

**ISABELLE ROMY**

*Professeure à l'Université de Fribourg  
et à l'EPFL, avocate  
ancienne juge suppléante au Tribunal fédéral  
Bellerivestrasse 201  
CH-8034 Zürich*

**JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY**

*Professeur à l'Université de Fribourg  
Président de l'Institut du droit de la  
construction  
Av. Beauregard 13  
CH – 1700 Fribourg*

La garantie de la couverture des frais de défaillance  
Explications et remarques sur l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 et 2 LPE

Octobre 2014

Rapport sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV).  
Les mandataires portent seuls la responsabilité du contenu.

## Table des matières

<b>I. Introduction</b> .....	<b>3</b>
<b>II. Contexte</b> .....	<b>4</b>
<b>III. Conditions d'application de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 et 2 LPE</b> .....	<b>5</b>
1. Bénéficiaire de la garantie .....	5
2. Garants.....	5
3. Sites pollués concernés .....	5
4. Risque de défaillance comme condition de la garantie: des indices suffisent.....	7
5. Le cas particulier du surendettement du perturbateur .....	7
6. Montant de la garantie et adaptation du montant .....	10
6.1 Détermination des frais prévisibles .....	10
6.2 Adaptation du montant de la garantie .....	12
7. Forme de la garantie.....	12
8. Durée et fin de la garantie.....	13
9. Procédure .....	13
<b>IV. Refus de verser une garantie</b> .....	<b>14</b>
<b>V. Formes de la garantie</b> .....	<b>17</b>
1. Généralités .....	17
2. Sûretés personnelles .....	18
2.1 Cautionnement .....	18
2.2 Porte-fort .....	20
2.2.1 En général.....	20
2.2.2 Garantie bancaire.....	21
3. Sûretés réelles.....	23
3.1 Droits de gage immobiliers: généralités .....	23
3.2 Hypothèque .....	24
3.3 Cédule hypothécaire .....	25
4. Autres types de "garanties".....	26
4.1 Provisions au bilan.....	26
4.2 Responsabilité solidaire .....	26
4.3 Assurance .....	27
<b>VI. Recommandations</b> .....	<b>27</b>
1. Mesures d'information.....	28
2. Mesures de prévention .....	30
3. Mesures d'intervention.....	32
<b>VII. Conclusions</b> .....	<b>32</b>

## I. Introduction

1 Le 22 mars 2013, le législateur fédéral a adopté un nouvel art. 32d<sup>bis</sup> LPE qui a pour but d'offrir aux Cantons et aux autorités fédérales concernées des outils en vue d'éviter d'avoir à supporter des frais de défaillance lors de l'investigation, de la surveillance et de l'assainissement de sites contaminés.

2 L'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 et 2 LPE est entré en vigueur le 1er novembre 2013. Il accorde à l'autorité la faculté d'exiger une garantie financière de la part des perturbateurs. Les al. 3 et 4 de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE sont, quant à eux, en force depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014. L'al. 3 subordonne la cession ou le partage d'un immeuble inscrit au cadastre des sites pollués à une autorisation de l'autorité; quant à l'al. 4, il prévoit que l'autorité cantonale peut faire mentionner au registre foncier que le site concerné est inscrit au cadastre.

3 La mise en œuvre de cette nouvelle disposition soulève nombre de questions et l'OFEV a demandé aux soussignés de préparer des explications à l'attention des cantons afin d'exposer et de clarifier les conditions d'application de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 et 2 LPE exclusivement.

4 La disposition analysée ici a la teneur suivante:

**Art. 32d<sup>bis</sup> Garantie de la couverture des frais**

*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 incommodantes.*

*2 Le montant de la garantie 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.*

5 Le but de cette nouvelle loi est d'éviter que les collectivités publiques assument des frais de défaillance parce que les perturbateurs tentent d'échapper à leurs responsabilités financières en utilisant des moyens du droit privé et des opérations commerciales<sup>1</sup>, d'appliquer le principe de causalité, et de garantir l'égalité de traitement de tous les perturbateurs pour éviter que l'un d'entre eux ne puisse se soustraire à ses obligations<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 09.477 – Initiative parlementaire : Responsabilité des sociétés pour les frais d'assainissement des sites contaminés, déposée par Jean-René Fournier le 9.09.2009.

<sup>2</sup> 09.477 – Initiative parlementaire Fournier.

## II. Contexte

6 En cas d'insolvabilité ou de défaillance d'un perturbateur (par comportement ou par situation), sa part de responsabilité est prise en charge par la collectivité publique compétente (art. 32d al. 3 LPE). Or, les sociétés à l'origine de pollutions qui ont contribué à la constitution de sites pollués ou contaminés disposent de divers moyens juridiques pour tenter de réduire ou d'échapper à leurs obligations financières selon l'art. 32d LPE.

7 Dans notre avis de droit de 2008, auquel il est renvoyé, nous avons présenté différentes transactions commerciales qui permettent à une société d'échapper à ses responsabilités environnementales. Seuls quelques exemples tirés de cet avis seront rappelés ici pour illustrer les risques de défaillance que l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE entend couvrir:

8 Le droit commercial facilite la séparation entre les perturbateurs par comportement et par situation (entre le pollueur et le propriétaire). Ainsi, dans le bilan d'une entreprise, il est relativement facile de "outsourcer" certains actifs à risque (immeubles pollués) et de les localiser dans une autre entité du groupe ; l'entreprise en garde ainsi la maîtrise de fait si nécessaire, tout en réduisant son exposition juridique. L'entreprise polluante peut vendre des actifs intéressants à des tiers (en particulier son appareil de production et de distribution et ses droits exclusifs), ce qui réduit son patrimoine aux seuls immeubles pollués.

9 Même dans le cas où le perturbateur par comportement est clairement identifié, le fait qu'il s'agisse d'une société lui permet de se soustraire à sa responsabilité financière ou de la réduire:

- Par définition, la responsabilité d'une société anonyme se limite à son patrimoine et il n'est pas possible pour les créanciers d'atteindre celui des actionnaires, sauf à passer par des constructions juridiques qui restent aléatoires. Il en va de même pour ce qui est du patrimoine des administrateurs (ou de leur assureur).
- Sous un angle purement économique, une société – respectivement ses actionnaires – peut réduire son exposition au risque en diminuant massivement son capital (en prévision des procédures en responsabilité à venir) ou encore en demandant volontairement sa mise en liquidation avant que n'intervienne la décision de répartition des frais d'assainissement.
- Il est relativement facile à une société de se délocaliser juridiquement dans des juridictions autres que la Suisse. Il en résulte des difficultés de procédure presque insurmontables pour les autorités administratives locales, qui voudraient faire exécuter des décisions au contenu exclusivement financier.

- Dès l'instant où un site pollué est détenu par une personne morale (le plus souvent une société anonyme au sens des art. 620 ss CO), le transfert économique de la société (et donc du site qu'elle détient) est possible par une simple vente d'actions, soit une voie qui n'impose en principe ni inscription dans un registre que les autorités peuvent consulter, ni autorisation que ces dernières devraient donner au préalable<sup>3</sup>. Les modifications de l'actionariat peuvent présenter un certain risque si le nouvel actionnaire "exige" le transfert des bons actifs (par ex. les immeubles non pollués) à un tiers et que des dispositions sont prises pour que la société soit vidée de sa substance, de sorte qu'elle ne pourra pas faire face à ses obligations financières. Même en l'absence de telles mesures, le simple changement d'identité du propriétaire complique toujours le travail de l'administration, à plus forte raison lorsqu'il a lieu vers l'étranger.

10 Dans tous ces cas, les collectivités publiques risquent de faire face à des frais de défaillance. Le nouvel art. 32d<sup>bis</sup> LPE leur permet, aux conditions exposées ci-après, d'obtenir des garanties en cours de procédure d'assainissement en vue de prévenir ce risque.

### **III. Conditions d'application de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 et 2 LPE**

#### **1. Bénéficiaire de la garantie**

11 Seules les autorités d'exécution qui rendent les décisions de répartition des coûts sont légitimées à demander la garantie prévue par cette disposition, et non pas les collectivités qui assument finalement les frais de défaillance (dans certains cas, ce sont les communes).

#### **2. Garants**

12 Le garant est une personne à l'origine des mesures nécessaires: par conséquent, il peut s'agir d'un perturbateur par comportement ou d'un perturbateur par situation au sens de la jurisprudence rendue en application de l'art. 32d LPE<sup>4</sup>.

#### **3. Sites pollués concernés**

13 Selon le texte de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 LPE, la garantie sert à la couverture des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement d'un site pollué susceptible d'engendrer des atteintes nuisibles ou incommodantes. Ces termes ne sont pas

---

<sup>3</sup> Le droit administratif connaît des situations où le transfert d'actions est assujéti à autorisation ; exemples : l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger au moyen du transfert des actions de la société qui les détient ; l'acquisition d'une participation qualifiée (en principe 10%) dans une société surveillée en tant que banque, assurance ou négociant en valeurs mobilières.

<sup>4</sup> Voir par ex. TF, 1A.277/2005 du 3 juillet 2006 et références.

clairs: s'agit-il des sites contaminés ou de tous les sites pollués? La proposition faite lors des débats parlementaires de clarifier le texte légal et de prévoir que la garantie ne puisse être demandée que si la contamination est établie a été rejetée pour laisser le maximum de flexibilité aux cantons<sup>5</sup>. En pratique, cela signifie que la garantie peut être demandée pour les sites inscrits au cadastre pour lesquels il faut procéder à une investigation afin de déterminer s'ils nécessitent une surveillance ou un assainissement. Ce sont donc ceux de la catégorie de l'art. 5 al. 4 let. b OSites.

- 14 En revanche, les sites classés au cadastre comme sites pour lesquels aucune atteinte nuisible ou incommode n'est à attendre (art. 5 al. 4 lit. a OSites), ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE<sup>6</sup>.
- 15 En théorie, la garantie peut donc être demandée dès que l'autorité d'exécution ordonne une investigation préalable. En pratique toutefois, l'autorité sera rarement en mesure d'exiger une garantie avant de connaître le résultat (ne serait-ce que partiel) de l'investigation préalable (historique et technique), pour les raisons suivantes:
- 16 L'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 LPE sert à garantir la part de responsabilité prévue incombant à une personne à l'origine des mesures nécessaires. En vertu de l'art. 32d LPE, cette part de responsabilité dépend de la cause de la pollution. S'il y a plusieurs perturbateurs, l'autorité doit déterminer la part causale de chacun et l'adapter en équité selon les principes posés par la jurisprudence à l'appui de l'art. 32d LPE. Or, pour définir ces parts, il convient en premier lieu d'identifier les perturbateurs potentiels.
- 17 Cette tâche peut s'avérer difficile, notamment lorsque les droits de propriété sur le site contaminé concerné ont fait l'objet de transferts successifs; même en l'absence de tels transferts, les entités propriétaires peuvent avoir changé (plusieurs fois) d'appellation et/ou avoir modifié leurs statuts (en particulier le but de leur activité principale, qui par exemple n'est plus industriel mais se réduit à la détention d'actifs immobiliers uniquement).
- 18 L'identification des perturbateurs responsables et des causes de la pollution a lieu en principe lors de l'investigation préalable (historique et technique). Il conviendra donc d'attendre le résultat de l'investigation préalable pour pouvoir définir les parts de responsabilité qui tomberont éventuellement dans le champ d'application de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 LPE.
- 19 C'est également au terme de l'investigation préalable que l'autorité sera en mesure de déterminer si le site doit être assaini ou s'il doit être surveillé et qu'elle pourra éventuellement estimer les frais de l'investigation de détail, de la surveillance ou de l'assainissement.

