

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



Sous-commission Sites contaminés
de la CEATE-N

Avant-projet du 29 mai 2001
(version de la consultation)

**98.451 n Initiative parlementaire
Sites pollués par les déchets.
Frais d'investigation (Baumberger)**

Rapport concernant la modification de la LPE (assainissement de sites pollués par des déchets)

Table des matières

1	PARTIE GÉNÉRALE: HISTORIQUE PARLEMENTAIRE	3
11	Point de la situation.....	3
12	Examen préliminaire.....	4
13	Les travaux de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie.....	5
2	PARTIE SPÉCIALE: LA RÉVISION DE LA LPE	6
20	Sommaire	6
21	Préambule	6
22	Assainissement des sites contaminés: le droit en vigueur	7
221	Relevé des sites pollués par des déchets; inscription au cadastre (art. 32c LPE, art. 5 OSites).....	7
222	Investigation préalable (art. 7 OSites).....	8
223	Investigation de détail (art. 14 OSites).....	9
224	Projet d'assainissement et assainissement (art. 32c LPE, art. 17 OSites).....	9
225	Surveillance (art. 13 OSites).....	9
226	Restriction de l'utilisation du sol.....	10
227	Excavation d'un site pollué mais ne nécessitant pas un assainissement (site pollué avec projet de construction).....	10
23	Analyse du droit en vigueur et modifications proposées	10
231	La répartition des coûts.....	10
2311	<i>Frais d'investigation et de surveillance</i>	<i>10</i>
2312	<i>Signification de la clause dérogatoire dont bénéficie le perturbateur par situation s'il est dans l'ignorance (art. 32d, al. 2, 3^e phrase LPE)</i>	<i>11</i>
2313	<i>Coûts de défaillance</i>	<i>11</i>
2314	<i>Frais d'élimination de matériaux d'excavation d'un site pollué mais ne nécessitant pas un assainissement (site pollué avec projet de construction).....</i>	<i>13</i>
232	Indemnités accordées par la Confédération (art. 32e LPE).....	15
233	Délimitation entre droit public et droit privé.....	15
234	Questions de procédure.....	17
2341	<i>Actions substitutives des pouvoirs publics</i>	<i>17</i>
2342	<i>Décision relative à la répartition des coûts: ayants droit</i>	<i>17</i>
2343	<i>Décision relative à la répartition des coûts: champ d'application</i>	<i>18</i>
2344	<i>Décision relative à la répartition des coûts: quand peut-elle être exigée? ...</i>	<i>18</i>
24	Conclusion	18
25	Commentaire sur les modifications proposées	19
	Art. 32b ^{bis} <i>Financement de l'élimination de matériaux d'excavation de sites pollués par des déchets.....</i>	<i>19</i>
	Art. 32c <i>Obligation d'assainir.....</i>	<i>21</i>
	Art. 32d <i>Prise en charge des frais</i>	<i>21</i>
	Art. 32e <i>Taxe.....</i>	<i>24</i>
26	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	25
261	Confédération	25
262	Cantons et communes	25
27	Constitutionnalité	26
	Bibliographie.....	28

1 Partie générale: Historique parlementaire

11 Point de la situation

Le présent projet de modification de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE) est basé sur l'initiative parlementaire du conseiller national Baumberger, à laquelle le Conseil national avait donné suite le 27 septembre 1999.

Cette initiative parlementaire déposée le 7 décembre 1998 était libellée comme suit:

«Me fondant sur l'art. 21bis de la loi sur les rapports entre les conseils, je dépose l'initiative parlementaire ci-après sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces qui complétera la loi sur la protection de l'environnement (LPE) par des dispositions réglementant la prise en charge des frais d'investigation pour l'inscription dans le cadastre des sites pollués ou pour leur radiation:

Art. 32d, al. 4

Les cantons prennent à leur charge les frais d'investigation relatifs à un site inscrit ou susceptible d'être inscrit au cadastre (art. 32c, al. 2) si l'investigation révèle que ce site n'est pas ou n'est plus pollué par des déchets.

Art. 32e, al. 1

... La Confédération en affecte le produit exclusivement au financement des indemnités visées aux alinéas 3 et 3^{bis}. Les indemnités sont versées aux cantons en fonction des coûts engagés.

Art. 32e, al. 3

Les indemnités accordées pour l'assainissement de décharges contrôlées et d'autres sites pollués par des déchets ne peuvent dépasser 40% des coûts imputables et ne sont versées que si ...

