

Sûretés financières du droit des sites pollués : conditions d'application et conséquences incisives pour les sociétés perturbatrices et leurs organes

Le Tribunal fédéral se prononce pour la première fois sur les conditions de la constitution de sûretés financières selon l'art. 32d^{bis} al. 1 et 2 LPE. Il précise que cette disposition constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 744 al. 2 CO qui vise à protéger les créanciers d'une société en liquidation. Le principe de proportionnalité permet d'imposer une garantie financière même si celle-ci met en péril l'existence de la société lorsqu'il existe des indices que cette dernière a tenté de se soustraire à ses obligations environnementales.

Zum ersten Mal äussert sich das Bundesgericht zu den Bedingungen, die für die Sicherstellung der Kostendeckung im Sinne des Art. 32d^{bis} USG gelten. Diese Gesetzesnorm ist eine lex specialis zu Art. 744 Abs. 2 OR, die den Schutz der Gläubiger einer Gesellschaft bezweckt, die in Liquidation getreten ist. Wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass ein Unternehmen gegen umweltrechtliche Bestimmungen verstossen hat, ist es verhältnismässig, das Unternehmen zu einer Sicherstellung zu verpflichten, auch wenn dadurch sein Weiterbestand gefährdet wird.

TF, 1C_17/2019 du 29 juillet 2019

Isabelle Romy, professeure, docteure en droit, avocate, Zurich

A Les faits

(1) Dès 1947, la société X. SA, située à Horgen, a été active dans la production de papier. Les eaux résiduaires de la fabrique qui contenaient des boues de papier ont été déversées dans le lac de Zurich et se sont accumulées sur le fond lacustre. Cette situation a nécessité diverses interventions des autorités dans les années soixante. La fabrique a été raccordée au réseau d'évacuation communal en 1963.

En 1998, X. SA a transféré les activités de fabrication de papier à D. SA, nouvellement constituée, laquelle a été absorbée par voie de fusion par la société E. SA en 2003, qui a changé sa raison sociale en A. SA. La société est en liquidation depuis 2016.

La fabrication de papier a cessé en 2006, l'aire de la fabrique a été vendue en 2010 et a été assainie. Une investigation historique et technique a eu lieu, puis en 2017, le fond lacustre a été inscrit au cadastre des sites pollués du canton de Zurich comme site nécessitant un assainissement.

L'autorité d'exécution cantonale, l'AWEL, a ordonné une investigation de détail, à exécuter par ses soins pour le canton de Zurich. Elle a également rendu une décision de répartition des coûts des mesures imputables selon laquelle le canton doit prendre en charge une quote-part de 10% des frais, une quote-part de 90% étant attribuée à la société A. SA en liquidation. L'AWEL ordonna également à A. SA en liquidation la fourniture de sûretés d'un montant de CHF 8,55 millions sous forme de garantie bancaire.

Les recours de cette dernière à la Baurekursgericht du canton de Zurich puis au Tribunal administratif du canton de Zurich ont été rejetés.

La société recourt au Tribunal fédéral et demande l'annulation de la décision attaquée. Subsidiairement, elle conclut à

une modification des parts de responsabilités en ce sens que sa quote-part de responsabilité soit ramenée à 25%, les 75% restants étant mis à la charge de canton, et à une réduction correspondante du montant de la garantie. L'effet suspensif a été accordé au recours.

B L'arrêt

Sont litigieuses devant le Tribunal fédéral la clé de répartition des responsabilités et les sûretés financières.

1. De la recevabilité du recours

Le Tribunal fédéral considère tout d'abord que la décision de constitution de sûretés sous forme de garantie bancaire a été rendue en lien avec d'autres mesures selon l'Ordonnance sur les sites pollués (OSites) et non pas dans une procédure autonome, de sorte qu'il s'agit d'une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF. La recourante a fait valoir que ses actifs s'élevaient à environ CHF 2,1 millions et que compte tenu de sa situation financière, il ne lui était pas possible d'obtenir une garantie bancaire, de sorte que si les sûretés étaient confirmées, elle devrait requérir sa faillite. Selon le Tribunal fédéral, la recourante a ainsi démontré l'existence d'un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 93 al. 1 LTF, de sorte que le recours concernant la décision de constitution de sûretés est en principe admissible (cons. 1.1).