---

<sup>5</sup> BO 2013 N 9.

<sup>6</sup> Du même avis, WAGNER PFEIFER, Umweltrecht - Besondere Regelungsbereiche, Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a., Zurich / St-Gall 2013, N. 744: pas de garantie pour l'évacuation des matériaux d'évacuation pollués.

20 Ainsi, dans les cas où la cause de la contamination et les responsables ne sont pas immédiatement identifiés, il faudra attendre le résultat de l'investigation préalable pour mettre en œuvre la garantie.

21 Il convient par ailleurs de noter qu'en pratique, il sera rarement nécessaire d'obtenir une garantie pour les frais liés à l'investigation préalable. En effet, ces frais sont normalement relativement modérés et il y a moins de résistance de la part des perturbateurs à les avancer ou à participer à leur financement ; souvent d'ailleurs, ils sont prêts à le faire moyennant une déclaration selon laquelle ils ne reconnaissent aucune responsabilité pour la pollution.

#### **4. Risque de défaillance comme condition de la garantie: des indices suffisent**

22 Bien que le texte légal ne subordonne pas explicitement l'octroi de la garantie à l'existence d'un risque de défaillance, cette condition résulte à notre avis du principe de proportionnalité, de rang constitutionnel. Il incombe à l'autorité d'exécution qui exige la constitution d'une garantie d'apporter la preuve de ce risque.

23 On ne saurait toutefois être trop strict dans l'établissement de cette preuve, faute de quoi cette disposition resterait lettre morte. Il suffit que l'autorité, au moyen d'indices, rende vraisemblable que le perturbateur entend échapper à ses obligations. Selon les circonstances, de tels indices peuvent résider dans le fait que le perturbateur prend des dispositions pour réduire sa surface financière (par exemple, il vend ses actifs et distribue des dividendes à ses actionnaires, réduit son capital social de manière massive ou transfère les immeubles pollués à une société surendettée). D'autres signes indicateurs d'un risque de défaillance peuvent consister dans le fait que le perturbateur rechigne à exécuter les mesures d'investigation ou d'assainissement demandées, refuse de donner les renseignements exigés par l'autorité sur sa situation financière, ou sur les transactions commerciales importantes qu'il envisage, ou encore qu'il existe des rumeurs quant à une éventuelle délocalisation du siège de l'entreprise à l'étranger.

#### **5. Le cas particulier du surendettement du perturbateur**

24 L'autorité d'exécution doit être attentive au fait que si la société perturbatrice présente un risque de défaillance parce qu'elle est surendettée, la garantie ne lui assure pas de protection absolue si la société tombe effectivement en faillite ou que le débiteur fasse l'objet d'une saisie. En effet, dans cette hypothèse, la garantie accordée à l'autorité d'exécution pourra être révoquée aux conditions posées par les art. 286 ss de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), qui sont brièvement décrites ci-après.

25 La révocation a pour but de soumettre à l'exécution forcée les biens qui lui ont été soustraits par suite d'un acte mentionné aux art. 286 à 288 LP. Il s'agit d'empêcher

qu'un tiers ou un créancier particulier (en l'espèce l'autorité d'exécution) ne soit injustement favorisé au détriment des autres créanciers. La révocation est une institution particulière du droit de la poursuite qui permet de reconstituer le patrimoine du débiteur tel qu'il serait sans l'acte révocable, pour que tous les créanciers puissent être désintéressés de manière égale.

- 26 Le rétablissement de la mainmise des créanciers est soumis au respect de quatre conditions générales posées par l'art. 285 LP et de conditions particulières selon le cas de figure dans lequel on se trouve (art. 286, 287 ou 288 LP). Les conditions générales sont les suivantes : un acte révocable a été commis, les créanciers subissent un préjudice (condition remplie à chaque fois que l'acte provoque une diminution du produit de l'exécution forcée<sup>7</sup>), il existe un lien de causalité adéquat entre l'acte révocable et le préjudice subi, et l'exécution forcée restée entièrement ou partiellement infructueuse<sup>8</sup>. L'action révocatoire peut être exercée à la suite d'une saisie restée infructueuse (art. 285 al. 2 LP), d'un concordat par abandon d'actif (art. 331 LP) ou d'une faillite (art. 285 al. 2 LP)<sup>9</sup>.
- 27 Parmi les actes révocables visés par l'art. 287 al. 1, seul le ch. 1 LP est pertinent dans le cadre de la présente analyse<sup>10</sup>. Cette disposition prévoit que "*toute constitution de sûretés pour une dette existante que le débiteur ne s'était pas auparavant engagé à garantir*" est considérée comme un acte révocable lorsqu'elle a été accomplie "*par le débiteur surendetté dans l'année qui précède la saisie ou l'ouverture de la faillite*".
- 28 Le surendettement du débiteur est réalisé lorsque l'actif social (actif moins pertes éventuelles) est inférieur aux fonds étrangers (passif moins fonds propres), autrement dit lorsque le total de ses dettes dépasse le total de ses actifs<sup>11</sup>. La notion de surendettement de l'art. 287 LP correspond à celle de l'art. 725 al. 2 CO<sup>12</sup>. L'insolvabilité du débiteur ne suffit donc pas pour invoquer la révocation<sup>13</sup>. A noter

---

<sup>7</sup> cf. PETER, CoRo ad art. 285 LP, N. 15, in: Dallèves / Foëx / Jeandin (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, art. 1-336 LP, Bâle / Genève / Munich 2005.

<sup>8</sup> Sur les conditions générales de la révocation, cf. PETER, CoRo ad art. 285 LP, N. 11 à 30.

<sup>9</sup> cf. STAEHELIN, BaKomm, ad art. 285 SchKG, N. 8 in: Staehelin / Bauer / Staehelin (édit.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, art. 159-352, Bâle 2010 ; cf. ég. PETER, CoRo, ad art. 285 LP, N. 3.

<sup>10</sup> Les autres actes révocables de l'art. 287 al. 1 ch. 1 LP sont le paiement opéré autrement qu'en numéraires ou valeurs usuelles et le paiement d'une dette non échue. Par ailleurs, nous laisserons de côté les conditions de la révocation selon l'art. 288 LP, qui déclare révocables tous actes faits par le débiteur dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers et de favoriser certains créanciers au détriment des autres. Bien qu'elle ne soit pas totalement exclue, l'hypothèse visée par cette disposition sera rarement réalisée en lien avec les sites concernés.

<sup>11</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 14; in: Dallèves / Foëx / Jeandin (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, art. 1-336 LP, Bâle / Genève / Munich 2005.

<sup>12</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 14.

<sup>13</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 14.



que le surendettement doit exister au moment de l'accomplissement de l'acte révocable, peu importe que le débiteur ait connu sa situation ou non<sup>14</sup>.

29 Par ailleurs, la constitution de sûretés visée par l'art. 287 al. 1 ch. 1 LP doit avoir été effectuée dans l'année qui précède le jour de l'exécution de la saisie infructueuse, la déclaration de faillite ou l'octroi du sursis concordataire si un concordat par abandon d'actif a été proposé conformément à l'art. 287 al. 1 LP<sup>15</sup>, sous réserve des prolongations éventuelles prévues par la loi à l'art. 288a LP<sup>16</sup>. A noter que la révocation reste possible si l'acte a été accompli dans les cinq ans et que les conditions de l'art. 288 LP sont remplies<sup>17</sup>.

30 Selon l'art. 287 al. 2 LP, la révocation est exclue lorsque celui qui a profité de l'acte établit qu'il ne connaissait pas le surendettement du débiteur et ne devait pas le connaître<sup>18</sup>. Le surendettement doit donc être reconnaissable<sup>19</sup>. Cet article instaure une présomption réfragable de mauvaise foi du créancier bénéficiaire de l'acte<sup>20</sup>. La preuve de l'ignorance par le bénéficiaire du surendettement et de l'impossibilité de le connaître est toutefois difficile à apporter, la simple vraisemblance ne suffisant pas<sup>21</sup>. Cette condition sera difficile à remplir lorsque le créancier est l'Etat et que la garantie vise précisément à éviter des frais de défaillance.

31 Le terme "sûretés" utilisé à l'art. 287 al. 1 ch. 1 LP vise tous les moyens de garantir une dette existante du débiteur et qui sont assimilés à un gage du point de vue économique<sup>22</sup>. La notion de sûreté étant très large, "elle s'étend à tous les actes juridiques qui ont pour effet de procurer économiquement une garantie"<sup>23</sup> et qui diminuent les actifs du débiteur. Il s'agit par exemple de la constitution d'un gage, de la cession de créance ou encore de la constitution d'une hypothèque ou d'une cédula hypothécaire.

32 La dette doit être pré-existante à la constitution de la sûreté (mais elle n'a pas à être obligatoirement échue<sup>24</sup>.)

---

<sup>14</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 15 s.

<sup>15</sup> GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 271-352, Lausanne 2003, ad art. 287, N. 13; cf. ég. PETER, CoRo, ad art. 286 LP, N. 17-21.

<sup>16</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 17.

<sup>17</sup> cf. GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 287, N. 13.

<sup>18</sup> cf. GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 287, N. 20; ATF 19 I 554, JdT 1893 693, c. 2 ; SJ 1923 17 ss, passage non publié aux ATF 48 II 412.

<sup>19</sup> STOFFEL / CHABLOZ, Voies d'exécution – Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, §7, N. 25.

<sup>20</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 18.

<sup>21</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 18 s. Peter, CoRo, ad art. 287 LP, N. 18 s.

<sup>22</sup> cf. GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 287, N. 7 et 21 ; FF 1991 III 203-204.

<sup>23</sup> PETER, CoRo, ad art. 287 LP, N. 6..

