I 93, 99.

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

<sup>18</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, pp. 189 s.

<sup>19</sup> Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, in URP/DEP 2000, p. 386, 395.

<sup>20</sup> Voir arrêt du TF du 26 février 1998, in DEP 1998, p. 152, 158 ; arrêt du Tribunal administratif bernois, in BVR 2003, p. 28, 34. A noter que l'*autorité* est tenue d'exécuter elle-même les mesures d'investigation et d'assainissement requises par l'OSites lorsque le détenteur n'est pas en mesure d'y procéder, notamment en raison de l'*urgence* créée par un danger imminent. Elle interviendra aussi si le détenteur refuse d'exécuter les mesures d'investigation ou d'assainissement nécessaires ; l'autorité agira alors par la voie de l'exécution par substitution, aux frais du détenteur. Voir aussi l'art. 32c al. 3 lettres c et d du projet, qui donnent aux autorités administratives le droit d'intervenir spontanément si la responsabilité des mesures à prendre et leurs paiements sont sujets à contestation ou si cela s'avère judiciaire pour assurer une action coordonnée en raison des personnes impliquées

<sup>21</sup> WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 148; LINIGER, p. 116.

<sup>22</sup> ATF 114 Ib 44c.4, JT 1990 I 482; ATF 105 Ib 265 c. 3b, JT 1981 I 250.

## D. La responsabilité pour les frais d'assainissement

### 1. Le principe

Les frais d'investigation et d'assainissement d'un site contaminé sont dans certains cas très élevés<sup>23</sup>. Le détenteur du site, tenu de procéder aux mesures d'investigation ou d'assainissement conformément à l'art. 20 OSites, devra financer ces mesures dans un premier temps. Toutefois, s'il n'est pas lui-même l'auteur de la contamination, il a la possibilité de faire reporter ces frais ou une partie d'entre eux sur les personnes qui ont contribué à la pollution. Il doit pour cela requérir qu'une décision de répartition des frais soit rendue par l'autorité compétente<sup>24</sup>.

La répartition des frais est régie par l'art. 32d LPE, qui fait l'objet d'un projet de révision du 20 août 2002<sup>25</sup>. L'art. 32d LPE s'applique aux frais d'*assainissement*, lesquels englobent les frais d'investigation propres à établir l'existence de la contamination<sup>26</sup>.

### 2. La notion de perturbateur par comportement

Aux termes de l'art. 32d LPE, assume en premier lieu les frais celui qui a causé la contamination par son comportement (*perturbateur par comportement*). Il s'agit de la personne physique ou morale qui, par ses propres actes ou omissions ou ceux des personnes qui sont sous sa responsabilité, causent directement un danger ou une perturbation contraire au droit<sup>27</sup>. Le propriétaire ou l'exploitant de l'installation polluante en cause est ainsi, en règle générale, le perturbateur par comportement.

---

<sup>23</sup> Ils varient en moyenne entre 10'000 et 50'0000 francs pour l'investigation préalable ; les investigations de détail sont plus onéreuses et atteignent selon les cas plusieurs centaines de milliers de francs. L'assainissement d'un site contaminé coûte de quelques dizaines de milliers à plusieurs millions de francs : ROMY, Sites contaminés, pp. 156 s.

<sup>24</sup> Voir infra, D.II.4.

<sup>25</sup> FF 2003, p. 4559 ss.

<sup>26</sup> Arrêt du Tribunal administratif valaisan du 20 avril 2001, in RVJ 2002, p. 59, 64. La question est discutée de savoir si l'art. 32d LPE s'applique aux frais d'*investigation préalable* lorsque celle-ci démontre que le site n'est pas contaminé: voir ROMY, Les points essentiels, II. 6.1. L'art. 32d al. 4 du projet de révision prévoit à cet égard que les frais des mesures nécessaires d'investigation d'un site inscrit ou susceptible d'être inscrit au cadastre sont à la charge de l'autorité publique compétente (donc, dans la majorité des cas, des cantons), si l'investigation révèle que ce site *n'est pas pollué*.

<sup>27</sup> ROMY, Sites contaminés, p. 159 ; TSCHANNEN/FRICK, p. 7.

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

Les *collectivités publiques* répondent comme tout particulier si elles exploitent une entreprise polluante. En outre, elles peuvent également être recherchées comme perturbatrices par comportement si elles violent un devoir important de leur charge ou omettent de prendre une mesure de surveillance qui s'imposait impérativement dans un cas concret<sup>28</sup>.

Par comportement, on entend aussi bien une action qu'une omission. Cependant, une omission ne peut entraîner une responsabilité que si elle viole une obligation juridique d'agir pour sauvegarder la sécurité<sup>29</sup>. En outre, le comportement du perturbateur ou son omission doit être *en relation de causalité immédiate avec la menace ou l'atteinte*<sup>30</sup>. Une faute du perturbateur n'est pas exigée. Si elle existe, elle est un facteur aggravant de responsabilité<sup>31</sup>.

Cette responsabilité est indépendante de l'illicéité du comportement par rapport au droit en vigueur à l'époque des faits<sup>32</sup> sauf en cas de responsabilité pour omission, laquelle exige la violation d'une règle impérative et concrète<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Voir arrêt TF, 1A.366/1999 c. 3a, du 27 septembre 2000, in URP/DEP 2000, pp. 785 ss, résumé en français in RDAF 2001 I 653.

<sup>29</sup> ATF 118 Ib 407 c. 4c ; RVJ 2002 59, p. 63.

<sup>30</sup> ATF 118 Ib 407 c. 4c.

<sup>31</sup> TSCHANNEN/FRICK, pp. 7 et 14.

<sup>32</sup> Arrêt TF du 26 février 1998, in DEP 1998, p. 152.

<sup>33</sup> Voir ATF 114 Ib 44, JT 1990 I 482.