En ce qui concerne ensuite la décision de répartition des responsabilités sous forme de quotes-parts, le Tribunal fédéral est d'avis, contrairement à ce que soutient la recourante, qu'il ne s'agit pas d'une décision finale, car elle ne met pas fin à la procédure. Le dispositif de la décision de l'AWEL prévoit en effet expressément que les coûts imputables seront déterminés au terme de la procédure d'assainissement dans

une décision séparée, laquelle prendra cas échéant en considération d'éventuels faits nouveaux concernant la répartition des responsabilités. Il s'agit dès lors également d'une décision incidente. Elle ne peut entraîner un préjudice difficilement réparable que dans la mesure où elle influe sur le montant des sûretés requises. Pour ces raisons, le Tribunal fédéral entre en matière sur le recours en ce qui concerne les sûretés financières et dans ce cadre, sur la quote-part de responsabilité attribuée à la recourante par la décision attaquée (cons. 1.2).

2. Des motifs de recours

En l'espèce, la question se pose de savoir si l'obligation de fournir des sûretés financières peut être qualifiée de mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF, ce qui aurait pour conséquence de limiter les motifs de recours à la violation des droits constitutionnels. La question n'a pas été soulevée par les parties et le Tribunal fédéral considère qu'elle peut être laissée ouverte au vu du sort de la cause (cons. 2).

3. Des conditions matérielles de l'art. 32d^{bis} LPE

Devant le Tribunal fédéral, la recourante ne conteste plus que le fond lacustre soit un site contaminé, ni qu'elle soit la successeure juridique de la société qui a causé la contamination. En revanche, elle fait valoir qu'il est contraire au principe de proportionnalité d'exiger des sûretés de CHF 8,55 millions, qui mettent en danger son existence, alors que l'investigation de détail n'a pas été effectuée et que l'on ignore l'étendue de l'assainissement et des coûts y relatifs.

Il résulte du texte de l'art. 32d^{bis} LPE et des travaux législatifs que cette disposition permet d'exiger suffisamment tôt dans la procédure des sûretés financières pour garantir les coûts présumés des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement d'un site pollué; elle n'exige pas que l'investigation de détail ait été effectuée. L'art. 32d^{bis} LPE resterait lettre morte si les coûts d'assainissement devaient être précisément chiffrés avant que des sûretés puissent être ordonnées. Il suffit par conséquent que les coûts présumés et les parts de responsabilités puissent être déterminés provisoirement sur la base des investigations déjà effectuées, ce qui est le cas en l'espèce. Le montant des sûretés devra être adapté si l'investigation de détail faisait apparaître que les coûts de l'assainissement seront considérablement moins élevés que ce qui a été pris en compte lorsque la décision de constitution de sûretés a été rendue (cons. 3.2).

La recourante se trouve en liquidation et prétend ne pas avoir suffisamment de moyens financiers pour garantir les coûts des mesures d'investigation et d'assainissement. Toutefois, le Tribunal fédéral relève qu'il n'est pas possible de déterminer et la recourante n'a pas révélé ce qu'il est advenu des fonds provenant de la vente de son immeuble à Horgen ni pourquoi, en dépit du fait qu'elle avait connaissance d'une potentielle obligation d'assainir et d'en assumer les coûts, elle a manifestement constitué des provisions insuffisantes

d'un montant de CHF 1,964 millions depuis 2006. Toutes ces circonstances indiquent que la recourante a éventuellement tenté de se soustraire à ses obligations. L'exigence de sûretés financières apparaît ainsi comme justifiée et conforme au principe de proportionnalité. La recourante fait valoir uniquement qu'elle a estimé à 25% seulement la probabilité d'occurrence d'une obligation de payer sur la base d'un avis de droit selon lequel la prescription ou la péremption pouvait être admise. Le Tribunal fédéral estime toutefois que la recourante ne pouvait pas se fier à l'exactitude de l'avis de droit qu'elle avait mandaté dès lors qu'à l'époque déjà, l'AWEL soutenait à juste titre l'avis contraire, en se fondant sur la jurisprudence fédérale applicable à une situation juridique analogue en matière de pollution des eaux (cons. 3.3).