Art. 32e, al. 3^{bis}

Les indemnités versées pour les investigations visées à l'article 32d, alinéa 4, ne peuvent pas dépasser 60% des coûts imputables.

Art. 32e, al. 4

Le Conseil fédéral édicte des prescriptions sur la procédure de perception de la taxe ainsi que sur le montant des indemnités de la Confédération et sur les coûts imputables.»

Développement de l'initiative:

«Pour des raisons juridiques, l'ordonnance sur les sites contaminés, entrée en vigueur le 01.10.1998, ne réglemente pas la prise en charge des frais que génèrent, notamment, les investigations destinées à établir si un site est pollué (et s'il doit être inscrit dans le cadastre des sites pollués, conformément à la LPE).

Dans la pratique (voir l'aperçu donné dans la revue «Le droit de l'environnement dans la pratique», 1997, p. 758), de nombreux cantons imputent les frais de ces investigations au détenteur du site suspect (généralement au propriétaire du terrain où se trouve ce site) quel que soit le résultat de l'investigation. Cette approche ne respecte pas la volonté exprimée par le législateur lors de la récente révi-

sion de la LPE; de plus, elle est contraire aux règles de procédure en usage et suppose d'emblée qu'il y a faute, ce qui est inadmissible.

Par conséquent, la LPE doit être complétée par des dispositions précisant que les frais engagés pour les investigations destinées à établir le cadastre des sites pollués ou à radier un site de ce cadastre seront systématiquement à la charge des pouvoirs publics s'il s'avère que le site considéré n'est pas pollué par des déchets menaçant l'équilibre écologique.

Pour alléger les charges financières des cantons, il faut qu'une part raisonnable des frais engagés pour les premières recherches sur le passé du site ou pour les premières analyses techniques soient couverts par la taxe prélevée en vertu de l'art. 32e LPE pour financer l'assainissement des sites.

En vertu de l'art. 32e, al. 4, LPE, les prescriptions d'exécution doivent être édictées par le Conseil fédéral. Un groupe de travail composé de représentants des cantons et de l'OFEFP élaborera au cours du premier semestre 1999 les critères qui détermineront l'inscription d'un site au cadastre (ou la radiation de l'inscription). Il y a lieu de penser que l'impact sur l'environnement et la proportionnalité figureront parmi les critères retenus.»

12 Examen préliminaire

Le 29 mars 1999, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a fait connaître à la CEATE-N son avis concernant cette initiative parlementaire, ainsi que l'état des travaux menés par l'administration; il lui a signalé que celle-ci était en train de traiter deux domaines susceptibles d'avoir des interactions avec l'initiative parlementaire en question:

«1. L'art. 32e de la LPE révisée confère au Conseil fédéral la compétence de percevoir une taxe sur le stockage définitif des déchets et sur l'exportation de déchets destinés au stockage définitif, et d'utiliser le produit de cette taxe pour soutenir financièrement les cantons lors de l'assainissement de sites contaminés. L'administration prépare actuellement une ordonnance relative à la taxe sur l'assainissement des sites contaminés, qui se fonde sur cette disposition. Il est prévu d'ouvrir la procédure de consultation auprès des cantons et des organisations intéressées à la fin du mois d'avril.

L'ordonnance règlera essentiellement les points suivants:

- les modalités de perception de la taxe sur le stockage définitif de déchets en Suisse et sur l'exportation de déchets destinés au stockage définitif à l'étranger;
- les montants de la taxe, qui doivent permettre de disposer d'environ 30 millions de francs par année pour indemniser la collectivité lorsque celle-ci doit supporter les coûts d'un assainissement;
- les conditions et la procédure d'octroi d'indemnités aux cantons, ainsi que le montant de ces indemnités et les coûts d'assainissement imputables.»

L'ordonnance relative à la taxe sur l'assainissement des sites contaminés (OTAS), arrêtée par le Conseil fédéral le 5 avril 2000, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

«2. L'ordonnance sur les sites contaminés (OSites) contient, aux art. 2, 5 et 6, les dispositions essentielles portant sur l'inscription et la radiation des sites dans le cadastre des sites pollués. Cependant, les milieux économiques en particulier craignent que ne soient inscrits au cadastre de nombreux sites dont l'investigation ultérieure montre qu'ils ne sont nullement pollués par des déchets. Un groupe de travail intercantonal s'attelle donc, avec la participation de l'OFEFP, à l'élaboration de critères plus précis, nécessaires pour le recensement des sites pollués dans le cadastre. Le problème du recensement et de la radiation des aires d'exploitations fait l'objet d'une attention particulière. Le groupe de travail discutera cette année encore des principaux critères avec les associations économiques concernées.»

