

Obligations de faire, de supporter les frais et de fournir une garantie

Aide à l'exécution pour la détermination des obligations de fournir des prestations effectives, d'assumer des coûts et de fournir des garanties selon les dispositions sur les sites contaminés. État 2023



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Office fédéral de l'environnement OFEV

Obligations de faire, de supporter les frais et de fournir une garantie

Aide à l'exécution pour la détermination des obligations de fournir des prestations effectives, d'assumer des coûts et de fournir des garanties selon les dispositions sur les sites contaminés. État 2023

Impressum

Valeur juridique

La présente publication est une aide à l'exécution élaborée par l'OFEV en tant qu'autorité de surveillance. Destinée en premier lieu aux autorités d'exécution, elle concrétise les exigences du droit fédéral de l'environnement (notions juridiques indéterminées, portée et exercice du pouvoir d'appréciation) et favorise ainsi une application uniforme de la législation. Si les autorités d'exécution en tiennent compte, elles peuvent partir du principe que leurs décisions seront conformes au droit fédéral. D'autres solutions sont aussi licites dans la mesure où elles sont conformes au droit en vigueur.

La présente aide à l'exécution remplace l'aide à l'exécution « Obligation de faire et obligation de supporter les frais » publiée par l'OFEV en 2009.

Éditeur

Office fédéral de l'environnement (OFEV)
L'OFEV est un office du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC).

Auteur

Lorenz Lehmann (Ecosens SA)
avec le soutien de Rahel Zimmermann (Ecosens SA)

Accompagnement OFEV

Reto Tietz (section Sites contaminés), Christiane Wermeille (section Sites contaminés), Satenig Chadoian (division Droit)

Traduction

Service linguistique de l'OFEV

Mise en page

Funke Lettershop AG

Photo de couverture

© Hyejin Kang, shutterstock

Téléchargement au format PDF

www.bafu.admin.ch/uv-2303-f

Il n'est pas possible de commander une version imprimée.

Cette publication est également disponible en allemand et en italien. La langue originale est l'allemand.

1^{re} édition actualisée 2023. 1^{re} parution 2009.

© OFEV 2023

Table des matières

Abstracts	5	Annexe 1 : Décision relative à la répartition des coûts : check-list	49
Avant-propos	6	Annexe 2 : Modèle de garantie bancaire	50
1 Introduction	7	Bibliographie et indication des sources	51
2 Objectif et bases légales	8		
2.1 Objectif de l'aide à l'exécution	8		
2.2 Dispositions de la LPE relatives aux sites contaminés	9		
3 Obligation de faire	11		
3.1 Obligation de faire et obligation de supporter les frais : distinction	11		
3.2 Obligation de faire : principes et bases légales	11		
3.3 Détenteur du site	13		
3.4 Perturbateur par comportement	14		
3.5 Autorité d'exécution	15		
3.6 Relation entre l'exécution de mesures et le support des coûts	16		
3.7 Aspects procéduraux	17		
4 Obligation de supporter les frais	19		
4.1 Décision sur la répartition des coûts	20		
4.2 Objet de la décision sur la répartition des coûts	27		
4.3 Définition des perturbateurs	29		
4.4 Détermination des parts de responsabilité des perturbateurs	35		
4.5 Coûts de défaillance	41		
5 Garantie de la couverture des frais	43		
5.1 Cas d'application de l'obligation de fournir une garantie	43		
5.2 Montant de la garantie	45		
5.3 Adaptation de la garantie	46		
5.4 Forme de la garantie	47		
5.5 Aspects procéduraux	48		

Abstracts

The investigation, monitoring and remediation of polluted sites in Switzerland entails a great deal of work and therefore considerable costs. The FOEN estimates that these costs will total around CHF 5 billion. Under the polluter pays principle enshrined in the Environmental Protection Act, the costs must be borne by the polluters. This enforcement aid clarifies who must implement the measures and advance the costs (obligation to act), who must ultimately bear the costs (obligation to bear costs), and under what conditions the cantonal authorities may require financial sureties (obligation to provide sureties).

L'investigation, la surveillance et l'assainissement des sites pollués en Suisse demandent un important travail et engendrent par conséquent des coûts élevés, estimés à un total d'environ 5 milliards de francs par l'Office fédéral de l'environnement. Le principe de causalité inscrit dans la loi sur la protection de l'environnement veut que les coûts soient supportés par les personnes à l'origine des mesures nécessaires (perturbateurs). L'aide à l'exécution montre qui doit mettre en œuvre les mesures et préfinancer les frais (obligation de faire), qui doit prendre ceux-ci en charge en fin de compte (obligation de supporter les frais) et sous quelles conditions les autorités cantonales peuvent exiger des garanties financières (obligation de fournir une garantie).

Die Untersuchung, Überwachung und Sanierung der belasteten Standorte in der Schweiz sind mit grossem Aufwand und daher hohen Kosten verbunden. Das BAFU geht davon aus, dass diese insgesamt rund Fr. 5 Mia. betragen. Aufgrund des im Umweltschutzgesetz verankerten Verursacherprinzips müssen die Kosten von den Verursachern getragen werden. Die Vollzugshilfe zeigt auf, wer die Massnahmen umzusetzen und die Kosten vorzufinanzieren hat (Realleistungspflicht), wer die Kosten letztlich übernehmen muss (Kosten-tragungspflicht), und unter welchen Voraussetzungen die kantonalen Behörden finanzielle Sicherheiten verlangen dürfen (Sicherstellungspflicht).

L'indagine, la sorveglianza e il risanamento dei siti inquinati in Svizzera sono molto onerosi e comportano quindi costi elevati. L'UFAM ritiene che questi costi ammontino complessivamente a circa 5 miliardi di franchi. In base al principio di causalità sancito nella legge sulla protezione dell'ambiente, i costi devono essere a carico di chi inquina. L'aiuto all'esecuzione mostra chi deve attuare le misure e prefinanziare i costi (obbligo di prestazione reale), chi deve assumere i costi in ultima analisi (obbligo di assunzione dei costi) e precisa le condizioni in base alle quali le autorità cantonali possono richiedere garanzie finanziarie (obbligo di garanzia).

Keywords:

contaminated site, polluter pays principle, cost bearing, obligation to act, surety

Mots-clés :

Sites pollués, principe de causalité, couverture des frais, obligation de faire, garantie

Stichwörter:

Altlasten, Verursacherprinzip, Kostentragung, Realleistungspflicht, Sicherstellung

Parole chiave:

siti contaminati, principio di causalità, assunzione dei costi, obbligo di prestazione reale, garanzia

Avant-propos

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les sites contaminés (OSites ; RS 814.680) il y a près de 25 ans, les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement ont bien avancé dans toute la Suisse. Le coût total du traitement des sites pollués en Suisse se montera à plusieurs milliards de francs. Grâce au principe de causalité inscrit dans la loi sur la protection de l'environnement et aux procédures de répartition des coûts, les personnes à l'origine des mesures nécessaires se voient imposer la prise en charge d'une grande part de ces frais. La jurisprudence de la dernière décennie en lien avec l'obligation de faire et l'obligation de supporter les coûts ainsi que la possibilité d'exiger des garanties inscrites dans la LPE depuis 2013 ont conduit l'OFEV à totalement mettre à jour l'aide à l'exécution correspondante. Ce document révisé vise à soutenir les autorités d'exécution d'une part pour identifier les personnes qui doivent mettre en œuvre les mesures, d'autre part pour assurer la prise en charge des coûts et l'établissement des garanties financières conformes au droit.

Franziska Schwarz, sous-directrice
Office fédéral de l'environnement (OFEV)

1 Introduction

L'investigation, la surveillance et l'assainissement des sites pollués sont souvent très coûteux et la prise en charge des frais qui en découlent s'accompagne fréquemment de contestations. L'art. 32d de la loi sur la protection de l'environnement (LPE ; RS 814.01) règle – sur la base du principe de causalité – les principes de la prise en charge des frais dans le domaine des sites contaminés et l'al. 4 stipule que l'autorité prend une décision sur la répartition des coûts lorsqu'une personne concernée l'exige ou qu'une autorité prend les mesures elle-même.

En 2009, l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) a publié l'aide à l'exécution « Obligation de faire et obligation de supporter les frais » visant à aider les particuliers et les autorités, au moyen d'une procédure par étapes, à déterminer les obligations qui leur incombent en la matière.

Depuis la publication de cette aide à l'exécution, les cantons ont pris de très nombreuses décisions sur la répartition des coûts et les tribunaux ont rendu de nombreux jugements sur ce thème, dont certains ont un caractère préjudiciel. En outre, une importante modification a été apportée le 1^{er} novembre 2013 par l'introduction de l'art. 32d^{bis} LPE donnant aux cantons la possibilité d'exiger des garanties financières.

Pour ces raisons, il est devenu nécessaire de revoir totalement l'aide à l'exécution en vigueur depuis 2009 et de l'actualiser, ainsi que de la compléter en y intégrant les aspects préjudiciels des décisions judiciaires rendues depuis 2009. Enfin, il était important d'y faire figurer les expériences tirées de la pratique (best practice) et des indications pertinentes se rapportant à la procédure concernant la réalisation des mesures, la prise en charge des frais et les garanties de couverture des frais afin d'offrir la meilleure aide possible aux autorités d'exécution et aux particuliers concernés.

2 Objectif et bases légales

2.1 Objectif de l'aide à l'exécution

La législation suisse sur les sites contaminés a pour but d'assainir les sites pollués par des déchets qui présentent un risque pour l'environnement. Cet objectif doit être atteint étape par étape : en premier lieu, tous les sites doivent être enregistrés dans un cadastre accessible au public, puis les investigations historiques et techniques nécessaires doivent être menées et, enfin, des mesures de surveillance et d'assainissement doivent être prises si nécessaire.

La réalisation de ces tâches revient en premier lieu aux cantons. Dans les domaines des transports publics, des routes nationales, de l'aviation et de la défense, cette responsabilité incombe toutefois aux services fédéraux compétents, à savoir l'Office fédéral des transports, l'Office fédéral des routes, l'Office fédéral de l'aviation civile et le Département fédéral de la défense, de protection de la population et des sports (DDPS) (art. 21, al. 2, OSites). Cependant, les services cantonaux et fédéraux chargés des sites contaminés (appelés autorités d'exécution dans la présente aide à l'exécution) ne mettent généralement pas en œuvre eux-mêmes les mesures nécessaires. Ils veillent plutôt, par le biais de décisions, à ce que les obligations prévues par les dispositions sur les sites contaminés à prendre des mesures d'investigation, de surveillance et/ou d'assainissement soient respectées par les perturbateurs concernés.

Cette aide à l'exécution a pour but principal d'aider les autorités d'exécution et les privés concernés à répondre aux questions suivantes, qui sont fréquemment associées à ces obligations :

- Qui doit prendre les mesures nécessaires ?
Il s'agit de l'**obligation de faire**.
- Qui doit supporter les coûts liés à la mise en œuvre des mesures nécessaires ?
Il s'agit de l'**obligation de supporter les frais**.
- Comment peut-on éviter que les coûts doivent être pris en charge par la collectivité parce que les perturbateurs ne peuvent plus être poursuivis ?
Il s'agit de l'**obligation de fournir une garantie**.

Avant d'aborder plus en détail ces trois obligations centrales de la législation sur les sites contaminés, il convient d'expliquer les différentes dispositions de la LPE relatives aux sites contaminés.

2.2 Dispositions de la LPE relatives aux sites contaminés

2.2.1 Art. 32c LPE : obligation d'assainir

Cette disposition décrit l'objectif et les principes et instruments les plus importants de la législation suisse sur les sites contaminés.

En vertu de l'al. 1, les **cantons** veillent à ce que soient **assainis** les décharges et les autres sites pollués par des déchets (sites pollués), lorsqu'ils engendrent des atteintes nuisibles ou incommodantes ou qu'il existe un danger concret que de telles atteintes apparaissent. Cette disposition définit premièrement l'objet de la gestion des sites contaminés (sites pollués par des déchets) et deuxièmement son objectif (prévention d'impacts sur les milieux à protéger légalement désignés ou de dangers concrets liés à de tels impacts par le biais de l'assainissement). Il incombe aux cantons et, dans certaines circonstances, aux autorités fédérales (art. 41, al. 2, LPE) de veiller à ce que les mesures exigées par la législation sur les sites contaminés soient mises en œuvre et que les obligations liées à la gestion des sites contaminés soient remplies par les parties concernées. Les personnes soumises à ces obligations sont définies à l'art. 20 de l'ordonnance sur les sites contaminés (OSites ; RS 814.680).

L'al. 2 décrit la première étape de la gestion des sites contaminés. Les cantons sont tenus d'enregistrer tous les sites pollués dans un **cadastre** accessible au public.

L'al. 3 précise les cas dans lesquels les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement nécessaires sont exceptionnellement prises **par les cantons eux-mêmes** ou commandées directement par ceux-ci. Des informations et des recommandations sur la manière de déterminer l'obligation de prestations effectives dans la pratique sur la base de l'art. 32c LPE se trouvent au chapitre 3 de la présente aide à l'exécution.

La présente aide à l'exécution n'aborde pas les questions portant sur les mesures à prendre dans des cas individuels et sur la définition en détail de l'obligation d'investiguer, de surveiller ou d'assainir.

2.2.2 Art. 32d LPE : prise en charge des frais

Cette disposition concrétise le principe de causalité inscrit à l'art. 74. al. 2, Cst. ainsi qu'à l'art. 2 LPE et traite des obligations de prise en charge des coûts des sites pollués :

En vertu de l'al. 1, **celui qui est à l'origine** de mesures nécessaires assume les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement du site pollué.

L'al. 2 arrête que si **plusieurs** personnes sont impliquées (en qualité de perturbateur par situation ou par comportement), elles assument les frais de l'assainissement proportionnellement à leur **part** de responsabilité. Les coûts incomberont **en premier lieu au perturbateur par comportement, en second lieu** seulement au **perturbateur par situation**. Ce dernier peut être libéré entièrement de son obligation de supporter des frais si, même en appliquant le devoir de diligence, il n'a pas pu avoir connaissance de la pollution.

L'al. 3 stipule que la **collectivité publique** compétente (canton d'implantation du site pollué ou éventuellement commune d'implantation ou autorité fédérale compétente) prend à sa charge la part des frais due par les personnes à l'origine des mesures nécessaires qui ne peuvent être identifiées ou qui sont insolvables (coûts de défaillance).

En vertu de l'al. 4, l'autorité d'exécution détermine la répartition des coûts entre les diverses personnes impliquées par le biais d'une **décision de répartition** des coûts lorsqu'une personne concernée l'exige ou qu'une autorité prend les mesures elle-même.

À l'al. 5, il est précisé que si l'investigation révèle qu'un site inscrit ou susceptible d'être inscrit au cadastre n'est pas pollué (inscription fautive au cadastre), la collectivité publique compétente prend à sa charge les frais des mesures d'investigation nécessaires.

Des informations et des recommandations sur les éléments à prendre en compte lors de la répartition des coûts et sur la manière dont l'art. 32d LPE peut être mis en œuvre dans la pratique figurent au chapitre 4 de la présente aide à l'exécution.

2.2.3 32d^{bis} LPE : garantie de la couverture des frais

En vertu de l'al. 1, l'autorité peut exiger d'une personne à l'origine des mesures nécessaires qu'elle **garantisse sous une forme adéquate**, à hauteur de la part prévue, la couverture des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement d'un site pollué susceptible d'engendrer des atteintes nuisibles ou incommodes.

L'al. 2 règle le **montant de la garantie** correspondante, qui est fixé en fonction notamment de l'étendue, du type et de l'intensité de la pollution. Il est adapté lorsque l'amélioration de l'état des connaissances le justifie.

En vertu de l'al. 3, la **cession** ou le **partage** d'un immeuble sur lequel se trouve un site inscrit au cadastre des sites pollués requiert une **autorisation de l'autorité**. L'autorisation est accordée à l'une des conditions suivantes :

- a. le site n'est **pas susceptible** d'engendrer des **atteintes nuisibles ou incommodes** ;
- b. la **couverture des frais** des mesures à prévoir est **garantie** ;
- c. la cession ou le partage sert un **intérêt public prépondérant**.

L'al. 4 précise que l'autorité cantonale peut faire mentionner au registre foncier que le site concerné est inscrit au cadastre.

Des informations et des recommandations sur ce qui doit être observé en matière d'obligation de fournir une garantie et sur la manière dont l'art. 32d^{bis}, al. 1 et 3, let. b, LPE peut être mis en œuvre figurent au chapitre 5 de la présente aide à l'exécution.

3 Obligation de faire

3.1 Obligation de faire et obligation de supporter les frais : distinction

Les deux questions de savoir qui est tenu d'exécuter les mesures nécessaires (obligation de faire) et de prendre en charge les coûts associés (obligation de supporter les frais) se posent dans presque toutes les procédures relatives aux sites contaminés et sont étroitement liées. Toutefois, la législation suisse sur les sites contaminés se caractérise par le principe central selon lequel il faut répondre à ces deux questions lors d'étapes distinctes de la procédure et selon des critères différents sur le plan matériel, et qu'elles doivent donc toujours être traitées séparément.

L'obligation de faire vise à garantir l'application effective du droit environnemental (dans le cas présent, la mise en œuvre des activités nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement des sites pollués), tandis que l'obligation de supporter les frais vise à garantir que les coûts soient imputés de la manière la plus équitable possible¹. En dissociant obligation de faire et obligation de supporter les frais, la LPE vise à garantir que les mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement nécessaires soient exécutées rapidement et ne soient pas entravées par de longs litiges concernant l'obligation de supporter les coûts.

3.2 Obligation de faire : principes et bases légales

La législation suisse sur les sites contaminés repose sur le principe que les obligations doivent être généralement assumées par la personne à l'origine des mesures nécessaires (**perturbateur**). Cependant, ni la LPE ni l'OSites ne définit qui doit être considéré comme la personne à l'origine des mesures nécessaires. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient à ce sujet de se référer à la notion de perturbateur définie dans le droit de police. C'est pourquoi, lors de l'attribution de l'obligation de faire (de même que de celle de prendre en charge des coûts), on distingue deux types de personnes concernées. Ces deux types revêtent une grande importance ci-après, raison pour laquelle ils sont définis au préalable :

Perturbateur par comportement²

Le terme « perturbateur par comportement » désigne la partie qui a créé directement un dommage, une gêne ou un danger en raison de son propre comportement ou du comportement de tiers placés sous sa responsabilité.