La recourante fait valoir enfin que des sûretés au sens de l'art. 32d^{bis} LPE ne sont pas nécessaires, et par conséquent qu'elles sont contraires au principe de proportionnalité, dès lors qu'elle est tenue de consigner une somme correspondante pour ses obligations non échues ou litigieuses en vertu de l'art. 744 al. 2 CO. Le Tribunal fédéral rejette cet argument au motif que l'art. 32d^{bis} LPE est une *lex specialis* par rapport à l'art. 744 CO et peut être appliquée indépendamment des instruments de protection des créanciers fondés sur le droit commercial. Néanmoins, la nécessité des sûretés fondées sur le droit public peut disparaître lorsque le perturbateur a consigné une somme correspondant aux coûts des mesures OSites que l'autorité a estimés ou qu'il a constitué des sûretés équivalentes selon l'art. 744 al. 2 CO. Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce. La simple déclaration du liquidateur selon laquelle il attendra que la créance devienne définitive et exécutoire avant de répartir l'actif n'exclut pas le risque de défaillance (cons. 3.4).

De jurisprudence fédérale constante, les atteintes aux biens de police ne se prescrivent pas aussi longtemps qu'elles perdurent et qu'il existe une prétention à les éliminer. En revanche, la créance de la collectivité se prescrit par un délai de cinq ans dès que la décision de répartition des coûts entre en force. Cette jurisprudence s'applique au droit des sites pollués. Il n'y a pas lieu de la modifier et elle est conforme à la doctrine dominante. Elle s'applique également lorsque le canton est propriétaire de la parcelle polluée (en l'espèce le fond lacustre) (cons. 4.2 et 4.3).

Pour les mêmes motifs, la remise en état des biens protégés ne se périment pas après un délai de trente ans lorsque des intérêts publics importants sont en jeu. Il découle de l'art. 32c al. 1 LPE que les sites pollués doivent impérativement être assainis lorsqu'ils causent des atteintes ou créent un risque concret de telles atteintes. Cette obligation est indépendante de la date à laquelle l'autorité compétente a eu connaissance de la pollution ou du fait qu'elle y aurait elle-même contribué, par ex. en délivrant une autorisation. Une autorisation de l'État ne crée pas une situation de confiance telle qu'elle permettrait aux perturbateurs d'échapper à l'obligation de prendre en charge les coûts ou d'obtenir une réduction de ceux-ci (cons. 4.4). Il en va *a fortiori* de même de l'inaction de l'autorité. Par ailleurs, compte tenu du nombre de sites à assainir, de la complexité de la problématique et des ressources limitées des autorités, celles-ci doivent fixer des

priorités et l'on ne saurait déduire du simple écoulement du temps qu'elles renoncent à un assainissement. À ceci s'ajoute que l'assainissement du fond lacustre pose des difficultés bien plus élevées que celui du sol (cons. 5).

La recourante fait encore valoir que le canton devrait prendre en charge une quote-part de 75% des coûts et la recourante 25% seulement, de sorte que le montant des sûretés devrait être réduit en conséquence. Selon le Tribunal fédéral, la part de 10% imputée au canton n'est pas trop peu élevée. Celui-ci est propriétaire du fond lacustre et de ce fait, perturbateur par situation. On ne saurait lui reprocher de ne pas avoir empêché le dépôt des boues de papier, alors qu'il n'avait pas l'obligation d'entamer une procédure d'assainissement plus tôt et que les connaissances techniques et les technologies faisaient défaut (cons. 6.3).