### **3. La cascade de responsabilités**

Lorsque plusieurs personnes ont contribué à la contamination, chacune d'entre elles assumera la quote-part des frais correspondant à sa part de responsabilité (art. 32d al. 2 LPE), selon les principes suivants<sup>34</sup> :

S'il y a plusieurs responsables par comportement, chacun prendra à sa charge une part des coûts, proportionnellement à sa responsabilité objective et subjective. Le perturbateur fautif encourra une responsabilité plus grande ; on applique par analogie les principes de répartition interne entre plusieurs responsables posés par l'art. 51 CO<sup>35</sup>.

Celui qui est impliqué uniquement en tant que *détenteur* du site (le *perturbateur par situation*<sup>36</sup>) n'est responsable qu'à titre subsidiaire. Sa part de responsabilité s'étend selon les pratiques cantonales jusqu'à 20%; elle s'explique par le fait qu'il bénéficiera directement de l'assainissement. Le perturbateur par situation peut toutefois s'exonérer de sa responsabilité s'il remplit les trois conditions *cumulatives* posées par l'art. 32d al. 2 LPE<sup>37</sup>.

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

---

<sup>34</sup> L'art. 32d LPE s'appuie sur les principes jurisprudentiels et la distinction entre perturbateur par comportement et perturbateur par situation que le Tribunal fédéral a développée à l'appui de l'art. 54 LEaux et de l'art. 59 LPE en matière d'exécution anticipée: Arrêt du TF du 27 septembre 2000, 1A.366/1999, in URP/DEP 2000, p. 785, résumé en français in RDAF 2001 I 653 ; WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, pp. 120 ss, et les nombreux exemples cités.

<sup>35</sup> Arrêt TF, 1A.366/1999, c. 2b, du 27 septembre 2000, in URP/DEP 2000, p. 785, résumé en français dans RDAF 2001 I 653.

<sup>36</sup> Voir SEILER, Commentaire LPE, N. 68 *ad* art. 2.

<sup>37</sup> Le détenteur n'a pas pu avoir connaissance de la pollution même en appliquant le devoir de diligence; il n'a retiré aucun bénéfice de la pollution; il ne retire aucun bénéfice de l'assainissement.

obligation constituerait pour lui une rigueur injustifiée, en application du principe de proportionnalité<sup>38</sup>.

Il est enfin largement admis que les perturbateurs ne répondent pas solidairement entre eux. C'est la collectivité qui prend en charge les frais dits de défaillance, à savoir la part des frais qui ne peut pas être prise en charge par un perturbateur déterminé, soit qu'il ne peut être identifié, soit parce qu'il est insolvable<sup>39</sup>.

#### 4. La procédure de répartition des coûts

La répartition des frais entre les divers perturbateurs n'est pas automatique. Il est nécessaire que la personne tenue de procéder aux mesures d'investigation et d'assainissement (en principe le détenteur du site) demande à *l'autorité administrative compétente*<sup>40</sup> qu'elle rende une *décision sur la répartition des coûts*. Si elle ne le fait pas, elle devra les supporter seule, à charge pour elle de se retourner contre les autres responsables sur la base du droit civil. En outre, l'autorité rend une décision sur la répartition des coûts si elle procède à l'assainissement elle-même (art. 32d al. 3 LPE). L'art. 32d al. 3 du projet de révision prévoit pour sa part que toute personne concernée (et non seulement le détenteur) est légitimée à demander une telle décision pour être fixée sur les parts de responsabilité.

Si les frais ne sont pas connus de manière certaine au moment où l'autorité prononce, elle les répartira selon des pourcentages ou quotes-parts correspondant à la part de causalité de chaque perturbateur. Le montant précis des frais sera précisé dans une 2<sup>ème</sup> décision<sup>41</sup>. Toutes les personnes impliquées et susceptibles de supporter une part des frais ont la qualité de partie à la procédure de répartition des coûts et sont admises à recourir contre la décision rendue<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Voir ATF 114 Ib 44, JDT 1990 I 482.

<sup>39</sup> Voir ROMY, Sites contaminés, pp. 160 s.; WAGNER PFEIFER Kostentragungspflichten, pp. 150 s. *Contra*: CUMMINS, pp. 161 s. Ce principe est codifié à l'art. 32d al. 2 bis du projet de révision, disposition qui a été approuvée par le Conseil national lors de sa session du 18 mars 2004 et par le Conseil des Etats le 29 septembre 2004.

<sup>40</sup> STUTZ, Questions de procédure, 6.

<sup>41</sup> STUTZ, Questions de procédure, 22 ss.

<sup>42</sup> ZUFFEREY, Construire, 83; STUTZ, Questions de procédure, 26 ss.

La responsabilité selon l'art. 32d LPE étant de droit public, la contribution de chacun des perturbateurs est due à l'Etat et non pas à celui qui a payé. De même, les prétentions *en remboursement* de la personne qui a avancé les frais d'investigation et d'assainissement (en général le détenteur du site) sont exercées contre l'Etat et non pas contre les autres perturbateurs<sup>43</sup>. C'est donc l'Etat qui supporte le risque d'insolvabilité de l'un des acteurs.

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

La question est débattue en doctrine de savoir si l'obligation de financer les mesures d'investigation et d'assainissement qui pèse sur le perturbateur par comportement est soumise à un délai de prescription absolue et, dans l'affirmative, lequel. Certains auteurs l'admettent et se réfèrent au délai de prescription extraordinaire de trente ans de l'art. 662 du Code civil, appliqué par analogie<sup>44</sup>. D'autres, auxquels je me rallie, soutiennent que les créances fondées sur l'art. 32d LPE ne se prescrivent pas tant que les besoins d'assainissement existent<sup>45</sup>. Cette opinion est conforme à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière d'exécution par équivalent sur la base de l'art. 8 LPEP<sup>46</sup>. Or, cette disposition présente des similitudes avec l'art. 32d LPE, qui en est inspiré, raison pour laquelle le principe posé par le Tribunal fédéral peut être transposé à la responsabilité fondée sur l'art. 32d LPE. Une instance cantonale au moins en a déjà jugé ainsi pour les obligations de financer

---

<sup>43</sup> TSCHANNEN, Répartition, 17 s.; CUMMINS, 78 ss; STUTZ, Questions de procédure, 22 ss, semble admettre pour sa part que la décision puisse régler directement les relations entre co-perturbateurs. La Baudirektion du Canton de Zurich a tranché dans le même sens une affaire dans laquelle une commune, perturbatrice par comportement, a été condamnée à verser au détenteur directement la part des frais d'assainissement qui lui incombait selon l'art. 32d LPE : URP/DEP 2000 386 (décision de la Baudirektion du Canton de Zurich du 3 mai 2000). Cette décision s'explique sans doute par le fait que la débitrice était une collectivité publique et non pas une personne privée. Cette solution devrait rester exceptionnelle. En effet, la décision sur la répartition des coûts, corollaire de l'obligation de procéder aux mesures prescrites par l'OSites, relève du droit public. Elle régit les rapports entre chaque perturbateur concerné et la collectivité. Celle-ci ne peut pas se prononcer sur des prétentions compensatoires entre les particuliers : TSCHANNEN, Répartition, 18 s.