Ce projet de critères d'exécution a fait entre temps l'objet d'une procédure de consultation. Sa version définitive est prévue pour l'été 2001.

Le DETEC a en outre fait observer que «le texte proposé dans l'initiative parlementaire comporte une erreur dans la citation des dispositions légales à modifier. En effet, par rapport au texte en vigueur, il faudrait qu'à côté de l'art. 32d, al. 4 (nouveau), la deuxième disposition à modifier soit ainsi libellée: *Art. 32e, al. 1, deuxième et troisième phrases, al. 3, phrase introductive, al. 3^{bis} (nouveau) et al. 4 .»*

L'auteur de l'initiative s'en est expliqué le 11 mai 1999 devant la CEATE-N: il a fait remarquer que l'établissement d'un cadastre des sites contaminés, et les travaux nécessaires pour déterminer s'il y a lieu d'en radier un site, entraînent des frais d'investigation parfois élevés. Or, l'ordonnance sur les sites contaminés, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998, ne régleme nte pas la prise en charge de ces frais; mais les tribunaux tranchent en faveur de l'Etat: c'est au propriétaire de s'en acquitter, même en cas de non-contamination. Selon l'auteur de l'initiative, une telle approche est inadmissible, car contraire à la présomption d'innocence: il estime donc que c'est aux cantons qu'il incombe d'assumer les frais concernés lorsque le site se révèle non pollué. L'OFEFP évalue à 50 000 le nombre de sites (décharges, garages, entreprises de peinture ou de teinturerie, etc.) susceptibles d'être inscrits au cadastre des sites contaminés, ce qui implique des frais d'investigation de 30 000 à 50 000 francs en moyenne.

La CEATE-N a donné suite à cette initiative parlementaire le 11 mai 1998 par 17 voix contre une; et le Conseil national a suivi sa commission, sans discussion, le 27 septembre 1999.

13 Les travaux de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie

La CEATE-N a désigné le 24 janvier 2000, pour les travaux de la seconde phase, une sous-commission constituée des cinq membres suivants: Susanne Leutenegger Oberholzer (présidente), Rolf Hegetschweiler, Robert Keller, Rudolf Rechsteiner und Odilo Schmid. Après avoir procédé à une consultation, cette sous-commission a siégé avec les spécialistes extérieurs à l'administration suivants: Ursula Brunner¹ et

¹ Ursula Brunner, avocate, Zurich; Jürg Suter, Abteilung Abfallwirtschaft und Betriebe, Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft, Zurich; Hans W. Stutz, Abteilung Abfallwirtschaft und Betriebe, Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft, Zurich; Jürg Hofer, Amt für Umwelt und Energie, Bâle-Ville; Peter Rosenstock, avocat, Zurich.

Jürg Suter (dans la phase initiale), Hans Stutz (remplaçant Suter), Jürg Hofer et Peter Rosenstock. Les représentants de l'administration aux séances de la sous-commission étaient Christoph Wenger² et Marco Zaugg. Hofer a été chargé en qualité d'expert d'élaborer un texte de loi, accompagné d'un bref commentaire, concernant la prise en charge des frais d'investigation de sites (potentiellement) contaminés.

Le 29 mai 2001, la CEATE-N a approuvé à l'unanimité l'avant-projet de la sous-commission, et elle a chargé le Conseil fédéral de le soumettre à consultation.