Le comportement en question peut consister en un acte ou une omission, une omission n'entraînant la responsabilité du comportement que s'il existe une obligation légale spéciale d'agir de manière à préserver la sécurité et l'ordre. La violation ou non d'une norme juridique par le comportement est sans importance pour la qualification comme

¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1A_214/1999 du 3 mai 2000 consid. 2b, in DEP 2000 p. 594 ; Pierre Tschannen : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 24 relatif à l'art 32c [1].

² Les termes allemands « Verhaltensstörer » et « Verhaltensverursacher » sont utilisés de manière synonyme. Il en va de même des termes « Zustandsstörer » et « Zustandsverursacher ». Le français n'utilise qu'un terme pour chacune des notions, c'est-à-dire « perturbateur par comportement » pour la première et « perturbateur par situation » pour la seconde.

perturbateur par comportement. Un comportement illégal ou la faute ne constituent pas une condition préalable à la responsabilité. Pour être qualifié de perturbateur par comportement, il n'est pas non plus exigé que la personne concernée ait reconnu ou aurait pu reconnaître la dangerosité de ses actes. La responsabilité pour le comportement est fondée sur le comportement dangereux ou perturbateur en tant que tel³. Souvent, plusieurs perturbateurs par comportement sont à l'origine d'un site pollué.

Perturbateur par situation

Le terme « perturbateur par situation » désigne la partie qui dispose de la maîtrise effective ou juridique de la chose ayant provoqué la situation contraire à l'ordre public.

En principe, les propriétaires, titulaires du droit de superficie, preneurs à bail, locataires ou administrateurs d'une parcelle affectée par un site pollué qui détiennent le nécessaire pouvoir de disposer peuvent être considérés comme perturbateurs par situation. La qualité de perturbateur par situation est donc toujours liée à une relation juridique avec l'immeuble pollué (p. ex. la propriété). Les circonstances déterminantes sont celles du moment de la décision officielle, qui définit les mesures prévues par la législation sur les sites contaminés ou la répartition des coûts⁴.

L'attribution de l'obligation d'exécuter les mesures exigées par la législation sur les sites contaminés pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement des sites pollués ne découle pas principalement de la LPE, mais de l'art. 20 OSites. Cette disposition, qui est centrale pour l'attribution de l'obligation de faire, a le libellé suivant :

Art. 20 OSites

¹ Les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement doivent être exécutées par le détenteur du site pollué.

² L'autorité peut obliger des tiers à procéder à l'investigation préalable, à exécuter les mesures de surveillance ou à effectuer l'investigation de détail lorsqu'il y a lieu de penser que leur comportement est à l'origine de la pollution du site.

³ Elle peut, avec l'accord du détenteur, obliger des tiers à élaborer le projet d'assainissement et à exécuter les mesures d'assainissement lorsque leur comportement est à l'origine de la pollution du site.

En principe, l'obligation de faire peut ou doit donc être attribuée à l'une de ces trois parties :

- le **détenteur**, conformément à l'art. 20, al. 1, OSites ;
- un **perturbateur par comportement**, au sens de l'art. 20, al. 2 et 3, OSites, ou
- l'**autorité d'exécution** compétente, en vertu de l'art. 32c, al. 3, LPE.

Ces trois options sont expliquées individuellement ci-après.

³ Isabelle Fellrath, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués : état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in : DEP 2018 283 ss, 290 s. [16] ; Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 21 ss relatif à l'art. 32d [17] ; Pierre Tschannen, Martin Frick 2002 : La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE. Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP), p. 7 [2].

⁴ Si le site concerné fait l'objet d'un changement de propriétaire après la décision officielle à propos de l'obligation de faire, l'obligation doit être transmise au nouveau propriétaire dans l'autorisation requise, visée à l'art. 32d^{bis}, al. 3, LPE.

3.3 Détenteur du site

Selon l'art. 20, al. 1, OSites, les mesures nécessaires doivent en principe être exécutées par le détenteur du site, c'est-à-dire par le perturbateur par situation. Il est conforme au libellé et au sens de cette disposition que les obligations d'investigation, de surveillance et d'assainissement soient en principe imposées au détenteur du site, et que des tiers ne soient impliqués que dans des cas exceptionnels⁵.

Les raisons suivantes plaident en faveur de l'obligation du propriétaire en règle générale. Tout d'abord, la praticabilité : il est facile et fiable de se renseigner sur le propriétaire actuel ou le titulaire de droits réels d'un site en consultant le registre foncier. Par contre, il est généralement beaucoup plus long, et dans les cas individuels plus compliqué, de déterminer qui est en cause en tant que perturbateur par comportement. À cela s'ajoute le principe général selon lequel le propriétaire supporte à la fois les avantages et les charges de son bien. Il est le premier responsable de l'état conforme au droit de police de sa propriété. C'est donc avant tout le propriétaire qui est tenu d'éviter les dangers liés à la présence de déchets sur sa propriété, même s'ils y sont arrivés sans qu'il en soit responsable ou s'ils y sont arrivés déjà avant l'acquisition du site par le propriétaire actuel.

En règle générale, le choix du propriétaire en tant que personne obligée de faire correspond également à l'intérêt d'une exécution simple de l'assainissement, car cela élimine la nécessité de longs litiges sur la question de savoir quelles parties ont pu causer la contamination du site par leur comportement. En outre, le propriétaire a généralement intérêt à ce que les mesures nécessaires prévues par la législation sur les sites contaminés soient rapidement mises en œuvre. Une situation non résolue concernant le statut d'un site au regard de cette législation restreint souvent de manière significative ses possibilités d'utilisation et de disposition. La préoccupation première du propriétaire correspond donc également à l'intérêt public pour un assainissement efficace des sites contaminés, car la mise en œuvre des mesures nécessaires est favorisée par la création de responsabilités claires et la prévention des litiges.

En revanche, le critère de savoir quelle partie est mieux à même d'exécuter les mesures en raison de son niveau de formation ou de connaissances ne peut être déterminant dans la question de l'attribution de l'obligation de faire (praticabilité) : en règle générale, les parties concernées ne sont pas en mesure de mener elles-mêmes les investigations. Tant le propriétaire que le perturbateur par comportement devront faire appel à des entreprises spécialisées pour ce faire⁶. Par conséquent, en pratique, l'action réelle de la partie obligée se limite essentiellement à sélectionner un expert, à lui donner un mandat approprié et à définir avec lui le cahier des charges des mesures nécessaires. Suite au contrôle de ce cahier des charges, l'autorité d'exécution l'approuve ou demande d'y apporter des modifications.

Si un site pollué s'étend sur plusieurs propriétés, un seul des propriétaires concernés doit être déclaré responsable de la mise en œuvre de toutes les mesures, tandis que les autres sont tenus de prendre note et de tolérer les mesures⁷. Dans le cas contraire, il y aurait un risque de problèmes de coordination qui pourraient retarder ou compromettre la mise en œuvre effective des mesures requises par le droit de police. Les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement doivent toujours se référer à l'ensemble du site. Il n'est donc généralement pas possible de répartir les mesures entre les différentes parties du site.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1A_214/1999 du 3 mai 2000 consid. 2.e, in DEP 2000 p. 590 ; ATF 130 II 321 consid. 2.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1A_214/1999 du 3 mai 2000 consid. 2.e.aa, in DEP 2000 p. 590.

⁷ ATF 136 II 370 consid. 2.4 ; l'ordre correspondant doit donc être donné au moins à tous les propriétaires fonciers concernés par le site.

Le titulaire obligé de faire peut être sélectionné parmi les différents propriétaires fonciers sur la base des critères suivants :

- L'un des propriétaires est-il également considéré comme un perturbateur par comportement au sens de l'art. 20, al. 2, OSites ?
- Sur quelle propriété se trouve l'origine de la pollution ?⁸
- Quelle parcelle de terrain représente la plus grande partie du site pollué en termes de superficie ?

Il convient également de tenir compte du fait que la personne obligée de faire doit être économiquement capable d'avancer les coûts des mesures (cf. point 3.6).

3.4 Perturbateur par comportement

En lieu et place du propriétaire du site, l'autorité peut également, à titre exceptionnel, déclarer obligé de faire un tiers qui a provoqué la pollution du site par son comportement. Cette tierce partie est le **perturbateur par comportement** susmentionné.

Selon la doctrine et la jurisprudence, cela présuppose que le perturbateur par comportement a contribué **de manière significative** à la pollution sur la base des connaissances disponibles au moment de la décision et qu'il sera donc, selon toute vraisemblance, **principalement tenu de supporter les frais**⁹.

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si, dans de tels cas, l'autorité peut en principe **choisir** entre le propriétaire et le perturbateur par comportement (c'est-à-dire s'il existe un pouvoir discrétionnaire), ou si, dans certains cas, elle est même tenue de déclarer le perturbateur par comportement comme obligé de faire à la place du propriétaire. Le Tribunal fédéral déclare à cet égard ce qui suit ¹⁰:

« Tant selon le libellé de l'art. 20, al. 2, OSites que selon les principes généraux (DEP 1998 p. 152 consid. 4d), il est à la discrétion de l'autorité de savoir si un tiers doit être obligé à la place du propriétaire du site. [...] Des cas sont concevables dans lesquels seule l'implication du tiers est exempte d'erreur discrétionnaire et où la disposition potestative aboutit à l'obligation, pour l'autorité, d'impliquer le tiers. Une telle constellation est concevable, par exemple, si la situation de causalité est claire et qu'il a déjà été établi que le tiers, en tant que responsable principal de la pollution d'un site contaminé au sens de l'art. 32d, al. 2, 2^e phrase, LPE, doit supporter tous les coûts (pour autant qu'il soit effectivement en mesure d'exécuter ou de faire exécuter les mesures pertinentes) ».

⁸ ATF 114 Ib 44 consid. 2.c.aa.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1A_214/1999 du 3 mai 2000 consid. 2e, in DEP 2000 p. 594 ; Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 67 ss relatif à l'art. 32c [17] ; Scherrer K. 2005 : Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Störer- versus Verursacherprinzip, p. 35 et 40 [3] ; Pierre Tschannen : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 27 relatif à l'art 32c [1].

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1A_214/1999 du 3 mai 2000 consid. 2h, in DEP 2000 p. 594 ; cf. Pierre Tschannen : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 24 relatif à l'art. 32c [1].

Les autorités disposent donc d'un large **pouvoir d'appréciation** pour décider qui doit être considéré comme la personne obligée de faire. Si, sur la base des résultats d'une investigation, il existe des indices clairs d'un lien de causalité présumé avec un tiers, les autorités peuvent, dans des cas particuliers, devoir s'écarter de la règle de l'art. 20, al. 1, OSites et déclarer ce perturbateur par comportement comme la personne obligée de faire ou, en tout cas, ne pas s'en abstenir sans justification valable.

Selon le libellé de l'art. 20, al. 2 et 3, OSites, l'obligation du perturbateur par comportement d'effectuer des mesures d'investigation et de surveillance exige seulement qu'il y ait des **raisons de croire** que celui-ci a causé la pollution du site par son comportement, alors que l'obligation d'effectuer des mesures d'assainissement exige une **certitude** (ou une probabilité prépondérante¹¹). Toutefois, cette distinction (ainsi que le consentement du propriétaire requis pour les mesures d'assainissement) ne joue guère de rôle dans la pratique. En règle générale, l'autorité compétente ne s'écarte du principe selon l'art. 20, al. 1, OSites que si la question du responsable est suffisamment claire et qu'il n'y a pas de doutes sérieux sur la qualité de perturbateur par comportement de l'obligé (p. ex. dans le cas de décharges communales ou d'installations de tir, pour lesquelles il est établi que la commune est la principale responsable de la pollution). Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si les ayants droit des perturbateurs par comportement pouvaient également être déclarés « tiers » tenus de fournir des prestations réelles. Les instances judiciaires cantonales ont toutefois répondu par l'affirmative dans des cas isolés¹².

Si le propriétaire n'est pas tenu d'exécuter les mesures, il doit toujours les **tolérer** (art. 46, al. 1 LPE). Comme l'obligation de faire est toujours associée à une obligation de préfinancement des mesures (cf. point 3.6), le propriétaire, à sa propre décharge, donne également son consentement à l'obligation du perturbateur par comportement dans la grande majorité des cas ; l'art. 20, al. 3, OSites exige de façon explicite ce consentement pour l'élaboration du projet d'assainissement par un tiers.

Un perturbateur par comportement ne peut pas s'opposer à l'obligation de faire en invoquant la **prescription**, même si la pollution a été causée il y a longtemps. À cet égard, le Tribunal fédéral a clairement indiqué que la prétention de l'État à la suppression de l'état de violation du droit de police est imprescriptible¹³, et que l'obligation de faire selon l'art. 32c LPE ne peut se prescrire tant que l'assainissement n'est pas achevé¹⁴.

3.5 Autorité d'exécution

En vertu de l'art. 32c, al. 3, LPE, l'autorité peut également se dispenser de l'obligation du propriétaire et du perturbateur par comportement et réaliser elle-même les mesures nécessaires ou en charger des tiers. Cette procédure est indiquée si :

- cela s'avère nécessaire pour prévenir la menace immédiate d'une atteinte (let. a),
- celui qui est tenu d'y procéder n'est pas à même de veiller à l'exécution des mesures (let. b), ou
- celui qui est tenu d'y procéder n'agit pas, malgré un avertissement, dans le délai imparti (let. c).

11 ATF 144 II 332 consid. 4.1.2.

12 Cf. BRGE III Nr. 0002/2020 vom 8. Januar 2020, in BEZ 2020 Nr. 18 ; VGE 100.2009.220 vom 20. Mai 2010, in BVR 2010 411.

13 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 5.2, in DEP 2016 p. 496.

14 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/2019 du 29 juillet 2019 consid. 4.3 ; cf. aussi Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 74 relatif à l'art. 32d [17].

Dans les cas visés à l'art. 32c, al. 3, let. a et b, LPE, il s'agit d'une **exécution par substitution** dite **anticipée**, et dans le cas de la let. c, il s'agit d'une application de l'exécution directe, dans laquelle la partie initialement obligée se comporte de manière récalcitrante. Dans ce dernier cas, la procédure exige la fixation d'un délai approprié et l'annonce claire des conséquences en cas de non-respect (p. ex. prise en charge proportionnelle des coûts), y compris la menace d'une exécution par substitution.

Étant donné que, comme expliqué ci-dessus, l'obligation de faire est généralement épuisée par l'émission d'un mandat correspondant à un expert, il y a probablement très peu de marge de manœuvre pour l'application de la let. b dans la pratique (à l'exception des cas où le titulaire de l'obligation n'est pas en mesure de le faire pour des raisons financières).

Les coûts encourus par les autorités dans le cadre d'une mesure par substitution peuvent être répercutés sur les responsables de la pollution par le biais d'une décision de répartition des coûts – à condition qu'il y ait des responsables en mesure de les supporter (cf. chapitre 4).

Même en cas d'application de l'art. 32c, al. 3, LPE, les propriétaires du site doivent tolérer les mesures sur leur propriété. Si, dans de telles constellations, les autorités d'exécution statuent sur l'obligation de faire dans le cadre d'une décision, il est conseillé d'adresser celle-ci également au propriétaire et aux autres parties potentiellement obligées de supporter des coûts (cf. point 3.7.2).

3.6 Relation entre l'exécution de mesures et le support des coûts

Comme mentionné, l'attribution de l'obligation de faire et de la prise en charge des coûts doivent être traitées dans des procédures différentes et selon des règles différentes. Néanmoins, les deux questions sont étroitement liées.

Il est vrai que la décision sur l'obligation de faire **ne préjuge pas de** qui devra finalement supporter les coûts d'une mesure, et la partie responsable de la mesure a toujours la possibilité de demander ultérieurement une décision de répartition des coûts (cf. art. 32d, al. 4, LPE ; point 4.1). Par conséquent, au moment de décider de l'obligation de faire, il n'est pas encore nécessaire de tenir compte de l'exigence d'équité des charges en tant que telle. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que l'obligation de faire entraîne toujours des coûts pour la partie obligée de faire et comprend donc inévitablement l'obligation de supporter les coûts (au moins) provisoirement, ou une **obligation d'avancer les frais**. Il est donc judicieux (et obligatoire dans certaines constellations) de prendre en compte la répartition la plus équitable possible des coûts et donc les principes de répartition des coûts selon l'art. 32d LPE lors de la détermination de l'obligation de faire¹⁵. Dans les cas où il est clair que, outre le propriétaire du site, un seul perturbateur par comportement encore existant et solvable est impliqué, cela conduit généralement à ce que ce dernier soit désigné comme la personne obligée de faire.

En outre, on peut imaginer des cas où un propriétaire obligé de faire et disposant de moyens financiers modestes ne soit tenu de supporter qu'une petite part des coûts de l'ordre de 5 à 20 % (cf. point 4.4.1) mais doive en même temps avancer des coûts d'assainissement élevés. Dans ce type de situation, le secteur public peut soulager le propriétaire du site afin d'éviter un cas de rigueur économique, par exemple par une répartition des coûts en

15 Cf. aussi Pierre Tschannen : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 24 relatif à l'art. 32c [1].

pourcentage (cf. point 4.1.2), par des règlements partiels périodiques ou d'autres solutions de préfinancement¹⁶. Autrement, il serait contraint de préfinancer l'ensemble des coûts d'assainissement jusqu'à l'achèvement des mesures nécessaires, et devrait par conséquent supporter le risque (lié p. ex. aux coûts d'emprunt) que le remboursement ne puisse intervenir qu'à l'issue d'une procédure (éventuellement de longue durée) de répartition des coûts.

3.7 Aspects procéduraux

3.7.1 Attribution de l'obligation de faire

Pour les raisons mentionnées au point 3.3, une répartition de l'obligation de faire ne permet généralement pas d'éviter les décisions dans lesquelles l'obligation de supporter des coûts et l'obligation de faire divergent. L'autorité compétente est donc toujours contrainte d'imposer la mise en œuvre de toutes les mesures nécessaires à **une seule partie** parmi les trois catégories que sont le propriétaire, le perturbateur par comportement ou la collectivité publique.

Une telle attribution (au moins pour l'obligation de prendre des mesures d'investigation) ne doit pas nécessairement être effectuée par le biais d'une décision formelle, mais peut également être faite de manière informelle (par une demande écrite incontestée, un accord, etc.) si toutes les parties concernées sont d'accord. Toutefois, selon l'art. 18, al. 2, OSites, une décision est nécessaire pour ordonner des mesures d'assainissement¹⁷.