<sup>44</sup> WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, pp. 148 s.; NEF, p. 399.

<sup>45</sup> TSCHANNEN/FRICK p. 19.

<sup>46</sup> ATF 114 Ib 44, c.4, JdT 1990 I 482.



fondées sur l'art. 32d LPE<sup>47</sup>. En outre, la solution proposée notamment par WAGNER PFEIFER conduirait à des inégalités de traitement selon la personne tenue d'assainir<sup>48</sup>.

Par ailleurs, le délai de prescription acquisitive extraordinaire de 30 ans de l'art. 662 CC auquel WAGNER PFEIFER notamment fait référence ne s'applique pas aux immeubles du domaine public<sup>49</sup>. Il devrait donc en aller de même des créances de droit public liées à la protection des biens protégés par l'ordre public<sup>50</sup>.

Il faut ainsi admettre, en l'absence de disposition légale contraire, que les obligations de financer ne se prescrivent pas, tout comme l'obligation matérielle d'assainir. En revanche, une fois la décision de répartition des coûts rendue, la créance de l'Etat contre les différents perturbateurs et la créance que le détenteur peut faire valoir contre l'Etat pour obtenir le remboursement des frais qui dépassent sa quote-part devraient être soumises, par analogie, au délai général de prescription de cinq ans applicables aux créances de l'Etat fondées sur une exécution par substitution selon les art. 54 LEaux, 59 LPE ou 8 LPEP<sup>51</sup>. Ce délai devrait commencer à courir du jour où la décision sur la répartition des frais devient exécutoire<sup>52</sup>.

### **III. LE SORT DES RESPONSABILITES POUR LES SITES CONTAMINES DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES**

Cette section examine quel est le sort des responsabilités pour les sites contaminés décrites ci-dessus dans quelques exemples de transactions

---

<sup>47</sup> Décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, DEP 2000 386.

<sup>48</sup> Voir ROMY, Les points essentiels, II.6.4.

<sup>49</sup> ATF 113 II 236.

<sup>50</sup> Dans l'arrêt publié à l'ATF 105 Ib 265 c. 3b, le TF a admis que le droit de l'Etat d'exiger un reboisement après un défrichement illicite se périmait à l'expiration d'un délai de 30 ans, en application analogique de l'art. 662 CC; il précise toutefois que la prescription est d'emblée exclue s'agissant d'atteintes aux biens de police, qui n'étaient pas données en l'espèce.

<sup>51</sup> ZBI 1981, p. 370 (TF); ATF 114 Ib 44 c.4.

<sup>52</sup> ROMY, Les points essentiels, II.6.4.

courantes portant soit sur les actions d'une société exploitante d'une activité polluante ou détentrice d'un site pollué, soit sur son patrimoine.

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

En outre, le démêlage des responsabilités de droit public devrait également être pris en considération par les dirigeants de sociétés qui structurent une transaction future; cet exercice leur permettrait en effet de régler de manière adéquate la répartition des risques et les garanties dans leurs rapports internes soumis au droit privé.

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

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

Les transactions par lesquelles une société vend certains actifs isolés, par ex. un immeuble pollué ou un outil de production, sont régies par les règles applicables à cette acquisition à titre singulier, notamment le droit de la vente mobilière ou immobilière. Toutefois, le sort des obligations liées aux sites contaminés doivent être examinées exclusivement à la lumière de l'art. 32d LPE, lequel s'applique aux rapports entre les divers perturbateurs et l'Etat, et ce même si un contrat de droit civil prévoit une prise en charge des frais différente de celle qui résulte de l'art. 32d LPE<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup>

Voir WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 139 et infra III.2.

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

Le devoir d'assainir un site qui présente des atteintes ou des risques d'atteintes aux biens protégés par la LPE et l'OSites est une obligation quasi réelle attachée à l'immeuble pollué<sup>54</sup>. Elle est donc transférée au reprenant avec l'immeuble. Comme détenteur actuel du bien-fonds, il est tenu de maintenir son immeuble en conformité avec les prescriptions de droit public<sup>55</sup>. Il s'ensuit que la responsabilité financière résiduelle qui peut être imputée au *perturbateur par situation* est également assumée par le reprenant.

Cependant, si l'immeuble pollué est transféré alors qu'une procédure d'investigation voire d'assainissement est en cours, c'est la personne qui a été désignée comme responsable de l'assainissement qui reste obligée vis-à-vis de l'Etat. Un changement de responsable au sens de l'art. 20 OSites suppose l'accord de l'Etat, qui doit rendre une nouvelle décision individuelle et concrète.

En revanche, la responsabilité de *perturbateur par comportement* n'est pas transmise au nouveau propriétaire du bien-fonds pollué<sup>56</sup> : il s'agit en effet d'une dette personnelle du perturbateur par comportement qui, faute de base légale expresse, n'est pas transférée au reprenant. Il en va de même lorsque le transfert porte sur des éléments de l'entreprise, par ex. l'outil de production, qui a pu causer une contamination du sol par le passé. Seul le pollueur originaire est responsable en tant que perturbateur par comportement pour les contaminations survenues avant le transfert<sup>57</sup>.

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

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

---

<sup>54</sup> CUMMINS, p. 119.