<sup>24</sup> GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 287, N. 24; cf. ég. STAEHELIN, BaKomm, ad art. 287 SchKG, N. 7, in: Staehelin / Bauer / Staehelin (édit.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, art. 159-352, Bâle 2010.

## 6. Montant de la garantie et adaptation du montant

33 Selon l'art. 32d<sup>bis</sup> 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. Il est adapté lorsque l'amélioration de l'état des connaissances le justifie.*"

34 Cette disposition livre quelques indications sur la façon de fixer le montant de la garantie et impose de l'adapter lorsque les circonstances le justifient.

### 6.1 Détermination des frais prévisibles

35 L'analyse des variantes d'assainissement et l'élaboration du projet d'assainissement durent parfois plusieurs années. Au terme de ce processus, il sera possible de déterminer les coûts de l'assainissement avec un certain degré de précision. Néanmoins, à notre avis, il n'est ni nécessaire ni justifié d'attendre le résultat de cet examen et de connaître le montant précis des frais d'assainissement pour déterminer le montant de la garantie. En effet, l'art. 32dbis LPE resterait lettre morte si les frais d'assainissement devaient pouvoir être fixés avec précision avant de pouvoir réclamer une garantie; celle-ci ne pourrait pas être accordée dans les procédures complexes de longue durée, qui sont précisément celles qui présentent un risque de défaillance accru de la part des perturbateurs.

36 A l'inverse, et conformément au principe de proportionnalité, il n'est pas possible à notre avis de se fonder d'entrée de cause et de manière générale sur le "worst-case-scenario" pour exiger le montant maximum possible d'un assainissement<sup>25</sup>.

37 Le montant de la garantie doit par conséquent être fixé selon les coûts prévisibles, qui sont déterminés selon l'état des connaissances et sur la base de cas similaires. L'autorité doit rendre vraisemblable le montant des frais des mesures, par le biais d'une estimation justifiée<sup>26</sup>. Les incertitudes qui demeurent doivent être prises en compte au regard du principe de la proportionnalité.

38 En cas de divergence entre l'autorité d'exécution et le perturbateur en ce qui concerne le montant des coûts prévisibles, la première pourra, selon les cas et en application du principe de proportionnalité, sur requête ou d'office, faire établir un rapport d'expertise par un tiers neutre, qui servira de base à la demande.

39 Par ailleurs, le montant est fixé pour chaque perturbateur "à hauteur de la part prévue". L'autorité devra dès lors se fonder sur les principes de répartition des responsabilités posés par l'art. 32d LPE pour déterminer la part de responsabilité du garant (rappel: en vertu de l'art. 32d al. 2 1ère phrase LPE, la répartition des frais entre tous les perturbateurs se fait "proportionnellement à leur part de responsabi-

---

<sup>25</sup> Dans le même sens, WAGNER PFEIFER, N. 747.

<sup>26</sup> WAGNER PFEIFER, N. 747.

té". Le perturbateur par comportement assume la plus grande part de ces frais, le perturbateur par situation en supporte également une fraction, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une cause d'exonération.)

40 Les conséquences suivantes en découlent:

41 S'il existe plusieurs perturbateurs, l'autorité ne peut pas exiger d'un seul d'entre eux qu'il garantisse l'ensemble des frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement. Chaque garant ne répond que de la quote-part de responsabilité qui lui est imputable selon l'art. 32d LPE (ceci découle de l'absence de responsabilité solidaire entre les perturbateurs selon l'art. 32d LPE).

42 Il s'ensuit que le détenteur actuel du site qui assume l'obligation matérielle de procéder aux investigations et à l'assainissement au sens de l'art. 20 al. 1 OSites et qui n'est pas perturbateur par comportement ne peut pas être tenu de garantir le préfinancement de l'ensemble des coûts, mais seulement de la part causale qui lui revient. A cet égard, il convient de souligner que selon la jurisprudence fédérale récente<sup>27</sup>, en l'absence de circonstance particulière, la part du détenteur qui n'est que perturbateur par situation ne peut pas dépasser 5%; une part plus élevée (de 10 à 30 % selon les pratiques cantonales) ne se justifie que pour des raisons particulières, par ex. si le perturbateur par situation était déjà détenteur lorsque la pollution est survenue et que celle-ci aurait pu être empêchée, en cas de transfert successoral de la part de responsabilité de ses prédécesseurs ou encore lorsque la pollution ou l'assainissement lui procure un avantage économique.

43 Si le détenteur n'exécute pas les obligations qui lui incombent selon l'art. 20 al. 1 OSites, l'autorité peut les exécuter à sa place, aux frais de ce dernier, selon les principes applicables à l'exécution par substitution (voir l'art. 32c al. 3 LPE). L'autorité dispose alors d'une prétention en remboursement des frais de l'exécution par substitution. A noter que le droit cantonal prévoit parfois la constitution d'une hypothèque légale de droit public en faveur du Canton pour garantir le remboursement des frais liés à l'exécution par substitution<sup>28</sup>. Le Canton pourra procéder à la mise en œuvre de cette garantie selon la procédure prévue par le droit cantonal et le droit de l'exécution forcée. Ce moyen, qui doit reposer sur une base légale cantonale spécifique, doit être distingué de la garantie de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE. Il entre en considération dès que l'autorité d'exécution agit en lieu et place d'un perturbateur – en général le détenteur du site pollué – pour couvrir les coûts des mesures d'exécution qu'elle a engagés, sans devoir rendre vraisemblable un risque de défaillance. En outre, contrairement à la garantie de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE, l'hypothèque légale portera sur l'intégralité des coûts des mesures d'exécution et n'est donc pas limitée à la part causale attribuée au détenteur selon l'art. 32d LPE. Certes, en cas d'exécution

---

<sup>27</sup> ATF 139 II 106.

<sup>28</sup> Voir à titre d'exemple l'art. 21 de la loi genevoise d'application de la législation fédérale sur les sites contaminés du 31 janvier 2003 (RS/GE K 1 71).

forcée de l'hypothèque légale, le Canton ne pourra pas obtenir plus que la part des coûts qui est due par le propriétaire de l'immeuble grevé selon l'art. 32d LPE. Néanmoins, ce dernier ne pourra pas se soustraire à l'exécution forcée de son immeuble s'il refuse de s'acquitter de cette part.

44 En outre, l'autorité est tenue d'examiner pour chaque garant (c'est-à-dire pour chaque perturbateur) si les conditions de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE sont remplies, c'est-à-dire s'il existe un risque de défaillance pour sa part causale.

## 6.2 Adaptation du montant de la garantie

45 La garantie doit être adaptée en cas de changement des circonstances.

46 Les procédures OSites peuvent durer longtemps et de nouveaux éléments apparaissent lors des investigations, de la surveillance ou de l'assainissement proprement dit. Ces nouveaux éléments conduiront l'autorité à adapter le montant de la garantie si les prévisions effectuées quant aux coûts de l'investigation de détail et de l'assainissement varient de manière importante.

47 Une adaptation est aussi nécessaire dans les cas où l'autorité procède par étape et que seuls les coûts relatifs à cette étape peuvent être estimés de manière raisonnable et prévisible.

48 Si l'autorité rend des décisions intermédiaires de répartition des coûts (par ex. à la fin de l'investigation préalable) ou que les perturbateurs acceptent de payer leur part des coûts au fur et à mesure de l'avancement de la procédure OSites, la garantie devra être réduite en conséquence (sauf si des circonstances nouvelles amènent à considérer que les coûts seront plus élevés que prévus).

## 7. Forme de la garantie

49 Contrairement à ce qui prévaut dans d'autres législations<sup>29</sup>, l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE ne prescrit pas de forme particulière de garantie, ce qui laisse un certain pouvoir d'appréciation aux autorités d'exécution. Les formes de garantie sont présentées plus en détail au chapitre V ci-après.

---

<sup>29</sup> C'est ainsi que l'art. 20 al. 1 de l'ordonnance sur les mouvements de déchets impose que la garantie financière soit « sous forme d'une garantie bancaire ou d'une assurance ».

## 8. Durée et fin de la garantie

50 La garantie doit être émise au nom de l'autorité d'exécution, qui ne la lèvera qu'une fois que la personne concernée aura payé tous les frais qui lui reviennent ou s'il apparaît qu'aucune mesure n'est nécessaire<sup>30</sup>.

51 Ce principe s'applique même dans les cas où ce sont les communes qui supportent les frais de défaillance selon le droit cantonal.

## 9. Procédure

52 La constitution de garanties peut faire l'objet d'un accord entre l'autorité et les perturbateurs concernés.

53 Faute d'accord, l'autorité doit rendre une décision, qui revêt les traits principaux suivants:

54 La décision de constitution de garantie est provisoire et ne préjuge pas de la décision ultérieure en répartition des coûts<sup>31</sup>. Néanmoins, pour pouvoir exiger une garantie, l'autorité doit se prononcer sur les coûts prévisibles et sur la quote-part imputable au garant; dans ce sens, la décision de constitution d'une garantie est assimilable à une décision de répartition des responsabilités au sens de l'art. 32d LPE (le Tribunal fédéral admet que l'autorité rende une décision sur les quotes-parts lorsque l'ensemble des coûts n'est pas connu<sup>32</sup>).

55 L'autorité qui rend une décision de constitution de garantie doit respecter le droit d'être entendu du destinataire de la décision. Concrètement, ce dernier doit être interpellé au sujet de la garantie, avoir la possibilité (et le temps suffisant) pour prendre position (par écrit) sur son principe, sa forme et ses conditions et l'autorité doit ensuite intégrer cette prise de position dans la motivation de sa décision.

56 Le destinataire de la décision qui lui impose la constitution d'une garantie est légitimé à recourir contre cette décision. La plupart des cantons prévoient que le recours a un effet suspensif automatique. L'autorité qui a rendu la décision peut néanmoins y faire figurer qu'un éventuel recours n'aura pas d'effet suspensif ; cette mesure se pratique couramment (d'office), dans beaucoup de domaines administratifs, lorsqu'il en va d'un intérêt public immédiat. L'autorité de recours peut quant à elle retirer l'effet suspensif au recours, d'office mais plus fréquemment à la demande d'une partie. Au niveau fédéral, le recours au Tribunal fédéral n'a pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), à moins que le juge instructeur statue différemment.

---

<sup>30</sup> FF 2012 p. 8677.

<sup>31</sup> WAGNER PFEIFER, N. 748; cf. ég. Rapport CEATE-E, FF 2012 p. 8677.

<sup>32</sup> TF, 1A.273/2005 du 25 septembre 2006, c. 3.2.