En outre, il est également possible que l'obligation de faire change au cours de la procédure de traitement d'un site contaminé : on peut par exemple imaginer que le propriétaire soit tenu d'effectuer une investigation préalable en vertu de l'art. 7 OSites et que, par la suite (p. ex. sur la base des connaissances acquises au cours de l'investigation historique), le principal perturbateur par comportement doive prendre les mesures suivantes.

Dans la pratique, il arrive (p. ex. dans le cas d'assainissements importants) que plusieurs participants se regroupent (p. ex. dans un consortium) pour mettre en œuvre les mesures nécessaires. Dans ce cas, l'exécution de mesures peut être confiée à un tel consortium si la responsabilité de ce dernier vis-à-vis de parties externes et son pouvoir de représentation sont clairement définis pour tous les participants.

3.7.2 Parties à la procédure

Dans la pratique, la question se pose souvent de savoir si (outre le propriétaire) d'autres parties potentiellement tenues de supporter des frais et susceptibles d'être des perturbateurs par comportement peuvent être considérées comme des destinataires de décisions dans le cadre de l'ordonnance de mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement. Les destinataires de décisions ont le droit de se défendre contre les ordres émis par l'autorité d'exécution.

¹⁶ À titre d'exemple d'une autre solution permettant d'éviter un cas de rigueur, voir la disposition de l'art. 31 de la loi du 7 septembre 2011 sur les sites pollués du canton de Fribourg, qui prévoit la possibilité d'accorder une avance étatique pour couvrir les coûts de l'investigation.

¹⁷ On peut renoncer à une décision d'assainissement dans des cas individuels lorsque les mesures à prendre et la prise en charge des coûts entre les parties sont incontestées et effectuées sur une base volontaire, ce qui ne génère pas de coûts de défaillance.

Le Tribunal fédéral a commenté cette question comme suit ¹⁸:

« La participation de tous les redevables potentiels à la procédure d'assainissement est généralement judicieuse afin d'éviter que d'éventuels responsables redevables ne puissent contester la nécessité des mesures d'assainissement conformément au projet d'assainissement dans la procédure ultérieure de délivrance de la décision de répartition des coûts [...]. Cela suppose toutefois que l'on connaisse l'identité des personnes potentiellement redevables des coûts. [...] On ne peut pas déduire de l'art. 32d LPE une obligation du tribunal administratif de convoquer d'office les tiers potentiellement redevables déjà dans la procédure concernant l'obligation de faire [...] ».

Pour l'autorité compétente, cela signifie qu'elle ne doit pas nécessairement adresser une ordonnance correspondante aux parties potentiellement redevables. Toutefois, si elle ne le fait pas, les questions de la nécessité, du type et de la portée des mesures risquent d'être à nouveau abordées lors d'une procédure ultérieure concernant la répartition des coûts.

3.7.3 Contestabilité

Le Tribunal fédéral qualifie la décision par laquelle l'autorité oblige une partie à faire de décision incidente au sens de l'art. 93 de la loi sur le tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Il ne s'agit ni d'une décision finale ni d'une décision partielle au sens des art. 90 ou 91 LTF (qui peuvent faire l'objet d'un recours sans autres exigences), car aucune décision finale n'a encore été prise sur l'obligation d'assainir ou la nécessité d'assainir un site. Une décision finale n'a pas non plus été rendue sur la prise en charge des coûts.

Un recours contre la décision sur l'obligation de faire devant le Tribunal fédéral n'est donc possible que s'il existe un préjudice irréparable (art. 93, al. 1, let. a, LTF)¹⁹.

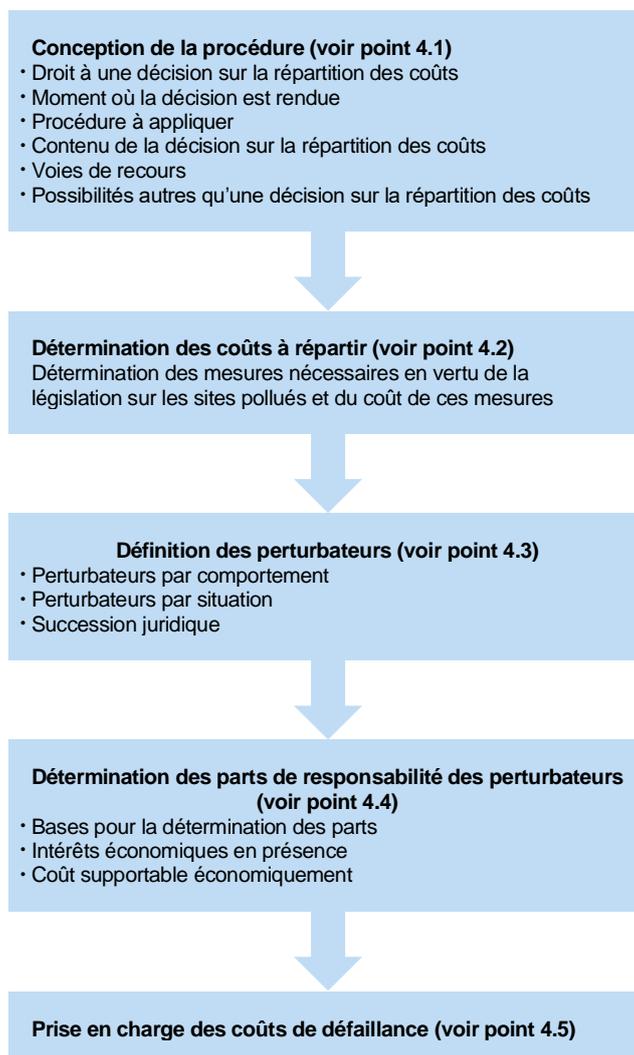
¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1A_86/2002 du 22 octobre 2002 consid. 3.2.2.

¹⁹ Le Tribunal fédéral a rejeté une telle demande dans un cas où le canton concerné avait été contraint à l'obligation de faire (arrêt du Tribunal fédéral 1C_126/2009 du 20 août 2009 consid. 4.4.2., in DEP 2010 p. 99 ss) ; en revanche, dans un autre cas, où l'obligation de faire avait été imposée à un particulier, il l'a acceptée (ATF 136 II 370 consid. 1.5. ; cf. aussi Griffel A., Rausch H. 2011 : Kommentar zum USG, Ergänzungsband zur 2. Auflage, ch. 9 relatif à l'art. 32c [4] et Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 72 ss relatif à l'art. 32c [17]).

4 Obligation de supporter les frais

Puisque, comme mentionné précédemment, l'obligation de faire n'a pas pour but de répartir équitablement les charges, la personne obligée de fournir des prestations, et donc d'avancer des frais, et qui est tenue de préfinancer les mesures nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés a la possibilité de faire répartir les coûts entre les autres responsables via la procédure de répartition des coûts prévue à l'art. 32d LPE.

Le présent chapitre explique successivement comment concevoir une procédure d'adoption d'une décision sur la répartition des coûts (point 4.1), quels types de coûts peuvent être répartis dans une telle procédure (point 4.2), comment sont définies les personnes concernées (perturbateurs) qui doivent assumer les coûts (point 4.3), comment sont déterminées leurs parts de responsabilité respectives (point 4.4) et, finalement, qui doit assumer les coûts dits de défaillance lorsqu'une personne concernée a cessé d'exister ou est insolvable (point 4.5).



4.1 Décision sur la répartition des coûts

En vertu de l'art. 32*d*, al. 4, LPE, l'autorité prend une décision sur la répartition des coûts lorsqu'une personne concernée (en général la personne concernée par une obligation de faire) l'exige ou qu'une autorité prend les mesures elle-même.

Les sous-sections qui suivent décrivent **qui** est habilité à exiger une décision sur la répartition des coûts, **quand** cette exigence peut être formulée, quels aspects doivent être considérés dans la conception d'une **procédure de droit administratif** en la matière et quels **éléments** la **décision** doit inclure.

4.1.1 Droit à une décision sur la répartition des coûts

En principe, peut requérir une décision sur la répartition des coûts toute personne qui a préfinancé les coûts ou qui peut être qualifiée de perturbateur par situation ou de perturbateur par comportement pour un site pollué spécifique.

Dans la pratique, la question se pose régulièrement de savoir si une personne qui n'est pas le détenteur du site pollué au moment de la requête, mais qui l'a été précédemment et qui a donc préfinancé les mesures nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés, ou une personne qui l'a fait en raison d'une obligation de droit civil, est également habilitée à exiger une décision sur la répartition des coûts.

En se fondant sur les travaux préparatoires ainsi que sur la version française du texte de la LPE (qui emploie le terme « personne concernée » pour l'allemand « Verursacher ») et sur des éléments relevant de la doctrine, la jurisprudence interprète le terme allemand de « Verursacher » de l'art. 32*d*, al. 4, LPE au sens large et admet notamment qu'un ancien perturbateur par situation puisse soumettre une requête. La justification est la suivante : pour les personnes concernées à qui les coûts incombent à terme, il importe peu de savoir qui a réalisé les mesures. Comme l'obligation de substitution se limite dans tous les cas aux mesures nécessaires, il n'y a pas de risque de multiplication des coûts²⁰.

En vertu de l'art. 32*d*, al. 4, LPE, une autorité peut elle aussi être à l'origine d'une décision sur la répartition des coûts. C'est le cas lorsqu'une autorité prend elle-même les mesures en application de l'art. 32*c*, al. 3, LPE.

4.1.2 Moment où une décision sur la répartition des coûts est rendue

On conçoit aisément que la personne obligée de faire souhaite en principe rapidement savoir qui assumera finalement les coûts des mesures nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés. Cette personne a donc intérêt à déclencher la procédure en matière de répartition des coûts à un stade précoce. Cependant, différentes informations doivent être disponibles pour qu'une décision sur la répartition des coûts puisse être rendue. Il faut notamment clarifier quel statut la législation sur les sites contaminés confère au site et, au minimum, identifier les personnes potentiellement concernées et chiffrer globalement les coûts que les mesures pourraient engendrer. Ces éléments sont indispensables pour déterminer si les coûts sont supportables économiquement, un critère qui, selon les circonstances, doit être pris en compte pour arrêter les participations aux coûts (voir point 4.4.2). Il convient donc d'évaluer au cas par cas à partir de quand les informations disponibles sont suffisantes pour rendre une décision sur la répartition des coûts.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_315/2020 du 22 mars 2021 consid. 5 ; VGE 100.2014.59 du 24 juin 2015 consid. 8 ; cf. aussi Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 56 ss relatif à l'art. 32*d* [17].

Sachant que, dans le déroulement de la procédure normale prévue par la législation sur les sites contaminés, le montant des coûts d'assainissement en particulier est clarifié à un stade relativement tardif, les autorités tendent plutôt à rendre des décisions sur la répartition des coûts uniquement à partir du moment où il existe un projet d'assainissement au sens de l'art. 17 OSites²¹. Dans les cas simples, notamment s'il s'agit d'un site qui ne nécessite aucun assainissement, les informations nécessaires à la répartition des coûts devraient cependant être disponibles plus tôt, en règle générale dès que l'investigation préalable est achevée.

La LPE ne précise pas à quel moment un requérant est en droit d'attendre la décision sur la répartition des coûts, ni quand la collectivité la rend d'office. Il ressort uniquement de l'art. 17, let. d, OSites qu'une décision sur la répartition des coûts indiquant les parts de responsabilité peut être demandée avec la remise du projet d'assainissement.

La doctrine reconnaît qu'une personne concernée, selon les intérêts en jeu, est déjà en droit d'exiger une décision sur la répartition des coûts avant que les coûts des mesures ne lui incombent effectivement, par exemple pour arrêter simplement les parts respectives en pour-cent. Cependant, il est également possible de formuler une telle requête après que la décision d'assainissement a été rendue²².

À ce sujet, le Tribunal fédéral retient que, sous réserve des principes de la bonne foi et de la sécurité du droit, la demande de décision peut être déposée aussi bien après l'assainissement, avec indication des coûts exacts, qu'avant les travaux, sans connaissance des montants précis, à titre de décision fixant les pourcentages des parts respectives. Dans le second cas de figure, deux éléments seront néanmoins nécessaires : d'une part, un ordre de grandeur des coûts à répartir et, d'autre part, une décision définitive au moment où les coûts exacts seront connus²³.

Dans les faits, on opte régulièrement pour une pratique hybride qui combine ces deux variantes. Par exemple, une fois l'investigation de détail de l'art. 14 OSites achevée, une première décision sur la répartition des coûts est rendue qui définit les parts de responsabilité, répartit les frais d'investigation encourus jusqu'alors conformément à ces parts et stipule que les coûts imputables à l'avenir seront répartis selon les mêmes pourcentages. Il est important que cette première décision mentionne explicitement que les coûts futurs feront l'objet d'une procédure distincte, qui tiendra compte le cas échéant des nouvelles informations disponibles. Par nouvelles informations, on entend celles dont on aura connaissance seulement postérieurement à la première décision sur la répartition des coûts (les « nova »), dans la mesure où celles-ci sont déterminantes pour la répartition des coûts²⁴. Déjà exécutoire, la première décision reste valable dans un tel cas et ne doit pas être reconsidérée²⁵. Un exemple de cas « nova » est le changement de propriétaire du site entre la première et la deuxième décision. Dans cette situation, la part qui revient au nouveau propriétaire doit être redéfinie de manière individuelle dans la deuxième décision sur la base des circonstances concrètes d'acquisition.

Dans les cas où le perturbateur ne peut pas être identifié pour un site pollué ou est insolvable, et où les coûts d'assainissement qui lui sont imputables dépassent 250 000 francs, il convient également d'observer l'art. 11, al. 2, de l'ordonnance relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (RS 814.681 ; OTAS). Celui-ci dispose que les indemnités versées en vertu de l'OTAS (indemnités OTAS) sont octroyées à condition qu'une

21 À ce sujet, voir Lilian Christen, *Kostenverteilung gemäss Art. 32d USG – ausgewählte Aspekte aus der Praxis*, in DEP 2011 p. 593 ss, 604.

22 Scherrer K. 2005 : *Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Störer- versus Verursacherprinzip*, p. 282 s. [3].

23 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_273/2005 du 25 septembre 2006 consid. 3.2.

24 P. ex. le montant des coûts d'assainissement effectifs à régler, voir à ce sujet l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_117/2020 du 7 décembre 2020 consid. 5.7.

25 S'il n'y a aucun différend quant aux personnes concernées (perturbateurs), aux parts de responsabilité respectives et aux coûts imputables à ces différentes personnes, on peut alors, dans un second temps et dans certains cas spécifiques, renoncer à rendre une décision formelle. Il faut néanmoins prêter attention au fait qu'une telle démarche pourrait compliquer le recouvrement ultérieur des parts de frais.

décision exécutoire sur la répartition des coûts ait été rendue. Par conséquent, la décision de répartition des coûts doit déjà avoir été rendue au moment de la demande d'allocation à l'OFEV²⁶.

Le dernier délai pour remettre une demande de décision sur la répartition des coûts dépend du délai de prescription. La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire qu'il y a **prescription** du droit à une décision sur la répartition des coûts cinq ans après que les mesures sont achevées et les coûts connus²⁷. Étant donné qu'il n'est pas rare en pratique que de nombreuses années s'écoulent entre l'investigation préalable de l'art. 7 OSites et le moment où les mesures d'assainissement sont achevées conformément à l'art. 19 OSites, mais que la prescription repose sur la dernière étape d'une mesure, il peut arriver que la décision sur la répartition des coûts répartisse également des coûts liés à des mesures survenues avant cette période de cinq ans.

4.1.3 Conception de la procédure

Nature juridique de la procédure

Bien que la procédure de répartition des coûts établisse des prétentions de compensation entre différentes parties qui sont parfois uniquement privées, il s'agit d'une procédure de **droit public**. Comme la décision sur la répartition des coûts s'appuie sur l'art. 32d LPE, il s'agit d'une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative. Contrairement à un jugement de droit civil, une telle décision n'évalue pas des prétentions civiles entre les personnes concernées, mais régleme simplement les rapports externes en droit administratif entre les personnes concernées et l'État²⁸.

Corollaire de ce qui précède, les prétentions de compensation ne peuvent se décider qu'entre les collectivités concernées et les personnes concernées (voir l'exemple au point 4.1.4)²⁹. Dans ce contexte, l'autorité cantonale chargée des sites contaminés joue en principe le rôle d'organe de paiement. Il lui incombe d'exiger les contributions de la part des personnes concernées tenues de payer et, le cas échéant, d'engager des poursuites sur la base de la décision sur la répartition des coûts. Aucun paiement ne peut être ordonné directement entre les personnes concernées.

Par ailleurs, dans le cadre de la procédure de répartition des coûts, qui relève du droit public, on peut se demander dans quelle mesure les autorités doivent prendre en compte les rapports de droit privé et les accords entre les personnes concernées. La doctrine part le plus souvent du principe que les accords de droit privé doivent être ignorés, car les accords contractuels concernant la répartition des risques entre les personnes concernées ne sont pas à même de modifier les parts de responsabilité relevant du droit administratif. Cependant, les accords de droit privé peuvent être pris en compte pour établir des faits (p. ex. pour déterminer le moment où un terrain a été acheté ou pour des considérations portant sur l'équité). S'il existe un jugement civil exécutoire concernant les rapports entre les personnes concernées, celui-ci est contraignant pour les autorités administratives. S'il n'existe encore aucun jugement civil exécutoire, l'autorité administrative est en droit d'examiner la situation de droit civil à titre préjudiciel, mais elle n'en a pas l'obligation. L'autorité administrative doit au contraire agir avec retenue³⁰. Qu'une autorité administrative interprète un contrat de droit civil n'est en effet approprié que dans la mesure où le

26 Aide à l'exécution Indemnités OTAS pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués (OFEV, 2016) [12], point 3.5.

27 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 5.2 s., in DEP 2016 p. 496 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/2019 du 29 juillet 2019 consid. 4.3 ; Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 75 s. relatif à l'art. 32d [17]; Scherrer K. 2005 : Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Störer- versus Verursacherprinzip, p. 286 [3].

28 Pierre Tschannen P. : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 37 relatif à l'art. 32d [1].

29 Voir arrêt du Tribunal fédéral 1C_533/2017 du 11 juin 2018 consid. 2.1.

30 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_237/2010 du 30 octobre 2010 consid. 2.4.2.

contenu du contrat concerné peut être facilement établi et que le résultat est indiscutable³¹. Tout point litigieux doit être renvoyé au civil³². Ces aspects procéduraux n'empêchent cependant pas les parties de conclure des accords de droit privé sur la couverture des coûts pouvant diverger des principes inscrits à l'art. 32d LPE. Les parties devront alors néanmoins s'attendre à ce qu'une éventuelle procédure civile soit nécessaire pour leur exécution.