2 Partie spéciale: La révision de la LPE

20 Sommaire

La révision partielle de la LPE présentée ici reprend d'une part les modifications demandées par l'initiative parlementaire Baumberger: une investigation préalable concluant que le site examiné n'est pas pollué doit être payée par le canton. Elle vise d'autre part à revoir entièrement et à clarifier les règles applicables à la répartition des coûts engendrés par les sites contaminés. Ses propositions sont les suivantes:

- Les règles de répartition des coûts d'assainissement de sites contaminés doivent s'étendre aux frais d'investigation et de surveillance (art. 32d, al. 1 LPE).
- Il convient de préciser la clause dérogatoire dont bénéficie le détenteur non fautif et ignorant que son bien-fonds est pollué. Celui-ci ne sera tenu de participer à la couverture des frais d'assainissement que s'il en retire un bénéfice dépassant celui auquel correspond l'élimination de l'atteinte (art. 32d, al. 2, let. c LPE).
- La loi mettra explicitement les coûts de défaillance à la charge de la collectivité si aucune personne impliquée ne peut être poursuivie, tout en prévoyant une responsabilité étendue des personnes qui restent impliquées (art. 32d, al. 2^{bis} LPE).
- Les cantons seront désormais habilités à attribuer spontanément des mandats d'investigation, de surveillance et d'assainissement de sites pollués (art. 32c, al. 3 LPE).
- Les coûts engendrés par un site pollué mais ne nécessitant pas un assainissement (site pollué avec projet de construction) seront répartis entre les différentes personnes impliquées de la même manière que s'il s'agissait d'un site contaminé (art. 32b^{bis} LPE).
- Au moment de prendre sa décision sur la répartition des coûts, l'autorité pourra également, si les circonstances sont claires, arrêter dans le cadre de la procédure administrative les droits privés des personnes concernées (art. 32d, al. 3 LPE).

21 Préambule

Les Chambres fédérales ont introduit des prescriptions concernant les sites contaminés dans la LPE (art. 32c à 32e) à l'occasion de sa révision³ du 21 décembre 1995⁴. Ces nouvelles dispositions ont été unanimement approuvées par la doctrine aussi

² Christoph Wenger, chef de la section Sites contaminés et liquides polluants, OFEFP, Berne, et Marco Zaugg, chef suppléant de la division Droit, OFEFP, Berne.

³ Le message du Conseil fédéral sur la révision de la LPE ne les mentionnait pas encore.

⁴ RO 1997 1155 1174

bien que par la pratique. Il s'est avéré entre temps que l'art. 32d LPE, notamment, qui règle la prise en charge des coûts, manque de clarté et pose des problèmes d'interprétation. La question est juridiquement délicate et entraîne souvent des conséquences pécuniaires importantes. Un commentateur a fait remarquer en substance que l'on ne peut s'empêcher de penser que «le législateur ne se rendait pas tout à fait compte de la portée des dispositions qu'il prenait»⁵.

Selon des spécialistes, ce problème est essentiellement dû au fait que le législateur a repris la jurisprudence bien rodée du Tribunal fédéral concernant un domaine relativement simple à réglementer – à savoir la prise en charge des coûts résultant des mesures de prévention et de réparation des dommages selon art. 8 de la loi fédérale de 1971 sur la protection des eaux (LEaux), ou art. 54 de la LEaux actuelle – pour l'appliquer à la répartition des coûts d'assainissement de sites contaminés, question nettement plus complexe. Lorsqu'il s'agit de protection des eaux, les mesures de prévention et de réparation nécessaires en cas de sinistre sont presque toujours prises par une autorité déterminée, laquelle répartit ensuite les coûts entre ceux qui ont provoqué son intervention⁶. Tandis que pour l'assainissement de sites contaminés, l'autorité doit statuer sur la prise en charge de frais engagés par des entreprises et des particuliers qui, souvent, entretiennent eux-mêmes des relations de droit privé avec des tiers. Les sites pollués par des déchets posent ainsi des problèmes de répartition des coûts que les règles prévues pour le domaine de la protection des eaux ne permettront pas toujours de résoudre.

De plus, la LPE ne mentionne que les coûts de l'*assainissement*. La répartition des frais suscités par l'examen et la surveillance d'un site pollué ne fait pas l'objet d'une réglementation explicite.

22 Assainissement des sites contaminés: le droit en vigueur

Nous exposons ci-après les étapes que comporte l'assainissement d'un site contaminé, les frais qui en résultent et les personnes censées les prendre en charge selon les dispositions en vigueur de la LPE.

221 Relevé des sites pollués par des déchets; inscription au cadastre (art. 32c LPE, art. 5 OSites)

Le relevé des sites pollués par des déchets et leur inscription au cadastre est du ressort des cantons, qui supportent les frais entraînés par ces opérations. Et aux termes de l'ordonnance du 26 août 1998 sur les sites contaminés (OSites), les cadastres sont établis sur la base de «données disponibles telles que cartes, inventaires et informations» (art. 5, al. 1, OSites).