- 57 Le refus/retrait de l'effet suspensif peut être ordonné si des justes motifs le commandent, à l'issue d'une pesée des intérêts et en application du principe de proportionnalité. De manière générale, l'effet suspensif ne peut pas être retiré lorsque la décision porte sur une prestation en argent; la portée de cette interdiction en relation avec la constitution de sûretés n'est pas clairement délimitée. On peut néanmoins soutenir que la constitution de sûretés, même s'il s'agit de sûretés pécuniaires, n'a justement pas pour but le paiement d'une somme d'argent au créancier mais uniquement la constitution de sûretés auxquelles le créancier n'a pas accès tant que son droit de créance n'est pas établi.
- 58 S'agissant de l'octroi d'une garantie selon l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE, l'autorité d'exécution devra par exemple démontrer, au moins sous l'angle de la vraisemblance, qu'il existe un intérêt public prépondérant à l'exécution de la décision, qui serait gravement compromis si la décision ne pouvait pas être immédiatement exécutée<sup>33</sup>. Il ne faut cependant pas surestimer la portée de cette mesure : si la décision qui impose à l'administré de fournir une garantie est immédiatement exécutoire – l'effet suspensif ayant été retiré/refusé – le destinataire de ladite décision ne prendra guère de risque s'il ne s'exécute pas, sauf à craindre des mesures d'exécution forcée de la part de l'autorité. En outre, un recours est toujours possible contre le rejet de la requête en restitution/octroi de l'effet suspensif (décision incidente).
- 59 Du point de vue du droit procédural, la décision de garantie est aussi une décision incidente (*Zwischenentscheid*). Il s'ensuit que le recours au Tribunal fédéral (contre la décision de l'autorité de recours cantonale) n'est ouvert qu'aux conditions restrictives de l'art. 93 LTF. Le garant devra démontrer que la décision qui lui ordonne de constituer une garantie lui cause un dommage irréparable ou encore que l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. L'économie de la procédure justifie un recours si le garant conteste sa qualité de perturbateur par comportement; s'il n'a pas cette qualité, la procédure prend fin pour lui<sup>34</sup>.

#### IV. Refus de verser une garantie

- 60 Si le garant n'obtempère pas à la décision rendue par l'autorité compétente et refuse de constituer une garantie, l'autorité d'exécution pourra recourir à l'exécution forcée en fourniture de sûretés conformément à l'art. 38 al. 1 LP<sup>35</sup>. Les grands traits de cette procédure d'exécution forcée sont les suivants:

---

<sup>33</sup> Voir BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 405 s.

<sup>34</sup> Voir, à titre d'exemple, TF, 1C\_47/2009 du 7 juillet 2009, c. 1.4.

<sup>35</sup> ATF 129 III 193, c. 2.2. Le fondement du droit à la constitution de sûretés peut résulter d'un contrat, d'une décision judiciaire, ou encore, comme en l'espèce, d'une disposition légale de droit civil ou de droit public ou administratif: RIGOT, CoRo ad art. 38 LP, N. 3, in: Dallèves / Foëx / Jeandin (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, art. 1-336 LP, Bâle / Genève / Munich 2005;

- 61 La poursuite en prestation de sûretés n'est pas un mode de poursuite spécial, mais une poursuite ordinaire qui a un but spécial<sup>36</sup>, lequel consiste à "assurer l'exécution d'une prestation du poursuivi qui n'est pas destinée à satisfaire directement le poursuivant, mais à lui garantir l'exécution d'une obligation dont il est bénéficiaire"<sup>37</sup>. Elle permet uniquement de rendre efficace un droit du poursuivant à ce que le poursuivi, pour garantir son obligation, offre et constitue une sûreté sur laquelle le poursuivant puisse mettre la main si le poursuivi ne remplit pas son obligation<sup>38</sup>.
- 62 L'obligation de fournir des sûretés peut reposer sur le droit privé ou le droit public, et découler d'un contrat, de la loi ou d'une décision judiciaire ou administrative<sup>39</sup>. Dans le cas qui nous occupe, l'obligation de fournir des sûretés trouvera son fondement dans la décision rendue par l'autorité d'exécution sur la base de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE. La poursuite en fourniture de sûretés permettra de contraindre le perturbateur-garant à fournir la garantie prévue par cette disposition s'il n'obtempère pas à la décision.
- 63 Pour ce faire, l'autorité doit être en possession d'une décision exécutoire (mais pas forcément définitive), comme expliqué plus haut.
- 64 L'autorité d'exécution initie cette poursuite en fourniture de sûretés en remplissant une réquisition de poursuite (art. 67 al. 1 ch. 3 LP) et en indiquant qu'il s'agit d'une poursuite en prestation de sûretés ainsi que la valeur de la sûreté requise. Le commandement de payer contiendra les mêmes indications (art. 69 al. 2 ch. 1 et 2 LP)<sup>40</sup>. Une telle poursuite tendant à la fourniture de sûretés - pécuniaires en tout cas - s'exerce selon les mêmes formes que la poursuite tendant au paiement d'une somme d'argent. La seule différence réside en ce que les espèces obtenues par la réalisation des biens saisis ne peuvent être distribuées au poursuivant, mais doivent être consignées à l'office de consignation, au sens de l'art. 24 LP, de telle façon qu'elles se trouvent à la disposition du créancier si celui-ci établit au fond son droit à la créance elle-même, en garantie de laquelle les sûretés ont été fournies<sup>41</sup>.
- 65 Le débiteur (le garant) peut faire opposition au commandement de payer, auquel cas l'autorité d'exécution créancière devra demander la levée de cette opposition

---

cf. ég. GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2012, N. 158 (cité : GILLIÉRON, Précis).

<sup>36</sup> ATF 129 III 193, c. 2.1; cf. ég. GILLIÉRON, Précis, N. 156.

<sup>37</sup> ATF 129 III 193, c. 2.1; cf. ég. GILLIÉRON, Précis, N. 156.

<sup>38</sup> cf. ég. ATF 93 III 72, c. 2b = JdT 1967 II 112; JdT 2003 II 59, 61.

<sup>39</sup> RIGOT, CoRo, ad art. 38 LP, N. 3.

<sup>40</sup> GILLIÉRON, Précis, N. 167; cf. ég. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 1-88, Lausanne 1999, ad art. 38, N. 29.

<sup>41</sup> Voir ATF 110 III 1.

sur la base de la décision de constitution de sûretés exécutoire (selon l'art. 80 LP, le créancier au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer. Les décisions des autorités administratives suisses relatives aux obligations de droit public sont assimilées à des jugements.)

66 Dans le cadre de la poursuite en fourniture de sûretés, le poursuivi peut fournir des sûretés pécuniaires, personnelles ou réelles. S'il ne le fait pas ou que les sûretés ne sont pas acceptées par le poursuivant, ce dernier pourra demander la continuation de la poursuite, qui a lieu uniquement par voie de saisie et non par voie de faillite conformément à l'art. 43 al. 3 LP, l'inscription du poursuivi au registre du commerce n'y changeant rien<sup>42</sup>. La prestation en sûretés au sens de l'art. 38 LP due en vertu du droit public est également soumise à la règle de l'art. 43 LP<sup>43</sup>.

67 La poursuite en prestation de sûretés vise la remise d'une somme d'argent à l'office ou l'exécution de toutes autres prestations devant servir de garantie, comme l'inscription d'une hypothèque au registre foncier, la consignation d'une somme d'argent, la constitution d'un cautionnement ou d'une garantie réelle utilisée dans les affaires, ou encore la remise d'une garantie bancaire<sup>44</sup>, ou enfin le dépôt de papiers-valeur<sup>45</sup>.

68 A noter qu'un séquestre peut être requis pour garantir l'exécution d'une prestation de sûretés, pour autant que les conditions de l'art. 271 LP soient remplies. Outre le cas de séquestre de l'art. 271 al. 2 (le débiteur fait disparaître ses biens), celui de l'al. 6 présente ici une importance particulière, lorsque la demande de constitution de sûretés repose sur une décision exécutoire (voir ch. 56 ss), qui vaut titre de mainlevée définitive. L'art. 271 LP a la teneur suivante:

*1 Le créancier d'une dette échue et non garantie par gage peut requérir le séquestre des biens du débiteur qui se trouvent en Suisse:*

- 1. lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe;*
- 2. lorsque le débiteur, dans l'intention de se soustraire à ses obligations, fait disparaître ses biens, s'enfuit ou prépare sa fuite;*
- 3. lorsque le débiteur est de passage ou rentre dans la catégorie des personnes qui fréquentent les foires et les marchés, si la créance est immédiatement exigible en raison de sa nature;*

<sup>42</sup> JdT 2003 II 59, 61; cf. GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 38, N. 30.

<sup>43</sup> RIGOT, Recouvrement forcé des créances de droit public selon le droit de poursuite pour dettes et la faillite, thèse Lausanne, Yens-sur-Morges 1991, p. 113, N. 91.

<sup>44</sup> GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 38, N. 34.

<sup>45</sup> JdT 1967 II 112, 116.



4. *lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse et qu'il n'y a pas d'autre cas de séquestre, pour autant que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82, al. 1;5.*
5. *lorsque le créancier possède contre le débiteur un acte de défaut de biens provisoire ou définitif;*
6. *lorsque le créancier possède contre le débiteur un titre de mainlevée définitive.*

*2 Dans les cas énoncés aux ch. 1 et 2, le séquestre peut être requis pour une dette non échue; il rend la créance exigible à l'égard du débiteur.*

*3 Dans les cas énoncés à l'al. 1, ch. 6, qui concernent un jugement rendu dans un Etat étranger auquel s'applique la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>6</sup>, le juge statue aussi sur la constatation de la force exécutoire.*

## **V. Formes de la garantie**

### **1. Généralités**

69 L'obligation de fournir la garantie est régie par l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE; en revanche, les conditions de constitution de la garantie et sa mise en œuvre sont régies par le droit privé.

70 L'art. 32d<sup>bis</sup> LPE ne prescrit aucune forme de garantie particulière mais se contente d'exiger qu'elle soit "adéquate", à l'inverse de l'art. 32b LPE qui propose un choix entre plusieurs formes de garantie (provision, assurance ou autres). Il découle des travaux préparatoires que le législateur a renoncé à prescrire des formes particulières de garanties financières afin de laisser une liberté et une marge de manœuvre suffisante aux garants et aux autorités d'exécution en vue de choisir la garantie la plus adaptée à la situation<sup>46</sup>. Cet examen se fera au cas par cas<sup>47</sup> et la solution sera généralement négociée entre l'Etat et les perturbateurs garants<sup>48</sup>.

71 Nous examinerons ci-après les différents types de garanties et de sûretés (qui constituent un sous-groupe de la première notion) qui revêtent un intérêt dans le cadre de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE. Il convient de distinguer les garanties personnelles et les garanties réelles. Les premières confèrent au bénéficiaire une créance contre le garant; en font partie notamment le cautionnement et le porte-fort. Les deuxièmes lui procurent un droit réel sur un objet; il s'agit notamment de l'hypothèque et de la cé-

<sup>46</sup> cf. à ce propos BO 2013 N. 8.