<sup>55</sup> Voir supra, II.C.

<sup>56</sup> CUMMINS, p. 120 ; WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 138. Voir aussi la décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, in URP/DEP 2000, p. 386, 392 s, c. 2.

<sup>57</sup> WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 139.

La doctrine dominante estime que l'administration n'est pas liée par ces accords et n'est pas tenue de les prendre en considération. En effet, les particuliers ne peuvent pas, dans des conventions de droit privé, modifier la réglementation impérative de droit public<sup>58</sup>. En revanche, si l'équité l'exige, l'autorité administrative tiendra compte de l'existence de tels rapports dans la décision de répartition des coûts selon l'art. 32d LPE. Elle les prendra alors en considération comme un élément de fait<sup>59</sup> sans s'écarter toutefois des principes posés par le droit public<sup>60</sup>. En d'autres termes, elle doit s'en tenir aux critères de responsabilité posés par l'art. 32d LPE et ne saurait mettre les frais à la charge d'une personne qui n'entre pas dans la catégorie du perturbateur par situation ou par comportement au sens du droit public<sup>61</sup>.

Le projet de révision prévoit pour sa part que les services administratifs qui prennent une décision de répartition des coûts trancheront dans la même procédure, à la demande d'une personne concernée, les questions de droit privé si la situation est claire (art. 32d al. 3 du projet). Cette solution permettrait de trancher toutes les questions liées à la répartition des coûts dans une seule décision, qui aurait l'autorité de la chose jugée entre les parties<sup>62</sup>. Le Conseil national a accepté cette modification, alors que le Conseil des Etats l'a rejetée, à juste titre<sup>63</sup>, au motif qu'il apparaît problématique que les autorités administratives appliquent le droit privé.

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

Il découle de ce qui précède que la réglementation de droit public a la priorité sur d'éventuels accords contraires fondés sur le droit privé, en ce

---

<sup>58</sup> TSCHANNEN, Répartition, p. 16; ROMY, Sites contaminés, pp. 163 ss. Nuancé: CUMMINS, pp. 204 ss.

<sup>59</sup> HARTMANN/ECKERT, p. 630 ; TSCHANNEN, Commentaire LPE, N. 31 *ad* art. 32d.

<sup>60</sup> TSCHANNEN, Répartition, p. 15 s.

<sup>61</sup> Ainsi, l'autorité ne peut pas mettre les frais à la charge du vendeur, ancien propriétaire, en dépit d'une réglementation de droit privé contraire, s'il n'est pas perturbateur par comportement et qu'il n'est plus perturbateur par situation : Voir décision de la Direction des travaux publics du Canton de Zurich (Baudirektion des Kantons Zürich) du 3 mai 2000, in URP/DEP 2000, p. 386, 392 s, c. 2.

<sup>62</sup> Rapport du 20 août 2002, *op. cit.*, FF 2003, p. 4544 s.

<sup>63</sup> Voir ROMY, Sites contaminés, pp. 164 s.

sens que les perturbateurs ne peuvent pas, vis-à-vis de l'Etat, modifier le contenu de leurs obligations fondées sur le droit public.

En revanche, dans leurs rapports internes, le principe de la liberté contractuelle s'applique, dans les limites de l'art. 20 CO. Les parties peuvent corriger les conséquences qu'entraîne pour elles la réglementation de droit public par des clauses contractuelles adéquates et un système de garanties. Il s'ensuit que les parties devraient apporter un soin tout particulier à la rédaction de leurs accords contractuels, qu'il s'agisse d'une vente immobilière ou d'une autre transaction portant soit sur un immeuble potentiellement pollué, soit sur une entreprise polluante<sup>64</sup>.

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

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

Ces garanties constituent des *clauses accessoires de garantie*<sup>65</sup> lorsqu'elles incorporent un engagement contractuel indépendant. Leur inexécution est régie par les règles ordinaires sur la demeure (art. 102 ss

---

<sup>64</sup> Sur les incidences du droit des sites contaminés sur les transactions portant sur des immeubles et les différentes clauses de garantie envisageables, voir ROMY, Sites contaminés, p. 166 à 177 ; voir aussi SCHMID, p. 373.

<sup>65</sup> ATF 122 III 426, 428 c. 4, JdT 1998 I 171.

CO)<sup>66</sup>. Les obligations en découlant ne sont pas soumises aux brefs délais de prescription du droit de la vente, mais à la prescription décennale de l'art. 127 CO<sup>67</sup>. En outre, aucune incombance d'avis des défauts ne pèse sur l'acheteur<sup>68</sup>.

De manière générale, si les parties n'entendent pas instaurer de garanties particulières, elles devraient spécifier, pour éviter d'éventuelles contestations sur l'interprétation du contrat, que la prise en charge des coûts conventionnelle s'applique nonobstant une éventuelle décision contraire fondée sur l'art. 32d LPE.

Il faut encore préciser que les parties peuvent valablement limiter l'étendue de leurs responsabilités respectives en droit privé, mais qu'elles ne peuvent pas convenir entre elles de l'étendue des mesures d'assainissement qu'elles acceptent d'exécuter. En effet, il incombe à l'autorité de mettre en œuvre l'OSites et d'approuver le projet d'assainissement s'il est conforme aux dispositions légales. Les particuliers ne peuvent pas modifier cette réglementation de droit public par convention<sup>69</sup>. Un accord contraire serait nul au regard du droit privé (art. 20 CO).

## **B. Le transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actif et passif (*asset deal*)**

### **1. Introduction**

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

---

<sup>66</sup> TERCIER, p. 101, N. 660 ; ATF 91 II 344, JdT 1966 I 530.

<sup>67</sup> ATF 122 III 426 c. 5c *in fine*, JdT 1998 I 171 ; SCHUMACHER/RÜEGG, N. 177.

<sup>68</sup> SCHMID, p. 353, 378 s ; HEINRICH HONSELL, Commentaire bâlois, OR-I, 3<sup>ième</sup> éd., Bâle, 2003, N. 17 *ad* art. 197 CO ; SCHUMACHER/RÜEGG, N. 177.