L'autorité cantonale peut demander des renseignements complémentaires aux détenteurs des sites ou à des tiers (art. 5, al. 1, seconde phrase OSites), ou encore exiger des enquêtes (art. 46 LPE). L'art. 2 LPE (principe de causalité) met les frais à la charge des détenteurs, lesquels peuvent, le cas échéant, répercuter ces frais sur des tiers en vertu de clauses de droit privé.

⁵ Budliger, DEP 1997, pp. 310 ss.

⁶ Des citernes qui débordent lors de la livraison de mazout constituent un des sinistres les plus fréquents. Les frais d'intervention des pouvoirs publics (p.ex. service de lutte contre les accidents par hydrocarbures, permanence de protection des eaux, excavation et élimination de terre souillée) sont répartis entre le fournisseur (perturbateur par comportement) et le propriétaire de l'immeuble (responsable de la citerne, donc perturbateur par situation).

222 Investigation préalable (art. 7 OSites)

Dans le cas d'un site pollué pour lequel on ne s'attend à aucune atteinte nuisible ou incommodante, rien d'autre que l'inscription au cadastre ne doit être entrepris.

L'investigation préalable imposée dans tous les autres cas comprend généralement une investigation historique et une investigation technique; son exécution incombe normalement au détenteur du site pollué (art. 46 LPE et art. 20, al. 1 OSites). L'autorité peut toutefois l'imposer à des tiers lorsqu'il y a lieu de penser que leur comportement est à l'origine de la pollution du site⁷.

Souvent réalisée par les détenteurs eux-mêmes, l'investigation historique ne pose guère de problèmes pratiques; tandis que l'investigation technique doit généralement être confiée à des spécialistes externes, ce qui coûte plusieurs dizaines de milliers de francs et parfois plus de cent mille francs.

Ni la loi ni l'ordonnance ne réglementent la prise en charge des frais d'investigation préalable. Doctrine et pratique admettent la règle suivante:

- Le site n'est pas pollué (art. 6, al. 2, let. a OSites).
Une partie de la doctrine⁸ considère que ces frais incombent au détenteur du site en vertu de l'art. 2 LPE, puisque l'absence de pollution fait qu'il n'y a pas de causalité au sens de perturbateur par comportement⁹. Selon une autre interprétation (Cummins¹⁰), c'est au canton de prendre ces frais à sa charge lorsqu'il a supposé à tort que le site en question était pollué.
Pour le Tribunal fédéral, «il y a de bonne raisons» pour que les frais d'investigation relatifs à un site potentiellement contaminé soient répartis entre ceux qui sont à l'origine de cette investigation: elle n'aurait pas eu lieu si personne n'avait exercé sur le bien-fonds considéré des activités qui la justifiaient¹¹.
- Le site est pollué mais ne requiert ni assainissement ni surveillance (art. 8, al. 2, let. c OSites):
La majorité des auteurs se réfèrent dans ce cas à l'art. 2 LPE: les frais d'investigation doivent être assumés par la personne obligée d'y procéder; le cas échéant, celle-ci peut se retourner par la voie civile contre un tiers dont le comportement a été la cause de la pollution.
Selon Cummins¹², il est «plausible» que l'autorité s'appuie sur l'art. 32d LPE pour l'attribution de ces frais.

⁷ ATF affaire Z. contre Direction des Travaux publics du canton de Zurich du 3 mai 2000, in: DEP 2000, pp. 590 ss., Pra 2000, pp. 1008 ss. L'autorité ne peut pas décider en toute liberté à qui il incombe d'effectuer l'investigation: on peut imaginer des cas où la mise en cause du tiers responsable s'impose en toute logique, ce qui transforme cette disposition facultative en obligation pour l'autorité (consid. 2h).

⁸ Cf. Brunner, DEP 1997, pp. 25 ss.; Stutz, DEP 1997, p. 771

⁹ Pour la notion de perturbateur, cf. Kommentar USG N 22 f. zu Art. 32 c USG. Schématiquement, le perturbateur par situation est le détenteur du terrain, et le perturbateur par comportement est la personne qui a provoqué la pollution par son activité.