Déroulement de la procédure

La procédure doit en principe s'appuyer sur le **droit de procédure cantonal applicable** en matière d'adoption de décisions. Ce droit déterminera les aspects tels que la qualité de partie, le droit de consulter les dossiers, les moyens de preuve ou encore les délais.

La procédure est engagée soit d'office, lorsque l'autorité a pris elle-même les mesures en application de l'art. 32c, al. 3, LPE, soit sur **demande** d'une personne concernée (voir point 4.1.1). La LPE ne prévoit aucune exigence particulière quant à la forme ou au contenu de la demande. Dans la pratique, sur la base de l'obligation de collaborer prévue à l'art. 46 LPE, les requérants sont invités à remettre aux autorités des informations notamment sur l'origine de la pollution, sur les rapports de propriété relatifs aux parcelles touchées et sur les mesures nécessaires et leurs coûts, du moment que ces informations ne figurent pas déjà dans la demande. Toute personne avançant des prétentions de compensation dans le cadre d'une procédure de répartition des coûts doit justifier les coûts échus à l'aide de factures et, le cas échéant, de justificatifs de paiement.

Dans la suite de la procédure, l'autorité doit établir les faits pertinents juridiquement qui lui sont rapportés, et ce de manière aussi exhaustive que possible. Pour l'autorité, il ne s'agit pas de reprendre l'exposé des faits tel que présenté par les parties, mais de parvenir à la conviction que les faits se sont produits comme ils sont décrits par le requérant. Ce **principe d'investigation** est nuancé par le fait que les **parties** ont, comme mentionné, l'**obligation de collaborer à la procédure**. En collaborant avec les parties, l'autorité doit en particulier clarifier les points suivants :

- toutes les actions ayant entraîné une pollution sur le site (à ce sujet, voir avant tout les investigations historiques prévues à l'art. 7, al. 2, OSites) ;
- l'identité de toutes les personnes concernées (perturbateurs par comportement et perturbateurs par situation) et leurs parts de responsabilité respectives (y compris examen de la question de la succession juridique, voir point 4.3.3) ;
- les entités supportant les éventuels coûts de défaillance dans les cas où les personnes concernées ne peuvent pas être identifiées, ont cessé d'exister ou ne sont pas solvables (voir point 4.5) ;
- les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement, la nécessité de telles mesures ainsi qu'un inventaire chiffré des coûts en découlant ou qui en découleront à l'avenir.

Les parties (également des tiers non impliqués dans la procédure, p. ex. des autorités communales) peuvent être obligées de communiquer des renseignements oralement, de répondre par écrit à des questions et de

31 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_246/2015 du 4 mai 2016 consid. 2.4.

32 Pour l'ensemble voir Isabelle Fellrath, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués : état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in : DEP 2018 283 ss, 294 [16] ; Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 69 ss relatif à l'art. 32d [17] ; Lilian Christen, Kostenverteilung gemäss Art. 32d USG – ausgewählte Aspekte aus der Praxis, in DEP 2011 p. 593 ss, 598 ss ; Pierre Tschannen : Kommentar zum Umweltschutzgesetz 2. Auflage, 2000/2003, ch. 31 relatif l'art. 32d [1].

remettre des documents (rapports d'investigation, factures, documents pertinents sur le plan du droit des sociétés, contrats, etc.)³³.

Lorsqu'elles conçoivent la procédure, les autorités doivent veiller à respecter le **droit** de toutes les parties à la procédure **d'être entendues** garanti par la Constitution. Elles doivent dès lors tenir compte en particulier des aspects ci-après³⁴ :

- Les parties ont le droit : de s'exprimer avant qu'une décision ne soit rendue ; de participer à la collecte de preuves essentielles par des réquisitions de preuves ou en remettant des preuves ; ou, au minimum, de s'exprimer sur le résultat de l'administration des preuves. Les entités supportant les coûts de défaillance ont ici également la qualité de partie.
- Les autorités ont l'obligation d'entendre les faits allégués, de les examiner avec minutie et d'en tenir compte de manière adéquate lorsqu'elles prennent une décision. L'exposé des motifs doit être rédigé de sorte que la partie concernée puisse attaquer la décision dans les règles de l'art. Les motifs doivent comprendre les réflexions principales qui ont guidé les autorités dans leur décision et sur lesquelles la décision repose.
- Dans son exposé des motifs, l'autorité n'est pas tenue de s'exprimer en détail sur l'ensemble des points de vue des parties ni de réfuter explicitement chaque fait allégué.

Un des moyens dont dispose l'autorité pour garantir aux parties impliquées dans la procédure le droit d'être entendu est de leur remettre un projet de décision sur la répartition des coûts, en les invitant à rendre un avis par écrit. Cependant, d'autres approches sont envisageables (p. ex. un échange d'écritures comprenant la demande de répartition des coûts et les avis correspondants des autres parties à la procédure).

Degré et fardeau de la preuve

Comme la pollution due aux déchets qui entraîne une nécessité de prendre des mesures au sens de la législation sur les sites contaminés est souvent survenue à une période considérablement ancienne, il n'est pas rare que les procédures et les actes des parties ne soient pas documentés et donc que les faits ne puissent pas être établis avec une certitude absolue. C'est pourquoi le Tribunal fédéral se contente, en matière de sites contaminés, d'une **vraisemblance prépondérante comme degré de preuve**³⁵. La conséquence est que l'autorité qui rend la décision peut supposer qu'un fait est correct du moment que diverses raisons essentielles vont dans ce sens selon des critères objectifs et qu'aucune autre possibilité n'entre raisonnablement en ligne de compte de manière déterminante.

La question du degré de la preuve est liée à celle du fardeau de la preuve. Si un fait allégué ne peut être prouvé, la partie qui aurait pu en déduire des droits doit en assumer les conséquences. Ce principe découle de l'art. 8 du code civil (CC ; RS 210), qui s'applique également aux sites contaminés.³⁶ Par exemple, s'il ne peut être prouvé que certaines autres personnes ont contribué, par leur comportement, à la pollution d'un site, la situation est défavorable pour l'unique perturbateur par comportement identifié, car tous les coûts lui seront attribués.

³³ Voir sur ce point Hans Stutz, *Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung*, in DEP 2001 p. 798 ss ; Lilian Christen, *Kostenverteilung gemäss Art. 32d USG – ausgewählte Aspekte aus der Praxis*, in DEP 2011 p. 593 ss ; Scherrer K. 2005 : *Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Störer- versus Verursacherprinzip*, p. 273 ss [3].

³⁴ Voir arrêt du Tribunal fédéral 1C_117/2020 du 7 décembre 2020 consid. 3.2.

³⁵ ATF 144 II 332 consid. 4.1.2.

³⁶ ATF 144 II 332 consid. 4.1.3.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2012 constitue un exemple éloquent de cette problématique de la preuve : il s'agissait de déterminer la part revenant au DDPS dans la pollution d'une installation de tir. Dans cette affaire, il était question de décider si, en vertu de l'art. 32d, al. 4, LPE, la collectivité devait supporter une partie des coûts, sachant que de nombreuses années s'étaient écoulées depuis les faits et qu'il n'était plus possible de déterminer avec certitude qui avait contribué à la pollution du site et dans quelle proportion. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral présente notamment les considérations qui suivent³⁷ :

« À ce sujet, il [le recourant] s'attend à ce que la collectivité concernée, en vertu de l'art. 32d, al. 3, LPE, supporte les coûts s'il existe plusieurs personnes concernées et que leurs parts respectives exactes ne peuvent pas être déterminées avec certitude. Cette approche ne peut pas être retenue. Si l'approche du recourant était suivie, la conséquence serait que la collectivité devrait presque systématiquement supporter des coûts. Par exemple, dans une situation où l'on sait que deux personnes concernées (A et B) ont à elles deux occasionné 100 % de la pollution, et que les parts respectives de A et de B se situent entre 40 % et 60 % (mais qu'on ne peut déterminer le pourcentage exact), cela reviendrait à dire que les personnes A et B doivent chacune supporter 40 % des coûts tandis que la collectivité supporterait les 20 % restants. Une telle approche entrerait en contradiction avec l'art. 32d, al. 3, LPE, selon lequel la collectivité prend à sa charge la part de frais des personnes concernées uniquement dans la mesure où celles-ci ne peuvent pas être identifiées ou sont insolvables. [...]

La constatation du degré de responsabilité déterminant nécessaire pour fixer la part de frais à supporter en vertu de l'art. 32d, al. 1 et 2, LPE est une question de fait. Comme il est souvent difficile de définir avec une certitude absolue, en particulier lorsqu'un temps considérable s'est écoulé, les parts de pollution dont sont responsables les personnes concernées, il faut s'en remettre au degré de la vraisemblance convaincante (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A_250/2005 du 14 décembre 2006 consid. 5.3 et les indications dans RDAF 2007 I p. 307). Pour le cas fictif mentionné ci-avant, cela signifie que les parts de frais attribuées à A et B se situent, selon la probabilité de la responsabilité, entre 40 % et 60 %, sachant que la somme des deux parts de frais équivaut à 100 % ».

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_570/2011 du 20 septembre 2011 consid. 2.3.

4.1.4 Contenu de la décision sur la répartition des coûts

La décision sur la répartition des coûts doit couvrir les éléments suivants :

- désignation correcte des **parties** impliquées, y compris les relations de représentation ;
- justification des **obligations de supporter les frais** pour les personnes concernées et éventuellement pour la collectivité (voir point 4.3), y compris les **pourcentages des parts** (voir point 4.4) ;
- présentation des **coûts** pris en compte dans la procédure pour les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement nécessaires et éventuellement identification des coûts découlant de mesures qui ne sont pas considérées nécessaires par la législation sur les sites contaminés et qui ne peuvent donc pas être répartis (voir point 4.2) ;
- **prétentions de compensation** entre la collectivité publique et les personnes concernées découlant de prestations financières anticipées, et délais de paiement ;
- indication des voies de droit.

Exemple de détermination des coûts à prendre en charge

Situation initiale

Le détenteur Z a financé de manière anticipée des coûts d'investigation à hauteur de 100 000 francs ; en tant que perturbateur par situation, il doit assumer une part de frais de 20 % ; 60 % des coûts incombent au perturbateur par comportement A et 20 % au perturbateur par comportement B, qui a cessé d'exister ; la commune S et le canton T supportent chacun la moitié des coûts de défaillance.

Il s'ensuit les obligations de prendre en charge les coûts suivants :

- le canton T paie 80 000 francs au détenteur Z (il reste à Z des coûts à hauteur de 20 000 francs, ce qui correspond à sa part de 20 %) ;
- perturbateur par comportement A paie 60 000 francs au canton T (ce qui correspond à sa part de 60 %) ;
- la commune S paie 10 000 francs au canton T (ce qui correspond à sa part de 10 %) ;
- le canton T assume les coûts restants, soit 10 000 francs (ce qui correspond à sa part de 10 %).

La décision doit être notifiée non seulement à toutes les personnes obligées de supporter des frais, mais également à celles qui ont été libérées de cette obligation.

L'annexe 1 de la présente aide à l'exécution propose une check-list réunissant les éléments essentiels d'une décision sur la répartition des coûts.

4.1.5 Recours contre des décisions sur la répartition des coûts

Concernant les **voies de recours au Tribunal fédéral** contre des décisions sur la répartition des coûts, il convient de prendre en compte les éléments qui suivent. Une décision qui prévoyait une répartition en pourcentage des coûts d'assainissement uniquement a été qualifiée par le Tribunal fédéral de « décision incidente » au sens de l'art. 92 s. LTF³⁸. Ainsi, il n'est possible de recourir contre de telles décisions auprès du Tribunal fédéral que dans la mesure où la décision peut causer un préjudice irréparable (art. 93, al. 1, let. a, LTF). Le Tribunal fédéral a qualifié de « décision finale » au sens de l'art. 90 LTF une décision sur la répartition des coûts qui fixait de manière définitive les frais d'investigation, mais renvoyait la répartition d'éventuels coûts d'assainissement à une procédure distincte³⁹.

4.1.6 Possibilités autres qu'une décision sur la répartition des coûts

La décision sur la répartition des coûts ne constitue pas l'unique possibilité de résoudre définitivement un litige sur la répartition des coûts. En principe, on peut également envisager une convention réglant la répartition des coûts entre les personnes concernées (en général par écrit, par souci de preuve) qui conclut les négociations entre les personnes concernées (en principe sous la conduite du service cantonal spécialisé compétent).⁴⁰ Une telle convention présuppose cependant que toutes les personnes concernées parviennent à un accord concernant les coûts imputables et les parts respectives. Dans la pratique, l'expérience a montré que les parties s'accordent rarement. Si toutefois les parties parviennent à s'entendre concernant la répartition des coûts dans le cadre d'une convention, et qu'il existe des coûts de défaillance pouvant faire l'objet d'une demande d'indemnités OTAS, il faut alors tenir compte des exigences figurant au point 4.5 de la présente aide à l'exécution.

4.2 Objet de la décision sur la répartition des coûts

L'art. 32d, al. 1, LPE stipule que (seuls) les coûts nécessaires aux mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués peuvent faire l'objet d'une décision sur la répartition des coûts.

Premièrement, il y a donc lieu d'examiner, en matière de répartition des coûts, si les coûts sont liés à la mise en œuvre de mesures d'investigation, de surveillance et/ou d'assainissement d'une part, et si ces mesures étaient **nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés** d'autre part. Ces conditions sont remplies du moment que les mesures ont été ordonnées par l'autorité compétente (et satisfont le principe de la proportionnalité⁴¹), ou que les mesures ont été mises en œuvre de manière volontaire par les personnes concernées et que ces mesures sont nécessaires et proportionnelles en vertu des dispositions de l'OSites et des aides à l'exécution applicables⁴² et que les moyens engagés pour la mise en œuvre n'outrepassent pas l'objectif des mesures. Ces conditions ne seraient pas remplies par exemple si une investigation de détail était réalisée en vertu de l'art. 14 OSites alors que le site ne présente aucun besoin d'assainissement selon l'investigation préalable ou que le nombre de forages effectués dans le cadre de l'investigation préalable dépasse le nombre de forages

38 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_397/2013 du 21 avril 2015 consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/2019 du 29 juillet 2019 consid. 1.2.

39 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_170/2017 du 7 septembre 2017 consid. 1.

40 Voir sur ce point Lilian Christen, *Kostenverteilung gemäss Art. 32d USG – ausgewählte Aspekte aus der Praxis*, in DEP 2011 p. 593 ss, 605 s.; Hans Stutz, *Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung*, in DEP 2001 p. 798 ss, 825 s.

41 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_250/2005 du 14 décembre 2006 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1A_248/2002 du 17 mars 2002, consid. 2.2 ; ATF 142 II 232 consid. 5.3.

42 Entre autres, Évaluation des variantes d'assainissement (OFEV, 2014) [5], Surveillance des sites pollués (OFEV, 2015) [6], Assainissement in situ (OFEV, 2016) [7], Projets de construction et sites pollués (OFEV 2016) [8], Besoins, buts et urgence de l'assainissement (OFEV, 2018) [9], Gestion des sites pollués par des hydrocarbures chlorés (OFEV, 2018) [10], Sites pollués et eaux de surface (OFEV, 2020) [11].

nécessaires à l'évaluation du besoin d'assainissement. Des mesures d'investigation et de surveillance du site pollué sont également nécessaires même lorsqu'il n'y a aucun besoin d'assainissement selon l'art. 8 ss OSites et peuvent être mises à la charge des personnes concernées en vertu de l'art. 32d, al. 1, LPE⁴³.

Deuxièmement, ces coûts doivent être séparés des coûts découlant de mesures certes liées à la pollution du site, mais qui ne constituent pas des mesures au sens de l'art. 32c LPE ni de l'art. 7 ss OSites. De telles mesures peuvent survenir notamment en lien avec des projets de construction, avec l'investigation du sous-sol dans le cadre de tels projets ou encore avec l'évaluation des coûts d'élimination ou avec la mise en œuvre d'une gestion conforme au droit des déchets de chantier respectant les dispositions de l'art. 31c, al. 1, LPE et les art. 16 à 20 OLED. **Ces coûts engendrés par des mesures liées à des projets de construction ou au droit sur les déchets** ne sauraient être mis à la charge des personnes concernées via la procédure de répartition des coûts⁴⁴. Conformément au droit public, ce type de coûts doit être supporté par le détenteur des déchets en vertu de l'art. 32, al. 1, LPE.

À titre d'exemples de telles mesures liées au droit des déchets, on citera, d'une part, l'élimination de matériaux d'excavation pollués dans les projets de construction sur des sites pollués qui ne présentent aucun besoin d'assainissement ou pour lesquels aucune décontamination n'est nécessaire et, d'autre part, une investigation technique d'un sous-sol servant uniquement à déterminer la perte de valeur qui découle de la pollution d'un site dans le contexte d'une transaction foncière.

En pratique, il est souvent difficile de distinguer entre les mesures nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés et d'autres mesures éventuelles liées à des projets de construction ou au droit des déchets. Par conséquent, il s'ensuit souvent des débats lorsque la mise en œuvre de mesures d'assainissement prévues par la législation coïncide dans le temps avec la réalisation d'un projet de construction⁴⁵. Dans ces cas de figure, il n'est pas rare que l'art. 3 OSites entre également en ligne de compte. Selon cet article, les sites pollués ne peuvent être modifiés par la création ou la transformation de constructions et d'installations que s'ils ne nécessitent pas d'assainissement et si le projet n'engendre pas de besoin d'assainissement ; ou si le projet n'entrave pas de manière considérable l'assainissement ultérieur des sites ou si ces derniers, dans la mesure où ils sont modifiés par le projet, sont assainis en même temps⁴⁶.

Le Tribunal fédéral a déjà rendu plusieurs arrêts dans lesquels il a indiqué que les coûts découlant de mesures nécessaires en application de l'**art. 3 OSites** ne sauraient faire partie de la répartition des coûts prévue à l'art. 32d LPE⁴⁷. De tels coûts surviennent notamment dans le cas d'un projet de construction sur un site de stockage définitif pour lequel aucune mesure d'assainissement ne serait nécessaire s'il n'y avait pas de projet de construction, mais où le projet de construction crée une nouvelle situation dans laquelle de l'air interstitiel pollué peut s'échapper du site et atteindre des lieux où des personnes sont régulièrement présentes. Pour prévenir le besoin d'assainissement lié à l'art. 11 OSites, il y a lieu de prendre des mesures préventives telles que prévues à l'art. 3 OSites.