<sup>47</sup> BO 2013 N. 8.

<sup>48</sup> BO 2012 E 1237.

dule hypothécaire. Les conditions de constitution de ces garanties varient, de même que celles de l'exécution forcée au cas où le garant refuserait de s'exécuter.

72 On ne saurait assez souligner que l'autorité d'exécution devra examiner soigneusement les conditions de constitution de la garantie qui lui semble adéquate dans le cas d'espèce, en recourant au besoin au conseil d'un mandataire spécialisé. L'utilisation de modèles de garanties pré-formulés (dont ceux disponibles sur internet) est fortement déconseillée, car ils ne reflètent pas la complexité du cas à traiter. Il faudra au contraire vérifier de manière approfondie pour chaque nouvelle garantie si elle répond aux conditions de forme et de fond posées par le droit privé.

73 Il est difficile de donner une réponse abstraite et générale à la question de savoir quelle forme de garantie est la meilleure ; ce serait là une sécurité trompeuse. En réalité, chaque type de garantie présente ses avantages et ses inconvénients. Tout au plus peut-on affirmer qu'a priori une garantie de type « solidaire » et de type « indépendante » est préférable, car elle autonomise la sûreté que l'autorité détient par rapport à la situation personnelle de l'administré requis de la fournir. Il s'agira donc pour l'autorité d'examiner de cas en cas quelle 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. Le droit d'être entendu de ce dernier portera aussi sur cet aspect.

## **2. Sûretés personnelles**

74 Les sûretés sont dites personnelles lorsqu'elles confèrent au bénéficiaire une créance, un droit personnel, contre le garant. Les formes principales en sont le cautionnement, le porte-fort et la garantie bancaire<sup>49</sup>.

### **2.1 Cautionnement**

75 Les débats parlementaires relatifs à l'art. 32dbis al. 1 et 2 se réfèrent à diverses reprises au cautionnement comme forme de garantie suffisante<sup>50</sup>. En réalité, pour les motifs exposés ci-après, le cautionnement sera dans la plupart des cas une garantie inadéquate pour les besoins de cette disposition.

76 Selon l'art. 492 al. 1 CO, le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée

---

<sup>49</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, in : Tercier / Favre, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd., Genève / Zurich / Bâle 2009 (cité : TERCIER / FAVRE / AUTEUR), N. 6762.

<sup>50</sup> BO 2012 E 1236; BO 2013 N. 8.

par le débiteur. De nature accessoire, le contrat de cautionnement suit le sort de la dette principale, à l'inverse par exemple de la garantie et du porte-fort<sup>51</sup>.

- 77 La garantie des dettes futures est possible en vertu de l'art. 492 al. 2 CO à condition toutefois d'être déjà suffisamment déterminées ou déterminables, l'engagement de la caution de garantir toute dette future du débiteur principal envers le créancier violant toutefois l'art. 27 al. 2 CC<sup>52</sup>. L'indication du montant de la dette n'est pas nécessaire<sup>53</sup>. Il faut en revanche indiquer le montant total de la caution dans le contrat de cautionnement selon l'art. 493 al. 1 CO<sup>54</sup>. Le montant du cautionnement doit en effet figurer en chiffre et être déterminé car il permet à la caution de se rendre compte de son engagement<sup>55</sup>. A noter que "certains auteurs estiment que l'indication du montant maximum est une sécurité suffisante permettant de faire preuve de souplesse concernant la déterminabilité de la dette garantie"<sup>56</sup>.
- 78 L'art. 493 al. 3 CO portant sur la forme à respecter, prescrit pour le cautionnement de dettes de droit public (par ex. droits de douane, impôts et autres droits semblables) envers la Confédération, ses établissements de droit public, ou un canton, la déclaration écrite de la caution et l'indication numérique dans l'acte du montant total à concurrence duquel elle est tenue<sup>57</sup>. En outre, tout cautionnement donné par une personne physique doit, en vertu de l'art. 509 al. 3 CO, s'éteindre après 20 ans, sauf s'il s'agit de cautionnement de dettes de droit public envers la Confédération, ses établissements de droit public, ou un canton.
- 79 Le Code des obligations connaît deux formes principales de cautionnement. Le cautionnement individuel "lorsqu'une seule caution s'engage pour une dette à l'égard du créancier"<sup>58</sup> d'une part, et le cautionnement plural "lorsque plusieurs cautions s'engagent pour une même dette à l'égard du créancier" d'autre part<sup>59</sup>. Le cautionnement individuel peut alors être simple lorsque le créancier ne peut pas poursuivre la caution s'il n'a pas encore fait valoir ses droits contre le débiteur<sup>60</sup>, ou solidaire lorsque le créancier peut rechercher la caution avant même de poursuivre

---

<sup>51</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6790.

<sup>52</sup> BRACONI / CARRON / SCYBOZ, CC&CO annotés, 9<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013, p. 384; ATF 120 II 35; cf. ég. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6858 et 6889.

<sup>53</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6889.

<sup>54</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6890.

<sup>55</sup> Il semblerait que "la déterminabilité ne suffirait donc pas", cf. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6890 ; ATF 117 II 490 = JdT 1993 I 312.

<sup>56</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6890 et références citées : DEVELIOGLU, Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Etude de droit suisse et de droit turc, thèse Neuchâtel, Berne 2006, p.158 ; GIOVANOLI, BKomm., ad art. 493 CO, N. 23, in : Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, t. VI, Berne dès 1910; MEIER, CoRo. I, ad art. 493 CO, N. 4, in : Thévenoz / Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle / Genève / Munich 2012.

<sup>57</sup> cf. à ce propos TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6895.

<sup>58</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6812.

<sup>59</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6825.

<sup>60</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6814.

le débiteur principal et sans être tenu de réaliser au préalable les gages<sup>61</sup>. C'est le cautionnement solidaire qui est le plus usuel<sup>62</sup>.

80 Une des conséquences du caractère accessoire du cautionnement, est que la caution ne peut pas être recherchée avant que la dette principale ne soit exigible<sup>63</sup> et cela même si l'exigibilité en est avancée par suite de la faillite du débiteur en vertu de l'art. 501 al. 1 CO. En effet, malgré le principe selon lequel "l'exigibilité de la dette principale rend en général exigible la dette de la caution"<sup>64</sup>, si la dette principale devient exigible suite à la faillite du débiteur, l'exigibilité de l'obligation accessoire n'est pas avancée en conséquence, et la caution peut s'en tenir au terme fixé pour le paiement<sup>65</sup>.

81 Le créancier n'a aucune obligation envers la caution de par le caractère unilatéral du contrat de cautionnement qui n'impose des obligations qu'à la caution<sup>66</sup>. Il est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi de l'art. 2 al. 1 CC et doit respecter des devoirs particuliers de diligence mentionnés aux art. 503 ss CO.

82 Le contrat de cautionnement est traité de façon très, voire trop détaillée par la loi. Dans la pratique (essentiellement dans le domaine bancaire), on privilégie plutôt d'autres formes de sûretés personnelles, qui sont souvent moins contraignantes pour atteindre le même objectif<sup>67</sup>.

## 2.2 Porte-fort

### 2.2.1 En général

83 Le porte-fort est "le contrat par lequel une personne promet à une autre le fait d'un tiers, et s'engage à l'indemniser pour le cas où celui-ci n'exécuterait pas la prestation visée"<sup>68</sup>. Si le garant ne peut promettre le fait d'autrui (en l'espèce la prestation du tiers), il peut toutefois s'engager à indemniser le bénéficiaire dans l'hypothèse où le tiers n'exécuterait pas la prestation promise<sup>69</sup>. La seule règle qui mentionne le porte-fort sans toutefois décrire le régime applicable à celui-ci, est l'art. 111 CO. Le contrat et son contenu dépendent ainsi largement de l'accord passé entre les par-

---

<sup>61</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6823.

<sup>62</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6812.

<sup>63</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6972.

<sup>64</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6972.

<sup>65</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6973.

<sup>66</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6990 ss; sur les cinq devoirs incombant au créancier, cf. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6995-7026.

<sup>67</sup> cf. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7130.

<sup>68</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7130.

<sup>69</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7140.

ties<sup>70</sup>. La promesse du garant peut notamment "porter sur n'importe quelle prestation"<sup>71</sup>.

84 Lorsque le porte-fort est "qualifié", c'est-à-dire qu'il existe une relation contractuelle entre le bénéficiaire et le tiers, on se trouve alors dans une hypothèse de garantie au sens propre<sup>72</sup>. Ce qui est déterminant dans le contrat de porte-fort, c'est le caractère indépendant de l'engagement: à l'inverse de la caution qui s'engage de manière accessoire à l'obligation principale, le porte-fort s'engage lui de manière principale<sup>73</sup>.

85 Il est important de relever qu'en raison du caractère indépendant de l'obligation principale du porte-fort, le contrat de porte-fort ne s'éteint pas automatiquement en cas de nullité et d'invalidation du contrat principal<sup>74</sup>. A noter encore que la forme la plus courante du contrat de porte-fort est la garantie bancaire<sup>75</sup>.

86 Le porte-fort est une forme de garantie qui est utilisée en pratique ; il s'agit en général d'un porte-fort donné par la maison-mère de la société requise de fournir la garantie au sens de l'art. 32dbis LPE, éventuellement par une autre société du groupe économique en question. Lorsque la société est une entité suisse appartenant à un groupe international, c'est souvent la société faitière du sous-groupe en Suisse qui consentira à se porter fort. Dans tous les cas, cette forme de garantie suppose que la société qui se porte-fort ait une surface financière suffisante.

### 2.2.2 Garantie bancaire

87 Le Code des obligations ne mentionne pas la garantie bancaire, si ce n'est à travers l'art. 111 CO traitant du porte-fort. Les banques et autres instituts de crédit émettent donc généralement des conditions générales ou des formules de contrat en la matière<sup>76</sup>.

88 La garantie bancaire est définie comme "l'engagement irrévocable pris par une banque ou un autre institut analogue de fournir au bénéficiaire une prestation en espèces, au cas où un tiers ne respecterait pas les obligations qu'il a envers lui"<sup>77</sup>. Le bénéficiaire est en principe le créancier actuel ou futur du tiers, de telle sorte que l'on peut qualifier la garantie bancaire de porte-fort qualifié<sup>78</sup>.

---

<sup>70</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7150.

<sup>71</sup> Pour une liste exemplative des prestations possibles, cf. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7146.

<sup>72</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7139.

<sup>73</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7141.

<sup>74</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7159.

<sup>75</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7147.

<sup>76</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7162.

<sup>77</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7170.