<sup>69</sup> BAUMGARTNER, p. 850.

titulaire de la raison individuelle ou la société reprenante ? Qu'en est-il de l'obligation liée à l'immeuble pollué?

En cas de transfert de tout ou partie du patrimoine d'une société commerciale, le sort des responsabilités environnementales liées à l'existence d'un site pollué ou contaminé doit être examiné à la lumière des dispositions légales applicables au moment du transfert de patrimoine ou d'entreprise. Deux régimes de transfert sont examinés ici: celui de l'art. 181 CO ainsi que celui des art. 69 ss de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004. L'art. 181 CO ne garde qu'une portée résiduelle depuis l'entrée en vigueur de la LFus<sup>70</sup>. Toutefois, les sites contaminés existants ayant en principe été créés avant l'entrée en vigueur de cette loi, c'est l'art. 181 aCO qui déterminera les conditions du transfert, raison pour laquelle il convient d'examiner les questions posées ici à la lumière des deux régimes.

Je laisserai de côté les cas de transfert d'actif et passif par succession à titre singulier, qui, à la différence des art. 181 aCO et 69 ss LFus, ne posent pas de problèmes particuliers en relation avec le sujet examiné ici. Conformément aux art. 175 ss CO, le transfert de la responsabilité de perturbateur par comportement à la société reprenante ne peut se faire que s'il est stipulé par les parties et que l'autorité administrative d'exécution de l'OSites y consent<sup>71</sup>.

## **2. Le sort des responsabilités environnementales dans un transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actif et passif selon l'art. 181 CO**

Le régime de l'art. 181 CO est censé connu<sup>72</sup>. Je me contenterai de faire quelques remarques propres au sujet traité ici.

S'agissant de la reprise du passif, il est présumé que tout le passif est transféré au reprenant, sous réserve d'éventuelles exceptions communiquées de façon claire aux créanciers<sup>73</sup>. La reprise englobe toutes

---

<sup>70</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004, l'art. 181 CO ne s'applique plus que pour les sujets qui ne sont pas inscrits au registre du commerce (art. 181 al. 4 CO)

<sup>71</sup> CR CO I-PROBST, Intro. *ad* art. 175-183 CO, N. 20 *ad* art. 175 CO, N. 3 *ss ad* art. 176 CO.

<sup>72</sup> CR CO I-PROBST, *ad* art. 181 CO ; TSCHÄNI, BaK, *ad* art. 181.

<sup>73</sup> TSCHÄNI, BaK, N. 7, 11 et 13 *ad* art. 181. La communication aux créanciers est donc déterminante pour déterminer l'étendue du passif transféré. Elle s'interprète selon le

les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise (et son exploitation) transférée, pour autant qu'elles soient susceptibles de transfert. Elles peuvent être conditionnelles, voire ignorées par le reprenant. En particulier, elles n'ont pas besoin d'être exigibles au moment de la reprise : il suffit qu'elles soient fondées à ce moment là. En revanche, les dettes futures ne sont pas comprises dans le transfert<sup>74</sup>. Le reprenant et le débiteur primitif reste solidairement responsables des dettes transférées pendant une durée de deux ans (trois selon le nouvel art. 181 CO).

Il convient tout d'abord de déterminer si les dettes de droit public, telles que celles qui sont fondées sur l'art. 32d LPE, sont bien susceptibles de transfert au sens de l'art. 181 CO. Le Tribunal fédéral a admis que l'art. 181 al. 1 CO s'applique par analogie aux domaines du droit public, de sorte que les dettes résultant de cotisations sociales AVS impayées sont bien transférables<sup>75</sup>. Sur la base de cette jurisprudence, on peut ainsi admettre, avec WAGNER PFEIFER, que l'art. 181 CO s'applique aussi aux dettes fondées sur l'art. 32d LPE<sup>76</sup>.

A défaut de communication contraire claire et non équivoque faite aux créanciers<sup>77</sup>, *toutes les dettes liées à l'entreprise* en cause qui sont *fondées* au moment de la reprise sont transférées à la société reprenante, mais pas les dettes futures. Dans le contexte des sites contaminés, il arrive que le transfert du passif lié à une entreprise polluante ait eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE en 1997<sup>78</sup>. Il faut dès lors examiner si, dans un tel cas, la responsabilité de droit public liée à l'activité polluante qui est la cause immédiate de l'atteinte aux bien protégés par le droit de l'environnement a été transférée au reprenant.

---

principe de la confiance : voir TSCHÄNI, M&A-Transaktionen, p. 91, note 185 et jurisprudence citée.

<sup>74</sup> CR CO I-PROBST, N. 28 *ad* art. 181 CO et références citées; GAUCH/SPIRIG, ZK, N. 114 *ad* art. 181 CO; WAGNER PFEIFER, Kostentragungspflichten, p. 140.

<sup>75</sup> ATF 119 V 389 c. 6. La société reprenante répondait ainsi des montants dus par la société transférante

<sup>76</sup> Voir aussi SEILER, qui admet sans autre développement que l'obligation de financer passe au reprenant en cas de cession d'entreprise avec actif et passif : Commentaire LPE, N 67 *ad* art. 2.

<sup>77</sup> TSCHÄNI, M&A-Transaktionen, N. 101 p. 90.

<sup>78</sup> Avant cette date, il n'existait pas, en droit fédéral, de responsabilité générale liée à l'assainissement des sites pollués, sous réserve des art. 54 LEaux et 59 LPE, de portée plus limitée (voir BETRIX, *passim*). A noter que certains cantons avaient édicté des règles en la matière au début des années nonante déjà.



WAGNER PFEIFER est d'avis qu'une créance de responsabilité est fondée si les éléments de fait à l'origine de la responsabilité étaient déjà remplis au moment de la reprise de dette<sup>79</sup>. Elle ne définit cependant pas ce qu'il faut entendre par éléments de fait à l'origine de la responsabilité : s'agit-il du comportement polluant en tant que tel ou des atteintes ou risques d'atteintes aux biens protégés par le droit de l'environnement, étant entendu que ces atteintes ne se manifestent souvent qu'après une certaine durée de latence ?