43 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_282/2016 du 21 février 2018 consid. 3.1 ; Griffel A., Rausch H. 2011 : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, ch. 3 relatif à l'art. 32d [4] ; cf. aussi Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 6 ss relatif à l'art. 32d [17].

44 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_282/2016 du 21 février 2018 consid. 2.3.

45 Voir également le schéma à l'annexe 3 du module d'aide à l'exécution « Projets de construction et sites pollués » (OFEV 2016) [8].

46 Voir à ce sujet le module d'aide à l'exécution « Projets de construction et sites pollués » (OFEV 2016) [8].

47 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_414/2014 du 2 mars 2015 consid. 2.3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_366/2015 du 4 juillet 2016 consid. 3.2.

La communication « Indemnités OTAS pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués » liste différents coûts qualifiés de **non imputables** dans le cadre d'une procédure d'octroi d'indemnités OTAS⁴⁸. Étant donné que les art. 12 et 13 de l'OTAS, qui définissent quels coûts sont réputés imputables pour les indemnités OTAS, vont dans le même sens que l'art. 32*d*, al. 1, LPE, qui lui se préoccupe uniquement des coûts des mesures « nécessaires » prises en compte dans la répartition, on peut supposer que les coûts non imputables dans le cadre de la procédure OTAS ne peuvent pas non plus être pris en considération dans la répartition des coûts en vertu de l'art. 32*d* LPE. Parmi ces coûts, on mentionnera en particulier les coûts pour l'acquisition d'un terrain, la perte de valeur d'un terrain, l'acquisition de capitaux, les études juridiques, les assurances, la démolition de constructions en surface sans lien avec le site contaminé (constructions dont la démolition n'est pas requise par l'assainissement), le travail administratif supplémentaire (p. ex. frais administratifs payés par le propriétaire), les frais de déménagement, les pertes de loyer et les pertes de rendement⁴⁹.

Selon la pratique constante de certains cantons, sont réputés coûts imputables également les frais liés à la prescription de mesures OSites par les autorités compétentes (p. ex. en lien avec l'obligation de faire) ainsi qu'à la prescription de mesures d'investigation ou de surveillance ainsi que les émoluments pour les permis de construire liés à des travaux d'assainissement.

4.3 Définition des perturbateurs

L'art. 32*d*, al. 1, LPE stipule que la personne concernée (ou perturbateur) qui est à l'origine des mesures nécessaires en assume les frais. Si plusieurs personnes sont impliquées, l'art. 32*d*, al. 2, LPE prévoit que les frais soient répartis proportionnellement aux parts de responsabilité respectives de ces personnes. Assume en premier lieu les frais celle qui a rendu nécessaires les mesures par son comportement.

La législation sur les sites contaminés ne définit pas ce qu'on entend par personnes concernées. S'agissant du concept de personne concernée, la jurisprudence renvoie à la notion de perturbateur relevant du droit de police. Le concept de perturbateur englobe à la fois les **perturbateurs par comportement**, qui sont responsables de dommages ou d'un danger en raison de leur propre comportement ou du comportement de tiers placés sous leur responsabilité, et les **perturbateurs par situation**, soit les personnes qui disposent de la maîtrise juridique ou effective de la chose provoquant la situation contraire aux règles. Peu importe ici de quelle manière la situation contraire au droit de police a vu le jour. Le seul élément déterminant est le fait objectif qu'il existe un trouble et que la chose provoque directement le danger ou les dommages. La responsabilité de police ne présuppose aucune faute concrète ni aucun agissement illégal, ni de la part du perturbateur par comportement ni de la part du perturbateur par situation⁵⁰. Une faute doit néanmoins être prise en considération lors de la détermination des parts des différents perturbateurs (voir point 4.4.1). Une causalité naturelle ne suffit cependant pas à justifier la qualité de perturbateur ni une obligation de paiement. Le principe déterminant la causalité est la théorie de l'immédiateté : seule une personne directement à l'origine d'une mesure est admise comme perturbateur par

48 Communication « Indemnités OTAS pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués » (OFEV, 2016) [12].

49 Il n'existe encore aucune jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet.

50 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_250/2005 du 14 décembre 2006 consid. 5.3.

comportement ayant l'obligation de payer. Les causes plus éloignées, simplement indirectes, ne sont ici pas déterminantes⁵¹.

Partant, du point de vue de la législation sur les sites contaminés, les personnes entrant en ligne de compte comme perturbateurs sont en principe :

- comme **perturbateurs par comportement**, les personnes qui ont provoqué la pollution du site par l'utilisation qu'ils ont faite de déchets (y compris de substances qui, en vertu du droit actuel, sont des déchets et devraient être éliminées de façon respectueuse de l'environnement), créant ainsi directement un site de stockage définitif, une aire d'exploitation ou un lieu d'accident au sens de l'art. 2, al. 1, let. A à c, OSites (voir point 4.3.1) ;
- comme **perturbateurs par situation**, les personnes qui sont détentrices du site pollué en qualité de propriétaires du bien-fonds, de détenteur du droit de superficie, de fermier ou de locataire (voir point 4.3.2).

4.3.1 Les perturbateurs par comportement comme personnes concernées

Entrent en ligne de compte en tant que perturbateurs par comportement sur des **aires d'exploitation** au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, OSites les personnes physiques ou morales qui ont utilisé dans leurs exploitations ou installations des substances dangereuses pour l'environnement et qui ont donc, par leur comportement, contribué à la pollution du site via des déchets (p. ex. stockage provisoire, pertes par manipulation, fuites dans les conduites ou les réservoirs).

Il ressort très clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une entreprise est également qualifiée de perturbateur par comportement lorsqu'elle a mené ses activités conformément au droit, que la pollution n'était pas objectivement prévisible au moment de ses activités et que la réalisation de ces activités remonte loin dans le temps⁵².

Concernant la question de savoir qui peut être qualifié de perturbateur par comportement dans le cas d'un **site de stockage définitif** au sens de l'art. 2, al. 1, let. a, OSites, il existe un avis de droit détaillé réalisé sur mandat de l'OFEFP⁵³. Cet avis conclut que l'**exploitant de la décharge** a toujours la qualité de personne concernée⁵⁴. Le **producteur des déchets** peut l'avoir lorsque les déchets qu'il produit présentent une dangerosité qualifiée qui deviendra actuelle par la suite, en cours de stockage définitif⁵⁵. L'**entreprise d'élimination des déchets** entre également en ligne de compte comme perturbateur par comportement si elle ne se contente pas de transporter les déchets, mais les traite également, de sorte qu'ils présentent ensuite une tendance au risque accrue. Le **transporteur de déchets** qui n'assume que la tâche de transport n'a en principe pas la qualité de perturbateur par comportement étant donné que son activité représente uniquement une cause indirecte du danger ou du trouble émanant par la suite du site contaminé et ne dépasse donc pas la limite admissible du danger⁵⁶. On mentionnera encore ici qu'en vertu de l'art. 32e, al. 3, let. b, ch. 2, LPE, des indemnités OTAS

51 Voir Caluori C. 2020 : Altlastenrecht – eine Rechtsprechungsübersicht, in DEP 2020 p. 485 ss, 500 s. [14] qui renvoie notamment vers ATF 139 II 106 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_315/2020 du 22 mars 2021 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_418/2015 du 25 avril 2016 consid. 2.2.

52 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 3.2, 3.3 et 5.2.

53 Voir Pierre Tschannen, Martin Frick 2002 : La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE. Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP). [2].

54 A posteriori, il est souvent difficile de retrouver le ou les anciens exploitants de la décharge. L'ATF 144 II 332 consid. 4.2.1 en constitue un exemple éloquent.

55 Jusqu'ici, il n'existe aucune jurisprudence du Tribunal fédéral quant à la question de savoir à quel moment un producteur de déchets peut être qualifié de personne à l'origine des mesures au sens de l'art. 32d, al. 1, LPE.

56 Pour la répartition des parts de responsabilité entre les personnes concernées, voir le point 4.4.1.

peuvent être demandées à la Confédération pour l'assainissement de décharges entreposant un volume substantiel de déchets urbains.

Les nombreuses **installations de tir** en Suisse représentent un cas d'espèce en matière de législation sur les sites contaminés et la répartition des coûts : à ce sujet, le Tribunal fédéral a jusqu'ici toujours considéré que la Confédération n'a pas qualité de personne concernée pour un site pollué dans le cas des tirs obligatoires effectués hors du service et, par conséquent, que celle-ci ne doit pas participer aux coûts d'assainissement des installations de tir en tant que perturbateur⁵⁷. Dans la pratique des cantons, sont en premier lieu qualifiées de perturbateurs par comportement les sociétés de tir, qui jouent régulièrement le rôle d'exploitants des installations de tir⁵⁸. Si une installation de tir a été utilisée également par des formations de l'armée, le DDPS est régulièrement considéré en droit comme personne concernée pour la part de pollution découlant de ses activités de tir effectuées dans le cadre du service. Pour les pollutions engendrées par des tirs obligatoires réalisés hors du service, les communes et les cantons sont également déclarés imputables, bien que les cantons aient développé différentes approches⁵⁹. Il faut rappeler ici qu'en vertu de l'art. 32e, al. 3, let. c, LPE, des indemnités OTAS peuvent être demandées auprès de la Confédération pour l'assainissement de stands de tir⁶⁰.

Les collectivités telles que les communes ou les cantons peuvent dans certains cas également être qualifiées de perturbateurs par comportement. Cela arrive notamment lorsque ces collectivités ont provoqué une pollution par leur comportement, en tant qu'exploitant d'une décharge par exemple⁶¹, ou lorsqu'elles sont coresponsables dans le cas précité des installations de tir. Par ailleurs, il existe également en pratique des cas où des collectivités sont obligées de supporter des frais, par exemple si elles n'ont pas honoré leurs obligations d'entretien du réseau d'égouts publics⁶². Une coresponsabilité de collectivité due à une omission suppose néanmoins que la pollution ait été évitable en agissant de manière conforme au droit⁶³.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un propriétaire qui met à disposition son terrain pour l'exploitation d'une décharge est qualifié non seulement de perturbateur par situation (voir point 4.3.2), mais parfois également de perturbateur par comportement. C'est le cas lorsque ce propriétaire prend part au bénéfice de la décharge et lorsqu'il est représenté dans l'organe administratif de l'exploitant de la décharge⁶⁴, ou lorsqu'il met sciemment à disposition son terrain en tant que décharge contre rémunération pour une utilisation potentiellement dangereuse pour l'environnement (p. ex. pour le stockage de produits chimiques)⁶⁵.

Il est important de souligner que la reconnaissance de la qualité de personne à l'origine des mesures nécessaires ne présuppose en rien la part de frais qui devra être assumée. La qualité de personne concernée implique uniquement que cette personne peut potentiellement être tenue d'assumer des frais. Dans quelle mesure cette

57 ATF 131 II 743 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_223/2015 du 23 mars 2016 ; à ce sujet, voir aussi Caluori C. 2020 : Altlastenrecht – eine Rechtsprechungsübersicht, in DEP 2020 p. 485 ss, 504 [14].

58 Concernant la solvabilité des sociétés de tir, voir point 4.4.2.

59 Par exemple, dans la pratique du canton de Zurich, cette participation aux coûts est répartie par moitié entre le canton et la commune, alors qu'en Thurgovie les parts s'élèvent à 65 % pour les communes et à 35 % pour les sociétés de tir. Dans le canton de Lucerne, les parts sont entièrement à la charge des communes.

60 Indemnités en vertu de l'OTAS pour les installations de tir (OFEV, 2020) [13].

61 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_524/2014 et 1C_526/2014 du 24 février 2016 consid. 5.

62 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_282/2016 du 21 février 2018 consid. 3.3.4.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_366/1999 du 27 septembre 1999, consid. 2.d. ; cf. pour l'ensemble aussi Isabelle Fellrath, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués : état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in : DEP 2018 283 ss, 294 s. [16] ;

64 ATF 139 II 106 consid. 5.4.

65 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_418/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.4.

personne devra effectivement supporter des frais se décide à une étape ultérieure, lors de la détermination des parts de responsabilité (voir point 4.4).

4.3.2 Les perturbateurs par situation comme personnes concernées

Selon l'art. 32d, al. 2, LPE, le détenteur d'un site (perturbateur par situation) peut aussi être considéré comme une personne concernée et peut donc être appelé à supporter des frais. Cela concrétise le principe juridique général selon lequel le propriétaire qui peut faire usage de son bien et en tirer des bénéfices doit en principe également répondre des inconvénients⁶⁶.

Comme mentionné ci-avant, est considéré détenteur du site et perturbateur par situation la personne qui (au moment de la répartition des coûts⁶⁷) dispose de la maîtrise juridique ou effective du terrain pollué. À la différence de la qualité de perturbateur par comportement, celle de perturbateur par situation suppose toujours un lien juridique avec le site pollué. Ce lien juridique existe dans tous les cas pour un propriétaire. Le détenteur du droit de superficie, le fermier, le locataire, l'administrateur ou le mandataire possèdent également un tel lien juridique et sont donc systématiquement considérés par la doctrine comme de potentiels perturbateurs par situation. Dans la pratique actuelle cependant, ce sont presque uniquement les propriétaires qui sont appelés à prendre en charge des frais en tant que perturbateurs par situation⁶⁸.

Le détenteur et perturbateur par situation peut toutefois être libéré de l'obligation de supporter des frais s'il n'a pas pu avoir connaissance de la pollution bien qu'il ait rempli son devoir de diligence. Il faut pour cela en principe qu'au moment de l'acquisition du terrain, aucun indice n'ait été connu ou n'ait pu être connu qui aurait pu selon les usages laisser entrevoir l'éventualité d'une pollution du site. De tels indices seraient perceptibles notamment dans le plan d'affectation, dans le registre foncier ou dans le cadastre des sites pollués, mais peuvent aussi découler de l'utilisation effective du terrain par les ayants droit précédents ou d'autres circonstances spécifiques⁶⁹. L'acquisition de zones industrielles sur lesquelles des activités commerciales pertinentes en matière de pollution ont été exercées durant une longue période appelle à un devoir de diligence accru. S'il n'existe aucun indice de ce type, le détenteur du site est considéré comme un perturbateur par situation « ignorant » et peut demander à être entièrement libéré de l'obligation de supporter les frais prévus par l'art. 32d, al. 2, LPE. S'agissant des effets de cette libération sur les parts de frais des perturbateurs restants, voir le point 4.4.1.

Doivent être jugés différemment les cas dans lesquels la pollution a été provoquée – ou aggravée – après l'acquisition et que le détenteur du site a ou aurait dû avoir connaissance des faits et aurait donc eu la possibilité de prévenir le danger ou le dommage sur son terrain (p. ex. s'il loue son site à une exploitation de nettoyage chimique ou à une station-service). Dans de tels cas, le propriétaire ne peut pas faire valoir le privilège de « l'ignorant » et ne saurait donc être libéré de l'obligation de supporter les frais.

Dans la pratique, il arrive souvent qu'un site couvre plusieurs parcelles. Le cas échéant, tous les propriétaires des parcelles concernées (qui ne peuvent pas être libérés de l'obligation) doivent être considérés comme des

66 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_178/2003 du 27 août 2004 consid. 5.1.

67 On peut imaginer des scénarios dans lesquels la part de frais due par le détenteur du site incomberait à la personne qui a la maîtrise du terrain au moment de la mise en œuvre des mesures. C'est en principe le cas lorsque le terrain a changé de propriétaire entre le moment où les mesures sont mises en œuvre et celui où la répartition des coûts est effectuée et que l'ancien détenteur a préfinancé les mesures.

68 Le Tribunal fédéral a confirmé cette approche dans son arrêt 1C_315/2020 du 22 mars 2021 consid. 10.2.

69 ATF 142 II 232 consid. 4.3 ; cf. aussi Isabelle Fellrath, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués : état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in : DEP 2018 283 ss, 300 [16].

perturbateurs par situation et participer à la procédure de répartition des coûts. Leurs parts respectives et les frais qui leur incombent sont définis lors d'une étape distincte (voir point 4.4).

La Confédération, les cantons et les communes peuvent, comme les particuliers, être tenus de supporter des coûts, par exemple en tant que propriétaires d'un site pollué ou s'ils exercent une souveraineté sur le domaine public (eaux, p. ex.).

4.3.3 Succession juridique

L'apparition de sites pollués découle pratiquement toujours d'activités réalisées longtemps auparavant. Entre le moment où la pollution apparaît et celui où les coûts sont répartis, les rapports de propriété pour les terrains ou les entreprises concernés peuvent avoir changé (p. ex. successions ou ventes) ou il peut y avoir eu des modifications du point de vue du droit des sociétés (p. ex. reprise de commerce, séparation ou fusion). Dans ces cas, la question se pose régulièrement de savoir si la qualité de personne concernée et l'obligation (latente) de supporter les frais a été transférée de la personne physique ou morale active au moment de l'apparition de la pollution aux entités existantes au moment de la répartition des coûts.

Pour répondre à la question de savoir si les successeurs juridiques doivent assumer, à la place d'un responsable, l'obligation, de droit public, de prendre en charge des frais, il convient de distinguer entre les obligations du perturbateur par situation et celles du perturbateur par comportement.

Concernant le perturbateur par situation

Dans le cas d'un transfert de propriété, l'obligation de paiement latente du détenteur du site en tant que perturbateur par situation est transférée sans autre formalité au nouveau propriétaire. Ce scénario ne constitue pas un cas de succession juridique. L'obligation de paiement latente vise plutôt le lien juridique avec le site pollué et prend naissance de manière originaire auprès du nouveau propriétaire ou détenteur. À ce titre, le motif de l'acquisition (succession universelle, héritage compris, ou succession à titre particulier, achat compris) ne joue aucun rôle étant donné que les nouveaux propriétaires deviennent nouvellement perturbateurs par situation⁷⁰. Par conséquent, cela signifie qu'il faut toujours intégrer les perturbateurs par situation actuels dans la procédure de répartition des coûts. Les précédents détenteurs du site (du moment qu'ils ne peuvent pas être qualifiés de perturbateurs par comportement) n'entrent donc plus en ligne de compte en tant que personnes concernées au sens de l'art. 32d LPE⁷¹.