C Le commentaire

Cet arrêt mérite une attention particulière dès lors que c'est la première fois que le Tribunal fédéral est appelé à se prononcer sur l'art. 32d^{bis} al. 1 et 2 LPE, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014. Il précise un certain nombre de questions controversées en doctrine qui concernent tant l'art. 32d^{bis} LPE que l'art. 32d LPE qui lui est indissolublement lié, tout en laissant ouverts des aspects importants qui appellent un examen plus approfondi.

1. Qualification de la décision de constitution de garantie fondée sur l'art. 32d^{bis} LPE et conséquences procédurales

a) Mesure provisionnelle

Le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si la constitution de sûretés doit être qualifiée de mesure provisionnelle. Cet aspect aurait mérité de plus amples développements dès lors que les conséquences procédurales de cette qualification sont importantes, comme exposé ci-après.

L'art. 32d^{bis} LPE permet aux autorités d'exécution du droit des sites pollués (art. 32c à 32e LPE et OSites) d'exiger de la part des perturbateurs une garantie financière pour les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement en vue d'éviter des frais de défaillance qui seraient sinon à la charge des collectivités publiques (art. 32d al. 3 LPE). La protection accordée par cette disposition est provisoire et le montant de la garantie ne préjuge pas de la décision finale de répartition des coûts selon l'art. 32d LPE.¹ Pour ces raisons, nous sommes d'avis que la constitution de sûretés fondée sur l'art. 32d^{bis} LPE constitue une mesure provisionnelle de droit public, à l'instar des sûretés en matière d'impôt² ou des sûretés destinées à garantir une créance en lien avec des mesures

d'exécution par substitution fondées sur le droit de l'environnement.³

Il découle de cette qualification que dans le cadre d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre une décision de constitution de sûretés fondée sur l'art. 32d^{bis} LPE, les motifs de recours sont limités. Ainsi, le recourant ne pourra pas « simplement » se plaindre de la mauvaise application des conditions de l'art. 32d^{bis} LPE puisque, conformément à l'art. 98 LTF, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels. Sous peine d'irrecevabilité de son recours, le plaideur devra respecter les exigences strictes d'allégation et de motivation posées par l'art. 106 al. 2 LTF, qui sont plus sévères que celles de l'art. 42 al. 2 LTF: le Tribunal fédéral n'examine en effet la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée.

Une précision s'impose encore au sujet du principe de proportionnalité, qui revêt une importance cardinale dans l'application de l'art. 32d^{bis} al. 1 et 2 LPE. En vertu de ce principe, l'autorité qui entend ordonner la constitution de sûretés doit démontrer (à notre avis sous l'angle de la vraisemblance) si et dans quelle mesure une garantie est justifiée.⁴ L'autorité dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de ce principe. Ce dernier est un principe constitutionnel au sens de l'art. 5 Cst. et non pas un droit constitutionnel, si bien qu'en règle générale, sa violation ne peut être invoquée qu'en lien avec un droit constitutionnel. Le Tribunal fédéral revoit néanmoins l'application du principe de proportionnalité lorsqu'il a été manifestement enfreint, ce qui constitue une violation de l'interdiction de l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst.⁵ Là également, les plaideurs devront veiller au respect des principes d'allégation et de motivation que la jurisprudence fédérale interprète strictement.

b) Effet suspensif

L'arrêt ici commenté mentionne que l'effet suspensif a été accordé au recours devant le Tribunal fédéral, sans de plus amples développements. L'effet suspensif a notoirement pour conséquence que la décision attaquée ne déploie pas ses effets jusqu'à droit connu sur le recours. Au Tribunal fédéral, le recours en matière de droit public n'a pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), mais le juge instructeur peut l'accorder (art. 103 al. 3 LTF), en appréciant l'ensemble des circonstances concrètes. Il prendra divers critères en considération, notamment l'existence d'un préjudice difficilement réparable, les chances de succès du recours, les intérêts en jeu et l'urgence.⁶

¹ Voir rapport CEATE-E, p. 8677.