En matière de responsabilité du perturbateur par comportement, il convient à mon avis de distinguer selon que la cause légale de responsabilité de droit public existait au moment du transfert ou non. En effet, une obligation ne peut naître que si elle repose sur un fondement juridique. En l'absence d'une telle cause, l'obligation n'existe pas et ne peut donc pas être transférée. Une solution contraire serait inéquitable pour le reprenant dans la mesure où les parties n'ont pas pu prendre en compte cette responsabilité potentielle, non déterminable, dans le calcul du prix. En revanche, si une telle norme existe, il n'est pas nécessaire que le créancier (en l'occurrence l'Etat) ait déjà fait connaître sa créance, ni que le risque de pollution et partant, de responsabilité, soit connu<sup>80</sup>.

Si le transfert a lieu alors qu'une décision sur la répartition des coûts a déjà été rendue, l'obligation de prise en charge des coûts ne sera transférée à la société reprenante que si la décision statue clairement sur l'obligation de prise en charge des coûts par un éventuel successeur<sup>81</sup>.

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

En résumé, et à défaut de communication contraire faite aux créanciers, la *responsabilité du perturbateur par comportement* liée à une activité polluante donnée ne peut être transférée à la société reprenante que si le fondement légal de cette responsabilité existe au moment du

---

<sup>79</sup> Pp. 140 ss.

<sup>80</sup> WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflichten*, pp. 140 s.

<sup>81</sup> CUMMINS, p. 120, qui justifie son point de vue par le fait que la décision est individuelle et concrète.

transfert. Quant à la responsabilité du *perturbateur par situation*, elle est liée au pouvoir de détention actuel sur un immeuble. Elle suit donc l'immeuble, même sans disposition expresse<sup>82</sup>. Si cette répartition des responsabilités de droit public ne correspond pas à celle qui a été convenue entre les parties selon le contrat de reprise interne, la situation doit être corrigée par les mécanismes du droit civil, pour autant que la prescription ne soit pas acquise, selon les principes déjà mentionnés<sup>83</sup>.

### **3. Le sort des responsabilités environnementales dans un transfert de patrimoine selon la Loi sur les fusions (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. Le transfert de patrimoine est simplifié en ce sens que les actifs et passifs peuvent être transférés de par la loi *uno actu* sans que les parties soient tenues de respecter les règles propres à la succession à titre singulier.

Je pars de l'idée que les dettes fondées sur le droit public peuvent également être transférées de cette façon, tout comme l'art. 181 CO s'applique aux dettes de droit public par analogie<sup>84</sup>.

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. 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 ex. 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

---

<sup>82</sup> C'est probablement dans ce sens qu'il faut comprendre la remarque de WAGNER PFEIFER, *Kostentrugungspflichten*, p. 141 s., selon laquelle le risque d'un renforcement des prescriptions en matière de responsabilité passe, avec les actifs, au reprenant.

<sup>83</sup> Voir supra, III. A. 3.

<sup>84</sup> Voir supra, III. B. 2.

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 LFus<sup>85</sup> ; 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<sup>86</sup>. Il existe donc une incertitude en la matière, qui devra être tranchée par les tribunaux.

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

Les parties à un transfert de patrimoine avec actif et passif sont libres de déterminer les actifs et passifs qui seront transférés, dans les limites posées par les art. 181 CO et la LFus. Elles peuvent par ex. décider que seule une partie de l'entreprise et l'outil de production seront transférés à la société reprenante, alors que l'immeuble pollué et les parties de l'entreprise dans lesquelles ont été exploités l'activité polluante restent en mains de la société transférante<sup>87</sup>, avec la responsabilité liée à la position de perturbateur par comportement. Cette construction présente un potentiel d'abus lorsque le but de cette restructuration est de faire supporter les frais d'assainissement par une société insolvable. Inversement, on peut imaginer le cas d'une société qui transfère un immeuble pollué à la société reprenante, qui n'a pas d'autres actifs. Dans ces cas, c'est l'Etat qui devrait prendre à sa charge la part des frais du perturbateur insolvable<sup>88</sup>.

Plusieurs auteurs relèvent qu'en cas d'abus de droit, à savoir lorsqu'une restructuration ou une transaction a manifestement pour but d'échapper aux responsabilités environnementales, l'autorité tenue de rendre une décision sur la répartition des frais d'assainissement doit pouvoir ignorer les restructurations intervenues entre les sociétés en cause

---

<sup>85</sup> VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 846; MALACRIDA, N. 3 *ad* art. 72 et références citées.

<sup>86</sup> BERETTA, N. 4 *ad* art. 72 N 4 ; FRICK, N. 1 *ad* art. 72.

<sup>87</sup> WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflichten*, p. 141. Il faut toutefois que la partie transférée constitue un tout sur le plan organique: VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 813; TSCHÄNI, BaK, N. 8 *ad* art. 181 CO.

<sup>88</sup> Voir *supra*, II.D.3.

et s'en prendre à la société solvable. Ils ne s'attardent toutefois pas sur les fondements juridiques de cette solution, pour se référer de manière générale à la « *Durchgriffhaftung* » ou à l'interdiction de l'abus de droit<sup>89</sup>.

On notera en premier lieu que l'art. 181 al. 2 CO et l'art. 75 LFus ont instauré un système de protection des créanciers en prévoyant une solidarité parfaite entre les débiteurs pendant une durée de trois ans. En cas de scission, la LFus stipule même une responsabilité subsidiaire solidaire illimitée dans le temps des autres sociétés participant à la scission envers les créanciers qui n'ont pas été désintéressés par la société à laquelle les dettes ont été attribuées (art. 47 LFus). Cette solidarité doit s'appliquer aussi pour les coûts de défaillance qui devraient sinon être à la charge de l'Etat. Il s'ensuit que les dispositions précitées priment sur la responsabilité par défaut de l'Etat selon le projet du nouvel article 32d al. 2bis LPE<sup>90</sup>. Le délai de solidarité ne commence à courir qu'avec l'exigibilité de la décision sur la répartition des coûts<sup>91</sup>.