<sup>78</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7170.

89 Il faut alors distinguer trois relations:

- celle entre le donneur d'ordre (le débiteur principal) et le bénéficiaire (le créancier principal), qui est indépendante de la garantie et qui peut découler de toutes sortes de contrats (vente, entreprise, prêt);
- celle entre la banque (le garant) et le bénéficiaire qui est celle faisant l'objet de la garantie;
- et enfin, la relation entre le donneur d'ordre et la banque qui se base sur un contrat passé entre eux entraînant l'ouverture d'un crédit de garantie<sup>79</sup>.

90 La garantie bancaire peut prendre la forme d'une garantie ordinaire, documentaire, ou encore d'une garantie à première demande ou réquisition<sup>80</sup>. Cette dernière est très fréquente en pratique, la seule condition posée étant que le bénéficiaire exige le paiement pour que la prestation soit effectuée<sup>81</sup>.

91 Il est important de relever quelques différences entre la garantie bancaire et le cautionnement. L'art. 493 CO subordonne la validité du cautionnement à des conditions restrictives en particulier relatives à la forme, alors que la promesse de garantie est libre<sup>82</sup>. En outre, le créancier principal ne peut rechercher la caution que si certaines conditions sont remplies, alors qu'il peut rechercher directement le garant<sup>83</sup>. Enfin, le cautionnement est accessoire à l'obligation principale, à l'inverse de la garantie bancaire qui est en principe indépendante<sup>84</sup>, c'est-à-dire que la prestation est garantie indépendamment du fait qu'elle soit due ou non<sup>85</sup>. En cas de doute quant à la qualification du contrat de sûreté, la jurisprudence penchera davantage en faveur du cautionnement qui offre au "garant" une protection accrue<sup>86</sup>.

92 A noter qu'en vertu de l'art. 127 CO, toutes les créances se prescrivent par dix ans lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement. Cet article s'applique également aux garanties bancaires s'il n'y a pas de dispositions spéciales<sup>87</sup>. Une controverse demeure dans la détermination du *dies a quo* du délai de prescription. Selon l'art. 130 CO, la prescription court dès que la créance est devenue exigible, soit en l'espèce dès l'instant où la prestation (exigible) du tiers n'a pas été exécutée<sup>88</sup>.

---

<sup>79</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7171 ss.

<sup>80</sup> Sur les différentes formes de la garantie bancaire, cf. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7175-7178.

<sup>81</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7178.

<sup>82</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7183.

<sup>83</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7183.

<sup>84</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7183.

<sup>85</sup> Cf. ég. TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7204 : le principe selon lequel "la validité de la garantie ne dépend pas de celle de l'engagement de base", doit être nuancé si l'engagement est frappé de nullité absolue.

<sup>86</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7187.

<sup>87</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7224.

<sup>88</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7224.

Certains auteurs minoritaires considèrent qu'on peut faire coïncider le *dies a quo* avec le jour de la création de la promesse de garantie<sup>89</sup>.

### 3. Sûretés réelles

93 Les sûretés sont dites "réelles" lorsqu'elles confèrent au bénéficiaire un droit réel sur un objet, droit réel qu'il peut faire réaliser si le débiteur n'exécute pas sa prestation<sup>90</sup>. Il s'agit des droits de gages et du transfert de propriété à titre de sûretés.

#### 3.1 Droits de gage immobiliers: généralités

94 Le droit de gage immobilier est "un droit réel limité qui permet à son titulaire de faire réaliser l'immeuble qui en est l'objet, afin d'obtenir le paiement de la créance garantie"<sup>91</sup>. Le droit de gage immobilier permet donc au créancier gagiste, si la dette n'est pas exécutée, de faire réaliser la chose assujettie à son profit<sup>92</sup>. Le droit de gage immobilier comporte, à l'image des autres droits réels, un droit de suite et de préférence. Grâce au droit de suite, le nouveau propriétaire de l'immeuble grevé doit également souffrir que l'immeuble soit réalisé pour désintéresser le créancier et pour éviter ce résultat, il devra payer lui-même la dette garantie<sup>93</sup>. Le droit de préférence quant à lui, "permet au créancier gagiste de se faire payer sur le produit de la réalisation de l'immeuble en bénéficiant de la priorité sur les créanciers chirographaires qui auraient fait saisir l'immeuble à leur profit"<sup>94</sup>.

95 L'art. 793 CC prescrit deux formes de droits de gage immobiliers, l'hypothèque et la cédula hypothécaire. Tant l'une que l'autre "garantissent une dette dont le débiteur répond sur tous ses biens"<sup>95</sup>. Relevons que les parties sont libres dans le choix de formes de droit de gage immobilier qu'elles souhaitent constituer<sup>96</sup>.

96 Un droit de gage immobilier ne peut garantir qu'une créance d'argent, en principe une créance déterminée selon l'art. 794 al. 1 CC<sup>97</sup>. Il est toutefois possible de constituer un droit de gage immobilier (sous la forme d'une hypothèque) pour garantir une créance indéterminée, voire même future ou même éventuelle<sup>98</sup>. Les parties doivent alors indiquer en vertu de l'art. 794 al. 2 CC, une somme fixe représentant

---

<sup>89</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 7224 ; cf. par ex. DEVELIOGLU, Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Etude de droit suisse et de droit turc, thèse Neuchâtel, Berne 2006, p. 413.

<sup>90</sup> TERCIER / FAVRE / EIGENMANN, N. 6758.

<sup>91</sup> STEINAUER, Les droits réels, t. III, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2012, N. 2619.

<sup>92</sup> STEINAUER, t. III, N. 2619.

<sup>93</sup> STEINAUER, t. III, N. 2622.

<sup>94</sup> STEINAUER, t. III, N. 2622; cf. ég. STEINAUER, t. III, N. 2585 s.

<sup>95</sup> STEINAUER, t. III, N. 2618.

<sup>96</sup> STEINAUER, t. III, N. 2629.

<sup>97</sup> STEINAUER, t. III, N. 2642.

<sup>98</sup> STEINAUER, t. III, N. 2643.

le maximum de la garantie immobilière. On parle alors d'hypothèque maximale. L'indication d'un montant déterminé (ou maximal pour l'hypothèque) de la créance est une condition de validité du droit de gage immobilier<sup>99</sup>.

97 Il est aussi possible de constituer un droit de gage sur plusieurs immeubles pour garantir une même créance, on parle alors de droit de gage collectif. En principe cette mise en gage collective implique une répartition de la garantie sur divers immeubles (art. 798 al. 2 et 3 CC), mais à certaines conditions, on peut aussi grever chaque immeuble pour l'entier de la créance (art. 798 al. 1 CC)<sup>100</sup>.

### 3.2 Hypothèque

98 L'hypothèque fait l'objet des art. 824 à 841 CC, et se définit comme le droit accessoire attaché au droit principal qu'est la créance, créance qui a d'ailleurs une existence propre c'est-à-dire distincte de celle du droit de gage<sup>101</sup>. La créance garantie peut être une créance actuelle, future ou même éventuelle en vertu de l'art. 824 al. 1 CC. L'art. 824 al. 2 CC ajoute que l'immeuble grevé peut ne pas appartenir au débiteur. Lorsque le montant de la créance est indéterminé ou variable, les parties doivent fixer un montant maximum garanti selon l'art. 825 al. 1 CC et ce afin de respecter le principe de spécialité des droits de gage<sup>102</sup>. L'hypothèque se prête donc bien à la garantie d'une créance consécutive à une éventuelle responsabilité<sup>103</sup>.

99 Selon l'art. 826 CC, lorsque la créance est éteinte, le propriétaire de l'immeuble grevé a le droit d'exiger du créancier qu'il consente à la radiation. L'extinction de la créance garantie supprime en effet "toute portée matérielle à l'inscription de l'hypothèque"<sup>104</sup>.

100 Par ailleurs, le droit cantonal peut accorder au créancier, en vertu de l'art. 836 al. 1 CC, une prétention à l'établissement d'un droit de gage immobilier pour des créances en rapport direct avec l'immeuble grevé, c'est ce qu'on appelle une hypothèque légale. Cet article ouvre l'institution de l'hypothèque aux créances de droit public, mais il restreint également la compétence législative cantonale à des hypothèques pour des créances en relation avec l'immeuble grevé<sup>105</sup>. L'existence d'une hypothèque légale suppose une base légale expresse de droit cantonal; elle est en effet dite légale car son titre d'acquisition est la loi elle-même<sup>106</sup>. En outre, pour qu'une créance présente un rapport direct avec l'immeuble grevé, il ne suffit pas

---

<sup>99</sup> STEINAUER, t. III, N. 2644.

<sup>100</sup> STEINAUER, t. III, N. 2661 ss.

<sup>101</sup> STEINAUER, t. III, N. 2630.

<sup>102</sup> STEINAUER, t. III, N. 2805.

<sup>103</sup> STEINAUER, t. III, N. 2805; par ex. pour la créance de l'Etat contre un fonctionnaire responsable.

<sup>104</sup> STEINAUER, t. III, N. 2813.

<sup>105</sup> ABBET, L'hypothèque légale en garantie des créances de droit public, RDAF 2009 II 405 ss, p. 406.

<sup>106</sup> ABBET, p. 406.



que "le débiteur de la créance soit propriétaire immobilier ou exerce son activité au moyen de biens-fonds; le fait déterminant est que la créance garantie trouve exclusivement sa source dans la propriété foncière"<sup>107</sup>. La plupart des législations cantonales étendent la garantie de l'hypothèque légale à d'autres créances de droit public en lien avec l'immeuble que celles notamment pour le paiement de l'impôt sur les successions et les donations en rapport avec la cession de l'immeuble grevé, ou pour les impôts généraux sur le revenu ou le bénéfice qui concerne le produit de l'immeuble<sup>108</sup>. Les cantons les prévoient aussi par exemple pour les primes d'assurance immobilière obligatoire contre les incendies, pour les contributions de droit public pour la livraison et l'épuration des eaux, pour l'entretien des routes et des trottoirs, ou pour les mesures d'exécution par substitution<sup>109</sup>.

- 101 A noter qu'il peut être intéressant pour les cantons de prévoir une hypothèque légale, car elle est privilégiée, en ce sens "qu'elle prime tous les autres droits de gage existant sur l'immeuble"<sup>110</sup> et l'emporte donc sur les droits de gage contractuels, mais aussi sur les autres droits de gage légaux directs et indirects.