² Voir ATF 134 II 349 cons. 1.4 et cons. 3 et TF, 2C_468/2011 du 22 décembre 2011, cons. 1.2.2

³ Pour des exemples, voir I. HÄNER, Die vorsorgliche Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren, RDS 1997, II p. 253 ss, p. 286.

⁴ I. ROMY/J.-B. ZUFFEREY, La garantie de la couverture des frais de défaillance, rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), octobre 2014, N 22.

⁵ ATF 134 I 153.

⁶ Commentaire de la LTF-CORBOZ, 2^e éd. 2014, N 27 ss ad art. 103; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 305 ss.

Les sûretés de l'art. 32d^{bis} al. 1 LPE ont pour but d'éviter que les collectivités publiques ne doivent supporter des frais de défaillance parce que des perturbateurs, en particulier lorsqu'ils sont constitués sous forme de sociétés commerciales, ne sont pas ou plus en mesure de prendre en charge la part des coûts que leur impose l'art. 32d LPE. Ce risque de défaillance peut se cristalliser lorsque la procédure d'investigation et d'assainissement s'étend sur plusieurs années et que la situation financière de la société perturbatrice se détériore pendant ce laps de temps ; ou encore il sera intrinsèquement lié au montant des coûts prévisibles des mesures OSites, qui pourrait excéder les actifs disponibles de la société. Il peut également se concrétiser lorsque le perturbateur tente activement d'échapper à ses obligations, par ex. en réduisant son capital social ou en distribuant des bénéfices aux actionnaires sans constituer de provisions suffisantes au bilan.⁷ Dans tous ces cas, l'art. 32d^{bis} al. 1 LPE permet à l'autorité d'ordonner à un perturbateur qui présente un risque de défaillance la constitution de sûretés en vue de garantir le paiement de sa part de responsabilité de l'art. 32d LPE, d'éviter ainsi des frais de défaillance à la charge des collectivités publiques et de veiller à l'égalité de traitement entre tous les perturbateurs. Dans le cadre d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, il incombe au juge instructeur saisi d'une demande de restitution de l'effet suspensif selon l'art. 103 al. 3 LTF de mettre en balance ces intérêts avec ceux du perturbateur à éviter une exécution forcée de la décision de constitution de garantie avant que son recours n'ait été tranché. Le résultat de cette balance des intérêts dépend des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce et ne saurait être schématisé. On peut toutefois avancer que plus le risque de défaillance paraît élevé, moins il se justifiera de s'écarter du régime légal de l'art. 103 al. 1 LTF. Dans un tel cas, la restitution de l'effet suspensif irait à l'encontre même du but de protection de l'art. 32d^{bis} LPE et priverait cette disposition de son efficacité.

c) Décision incidente ou finale

Selon la jurisprudence fédérale, les mesures provisionnelles sont tantôt des décisions finales au sens de l'article 90 LTF, lorsqu'elles sont prises dans une procédure autonome, tantôt des décisions incidentes lorsqu'elles sont prononcées au cours d'une procédure conduisant à une décision finale ultérieure.⁸ La distinction est importante, puisque dans ce dernier cas, le recours au Tribunal fédéral est subordonné à la condition que la décision puisse causer un préjudice irréparable ou que l'admission du recours puisse conduire immédiatement à une décision finale qui permette d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