Dans les cas non couverts par ces dispositions, il convient d'examiner sur la base des circonstances concrètes quels sont les moyens à la disposition de l'Etat pour éviter les coûts de défaillance. Une action révocatoire est envisageable aux conditions posées aux art. 285 ss LP<sup>92</sup>. En revanche, le mécanisme du « *Durchgriff* » auquel font référence CUMMINS et STURZ ne s'applique pas à des transactions transversales entre des entités juridiques indépendantes, sauf dans un groupe de sociétés<sup>93</sup>. On pourrait toutefois considérer d'appliquer une responsabilité fondée sur le « *Durchgriff* » à l'actionnaire, dans des cas exceptionnels, si c'est la même personne ou entité juridique qui détient les actions tant de la société transférante que de la société reprenante

---

<sup>89</sup> CUMMINS, pp. 121 s.; TSCHANNEN, Commentaire LPE, N. 32 *ad* art. 32d; Répartition, p.797.

<sup>90</sup> C'est la solution proposée par WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflichten*, p. 142, pour la solidarité instituée par l'art. 47 LFus. La même solution doit s'appliquer aux autres formes de solidarité parfaite posée par les art. 181 al. 2 CO et l'art. 75 LFus.

<sup>91</sup> WAGNER PFEIFER, *Kostentragungspflichten*, pp. 141 ss.

<sup>92</sup> Voir TSCHÄNI, *M&A-Transaktionen*, pp. 111 ss.

<sup>93</sup> ATF 113 II 31 c. 2c; BÖCKLI, § 11, N. 461 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N. 47 ss.

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

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

Si la société dont les actions sont cédées est détentrice d'un bien-fonds pollué, voire contaminé, c'est à elle qu'incombera en principe l'obligation d'effectuer les mesures d'investigation ou d'assainissement requises par l'autorité administrative compétente (art. 20 al. 1 OSites). En outre, puisque le changement d'actionariat ne modifie ni la structure juridique de la société, ni celle de son patrimoine, la responsabilité liée à l'exploitation passée ou actuelle d'une activité polluante demeure auprès de l'entité juridique concernée, perturbatrice par comportement<sup>94</sup>, sous réserve d'une répartition différente dans un groupe de sociétés<sup>95</sup>.

En revanche, l'existence d'une contamination et les mesures que la société sera amenée à prendre pourra affecter la valeur de l'entreprise<sup>96</sup> et, par voie de conséquence, celle des actions transférées. Les conséquences de cet état de fait sur une éventuelle responsabilité du vendeur des actions sont régies exclusivement par le droit privé. Le régime légal ordinaire s'applique, lequel doit au besoin être corrigé au moyen de clauses adéquates de garanties et d'indemnités dans le contrat de transfert d'actions<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Voir supra, II.D.2.

<sup>95</sup> Voir supra, II.C.

<sup>96</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, *Insolvabilité*, p. 246.

<sup>97</sup> Selon une jurisprudence du TF déjà ancienne (ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 381), la garantie légale de l'art. 197 CO ne porte pas sur la valeur économique du patrimoine social de la société en cas de cession des actions (HONSELL, BaK, N. 1 ad art. 197 CO ; VENTURI, CR CO-I, N. 21 ss ad art. 197 CO). Cette jurisprudence est critiquée: voir notamment BÖCKLI, *Gewährleistungen*, pp. 62 ss et les nombreuses références citées. Certains admettent d'ailleurs en dépit de la jurisprudence précitée que faute de clause contractuelle contraire, en cas de vente de toutes les actions d'une société anonyme, la garantie porte exceptionnellement sur la valeur de la société et non seulement sur les titres cédés lorsque les parties visaient par ce transfert la vente de la société elle-même: voir notamment CHAUDET, N. 1574 et RVJ 1999 p. 292, 296 (TC VS). Il est en tous les cas conseillé de régler avec attention la répartition des risques au moyen de promesses de

## **D. La fusion (pour mémoire)**

Lorsqu'une société est dissoute et radiée du registre du commerce suite à une fusion par absorption<sup>98</sup>, tous les droits et les obligations de la société transférante sont assumés par la société reprenante par succession universelle. L'obligation quasi-réelle liée à un bien-fonds pollué (l'obligation d'effectuer les mesures d'investigation et d'assainissement au sens de l'OSites) suit l'immeuble et est assumée par le détenteur actuel (la société reprenante)<sup>99</sup>.

Quant à la responsabilité de perturbateur par comportement, elle passe également à la société reprenante, même si le fondement juridique de cette responsabilité n'existait pas encore au moment de la fusion. Seul est décisif le fait que ces activités polluantes passées déploient leurs effets dans le présent et sont appréhendées par une loi de droit public d'application immédiate<sup>100</sup>.

## **IV. CONCOURS ENTRE LA RESPONSABILITE DES ORGANES SELON LE DROIT COMMERCIAL ET LA RESPONSABILITE ENVIRONNEMENTALE**

### **A. Le problème**

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

---

qualité ou des clauses accessoires de garantie : TSCHÄNI, M&A-Transaktionen, N. 179 p. 129 et supra, III.A.3.

<sup>98</sup> Art. 3 al. 2 LFus. Les effets juridiques d'une fusion doivent être examinés selon le droit en vigueur au moment de la fusion, à savoir les art. 748 ss aCO pour la réorganisation de structures d'entreprises effectuée avant le 1<sup>er</sup> juillet 2004, date de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus), et par cette loi après cette date.

<sup>99</sup> Voir supra, III.A.1.

<sup>100</sup> Voir section II.D.5 ci-dessus.

public peut entrer en concours avec une éventuelle responsabilité des administrateurs fondée sur le droit commun ou le droit commercial.

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

La question d'une responsabilité potentielle des administrateurs selon l'art. 32d LPE ne se pose que pour la responsabilité de *perturbateur par comportement*. En effet, le perturbateur par situation est l'entité juridique qui détient ou est propriétaire de l'immeuble pollué, sous réserve des éventuelles exceptions mentionnées dans un groupe de sociétés.