### 3.3 Cédule hypothécaire

- 102 Selon l'art. 842 al. 1, la cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier. Le débiteur répond ici de la dette garantie non seulement sur l'immeuble grevé, mais aussi sur tous ses biens, de façon analogue au débiteur d'une dette garantie par une hypothèque<sup>111</sup>. Le débiteur peut être également une autre personne que le propriétaire de l'immeuble grevé en vertu de l'art. 844 CC. A l'inverse de l'hypothèque, la cédule incorpore à la fois la créance garantie et le droit de gage immobilier, elle permet donc de garantir une créance mais également de mobiliser la valeur du sol<sup>112</sup>. La créance garantie par la cédule et le droit de gage formant un tout, la créance ne peut exister indépendamment du droit de gage<sup>113</sup>.
- 103 Il est important de relever "qu'à la différence de l'hypothèque, qui est un simple droit de gage immobilier, la cédule hypothécaire comporte donc une créance nouvelle, qui forme, avec le droit de gage qui la garantit, une entité juridique distincte du rapport juridique de base qui lie le créancier et le débiteur"<sup>114</sup>.

---

<sup>107</sup> ABBET, p. 410.

<sup>108</sup> ABBET, p. 411 s.

<sup>109</sup> ABBET, p. 412.

<sup>110</sup> ABBET, p. 413.

<sup>111</sup> STEINAUER, t. III, N. 2634.

<sup>112</sup> STEINAUER, t. III, N. 2635.

<sup>113</sup> STEINAUER, t. III, N. 2636.

<sup>114</sup> STEINAUER, t. III, N. 2928.

## **4. Autres types de "garanties"**

### **4.1 Provisions au bilan**

104 Par "provision", il faut entendre un montant réservé au passif du bilan de la société et qui est destiné au paiement d'une charge non encore exigible. Une provision peut être générique (pour toute l'activité de la société) ou spécifique (pour un risque financier identifié). Le droit de l'environnement connaît ce mode de "garantie" : c'est ainsi qu'en vertu de l'art. 32b al. 1 LPE, l'exploitant d'une décharge peut constituer lui-même la garantie qu'il doit fournir par le biais de provisions comptables.

105 La provision ne constitue pas véritablement une "garantie" au sens de l'art. 32dbis LPE ; elle peut cependant être acceptée par l'autorité si elle paraît "adéquate" dans un cas particulier en raison de la formulation large de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 LPE. A l'inverse en revanche, l'autorité ne pourra pas forcer l'administré à constituer une provision dans son bilan alors qu'il est disposé à fournir par exemple une garantie de la part d'un tiers ; une disposition du droit cantonal d'application qui imposerait une telle contrainte serait à notre avis contraire au droit fédéral<sup>115</sup>.

106 Avant de se contenter d'une provision, l'autorité fera bien de vérifier que les conditions cumulatives suivantes sont remplies : (1) les sommes provisionnées devront être spécifiquement affectées à la garantie des frais prévue par l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE. (2) Elles devront être librement disponibles ; ici, le risque sera que la société en question constitue un poste de provision pour l'ensemble de ses litiges environnementaux (en Suisse) et que le cas considéré ne soit plus couvert en raison des coûts générés par d'autres cas réglés antérieurement. (3) Le réviseur de la société attestera chaque année que la provision est encore disponible ; l'autorité fournira à la société le texte de l'attestation qu'elle exige.

### **4.2 Responsabilité solidaire**

107 Par responsabilité solidaire, il faut entendre le fait pour une société (autre que celle requise de fournir la garantie de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE) de reconnaître formellement qu'elle a les mêmes obligations que cette dernière et qu'elle en répondra directement, aux mêmes conditions et sur l'ensemble de son patrimoine ; l'autorité aura ainsi le choix de mettre les coûts d'investigation, de surveillance et d'assainissement à la charge de l'une ou l'autre société.

108 Si l'entité solidairement responsable (par exemple la société-mère) est financièrement solide, cette solution peut remplacer avantageusement une garantie : (1) elle évite à l'autorité d'avancer les frais de la procédure ; (2) si le pollueur perturbateur s'appauvrit, l'autorité peut rechercher le responsable solidaire; (3) il y a similitude

---

<sup>115</sup> Pour une situation similaire en matière de garantie de reconstitution de la forêt, cf. arrêt du TF du 25 juillet 2012 (1C\_67/2012), DEP 2013, p. 52.

entre l'entité qui détient le pouvoir de décision pour les négociations et discussions inévitables au cours de la procédure et l'entité qui sera amenée à payer.

- 109 La responsabilité solidaire n'est clairement pas une "garantie" au sens de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE. Dès lors, les remarques formulées à propos des provisions (ci-dessus ch. 4.1) valent ici aussi : l'Etat ne peut contraindre une société tierce à se déclarer solidairement responsable ; cette solidarité doit faire l'objet d'un accord contractuel.

### 4.3 Assurance

- 110 Dans la procédure de consultation du projet de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE, l'Association suisse d'assurance (ASA) a fait valoir qu'à son avis, l'assurance n'est pas le moyen le plus apte à garantir les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement. On peut d'ailleurs s'interroger sur la possibilité pour un site pollué susceptible d'engendrer des atteintes nuisibles ou incommodes d'être considéré comme un dommage assurable par les assureurs<sup>116</sup>. Enfin, il est difficile d'imaginer qu'une assurance entre en matière pour un cas de pollution qui est déjà survenu ; la situation est ainsi très différente de celle qui prévaut par exemple en matière de décharge où l'art. 32b LPE mentionne l'assurance comme l'une des conditions à l'obtention de l'autorisation d'exploiter. Il faut ainsi considérer que l'assurance n'est pas un moyen praticable de garantie au sens de l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE.

## VI. Recommandations

- 111 Il résulte de l'analyse qui précède que la garantie de l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 et 2 LPE est soumise à des conditions bien précises et ne peut être exigée que lorsque l'autorité d'exécution est en mesure de rendre vraisemblables la qualité de perturbateur du garant, sa part de responsabilité ainsi qu'un risque de défaillance. Or, la réunion de ces éléments peut prendre du temps selon la complexité du cas d'espèce et l'avancement des mesures d'investigation.
- 112 Dans l'intervalle, c'est-à-dire tant que les conditions de la garantie ne sont pas remplies et que celle-ci n'est pas constituée, les autorités d'exécution ont à disposition diverses mesures d'information, de prévention et d'intervention qu'elles devraient mettre en œuvre afin de réduire autant que possible le risque d'être confrontées à des frais de défaillance.
- 113 Ces mesures ont été décrites dans notre avis de droit de 2008, qui contient un catalogue de recommandations à l'attention des autorités d'exécution. Ces dernières choisiront celles qui paraissent le mieux adaptées au cas d'espèce, notamment en fonction de l'importance du dossier et des risques financiers qui en découlent pour

---

<sup>116</sup> Sur l'assurance comme garantie liée aux frais des décharges contrôlées, cf. ROMY, ad art. 32b LPE, N. 20, in : Moor / Favre / Flückiger (édit.), Loi sur la protection de l'environnement (LPE), Berne 2010 ; cf. ég. TSCHANNEN, ad art. 32b LPE, N. 13, in : Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich / Bâle / Genève 2004.

les collectivités publiques. Les plus importantes sont mentionnées ici pour mémoire.

## 1. Mesures d'information

114 Il est recommandé aux autorités d'exécution de rassembler toute ou partie des informations suivantes:

- Sélectionner dans chaque canton les dossiers pour lesquels les risques et les enjeux financiers sont suffisamment importants afin de mettre en œuvre le catalogue des mesures de prévention et d'intervention proposées ici.
- Pour chacun des dossiers retenus, récolter toutes les informations disponibles afin d'étoffer au maximum l'historique des propriétaires et exploitants des parcelles concernées.

115 Ces informations devraient porter sur les éléments suivants:

116 Pour les sociétés : (1) noms et changements de nom ; (2) siège et changement de siège ; (3) administrateurs ; (4) principaux organes dirigeants ; (5) principaux actionnaires. Ce dernier élément n'est pas facile à déterminer sans la collaboration de la société concernée ; (6) pour les groupes de sociétés : principales entités et maison-mère respectivement holding ; (7) notaires habituellement utilisés.

117 Pour les personnes physiques : ascendants, descendants et héritiers légaux ; participations à des structures collectives (partenariats ; sociétés de personnes, copropriétés).

118 La collecte de ces informations n'est pas une chose aisée et représente un travail important. On ne peut que recommander d'inclure cette dimension dans les conventions qui sont régulièrement passées entre les collectivités et les administrés tout au long de la procédure d'investigation puis d'assainissement. Ces conventions ont en général pour objet de définir les modalités d'assainissement, de permettre le retrait des oppositions au plan d'assainissement, au plan spécial d'aménagement et à l'autorisation de construire les installations techniques nécessaires, de régler les rapports entre toutes les collectivités impliquées (en particulier le canton et la commune sur le territoire de laquelle se situe le site à assainir) voire même parfois de répartir les frais d'investigation ou d'assainissement entre les différentes parties impliquées (y compris leurs assureurs).

119 La collecte de l'information peut cependant aussi se heurter aux résistances des administrés concernés. Si tel devait être le cas, les autorités pourraient avoir recours aux moyens juridiques suivants : (1) l'art. 46 LPE prévoit l'obligation de tout un chacun de fournir les renseignements nécessaires à l'application de la loi. A

notre avis, il n'est pas possible de s'opposer à l'application de cet article en alléguant que l'Etat utilisera les informations reçues aussi pour défendre son propre intérêt financier. Au surplus, il faut rappeler que toutes les informations communiquées sont protégées par le secret de fonction (art. 47 al. 3 LPE) ; (2) on parvient globalement au même résultat sur la base de l'obligation générale de collaborer inscrite dans les codes des procédures administratives cantonales ou fédérale (cf. art. 13 PA) ; (3) Si nécessaire, l'Etat peut rendre une décision administrative spécifique sur l'obligation de fournir les informations requises. Cette obligation pourra figurer en particulier dans la décision constatatoire prévue ci-après (ch. 4), de façon à contraindre tous les perturbateurs à informer l'autorité de tout changement intervenant dans leur situation ; (4) l'Etat peut faire savoir aux entités concernées que leur refus de collaborer influencera défavorablement la décision de répartition des frais ; l'art. 13 al. 2 PA prévoit expressément la possibilité de tenir compte de la non-coopération des parties, en particulier en statuant en l'état du dossier (surtout pour la décision constatatoire prévue ci-après) ; (5) enfin, l'Etat peut rappeler à l'administré récalcitrant que la LPE prévoit des sanctions pénales à ceux qui n'en respectent pas les dispositions (art. 60 ss, en particulier 61 al. 1 lit. o pour celui qui refuse de donner des renseignements à l'autorité ou encore 60 al. 1 lit. q et 61 al. 1 lit. i pour celui qui enfreint les prescriptions sur les déchets).