Dans le cas d'espèce, l'obligation de fournir des sûretés a été prononcée en lien avec d'autres obligations fondées sur le droit des sites contaminés. L'AWEL avait en effet, dans une seule décision, ordonné l'inscription du site au cadastre des

sites pollués ainsi que son assainissement, déterminé les quotes-parts de responsabilité des perturbateurs, en plus d'exiger des sûretés à concurrence de CHF 8,55 millions du perturbateur par comportement. La décision qui combine ces différentes obligations doit à juste titre être qualifiée d'incidente au sens de l'article 93 LTF.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un préjudice irréparable en lien avec le fait que la recourante alléguait ne pas avoir les moyens financiers de constituer les sûretés demandées, ce qui entraînerait sa faillite (cons. 1.1). On remarquera à cet égard que la décision de constitution de sûretés est soumise à un mode de poursuite particulier, à savoir l'exécution forcée de sûretés (art. 38 LP), qui se distingue de l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent sur les aspects suivants: la poursuite en constitution de sûretés continue toujours par voie de saisie, la faillite étant exclue (art. 43 ch. 3 LP); elle aboutit selon les cas à un acte de défaut de biens dont les effets sont limités (art. 149 al. 3 LP), puisqu'il ne constitue pas un cas de séquestre et ne permet pas au créancier de demander la révocation au sens des art. 285 ss LP. L'éventuelle exécution forcée de la décision de constitution de sûretés ne saurait donc entraîner la faillite de la société perturbatrice. Toutefois, la fourniture des sûretés demandées pourrait selon les cas avoir un impact négatif sur les liquidités de la société et entraîner de ce fait la faillite de cette dernière. En outre, pour fixer le montant des sûretés, l'autorité prend en compte la responsabilité vraisemblable du perturbateur selon l'art. 32d LPE ; or, cette part de responsabilité nominale pourrait entraîner la faillite de la société perturbatrice selon ses états financiers. Pour ces raisons, il convient d'admettre, sous l'angle de l'examen de la recevabilité du recours, que la condition du préjudice irréparable est remplie lorsque le montant des sûretés en lien avec la part de responsabilité potentielle du perturbateur selon l'art. 32d LPE dépasse les moyens à disposition de la société. Autre est cependant la question de savoir si, sous l'angle matériel et non plus procédural, l'autorité peut exiger des sûretés, respectivement une part de responsabilité, si élevées qu'elles entraîneraient le dépôt de bilan de la société perturbatrice. Elle sera examinée ci-après.

Il est également envisageable que l'autorité compétente ordonne la constitution de sûretés dans une procédure accessoire, indépendante de celle qui aboutira à la décision principale fondée sur l'art. 32d LPE ; dans ce cas, la décision revêt un caractère final et l'art. 93 LTF, qui limite la recevabilité du recours au Tribunal fédéral contre les décisions préjudicielles et incidentes, n'est pas applicable.

2. Quelques considérations sur les conditions matérielles de l'art. 32d^{bis} al. 1 et 2 LPE

a) Absence de prescription des obligations découlant du droit des sites pollués

L'art. 32d^{bis} LPE sert à garantir le paiement de la part de responsabilité d'un perturbateur telle qu'elle est déterminée par l'art. 32d LPE. Ces deux dispositions sont étroitement liées,

⁷ ROMY/ZUFFEREY (n. 4), N 23.

⁸ ATF 134 II 349 cons. 1.3 et références citées.

comme il ressort de l'arrêt ici commenté. Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle l'obligation d'assainir de l'art. 32c LPE et l'obligation de prendre en charge les coûts des mesures OSites selon l'art. 32d LPE ne se prescrivent pas tant que dure le besoin d'assainissement (cons. 4.2). Par identité de motifs, il doit en aller de même du droit de l'autorité d'exiger la constitution de sûretés. Sur ces points, le droit paraît désormais bien établi et les sociétés potentiellement perturbatrices par situation ou par comportement seront bien avisées de le prendre en compte dans l'évaluation de leurs risques environnementaux et l'établissement de provisions comptables.

b) Étendue du principe de proportionnalité

L'intérêt principal de cet arrêt réside à nos yeux dans les aspects liés à l'application du principe de proportionnalité.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral y confirme que l'autorité d'exécution peut exiger des sûretés dès que les coûts des mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement peuvent être estimés, même de manière provisoire. Le montant des sûretés sera adapté selon l'évolution des connaissances acquises lors de l'investigation de détail, voire lors de la préparation du projet d'assainissement. Cette façon de procéder permet de conférer pleine efficacité à cette disposition.