Concernant le perturbateur par comportement

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'obligation de supporter les frais qui incombe au perturbateur par comportement est systématiquement transférée au successeur juridique en cas de succession universelle, c'est-à-dire quand tous les actifs et passifs (pertinents en lien avec l'apparition de la pollution sur le site) sont transférés de l'aliénateur à l'acquéreur. Une telle succession juridique a lieu dans les cas présentés ci-après.

- **Fusions** : dans le cas d'une fusion, tous les actifs et tous les passifs sont transférés de la société transférante à la société reprenante par l'intermédiaire d'une succession universelle. Les dettes qui ne sont pas inscrites au bilan sous-jacent à la fusion sont aussi transférées à la société reprenante. Dans de tels cas, la responsabilité d'une pollution (passée ou actuelle) à l'origine d'un site contaminé incombe à la société reprenante également

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_515/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.6.

⁷¹ Pour le cas particulier dans lequel un précédent propriétaire demande une répartition des coûts, se référer au point 4.1.1.

dans le scénario où la faute à l'origine du besoin d'assainissement n'existait pas encore au moment de la fusion et que la base légale pour cette responsabilité n'existait pas au moment de la fusion⁷².

- **Reprises de commerce** : si une société transfère tous ses actifs et tous ses passifs d'une entité transférante à une entité reprenante en application de l'art. 181 de l'ancien code des obligations (aCO ; RS 220), la qualité de perturbateur par comportement est également transférée à l'entité reprenante s'il existait une base légale définissant la responsabilité au moment de la reprise de l'entreprise ou du patrimoine. En ce qui concerne les eaux souterraines, la base légale qui oblige le responsable d'une pollution à supporter les frais existait déjà avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE : à l'art. 12 de la loi fédérale du 16 mars 1955 sur la protection des eaux contre la pollution (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1957). Concernant le sol en tant que bien à protéger, la première base légale qui a vu le jour (au niveau fédéral) est la LPE (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985)⁷³. En principe, la reprise de commerce ne dépend pas de la forme juridique de l'entité à reprendre et il y a reprise en particulier pour le transfert d'une société individuelle ou en nom collectif.

Il y a lieu de vérifier, sur la base du registre du commerce ou d'autres documents pertinents sur le plan du droit des sociétés (en plus des renseignements fournis par les parties à la procédure), s'il y a eu une reprise de commerce avec transfert de tous les actifs et tous les passifs. Dans ce contexte également, peu importe que les dettes liées aux sites contaminés soient inscrites dans le bilan sous-jacent à la reprise de commerce ou non. L'art. 181 aCO peut aussi être invoqué en cas de reprise de certaines parties d'une entreprise, soit lorsque les actifs et passifs ne sont pas tous transférés. Le critère déterminant est que la partie d'entreprise qui est reprise forme une partie « organiquement fermée » de l'ancienne entreprise⁷⁴. Dans le cas des sociétés de personnes, il faut tenir compte du fait qu'une reprise de commerce suite à un décès fait surgir dans le droit des sociétés des paramètres successoraux et que la reprise sera marquée par la dévolution. Toutefois, les conditions préalables du Tribunal fédéral devraient en principe rester applicables à la succession par reprise de commerce.

- **Héritages** : l'obligation de supporter les frais qui incombe au perturbateur par comportement est transférée à ses héritiers s'il y a eu une base juridique pour l'obligation d'assainissement et de supporter les frais au moment de la dévolution et si les héritiers ont eu la possibilité de répudier la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire. Cette dernière possibilité suppose que l'obligation d'assainissement soit prévisible au moment de la dévolution. Il y a lieu d'évaluer au cas par cas le caractère prévisible ou non de l'obligation⁷⁵.

D'autres événements liés au droit des sociétés tels qu'un changement de nom, un transfert de siège ou un transfert d'actions n'ont aucune influence sur la qualité de perturbateur par comportement ni sur l'obligation de supporter les frais, car la fortune du sujet de droit ne s'en voit pas modifiée.

72 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 4.2 ; Romy I., Zufferey J.-B. 2008 : Les responsabilités financières des sociétés et de leurs groupes pour les frais d'assainissement des sites contaminés, p. 23 ; pour les fusions survenues avant l'entrée en vigueur de la loi sur la fusion (LFus ; RS 221.301) en 2004, la reprise des actifs et des passifs se fonde sur l'art. 748 aCO ; pour les fusions survenues ensuite, sur l'art. 22 LFus.

73 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 4.4 et 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_170/2017 du 7 septembre 2017 consid. 5.

74 Arrêt du Tribunal fédéral (4A_256/2008) du 29 octobre 2008 consid. 4.1.

75 ATF 142 II 232 consid. 6.2 ; ATF 139 II 106 consid. 5.3.2 ; en ce qui concerne la base juridique pour l'obligation de supporter les frais, les mêmes règles s'appliquent que dans le cas d'une reprise de commerce ; si l'héritage est accepté sous bénéfice d'inventaire et que ce dernier ne mentionne pas d'obligations en lien avec des sites pollués, on considère généralement que le caractère prévisible est absent.

4.4 Détermination des parts de responsabilité des perturbateurs

Une fois qu'on a pu établir quelles personnes physiques ou morales entrent en ligne de compte dans une procédure de répartition des coûts en tant que perturbateurs par situation ou par comportement, il s'agit, à l'étape suivante, de définir concrètement la part de responsabilité et les coûts qui reviennent à chaque personne concernée.

Les taux respectifs se fondent sur la part de responsabilité de chaque personne concernée (voir point 4.4.1). Par ailleurs, il y a lieu de prendre en compte des aspects relevant de l'équité, par exemple des critères économiques tels que les coûts supportables économiquement et les intérêts économiques (voir point 4.4.2).

4.4.1 Détermination des parts de responsabilité

Bases pour la détermination des parts

Le facteur déterminant pour définir les parts de frais imputables aux divers responsables est, avant tout, la **part de responsabilité**, soit la responsabilité relative dans la pollution du site en question (art. 32d, al. 2, 1^{re} phrase, LPE). Les frais incombent en premier lieu à la personne qui, par son comportement, est à l'origine des mesures nécessaires (art. 32d, al. 2, 2^e phrase).

En principe, le perturbateur par comportement doit supporter davantage de frais que le perturbateur par situation, et le perturbateur fautif doit en supporter davantage que celui qui est non coupable. C'est pourquoi la responsabilité frappe d'abord le perturbateur par comportement coupable tandis que le perturbateur par situation innocent est le dernier à entrer en ligne de compte. Pour déterminer les parts de responsabilité, il faut tenir compte non seulement du genre, mais également du poids de responsabilité. La personne qui est responsable de la cause principale des mesures doit supporter également la plus grande partie des coûts. Si sa responsabilité n'est que partielle, à côté d'autres, sa participation aux coûts sera réduite proportionnellement. En cas de pluralité de perturbateurs, la répartition des frais est ordonnée en tenant compte de toutes les circonstances objectives et subjectives de l'apparition de la pollution, par une application analogique des principes généraux énoncés à l'art. 51 du code des obligations⁷⁶. Les autorités disposent, dans ce type de cas, d'une marge d'appréciation considérable, qu'elles doivent appliquer conformément à leurs devoirs⁷⁷.

Comme mentionné plus haut, la part d'un perturbateur par comportement ne doit pas être réduite sous prétexte que celui-ci a respecté l'état de la technique ou que son activité a été approuvée par les autorités⁷⁸. En revanche, il y a lieu de faire assumer une part plus importante à un perturbateur par comportement qui a agi de manière illégale qu'à celui qui a respecté les règles de droit⁷⁹.

76 Arrêt du Tribunal fédéral (1A_250/2005) du 14 décembre 2006 consid. 6.1 ; ATF 142 II 232 consid. 5.3 ; ATF 131 II 743 consid. 3.1 ; cf. aussi Isabelle Fellrath, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués : état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in : DEP 2018 283 ss, 293 [16].

77 Tschannen P. : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 21 ss relatif à l'art. 32d [1] ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_418/2015 du 25 avril 2016 consid. 5.3 ; cf. aussi Isabelle Romy, Commentaire Loi sur la protection de l'environnement, 2010, ch. 15 ss relatif à l'art. 32d [17].

78 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 3.2.2.

79 Arrêt du Tribunal fédéral (1A_250/2005) du 14 décembre 2006 consid. 5.3.

Part des perturbateurs par comportement

En principe, 70 % à 90 % des coûts en moyenne sont mis à la charge des perturbateurs par comportement ; dans certains cas isolés, la part des coûts imputables peut atteindre 100 %⁸⁰.

Part des perturbateurs par situation

Si les perturbateurs par situation ne peuvent pas se libérer entièrement de l'obligation de supporter les frais (voir point 4.3.2), ils sont en général amenés à participer aux frais à hauteur de 10 % à 30 % en moyenne ; selon les scénarios, leur part peut aussi être de 0 % à 10 %.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une part de frais de 10 % à 30 % ne peut être imputée à un responsable par situation sur le seul argument que celui-ci a qualité de propriétaire au moment de la décision sur la répartition des coûts. Une telle part de frais se justifie uniquement si d'autres circonstances viennent s'ajouter, par exemple si la personne concernée était déjà responsable du site au moment de la pollution et qu'elle aurait donc pu prévenir celle-ci ou si elle a pu ou pourra tirer un avantage économique (non négligeable) de la pollution et/ou de l'assainissement⁸¹.

L'assainissement procure un avantage économique en particulier lorsqu'il s'accompagne de nouvelles possibilités d'exploitation économiquement rentables ou augmente la valeur marchande du terrain. Les avantages se manifestent régulièrement sous la forme d'un accroissement de la valeur vénale du bien-fonds⁸². Cet avantage est d'autant plus grand si le terrain avait été acheté à bas prix en raison de la pollution⁸³. Les mesures d'investigation et/ou de surveillance pourraient également procurer un avantage économique au perturbateur par situation. Par exemple, si le statut d'un bien-fonds en matière de pollution est connu, cela peut en augmenter la négociabilité, conférer au propriétaire foncier une meilleure position lors de la vente de son terrain et fournir des informations importantes pour l'exploitation du bien-fonds et la planification de travaux de construction.

Si le détenteur du site concerné au moment de la répartition des coûts a acquis le terrain en question seulement après l'apparition de la pollution et n'a tiré aucun avantage économique de la pollution ou de l'assainissement, ou seulement un avantage négligeable, alors sa part doit être fixée nettement en dessous de 10 % selon la jurisprudence du Tribunal fédéral.⁸⁴

Si un perturbateur par situation a également la qualité de perturbateur par comportement (voir à ce titre le point 4.3.1), sa part totale à supporter équivaut à la somme de sa part en tant que propriétaire et de sa part en tant que perturbateur par comportement et sera souvent plus élevée que si cette personne ne possédait qu'une des deux qualités.

Comme les sites pollués s'étendent fréquemment sur plusieurs parcelles, il n'est pas rare de rencontrer dans la pratique des cas dans lesquels il existe plusieurs perturbateurs par situation. Dans un tel scénario, il convient en outre de pondérer les différentes parts des perturbateurs par situation (qui ne sont pas forcément équivalentes

80 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 7.2.

81 ATF 139 II 106, consid. 5.6. Le Tribunal fédéral mentionne encore dans cet arrêt le scénario dans lequel le perturbateur par situation porte la part de responsabilité de l'ayant droit précédent. Toutefois, il ne s'agit pas dans un tel scénario d'un cas d'application de la responsabilité par situation. En effet, comme mentionné ci-avant, une succession ne peut entrer en application que pour la responsabilité par comportement. Ainsi, dans un tel scénario, la part de responsabilité incombe à la personne concernée en sa qualité de perturbateur par comportement et non de perturbateur par situation.

82 ATF 2.6.2016 (1C_515/2015), consid. 3.8.1 ; Tschannen P. : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, 2000/2003, ch. 30 relatif à l'art. 32d [1].

83 ATF 19.5.2017 (1C_427/2016), consid. 3.2.

84 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_315/2020 du 22 mars 2021 consid. 11.4.

entre elles⁸⁵) en fonction de leur part respective de responsabilité dans la pollution en question. En principe, ce calcul est réalisé sur la base de critères tels que la surface polluée, les cubages des matériaux d'excavation, les teneurs en polluants ou les coûts des mesures correspondant à chaque partie du site pollué⁸⁶. Par ailleurs, il peut arriver que les parts revenant aux divers perturbateurs par situation ne soient pas les mêmes si ces derniers ne possédaient pas tous le même niveau de connaissances quant à l'état du bien-fonds au moment de l'acquisition de leur terrain respectif⁸⁷.

Concernant la problématique de la détermination des parts de responsabilité dans le cas où un perturbateur par situation peut se libérer de l'obligation de supporter des frais en vertu de l'art. 32d, al. 2, 3^e phrase, LPE, le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit⁸⁸.

*« Avec la révision de l'art. 32d LPE, le législateur s'est exprimé en défaveur d'une responsabilité solidaire des responsables et au profit d'une responsabilité limitée de chaque personne concernée pour la part de responsabilité qui lui revient. Les coûts doivent incomber en premier lieu à la personne qui, par son comportement, est à l'origine des mesures nécessaires, sachant que chaque responsable assume uniquement sa part de responsabilité. Tel que l'expose Adler (auteur susmentionné, *ibid.*, p. 202) de façon convaincante, il n'est pas possible de définir la part de responsabilité d'une personne qui serait uniquement détentrice du site en se fondant sur les critères usuels (genre de responsabilité, faute, pondération de la cause et intensité du lien de causalité), car cette personne n'a pas elle-même contribué à l'apparition de la pollution. Par conséquent, si cette personne parvient à se libérer de son obligation de supporter des frais en vertu de l'art. 32d, al. 2, 3^e phrase, LPE, cela ne contrevient pas au principe de causalité, selon lequel les frais sont à répartir parmi les perturbateurs par comportement ».*

Il en découle que, dans les situations dans lesquelles un perturbateur par situation « ignorant » se libère de l'obligation de supporter les frais, les perturbateurs par comportement restants devront assumer une part plus importante de frais, et que cette part ne sera pas prise en charge par la collectivité au titre de coûts de défaillance (voir point 4.5).

Parts de responsabilité pour les sites de stockage définitifs

Les sites de stockage définitifs représentent des cas typiques où plusieurs perturbateurs par comportement sont concernés. Sur ces sites, il arrive souvent qu'au moins un exploitant, un producteur de déchets et un propriétaire de la décharge soient impliqués, qui constituent tous des responsables potentiels. Concernant la question de savoir comment répartir les parts de responsabilité entre ces différentes personnes concernées, l'avis de droit rédigé sur mandat de l'OFEFP parvient aux conclusions ci-dessous⁸⁹.

*« La part de causalité de chacun des acteurs ne peut être déterminée que **cas par cas** ; il n'est pas possible de formuler des quotes-parts générales, spécifiques à chaque acteur. On ne saurait non plus fixer des fourchettes en pour-cent (dans le sens : la part du simple propriétaire de la décharge devrait être fixée entre 0 et 20 %). [...]*

85 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_515/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.8.

86 Cela signifie également qu'un détenteur dont la parcelle ne fait pas l'objet de mesures et qui ne bénéficie pas des mesures réalisées sur les autres parcelles ne peut pas se voir imputer une part de frais.

87 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_515/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.8.2.

88 ATF 144 II 332 consid. 5.2.

89 Pierre Tschannen, Martin Frick 2002 : La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE. Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP), p. 20 s. [2] ; les parties mises en évidence sont du fait de l'auteur.

« [O]n peut partir du principe que l'**exploitant de la décharge** assume généralement la responsabilité principale de la formation du site contaminé. En stockant définitivement des déchets, il contribue de façon décisive à la nécessité d'assainir le site par la suite. Par conséquent, il doit assumer une part proportionnellement élevée des frais. [...]

Souvent, la part de frais que doit assumer le **producteur des déchets** sera plus faible que celle de l'exploitant de la décharge. Tel sera notamment le cas lorsque le producteur des déchets n'était pas conscient de la dangerosité spécifique de ses déchets, ni par conséquent du risque du stockage définitif qui en résulte, et qu'il n'était pas non plus en mesure de le connaître. [...]

La part de frais que doit assumer l'**entreprise de traitement des déchets** dépend dans une large mesure du genre de services qu'elle propose. Lorsque son activité se limite au transport et au traitement des déchets, sa part de frais devrait être relativement faible – par rapport à celle de l'exploitant de la décharge. [...]

Généralement, la part de frais du simple **propriétaire de la décharge** sera fixée assez bas. Comparée à la part de responsabilité de l'exploitant de la décharge et du producteur des déchets, la sienne apparaît de nature accessoire. Il en va de même du **transporteur des déchets**. Sa part de responsabilité paraît également plutôt limitée. Cela signifie que la part de frais mise à sa charge devra être proportionnellement petite ; et encore faut-il pour cela qu'en l'espèce, sa qualité de personne à l'origine de l'assainissement puisse être admise. »

À ce jour, il n'existe qu'un seul arrêt du Tribunal fédéral qui traite de cette problématique. Dans le cas de la commune de Crissier, au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce, le Tribunal fédéral a mis deux tiers des frais à la charge de la commune, qui exploitait la décharge⁹⁰.

Degré de précision des parts de responsabilité

Dans la pratique, les parts de responsabilité sont généralement définies par tranches de 5 % ou 10 %. Au vu de la marge d'appréciation dont disposent les autorités, arrondir le pourcentage de cette manière semble se justifier pleinement. En outre, cette solution s'impose le plus souvent sachant qu'il est impossible de garantir une exactitude mathématique dans le calcul des parts. Le Tribunal fédéral a explicitement jugé admissible qu'on puisse établir certaines catégorisations lors de la détermination des parts de responsabilité⁹¹. Certains cas font exception à cette pratique d'arrondir (et se servent donc de parts de responsabilité définies à la décimale près) lorsque dans les faits les parts de plusieurs perturbateurs par situation sont définies sur la base de critères complémentaires. À titre d'exemples, on citera la répartition selon les surfaces de terrain concernées, ou la distribution entre plusieurs personnes concernées des parts de responsabilité par comportement sur la base du nombre d'années d'exploitation ou des quantités de déchets stockés définitivement.

4.4.2 Prise en compte de critères économiques

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des considérations d'équité peuvent en outre être prises en compte dans la détermination des parts de frais, par exemple les intérêts économiques en présence et les coûts supportables économiquement⁹². Il s'agit ici essentiellement d'éléments atténuants ; il n'est par exemple pas admis d'augmenter la part de frais des personnes concernées mieux placées économiquement sur le simple argument de leur capacité économique individuelle. Un héritage de plusieurs millions conduira simplement à une réalisation pleine et entière, mais non à une augmentation de la part de frais du perturbateur par situation.