- 120 Le Service de l'environnement pourra en outre prévenir l'atteinte aux intérêts de l'Etat en exigeant des sociétés contraintes de participer aux frais d'assainissement (1) d'informer l'Etat de tout changement important en lien avec leur statut et (2) d'obtenir l'accord de l'Etat avant de faire reprendre leurs obligations par un tiers (cf. art. 175 al. 1 CO, reprise de dette). Concrètement, ces exigences seront posées dans les décisions rendues dans les procédures d'investigation et d'assainissement en cours, notamment dans la décision d'ouverture de la procédure.
- 121 Une fois cette plate-forme d'information constituée, elle pourrait servir d'instrument d'alerte (par exemple à travers un système push) pour toutes les autorités cantonales impliquées dans les mesures de prévention et d'intervention qui sont proposées ci-après et qui requièrent une certaine coordination.
- 122 Ce régime d'information présentera encore deux autres avantages d'un point de vue du droit matériel : (1) il mettra le perturbateur par comportement en position beaucoup plus difficile pour prouver sa bonne foi s'il apparaît ultérieurement qu'il a pris des dispositions pour échapper à ses obligations. (2) Dans les cas de transfert d'entreprise ou de patrimoine, l'autorité est habilitée à présumer que les entités impliquées se comportent selon ce qui correspond au cours normal des choses ; c'est ainsi en particulier qu'elle pourra considérer que la société au bénéfice de l'appareil de production aura repris l'ensemble des actifs mais aussi des passifs ; il appartiendra à la société reprenante d'apporter la preuve que tel n'est pas (ou pas totalement) le cas.

## 2. Mesures de prévention

123 La coopération entre les autorités administratives cantonales (registre foncier, registre du commerce, service de l'aménagement du territoire) est nécessaire afin de mettre en œuvre tous les moyens pour prévenir les opérations commerciales dommageables. Ces mesures de prévention s'appuient sur les compétences ordinaires des services impliqués.

124 A noter que le nouvel art. 32d<sup>bis</sup> al. 3 et 4 LPE en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014 prévoit ce qui suit:

*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 incommodantes;*
- b. la couverture des frais des mesures à prévoir est garantie;*
- c. la cession ou le partage sert un intérêt public prépondérant.*

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

125 Cette disposition constitue désormais une base de droit fédéral qui permet à l'autorité cantonale, sur réquisition au registre foncier, de faire mentionner sur les feuillets de tous les immeubles le fait qu'ils sont répertoriés dans le cadastre des sites pollués et qu'ils doivent faire l'objet d'un assainissement ; la mention ne bloque pas les transactions immobilières et n'a pas d'effet juridique sur les droits réels pour l'immeuble concerné.

126 Cette mention n'a pas pour effet d'empêcher que le propriétaire d'un terrain contaminé l'abandonne par déréliction (renonciation à sa qualité de propriétaire par réquisition au registre foncier). Même s'il n'était plus propriétaire, il ne perdrait pas sa qualité de perturbateur par comportement.

127 Par ailleurs, la collaboration pourra conduire le service du registre foncier à informer le Service de l'environnement de toutes les inscriptions qui sont requises sur ces immeubles (transfert de propriété, inscription de servitudes ou de gages).

128 Comme préalable à ces mesures, le service cantonal de l'environnement pourra rendre une décision d'ouverture de la procédure, qui porterait sur les éléments suivants :

- (a) L'annonce du début des investigations. Prise le plus rapidement possible, une décision avec un tel contenu aura un effet certain sur les vellétés de tiers d'acheter les terrains à assainir ou de prendre une participation dans les sociétés impliquées ; la procédure en cours apparaîtra dans le processus de "due diligence" qu'elles ne manqueront pas de mener.
- (b) La liste de tous les administrés concernés, avec un avis selon lequel ils sont désormais parties à la procédure et ont ainsi les droits correspondants (pour l'essentiel le droit d'accès au dossier). La décision contiendra une réserve pour toutes les nouvelles parties qui interviendraient en cours de procédure (en particulier en raison des changements de propriétaire) ; cette réserve ne dispenserait pas l'autorité de l'obligation de leur notifier à eux aussi à chaque fois cette décision (la même), mais elle la dispenserait d'adresser cette notification à toutes les parties déjà incluses dans la procédure.
- (c) La distinction entre les détenteurs du site à assainir (art. 20 al. 1 OSites) et les tiers, à savoir toutes les personnes dont il y a lieu de penser que leur comportement pourrait être à l'origine de la pollution (art. 20 al. 2 OSites). Il ne serait pas nécessaire de séparer formellement les deux catégories en deux décisions distinctes.
- (d) Le principe légal de la responsabilité financière de tous les perturbateurs par comportement, et donc l'affirmation de la possibilité que dans le cas concret les destinataires de la décision seront responsables. Il est possible que la notification d'une telle décision réduise chez les destinataires la volonté de collaborer aux investigations ; il s'agira alors de spécifier dans la décision qu'elle n'est pas formatrice, ne préjuge pas de l'issue de la procédure et ne fait que rappeler le régime légal applicable dans le cas concret.
- (e) Le montant maximum des frais d'assainissement et - si c'est déjà possible en fonction des circonstances - la quotité maximum de chaque partie. Il pourra s'agir d'estimations grossières, assorties d'une réserve de modification en fonction de toutes les circonstances nouvelles (ce qui équivaldra à une révocation partielle de la décision).
- (f) Les obligations d'informations exposées précédemment (ci-dessus ch. 2), en particulier sur toutes les opérations commerciales qui provoqueraient un changement de parties.
- (g) Le fait que l'autorité compétente fera mentionner au registre foncier l'existence du site contaminé et l'obligation pour ses propriétaires de l'assainir.

(même si la décision n'est pas définitive en raison des recours et si tous les litiges ne sont pas encore liquidés) ; cela tant face au perturbateur par comportement qui se réorganiserait que face au perturbateur par situation qui vendrait le bien-fonds pollué.

### **3. Mesures d'intervention**

130 Parmi les mesures d'intervention mentionnées dans notre avis de 2008, à noter que la production d'une créance de l'Etat pour les frais d'investigation, de surveillance ou d'assainissement revêt un intérêt pratique certain dans les cas de:

- (a) Liquidation ou la faillite d'une société perturbatrice.
- (b) Lors de l'appel aux créanciers en vue de la réduction de capital (art. 733 CO). Il n'y a cependant pas d'appel si la réduction est utilisée comme procédure d'assainissement de la société (art. 735 CO).
- (c) Lors de la transformation d'une société, afin de mettre à profit le délai de 3 ans pendant lequel les anciens titulaires de parts restent personnellement responsables des dettes exigibles avant la transformation.
- (d) Lors de la liquidation d'une succession répudiée (par voie de faillite avec appel aux créanciers ; cf. art. 573 al. 2 CC et 49 LP) ou lors de son acceptation sous bénéfice d'inventaire.
- (e) En cas de fusion, afin d'exiger que la société reprenante garantisse les créances de l'Etat (art. 25 LFus).

## **VII. Conclusions**

131 Les éléments principaux de l'analyse qui précède seront résumés ci-après en guise de conclusions ;

132 Sont légitimées à demander la garantie prévue par l'art. 32d<sup>bis</sup> al. 1 LPE les autorités d'exécution et non pas les collectivités qui assument finalement les frais de défaillance.

133 Le garant est une personne à l'origine des mesures nécessaires, à savoir le perturbateur par comportement et/ou le perturbateur par situation au sens de l'art. 32d LPE.

134 La garantie peut être demandée pour les sites inscrits au cadastre pour lesquels il faut procéder à une investigation afin de déterminer s'ils nécessitent une surveil-



lance ou un assainissement selon l'art. 5 al. 4 let. b OSites ainsi que pour les sites qui font l'objet d'investigations, d'une surveillance ou d'un assainissement.

- 135 Le montant de la garantie est fixé pour chaque perturbateur selon sa quote-part de responsabilité, définie conformément aux principes de répartition des responsabilités posés par l'art. 32d LPE.
- 136 L'autorité d'exécution doit rendre vraisemblable le risque de défaillance du perturbateur concerné ; des indices suffisent.
- 137 Le montant de la garantie doit être fixé selon les coûts prévisibles, qui sont déterminés selon l'état des connaissances et sur la base de cas similaires. L'autorité doit rendre vraisemblable le montant des frais des mesures, par le biais d'une estimation justifiée. Il n'est pas conforme au principe de proportionnalité de se fonder automatiquement et de manière générale sur le worst case scenario; celui-ci doit être vraisemblable.
- 138 La garantie doit être adaptée en cas de changement des circonstances ainsi que dans les cas où l'autorité procède par étape. Elle est levée lorsque le perturbateur-garant a payé tous les frais qui lui incombent selon l'art. 32d LPE.
- 139 Les autorités d'exécution ont un certain pouvoir d'appréciation pour choisir la forme de garantie la plus adéquate parmi toutes celles offertes par le droit privé ; elles privilégieront autant que possible les garanties de type indépendant (telles que le port-fort et la garantie-bancaire).
- 140 La constitution de garanties peut faire l'objet d'un accord entre l'autorité et les perturbateurs concernés ; à défaut d'accord, l'autorité d'exécution rendra une décision de constitution de garantie. Le droit d'être entendu du perturbateur-garant doit être respecté.
- 141 La décision de constitution de garantie est provisoire et ne préjuge pas de la décision ultérieure en répartition des coûts
- 142 Le destinataire de la décision est légitimé à recourir contre cette décision.
- 143 En règle générale, le recours au niveau cantonal a un effet suspensif automatique. En revanche, le recours au Tribunal fédéral n'a pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), à moins que le juge instructeur statue différemment.
- 144 Le refus/retrait de l'effet suspensif peut être ordonné si des justes motifs le commandent, à l'issue d'une pesée des intérêts et en application du principe de proportionnalité.

- 145 Du point de vue du droit procédural, la décision de garantie est une décision incidente (*Zwischenentscheid*). Il s'ensuit que le recours au Tribunal fédéral (contre la décision de l'autorité de recours cantonale) n'est ouvert qu'aux conditions restrictives de l'art. 93 LTF.
- 146 Si le garant n'obtempère pas à la décision rendue par l'autorité compétente et refuse de constituer une garantie, l'autorité d'exécution pourra recourir à l'exécution forcée en fourniture de sûretés conformément à l'art. 38 al. 1 LP dès que la décision de constitution de garantie est exécutoire.
- 147 Outre les possibilités offertes par l'art. 32d<sup>bis</sup> LPE et de manière générale tant que les conditions de la garantie ne sont pas remplies, les autorités d'exécution devraient mettre en œuvre diverses mesures d'information, de prévention et d'intervention afin de réduire autant que possible le risque d'être confrontées à des frais de défaillance.

Zurich et Fribourg, octobre 2014

Jean-Baptiste Zufferey

Isabelle Romy