Ensuite, c'est également à la lumière du principe de proportionnalité que l'autorité d'exécution doit justifier la nécessité de la garantie au regard de tous les intérêts en jeu et notamment du risque de défaillance. La jurisprudence fédérale relative à l'art. 32d LPE admet que lorsque la part causale de chaque perturbateur a été déterminée, l'autorité est tenue d'examiner si la part nominale qui en résulte doit être corrigée sous l'angle de l'équité, afin qu'elle demeure dans les limites de l'économiquement supportable.⁹ Ce principe s'applique également s'agissant de déterminer le montant des sûretés. Il n'est toutefois pas absolu.

Dans l'arrêt ici commenté, après avoir confirmé qu'une garantie de plus de CHF 8 millions était justifiée, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne lui incombait pas d'examiner si la société recourante (qui alléguait disposer d'actifs de CHF 2,1 millions) disposait de moyens suffisants pour constituer cette garantie, ni si cette dernière pouvait faire l'objet d'une exécution forcée (cons. 3.4 *in fine*). À notre avis, lorsque le risque de défaillance se fonde sur des indices selon lesquels la société perturbatrice a fait disparaître cer-

tains actifs ou a indûment distribué des bénéfices aux actionnaires sans constituer des provisions suffisantes au bilan, le principe de proportionnalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité ordonne des sûretés pour un montant qui ne soit pas économiquement supportable à la lumière des états financiers actuels de la société. Dans un tel cas, sous réserve que l'ensemble des circonstances (y compris les intérêts des éventuels autres créanciers de la société) soit pris en compte et que l'intérêt de l'État à réduire autant que possible les frais de défaillance soit jugé prépondérant, le principe de proportionnalité n'empêcherait pas non plus l'autorité de fixer une part de responsabilité qui risquerait d'entraîner la faillite de la société perturbatrice. La faillite étant le préalable indispensable à une éventuelle action révocatoire ou à une éventuelle action en responsabilité contre les administrateurs qui auraient enfreint leurs devoirs, elle peut selon les cas constituer une étape nécessaire en vue de faire appliquer le droit des sites pollués et sauvegarder les intérêts financiers des collectivités publiques concernées.

D Conclusions

Cet arrêt confirme l'importance croissante que revêtent les obligations du droit des sites pollués en particulier pour les sociétés commerciales en raison des enjeux financiers et juridiques qui y sont liés. L'écoulement du temps n'assure pas de protection contre les prétentions de l'État fondées sur les art. 32d et 32d^{bis} LPE. Cette situation est exacerbée par le fait que les responsabilités environnementales peuvent être liées à des activités parfois anciennes, exercées par les prédécesseurs juridiques de la société recherchée en responsabilité, qui peut les avoir reprises au moyen de transactions commerciales même sans en avoir eu expressément connaissance.¹⁰ Elle exige des sociétés concernées et de leurs organes un examen minutieux pour évaluer d'une part les risques financiers liés à ces activités et d'autre part leur impact sur les états financiers. Les sociétés perturbatrices ne sauraient échapper à ces obligations en demandant leur liquidation, puisque le Tribunal fédéral a confirmé que l'art. 32d^{bis} LPE l'emporte sur les instruments de protection des créanciers du droit commercial. Cette disposition en lien avec l'art. 32d LPE constitue un instrument efficace et redoutable en mains des autorités d'exécution pour mettre en œuvre le droit des sites pollués.

⁹ Voir ROMY, Commentaire LPE, N 15 ss ad art. 32d et références citées.

¹⁰ TF, 1C_170/2017 du 7 septembre 2017, cons. 3; TF, 1C_18/2016 du 6 juin 2016, cons. 4.2 et 4.4; voir I. ROMY, Responsabilités environnementales et transactions, in: Aspects actuels du droit de la société anonyme, CEDIDAC, Lausanne 2005, p. 525 ss.