90 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_524/2014 et 1C_526/2014 du 24 février 2016 consid. 11.

91 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_515/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.8.2.

92 ATF 144 II 332 consid. 7.5 ; ATF 139 II 118 consid. 5.5.

Intérêts économiques en présence

Les intérêts économiques en présence font l'objet d'une vérification lors de la détermination de la part de responsabilité du perturbateur par situation. Ainsi, ils entraînent aussi indirectement une augmentation ou une diminution des parts de frais des autres responsables (voir point 4.4.1). Sont pertinents en la matière, d'une part, le rapport entre le prix d'achat et la valeur d'un bien-fonds et, d'autre part, les coûts liés aux mesures nécessaires en vertu de la législation sur les sites contaminés. Par exemple, si le détenteur d'un site a pu acquérir celui-ci à bas prix du fait de la pollution, il en tire un avantage économique, raison pour laquelle il faudra potentiellement pondérer sa responsabilité à la hausse lors de la détermination des parts de responsabilité (il s'agit ici des arguments déjà présentés pour la détermination de la part d'un perturbateur par situation ; voir point 4.4.1). Par ailleurs, une personne peut également bénéficier d'un avantage économique si elle économise des frais en enfreignant la législation applicable en matière d'élimination des déchets.

La prise en compte des **intérêts économiques en présence** a mené aux considérations ci-après dans la pratique du Tribunal fédéral.

- Un perturbateur par comportement qui a tiré un bénéfice de la pollution de son bien-fonds en réalisant une élimination des déchets à bon marché mais dangereuse pour l'environnement devra prendre en charge une part de coûts d'assainissement plus importante⁹³.
- Un transporteur qui a pris part à un transport ayant provoqué une pollution et donc un nouveau site pollué (lieu d'accident) a tiré des avantages économiques de la relation contractuelle qu'il entretient avec l'expéditeur de la marchandise. Il paraît donc défendable de dire que ce transporteur doit répondre des inconvénients découlant de cette relation contractuelle et de répercuter sur lui la part de coûts revenant à l'expéditeur⁹⁴.
- Une part de frais d'un perturbateur par situation qui se situe dans **le haut** de la fourchette de 10 % à 30 % se justifie notamment par le fait que cette personne tire un avantage économique considérable de l'assainissement⁹⁵.
- Une part de frais d'un perturbateur par situation qui se situe dans **le bas** de la fourchette de 10 % à 30 % se justifie notamment par le fait que, après avoir pris en compte les intérêts économiques en présence, l'avantage économique que cette personne pourrait éventuellement tirer de la situation est incertain⁹⁶.
- Dans le cas des sites pollués par des hydrocarbures chlorés, il faut tenir compte du fait que les coûts d'assainissement peuvent se révéler bien plus élevés que l'estimation de départ ne l'aurait laissé entendre, ce qui implique parfois une adaptation de la part de frais incombant au perturbateur par situation. Par ailleurs, il est souvent impossible de décontaminer entièrement les sites pollués par des hydrocarbures chlorés, ce qui peut restreindre la plus-value que le bien-fonds acquiert par un assainissement⁹⁷.

93 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_67/1997 du 26 février 1998 consid. 4 e. bb.

94 Arrêt du Tribunal fédéral 1A_278/2003 du 27 août 2004 consid. 7.

95 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_515/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.8.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2016 du 6 juin 2016 consid. 7.3 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_427/2016 du 19 mai 2017 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_117/2020 du 7 décembre 2020 consid. 5.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_315/2020 du 22 mars 2021 consid. 11.4.

96 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_533/2017 du 11 juin 2018 consid. 7.5 s.

97 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_117/2020 du 7 décembre 2020 consid. 5.7 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_315/2020 du 22 mars 2021 consid. 11.4.

Coût supportable économiquement

Concernant le critère du coût supportable économiquement, il y a lieu de vérifier, après la détermination des parts de responsabilité, si les personnes concernées obligées de supporter des frais sont effectivement en mesure, selon leur situation financière, de prendre en charge les frais qui leur reviennent.

Le principe selon lequel on admet la capacité financière s'applique également à la législation sur les sites contaminés. Cela signifie qu'il faut commencer par supposer que les personnes concernées obligées de supporter des frais sont en mesure de supporter les frais et, par conséquent, que l'autorité compétente ne doit pas procéder d'office à une vérification de la situation financière de ces personnes. Par ailleurs, ce principe entraîne en règle générale une inversion du fardeau de la preuve, raison pour laquelle les personnes concernées doivent le cas échéant non seulement faire valoir activement leur insolvabilité, mais également en fournir la preuve. Si aucun justificatif n'est produit, si aucun document n'est remis en la matière et s'il n'existe aucun indice sérieux d'une insolvabilité (p. ex. ouverture d'une faillite pour cause de surendettement), on supposera que les personnes concernées sont solvables sans effectuer de vérification complémentaire.

Pour évaluer l'insolvabilité des **personnes physiques**, étant donné que la LPE ne contient pas de dispositions en la matière, on se reportera pour le calcul du minimum vital, à l'instar du droit des poursuites, au droit des obligations et au droit des faillites. Pour vérifier l'insolvabilité, il y a lieu tout d'abord de constater la fortune et le revenu du responsable concerné (p. ex. sur la base des déclarations d'impôts et des taxations des trois à cinq dernières années). Il faut ensuite calculer son minimum vital et le soustraire de son revenu. Si le résultat de la soustraction est une somme positive, le responsable concerné doit être mis à contribution dans la répartition des coûts. La fortune disponible doit en principe être prise en compte si le calcul du revenu donne un résultat positif. Cependant, il convient de prendre en compte la fortune également dans certains scénarios où la soustraction donne un résultat nul ou négatif. Il faut dans tous les cas évaluer la situation et les circonstances dans leur ensemble.

S'agissant de l'évaluation de la solvabilité des **personnes morales**, il faut apprécier leur situation financière au cas par cas sur la base de clarifications détaillées. En principe, la charge financière ne doit pas dépasser la capacité économique d'une entreprise tenue de supporter les coûts. En d'autres termes, une entreprise ne doit être tenue de prendre en charge les coûts de mesures requises en vertu de la législation sur les sites contaminés que dans la mesure où elle peut conserver les moyens nécessaires à la poursuite de ses activités et au respect de ses obligations actuelles⁹⁸. La situation peut être évaluée sur la base d'indicateurs de la branche ou de l'entreprise, en particulier en tenant compte des aspects suivants : liquidités, succès, endettement, possibilité d'un financement par des tiers⁹⁹. Il n'existe pas encore de jurisprudence plus concrète du Tribunal fédéral à ce sujet.

La question de la solvabilité se pose souvent en lien avec la répartition des coûts dans le cas des installations de tir, lors de l'évaluation des coûts d'assainissement supportables économiquement pour les sociétés de tir. En règle générale, les cantons se servent dans leur évaluation de critères forfaitaires (p. ex. supposer l'insolvabilité si la fortune de la société de tir est inférieure à une valeur prédéfinie¹⁰⁰).

98 OFEV, rapport explicatif concernant l'ordonnance relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (OTAS), avril 1999, p. 16.

99 Cf. démarche du canton BL décrite dans la revue spécialisée « Sécurité & Droit 3/2022 ».

100 Exemples des cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures (AfU-interne Arbeitsrichtlinie: Altlastensanierung der öffentlichen Schiessanlagen im Kanton Appenzell Ausserrhoden du 31 août 2010), de Zurich (Informationsblatt zur altlastenrechtlichen Kostenverteilung bei Schiessanlagen im Kanton Zürich, 15 avril 2019), de Thurgovie (réponse à la question ordinaire d'Erwin Imhof du 3 octobre 2016, Sanierung Kugelfänge der Schiessanlagen).

Si une personne concernée est partiellement ou entièrement insolvable, des coûts de défaillance surviennent pour la part qui est à sa charge (voir point 4.5). Par conséquent, si la part de frais due par une personne concernée est partiellement minorée voire supprimée sur la base de l'argument des *coûts supportables économiquement*, cela n'engendre aucune répercussion sur les parts de frais des autres personnes concernées auxquelles les coûts de défaillance n'incombent pas. En revanche, dans le cas où la part de frais qu'une personne concernée doit supporter est réduite, voire supprimée, sur la base de l'argument des *intérêts économiques en présence*, il est possible, selon les circonstances, que la part d'autres perturbateurs par comportement soit revue à la hausse¹⁰¹

4.5 Coûts de défaillance

L'art. 32d, al. 3, LPE dispose que la collectivité publique prend à sa charge la part de frais non récupérable due par des personnes à l'origine des mesures nécessaires qui ne peuvent pas être identifiées ou qui sont insolvables. La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire que ces coûts comprennent également les parts de frais qu'auraient dû supporter les personnes concernées qui n'existent plus au moment de la répartition des coûts. Ces frais non couverts qui doivent être assumés par la collectivité sont appelés coûts de défaillance.

Le droit cantonal détermine quelle collectivité a l'obligation de les supporter. Il existe en principe trois types de réglementation en la matière : les cantons font supporter les coûts de défaillance entièrement aux communes¹⁰² ; les cantons prennent les coûts de défaillance à leur charge¹⁰³ ; les coûts de défaillance sont répartis entre les deux collectivités en fonction d'une clé de répartition spécifique¹⁰⁴. Si le droit cantonal ne prévoit aucune règle spécifique à ce sujet, les coûts de défaillance incombent au canton en vertu de l'art. 36 LPE.

Le dispositif de la décision sur la répartition des coûts doit définir les prétentions de paiement et de compensation entre les collectivités et les personnes concernées (voir point 4.1.4).

En vertu de l'art. 32e, al. 3, let. b, ch. 1, LPE et de l'art. 9 ss OTAS, les entités supportant les coûts de défaillance ont la possibilité de demander à l'OFEV une indemnisation de ces coûts à hauteur de 30 % à 40 % (en fonction de la date de fin du stockage définitif des déchets). Pour ce faire, les cantons doivent déposer des demandes d'indemnités conformément à l'art. 15 OTAS. La procédure d'indemnisation OTAS est expliquée en détail dans une communication¹⁰⁵.

Lorsque des coûts de défaillance surviennent dans un cas tel que prévu par l'art. 32d, al. 3, LPE, une décision sur la répartition des coûts exécutoire constitue un prérequis impératif pour que le canton puisse prétendre à des indemnités OTAS si la somme des coûts d'investigation et de surveillance ou d'assainissement imputables dépasse 250 000 francs (voir art. 10, al. 2, let. a, et 11, al. 2, let. a, OTAS).

¹⁰¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_533/2017 et 1C_543/2017 du 11 juin 2018 consid. 7.7.

¹⁰² Par exemple, le canton de Schaffhouse dans sa loi cantonale d'introduction de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (§ 23, Kantonales Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Umweltschutz).

¹⁰³ Par exemple, le canton de Zurich dans sa loi sur les déchets (§ 12, al. 2, Kantonales Abfallgesetz).

¹⁰⁴ Par exemple, le canton de Thurgovie dans sa loi sur les déchets (§ 24 Kantonales Abfallgesetz) ou le canton d'Argovie dans sa loi d'introduction de la législation fédérale sur la protection de l'environnement et des eaux (§ 8 Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässern).

¹⁰⁵ Communication « Indemnités OTAS pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués » (OFEV, 2016) [12].

Étant donné que la procédure d'octroi d'indemnités OTAS lorsque les coûts imputables dépassent 250 000 francs ne peut avoir lieu qu'à partir du moment où une décision sur la répartition des coûts exécutoire est rendue¹⁰⁶, la décision sur la répartition des coûts ne peut dans de tels cas contenir aucune prescription concrète relative aux contributions OTAS¹⁰⁷. Dans la pratique, les décisions cantonales contiennent uniquement des indications sur l'obligation qu'ont les autorités compétentes de déposer auprès de l'OFEV des demandes d'indemnités correspondantes ainsi que des indications sur l'utilisation future des moyens issus du fonds OTAS¹⁰⁸.

Si le canton parvient à un accord sur la prise en charge des frais dans le cadre d'une procédure de négociation, cet accord doit apparaître sous forme de décision dans la demande OTAS. Si les coûts imputables des mesures ne dépassent pas 250 000 francs, il suffit en revanche que la répartition des coûts soit dûment motivée (voir art. 10, al. 2, let. b, et 11, al. 2, let. b, OTAS). L'exposé des motifs doit alors comprendre, outre les faits pertinents sur le plan juridique, des explications compréhensibles sur la définition des personnes concernées responsables et sur le calcul de leurs parts de frais respectives.

106 Voir art. 10, al. 2, let. a, et 11, al. 2, let. a, OTAS.

107 Une allocation OTAS est exceptionnellement possible dans certains cas avec réserve, lorsque des projets d'assainissement seraient autrement bloqués. Cependant, le versement des indemnités n'a lieu que lorsque la décision sur la répartition des coûts est exécutoire.

108 On peut par exemple prévoir que les contributions issues du fonds OTAS soient imputées aux entités prenant en charge les coûts de défaillance proportionnellement à leurs parts respectives.

5 Garantie de la couverture des frais

Comme déjà mentionné à plusieurs reprises dans la présente aide à l'exécution et comme indiqué à l'art. 32d, al. 3, LPE, la collectivité publique compétente prend à sa charge les frais dus par les personnes à l'origine des mesures nécessaires qui ne peuvent être identifiées, qui ne sont plus solvables ou qui n'existent plus. Afin de réduire le risque financier que cela implique pour les cantons et communes concernés, les dispositions de l'art. 32d^{bis} LPE sont entrées en vigueur au 1^{er} novembre 2013 et au 1^{er} juillet 2014 (suite à une initiative parlementaire)¹⁰⁹. L'objectif de cette révision de la LPE consistait essentiellement à empêcher que « les personnes à l'origine des mesures nécessaires échappent à leur responsabilité environnementale en utilisant les moyens du droit privé et des opérations commerciales » et à éviter des coûts de défaillance supplémentaires à la charge de la collectivité publique.

L'**obligation de fournir une garantie** est un instrument fondamental pour atteindre cet objectif. Il est notamment précisé ci-après à quelles conditions les autorités peuvent exiger une garantie (point 5.1), à quel montant elle peut être fixée (point 5.2), dans quelles circonstances elle doit être adaptée (point 5.3) et quelles formes elle peut prendre (point 5.4).

5.1 Cas d'application de l'obligation de fournir une garantie

En vertu de l'art. 32d^{bis} LPE, une garantie peut être exigée dans deux situations différentes : en cas de risque concret de défaillance au sens de l'art. 32d^{bis}, al. 1, LPE ou en cas de cession ou de partage d'un immeuble sur lequel se trouve un site inscrit au cadastre des sites pollués au sens de l'art. 32d^{bis}, al. 3, LPE.

5.1.1 Garantie en cas de risque de défaillance

En vertu de l'art. 32d^{bis}, al. 1, LPE, l'autorité peut exiger d'une personne à l'origine des mesures nécessaires selon la législation sur les sites contaminés qu'elle garantisse sous une forme adéquate, à hauteur de la part prévue, la couverture des frais si un site pollué est susceptible d'engendrer des atteintes nuisibles ou incommodes.

Le texte de loi ne fait pas explicitement dépendre l'imposition d'une garantie de l'existence d'un **risque de défaillance**. Mais la doctrine et la pratique s'accordent à admettre qu'un tel risque de défaillance doit exister pour qu'une garantie au sens de l'art. 32d^{bis}, al. 1, LPE, puisse être ordonnée. Cette condition résulte du principe constitutionnel de proportionnalité¹¹⁰.

¹⁰⁹ Initiative parlementaire 09.477 « Responsabilité des sociétés pour les frais d'assainissement des sites contaminés », déposée par l'ancien conseiller aux États Jean-René Fournier le 9 septembre 2009.

¹¹⁰ Romy I., Zufferey J.-B. 2014 : La garantie de la couverture des frais de défaillance. Explications et remarques sur l'art. 32d^{bis}, al. 1 et 2, LPE. Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), p. 7 [15].

Pour rendre une décision de réquisition de garantie, il faut des indices qui laissent au moins supposer que la personne à l'origine des mesures nécessaires ne peut plus satisfaire à ses obligations financières ou entend s'y soustraire.

De tels indices peuvent par exemple résider dans les situations suivantes¹¹¹ :

- la personne à l'origine des mesures nécessaires prend des dispositions pour réduire sa surface financière ou a déjà procédé à cette réduction (p. ex. en vendant ses biens immobiliers ou d'autres actifs, en distribuant des dividendes à ses actionnaires, en diminuant son capital social de manière massive ou en transférant les immeubles pollués à une société surendettée) ;
- la personne à l'origine des mesures nécessaires rechigne à exécuter les mesures d'investigation ou d'assainissement demandées (p. ex. en ignorant plusieurs fois des ordres écrits ou en déclarant expressément ne pas vouloir exécuter les mesures ordonnées) ;
- la personne à l'origine des mesures nécessaires refuse de donner les renseignements exigés par l'autorité sur sa situation financière, ou sur les transactions commerciales importantes qu'elle envisage ;
- il existe des indices quant à une éventuelle délocalisation du siège de l'entreprise de la personne à l'origine des mesures nécessaires dans un autre canton ou à l'étranger ;
- la personne à l'origine des mesures nécessaires licencie tous ses collaborateurs et annonce l'arrêt de l'exploitation ;
- il ressort des informations publiquement accessibles que la marche des affaires de l'entreprise de la personne à l'origine des mesures nécessaires est très mauvaise et que celle-ci est proche d'une ouverture de faillite ;
- la personne à l'origine des mesures nécessaires se trouve en liquidation et prétend qu'elle ne dispose pas des moyens suffisants pour prendre en charge sa part des frais d'investigation et d'assainissement, et qu'elle est exposée au risque de surendettement.

Outre les facteurs opérationnels, l'évaluation du risque de défaillance peut aussi prendre en compte d'autres aspects tels que la durée de l'assainissement ou le montant des frais d'assainissement. Ainsi, un risque de défaillance peut être admis, au cas par cas, alors que l'entreprise est encore en bonne santé financière, si l'assainissement se révèle très fastidieux et coûteux au vu de sa surface financière.

On ne saurait être trop strict dans l'établissement de la **preuve** de ce risque de défaillance, faute de quoi cette disposition resterait lettre morte. Il suffit donc que l'autorité, au moyen d'indices, rende vraisemblable l'existence d'un risque de défaillance pour la collectivité publique¹¹².