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

Le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion de préciser quelques principes en la matière dans un cas d'application de l'art. 20 OSites, dans l'affaire suivante<sup>101</sup>.

La société anonyme X. exploita une décharge pendant les années quatre-vingt, avant d'être dissoute et radiée au registre du commerce en 1997. En 2002, l'autorité cantonale d'exécution de l'OSites rendit une décision par laquelle elle imposait aux trois anciens administrateurs de la SA radiée l'obligation de faire effectuer à leurs frais une investigation de détail sur le site de l'ancienne décharge et de faire assurer une surveillance de ce site. Cette décision fut confirmée par le Tribunal administratif du Canton. L'un des recourants, qui assumait la tâche de Président du Conseil d'administration pendant l'exploitation de la décharge, recourut au Tribunal fédéral. Il invoquait en substance une violation de l'art. 20 OSites. Cette disposition prévoit que l'obligation de prendre des mesures d'investigation et de surveillance d'un site pollué doit être en principe imposée au détenteur du site. Elle ne peut être imposée à un tiers qu'à titre exceptionnel, si les causes de la pollution sont clairement établies et s'il est certain que ce tiers devra assumer les frais d'assainissement en sa qualité de perturbateur par comportement<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Arrêt TF, 1A.204/2003 (fr.) du 2 juin 2004.

<sup>102</sup> Voir supra, II.C.

### *Responsabilités environnementales et transactions*

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

Cet arrêt, bien qu'il rejette en l'espèce la responsabilité du recourant dans le cadre restrictif de l'art. 20 al. 2 OSites, pose néanmoins quelques principes en la matière. Un administrateur peut répondre des conséquences financières d'une contamination selon droit public s'il a contribué à la pollution par ses actes ou ses omissions. Cette question doit s'examiner à la lumière du cas concret et des tâches effectivement exercées par l'organe. Le Tribunal fédéral précise dans l'arrêt susmentionné qu'il ne suffit pas de reprocher de manière indéterminée un manque de diligence (cf. art. 717 CO) à un membre du conseil d'administration d'une société qui, elle, aurait pu le cas échéant être considéré comme l'auteur de la pollution.

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

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

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



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

La décision de répartition des coûts rendue par l'autorité administrative n'a pas d'effet de chose jugée sur les rapports de droit privé qui peuvent exister entre les divers perturbateurs. Il se peut dès lors que l'un des perturbateurs recourt aux moyens de droit privé pour faire reporter sur un autre la part des frais qui lui a été imputée par l'autorité administrative<sup>103</sup>. Par exemple, le perturbateur par situation qui supporte en règle générale 10 à 20% des frais d'assainissement même s'il n'est pas l'auteur de la pollution, pourrait par cette voie réclamer le remboursement de ces frais à l'auteur de la pollution.

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

Une action pour dommage direct de l'administrateur, dans l'hypothèse considérée ici, ne saurait se fonder que sur l'art. 41 CO. On ne voit pas en effet quelle norme du droit des sociétés protégeant les intérêts des créanciers l'administrateur pourrait avoir violé dans un tel cas<sup>104</sup>. Le créancier devrait alors établir toutes les conditions d'une telle action et sera notamment tenu de démontrer que l'administrateur s'est bien rendu coupable d'un acte illicite (par ex. parce qu'il a laissé s'infiltrer des produits toxiques dans le sol, provoquant une pollution des eaux souterraines). A cet égard, la qualité de perturbateur par comportement au sens de l'art. 32d LPE n'entraîne pas automatiquement une responsabilité de droit civil selon l'art. 41 CO : la première est en effet plus large que la seconde, puisqu'elle ne suppose ni une faute, ni l'illicéité du comportement considéré (sauf en cas d'omission)<sup>105</sup>. Dans une action fondée sur l'art. 41 CO, la preuve de ces deux conditions incombent en revanche au demandeur. En outre, elle est soumise au délai de prescription de l'art. 60 CO.

---

<sup>103</sup> TSCHANNEN, Commentaire LPE, N. 48 *ad* art. 32d.

<sup>104</sup> BÖCKLI, § 18 N. 243 ss.

<sup>105</sup> Voir *supra*, II.D.2.

### *Responsabilités environnementales et transactions*

Lorsque une société perturbatrice par comportement ou par situation est insolvable, sa part de responsabilité revient à l'Etat<sup>106</sup>. On peut se demander si, dans cette hypothèse, l'Etat pourrait réclamer ces frais de défaillance aux administrateurs en lieu et place de les réclamer à la société insolvable. Il apparaît toutefois d'emblée que cette constellation ne tombe pas dans le champ d'application des art. 754 ss CO<sup>107</sup>. En effet, même si l'on admet que l'Etat subit un dommage en raison des frais de défaillance, il s'agirait tout au plus d'un préjudice indirect, découlant de l'insolvabilité de la société. On ne voit pas, dans un tel cas, quelle norme du droit des sociétés ayant pour but de protéger soit exclusivement les intérêts des créanciers, soit à la fois les intérêts de la société et des créanciers<sup>108</sup>, serait violée.

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

---

<sup>106</sup> Voir supra, II.D.3.

<sup>107</sup> Le régime de responsabilité des organes selon les art. 754 ss CO est censé connu. Voir, parmi beaucoup d'autres auteurs, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §36, nos 41 ss ; BÖCKLI, § 18 N. 152 ss; BÄRTSCHI, 155 ss et les nombreuses références citées.

<sup>108</sup> L'identification d'une norme de protection exclusive ou double revêt de l'importance pour définir la qualité pour agir lorsque la société est en faillite. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le premier cas, le créancier lésé subit un dommage direct et peut agir directement contre l'organe, même si la société est en faillite, alors que dans le deuxième, il n'a pas la qualité pour agir: l'action en responsabilité appartient à la masse en faillite: ATF 122 III 176 c. 7 c.; parmi beaucoup d'autres auteurs, BÖCKLI, § 18 N. 272 ss, 299 ss ; ROMY, Responsabilité des organes, pp. 1 ss, concernant la réparation du dommage indirect des créanciers dans la faillite de la société.

*Isabelle Romy*