Outre le risque de défaillance, la garantie au sens de l'art. 32^{abis}, al. 1, LPE suppose que le site pollué engendre ou est susceptible d'engendrer des **atteintes nuisibles ou incommodes**. En règle générale, ce n'est qu'une fois l'investigation préalable achevée que l'autorité est en mesure de décider si le site doit être assaini ou surveillé, et qu'elle a la possibilité d'estimer plus exactement les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement.

Une personne à l'origine des mesures nécessaires ne peut pas invoquer la **prescription** pour s'opposer à l'obligation de fournir une garantie si la pollution a été causée il y a longtemps déjà. À cet égard, le Tribunal

111 Voir l'arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg 602 2019 105 du 17 décembre 2019 consid. 4.6.1, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_62/2020 du 4 juin 2021.

112 Romy I., Zufferey J.-B. 2014 : La garantie de la couverture des frais de défaillance. Explications et remarques sur l'art. 32^{abis}, al. 1 et 2, LPE. Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), p. 7 [15].

fédéral a clairement établi que la prétention de l'État à remédier à l'état contraire au droit de police est imprescriptible et que l'obligation de faire au sens de l'art. 32c LPE ne peut pas se prescrire tant que l'assainissement n'est pas encore achevé. Il en va de même pour l'obligation de fournir une garantie¹¹³.

5.1.2 Garantie en cas de transactions immobilières

En vertu de l'art. 32d^{bis}, al. 3, LPE, la cession ou le partage d'un immeuble sur lequel se trouve un site inscrit au cadastre des sites pollués requiert une autorisation de l'autorité compétente. L'autorisation est accordée à l'une des conditions suivantes :

- a. le site n'est pas susceptible d'engendrer des atteintes nuisibles ou incommodes ;
- b. la couverture des frais des mesures à prévoir est garantie ;
- c. la cession ou le partage sert un intérêt public prépondérant.

L'autorité peut donc faire dépendre l'**autorisation de la transaction immobilière** de la fourniture d'une garantie. Dans de tels cas, aucun risque de défaillance ne doit exister ou être prouvé. Outre la vente, la cession inclut l'échange, le don et les enchères (y c. enchères publiques au sens de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite). Une autorisation n'est cependant pas nécessaire dans le cas des opérations appelées Share Deal, lors desquelles des parts sont transférées à une personne morale propriétaire de terrains¹¹⁴.

Dans la pratique cantonale, il est parfois renoncé à une telle garantie pour des raisons de proportionnalité, lorsque son montant est inférieur à un certain montant minime¹¹⁵.

Il est à noter que certes la garantie doit être exigée du vendeur, mais elle peut aussi être fournie par l'acheteur.

5.2 Montant de la garantie

En vertu de l'art. 32d^{bis}, al. 2, LPE, le montant de la garantie est fixé en fonction notamment de l'étendue, du type et de l'intensité de la pollution.

Le montant de la garantie doit être conforme au principe de proportionnalité. Il n'est donc pas admissible de se fonder sur l'hypothèse du pire scénario ou d'exiger le montant maximum possible pour un assainissement. Il faut plutôt que l'autorité fixe le montant de la garantie en fonction des coûts prévisibles, qui sont déterminés selon l'état des connaissances acquises grâce aux informations disponibles et aux investigations effectuées et sur la base de l'expérience accumulée dans le cadre de cas similaires. L'autorité doit donc rendre vraisemblable le

¹¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/2019 du 29 juillet 2019 consid. 4.3.

¹¹⁴ Voir à ce sujet Beatrice Wagner Pfeifer, Neue Risiken bei Fusion, Spaltung und Unternehmenskauf als Folge neuer Bewilligungs- und Sicherstellungspflichten für Altlasten-Grundstücke (en allemand), in : SZW/RSDA 2/2014 136ff., 155.

¹¹⁵ C'est le cas dans le canton de Zurich, lorsque la part des frais due par la personne qui demande l'autorisation ne dépasse pas 50 000 francs ; voir Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft : Sicherstellung von altlastenrechtlich bedingten Kosten, Merkblatt für Grundeigentümer, Erwerber, Altlastenberater und Gemeinden (en allemand), 16 septembre 2015.

montant des frais des mesures, par le biais d'une estimation justifiée¹¹⁶. Toutefois, il n'est pas nécessaire de chiffrer précisément les frais d'assainissement¹¹⁷.

L'autorité dispose d'une certaine marge d'appréciation pour ordonner la fourniture d'une garantie. Elle doit en fixer le montant au cas par cas, compte tenu des circonstances.

L'autorité doit également veiller à ce que le montant de la garantie à fournir par la personne à l'origine des mesures nécessaires soit proportionnel à sa part de responsabilité conformément à l'art. 32d, al. 2, LPE.

Dans de tels cas, il convient d'estimer les coûts prévisibles induits par la législation sur les sites contaminés et de déterminer la part revenant au vendeur ou au propriétaire qui divise sa parcelle en cas de répartition ultérieure des coûts. Seule cette part peut être garantie¹¹⁸. Si le vendeur (perturbateur par situation) est également l'unique perturbateur par comportement, il est tenu de fournir une garantie correspondant à 100 % des coûts prévisibles. Mais il arrive bien plus souvent que le vendeur ne soit que le perturbateur par situation, tandis que le perturbateur par comportement n'est plus en possession de l'immeuble ou n'existe plus du tout. Il ne peut alors être exigé du vendeur que la garantie correspondante à la part du perturbateur par situation.

5.3 Adaptation de la garantie

En vertu de l'art. 32d^{bis}, al. 2, 2^e phrase, LPE, le montant de la garantie est adapté lorsque l'amélioration de l'état des connaissances le justifie.

Cette réglementation a notamment pour but la garantie précoce de la couverture des coûts. C'est pourquoi celle-ci peut même intervenir à un moment où l'autorité ne connaît pas encore de manière définitive le montant exact des coûts à prévoir. Il suffit qu'elle dispose d'une base d'informations suffisante pour évaluer (provisoirement) le montant de la garantie selon l'état des connaissances. À la fin de chaque étape de la procédure de traitement des sites contaminés (investigation préalable, investigation de détail, surveillance, projet d'assainissement), l'état des connaissances s'améliore sensiblement. Il est donc possible d'estimer plus précisément les coûts des étapes suivantes et de ce fait de mieux évaluer quelle part incombe à la personne qui est à l'origine des mesures nécessaires. En conséquence, le canton doit adapter le montant de la garantie après une étape d'investigation ou de planification, si l'amélioration de l'état des connaissances donne un résultat sensiblement différent des informations dont il disposait jusque-là¹¹⁹.

La garantie doit donc être supprimée ou réduite s'il ressort de la procédure de traitement des sites contaminés qu'aucune mesure supplémentaire n'est nécessaire ou que les mesures requises ont été intégralement ou partiellement mises en œuvre et payées.

116 Romy I., Zufferey J.-B. 2014 : La garantie de la couverture des frais de défaillance. Explications et remarques sur l'art. 32d^{bis}, al. 1 et 2, LPE. Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), p. 10 [15] ; cf. arrêt du tribunal administratif de Thurgovie du 30 septembre 2020 (VG.2020.52) consid. 4.2.

117 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/2019 du 29 juillet 2019 consid. 3.2.

118 Dans les cas de ce type, il est recommandé de formuler, dans la décision relative à la fourniture de garantie, une réserve concernant la détermination définitive des parts de frais.

119 Responsabilité des sociétés pour les frais d'assainissement des sites contaminés. Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil des États du 13 août 2012, FF 2012 8671 ss, en particulier 8676 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/2019 du 29 juillet 2019 consid. 3.2.

5.4 Forme de la garantie

L'art. 32^{abis}, al. 1, LPE ne prescrit aucune forme de garantie, se contentant d'exiger qu'elle soit « adéquate ». Il peut s'agir d'une assurance, d'une garantie bancaire, de la constitution d'un droit de gage ou d'une autre forme équivalente telle qu'un cautionnement.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, l'autorité doit examiner au cas par cas quelle forme de garantie est la plus adaptée aux circonstances. Le principe de proportionnalité s'applique aussi au choix de la forme de garantie. L'autorité devra donc choisir celle qui – tout en offrant la couverture du risque économique identifié – sera la moins incisive pour l'administré. Une garantie de type « solidaire » et de type « indépendante » est préférable. Cela signifie que la garantie ne devrait pas dépendre de la personne à l'origine des mesures nécessaires et de sa situation personnelle¹²⁰.

Dans la pratique, c'est majoritairement la **garantie bancaire abstraite** qui est choisie (surtout pour les transactions immobilières ; tant pour des raisons pratiques que pour alléger la charge administrative). Un exemple de texte de garantie bancaire figure à l'annexe 2 de la présente aide à l'exécution.

Il faut également relever ici que plusieurs cantons ont édicté d'autres dispositions légales visant à minimiser le risque de défaillance. Ainsi, certains prévoient des dispositions qui leur accordent un droit de gage immobilier légal, pour des créances résultant de l'investigation, de la surveillance et de l'assainissement d'un site pollué, vis-à-vis des propriétaires de l'immeuble concerné¹²¹. Cette hypothèque légale offre au canton une sécurité supplémentaire s'il est lui-même soumis à l'obligation de faire et tenu de préfinancer les mesures relevant de la législation sur les sites contaminés, ou dans les cas où la répartition des coûts a été décidée et ses créances envers les personnes à l'origine des mesures nécessaires, établies. Dans cette mesure, l'hypothèque légale ne remplace pas la fourniture d'une garantie au sens de l'art. 32^{abis} LPE.

Dans le cadre de la constitution d'un droit de gage immobilier, il faut également tenir compte de la possibilité d'hypothéquer, au sens de l'art. 824 ss CC, un immeuble autre que celui qui est pollué.

¹²⁰ Romy I., Zufferey J.-B. 2014 : La garantie de la couverture des frais de défaillance. Explications et remarques sur l'art. 32^{abis}, al. 1 et 2, LPE. Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), p. 18 s. [15] ; cette étude donne un aperçu de toutes les formes que peut revêtir la garantie.

¹²¹ Voir canton de Berne (art. 23b de la loi sur les déchets du 18 juin 2003), canton de Soleure (§ 167, al. 2, let. b, de la loi sur l'eau, le sol et les déchets [Gesetz über Wasser, Boden und Abfall] du 4 mars 2009), canton de Fribourg (art. 12 de la loi sur les sites pollués du 7 septembre 2011), canton de Thurgovie (§ 68, al. 1, point 6, de la loi d'application du code civil [Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch] du 3 juillet 1991), canton de Vaud (art. 5 de la loi sur l'assainissement des sites pollués du 17 janvier 2006).

5.5 Aspects procéduraux

Lorsqu'elle rend une décision concernant la fourniture d'une garantie, l'autorité compétente doit également veiller à ce que le droit d'être entendu soit accordé à toutes les parties impliquées dans la procédure (voir point 4.1.3). Cela signifie notamment que la personne partie à la procédure est entendue avant une prise de décision et qu'elle peut s'exprimer (en particulier sur la forme et le montant de la garantie)¹²². Ainsi, l'autorité peut suggérer à la personne à l'origine des mesures nécessaires une certaine forme de garantie et lui donner la possibilité, dans le cadre du droit d'être entendu, de proposer une autre forme en cas de désaccord.

Le Tribunal fédéral qualifie de décision incidente au sens de l'art. 93 LTF la décision par laquelle l'autorité exige la fourniture d'une garantie par la personne à l'origine des mesures nécessaires. Il ne s'agit ni d'une décision finale au sens de l'art. 90 LTF ni d'une décision partielle au sens de l'art. 91 LTF, car elle ne met pas fin à la procédure d'assainissement du site. C'est pourquoi la décision sur l'obligation de fournir une garantie ne peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral qu'en cas de préjudice irréparable (art. 93, al. 1, let. a, LTF). Le Tribunal fédéral a admis un tel préjudice dans un cas où la personne à l'origine des mesures nécessaires a fait valoir le fait que l'obligation de fournir une garantie pouvait entraîner la faillite de l'entreprise, faute de liquidités¹²³.

Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a établi que la décision sur la fourniture d'une garantie était une décision portant sur une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF. C'est pourquoi le recours devant le Tribunal fédéral ne peut porter que sur la violation des droits constitutionnels¹²⁴.

Si le garant n'obtempère pas à la décision rendue par l'autorité compétente et refuse de constituer la garantie exigée, l'autorité d'exécution pourra recourir à l'exécution forcée et engager une poursuite pour dettes ayant pour objet la fourniture d'une garantie¹²⁵.

L'autorité peut encaisser la garantie fournie (p. ex. utiliser la garantie bancaire) si la décision de répartition des coûts est entrée en force et qu'à l'échéance du délai de paiement fixé, la personne à l'origine des mesures nécessaires, soumise à l'obligation de fournir une garantie, n'a pas payé sa part de frais.

En revanche, si la personne à l'origine des mesures nécessaires paie sa part de frais dans le délai fixé ou si l'acquéreur soumis à l'obligation de faire se charge de l'exécution des mesures requises et les finance dans le cas de la fourniture d'une garantie au sens de l'art. 32a^{bis}, al. 3, LPE, l'autorité doit ordonner la suppression de la garantie (voir point 5.3).

122 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_62/2020 du 4 juin 2021 consid. 5.2.1.

123 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_62/2020 du 4 juin 2021 consid. 1.2.

124 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_62/2020 du 4 juin 2021 consid. 2.1.

125 Romy I., Zufferey J.-B. 2014 : La garantie de la couverture des frais de défaillance. Explications et remarques sur l'art. 32a^{bis}, al. 1 et 2, LPE. Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), p. 14 ss [15]

Annexe 1 : Décision relative à la répartition des coûts : check-list

- Les processus ayant conduit à la pollution du site sont-ils connus ?
- L'identité de tous les pollueurs (perturbateurs par comportement et perturbateurs par situation) et leur contribution à la cause sont-elles connues ?
- Le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante est-il rempli en ce qui concerne la responsabilité du perturbateur par comportement ?
- Les mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement, leur nécessité ainsi que l'existence et le montant des coûts qui en découlent effectivement ou qui en découleront à l'avenir sont-ils connus ?
- Si les perturbateurs par comportement impliqués dans la pollution n'existent plus, leur succession juridique est-elle clarifiée ?
- En l'absence de succession juridique, les organismes ayant à porter la responsabilité des coûts de défaillance ont-ils été identifiés ?
- Les coûts imputables sont-ils connus et suffisamment justifiés ?
- Les coûts non imputables ont-ils été exclus ?
- Les quotas attribués aux différents perturbateurs sont-ils fixés ?
- Les prétentions de compensation entre collectivité publique et responsables basées sur des prestations financières préalables ainsi que les délais de paiement sont-ils définis ?
- Les voies de recours sont-elles indiquées ?
- Les personnes concernées se sont-elles vu accorder le droit d'être entendues ?

Annexe 2 : Modèle de garantie bancaire

Garantie bancaire dans l'affaire XY

Destinataire : Autorité cantonale d'exécution compétente en matière de sites contaminés

Madame, Monsieur,

La parcelle inscrite au cadastre sous le n° 111, sise sur Village modèle (NPA 5555), est propriété de XY SA, dont le siège est à [REDACTED], et est concernée par le site n° [REDACTED] inscrit au cadastre des sites pollués.

Conformément à l'art. 32d^{bis} de la loi sur la protection de l'environnement (LPE), le propriétaire est tenu de fournir une garantie financière pour les mesures liées à la législation sur les sites contaminés à prendre sur la parcelle en question sous la forme d'une garantie bancaire garantissant le paiement des frais imposés ultérieurement dans une décision de répartition des coûts des mesures selon l'art. 32d LPE.

La banque ABC, [REDACTED], s'engage par la présente à payer à [l'autorité], à la première demande et en renonçant à toute opposition ou exception, tout montant jusqu'à concurrence de [REDACTED] CHF contre présentation de la décision de répartition des coûts, munie d'une attestation d'entrée en force, par laquelle le propriétaire du bien-fonds inscrit au cadastre sous le n° 111 est tenu de verser un montant à [l'autorité], et de la déclaration signée de [l'autorité] selon laquelle elle n'a pas reçu de paiement de la part du propriétaire à hauteur du montant réclamé au titre de la présente garantie à l'échéance.

Cette garantie est en principe valable pour une durée illimitée. Elle expire automatiquement et intégralement à réception d'une lettre de décharge correspondante de votre service.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Banque ABC

Bibliographie et indication des sources

- [1] Association pour le droit de l'environnement (éd.) 2004 : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage (en allemand)
- [2] Tschannen P., Frick M. 2002 : La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE. Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP)
- [3] Scherrer K. 2005 : Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung. Störer- versus Verursacherprinzip (en allemand)
- [4] Griffel A., Rausch H. 2011 : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage (en allemand)
- [5] OFEV 2014 : Évaluation des variantes d'assainissement. Un module de l'aide à l'exécution « Assainissement des sites contaminés »
- [6] OFEV 2015 : Surveillance des sites pollués. Aide à l'exécution
- [7] OFEV 2016 : Assainissement in situ. Un module de l'aide à l'exécution « Assainissement de sites contaminés »
- [8] OFEV 2016 : Projets de construction et sites pollués. Un module de l'aide à l'exécution « Gestion générale des sites pollués »
- [9] OFEV 2018 : Besoin, buts et urgence de l'assainissement. Un module de l'aide à l'exécution « Investigation de sites pollués »
- [10] OFEV 2018 : Gestion des sites pollués par des hydrocarbures chlorés. Un module de l'aide à l'exécution « Gestion générale des sites pollués »
- [11] OFEV 2020 : Sites pollués et eaux de surface. Généralités et aide pour le traitement des sites pollués. Aide à l'exécution
- [12] OFEV 2016 : Indemnités OTAS pour l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués. Communication concernant l'OTAS
- [13] OFEV 2020 : Indemnités en vertu de l'OTAS pour les installations de tir. 4^e édition actualisée
- [14] Caluori C. 2020 : Altlastenrecht – eine Rechtsprechungsübersicht (en allemand). Droit de l'environnement dans la pratique, p. 485 ss
- [15] Romy I., Zufferey J.-B. 2014 : La garantie de la couverture des frais de défaillance. Explications et remarques sur l'art. 32d^{bis}, al. 1 et 2, LPE. Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV)
- [16] Isabelle Fellrath, Paramètres généraux de répartition des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement des sites pollués: état de la pratique et de la jurisprudence en droit suisse, in: DEP 2018 283 ss.
- [17] Moor/Favre/Flückiger, Commentaire romand de la loi sur la protection de l'environnement, 2010