¹⁰ Cummins, Diss. 1999, p. 105

¹¹ ATF affaire Z. contre Direction des Travaux publics du canton de Zurich du 3 mai 2000, consid. 3b, DEP 2000, pp. 386 ss. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question du fait que son arrêt portait en l'occurrence non pas sur la répartition des coûts, mais sur l'obligation d'effectuer l'investigation d'un site pollué. Mais ces considérations du TF s'appliquent également à des sites dont l'examen a révélé qu'ils n'étaient pas pollués.

¹² Cummins, Diss. 1999, p. 104.

- Le site est pollué et nécessite une surveillance (art. 8, al. 2, let. a OSites): mêmes règles qui ci-dessus.
- Le site est pollué et nécessite un assainissement (art. 8, al. 2, let. b OSites): la doctrine qui s'est imposée ici, c'est que les coûts d'assainissement doivent englober les frais d'investigation préalable¹³. Ceux-ci sont répartis avec les frais d'assainissement entre ceux qui sont à l'origine de ces interventions, proportionnellement à la responsabilité de chacun. Les frais d'investigation préalable sont ainsi considérés comme une partie du coût de l'assainissement nécessaire.

223 Investigation de détail (art. 14 OSites)

Si le site pollué nécessite un assainissement, l'autorité demande une investigation de détail réunissant toutes les données requises pour apprécier les buts et l'urgence de l'intervention.

L'investigation de détail est régie par les mêmes principes que l'investigation préalable: elle incombe essentiellement au détenteur en vertu de l'art. 20, al. 1 OSites; et l'alinéa 2 prévoit que l'autorité peut l'imposer à des tiers lorsqu'il y a lieu de penser que leur comportement est à l'origine de la pollution du site.

Comme l'investigation de détail sert exclusivement à préparer l'assainissement, on peut s'appuyer sur l'art. 32d LPE pour répartir les frais proportionnellement entre ceux qui sont à l'origine de ces interventions. Au cas (plutôt théorique) où l'investigation de détail aboutit à la conclusion qu'un assainissement serait superflu, il conviendrait – comme pour l'investigation préalable d'un site ne nécessitant pas d'assainissement – d'en faire supporter les frais au détenteur conformément à l'art. 2 LPE.

224 Projet d'assainissement et assainissement (art. 32c LPE, art. 17 OSites)

Le projet d'assainissement expose les mesures concrètes à prévoir, leurs effets sur l'environnement et les dangers subsistant pour l'environnement après l'assainissement. Celui-ci implique des mesures d'ordres très divers, dont le coût peut aller de quelques milliers à plusieurs millions de francs.

C'est également au détenteur qu'il incombe en premier lieu d'exécuter les opérations d'assainissement (art. 20, al. 1 OSites). L'autorité peut toutefois, avec l'accord du détenteur, y obliger des tiers lorsque leur comportement est à l'origine de la pollution du site.

Les frais se répartissent proportionnellement entre tous ceux qui sont à l'origine de ces interventions, conformément à l'art. 32d LPE.

225 Surveillance (art. 13 OSites)

L'art. 13 OSites prévoit deux types de surveillance:

1. Surveillance des sites nécessitant un assainissement, jusqu'à la fin de celui-ci.
2. Surveillance des sites ne nécessitant pas un assainissement, dans le but d'identifier un danger concret.

¹³ La première fois par Brunner, DEP 1997, p. 27.

Les mesures de surveillance sont considérées dans le premier cas comme faisant partie de l'assainissement, et les frais, répartis en vertu de l'art. 32d LPE. Dans le second cas, on ne parlera pas d'assainissement du fait que l'art. 16 OSites limite cette notion aux opérations de décontamination, de confinement et de restriction imposée à l'utilisation du sol. Il convient donc de se référer non pas à l'art. 32d LPE mais à l'art. 2 LPE pour la répartition des frais de surveillance¹⁴.

226 Restriction de l'utilisation du sol

Lorsque le sol a subi des atteintes, l'assainissement au sens de l'art. 16 OSites peut consister à en restreindre l'utilisation; ce qui n'entraînera pas toujours des frais. Mais plutôt que d'assainir il sera souvent nécessaire de prendre des mesures de protection au sens de l'art. 34, al. 2 LPE, mesures excluant toute répartition des coûts.

227 Excavation d'un site pollué mais ne nécessitant pas un assainissement (site pollué avec projet de construction)

Il est très courant qu'un projet de construction fasse apparaître que le site en question est pollué. Même si celui-ci ne doit pas être assaini, il s'avèrera souvent indispensable d'examiner tout d'abord en détail les matériaux d'excavation requis pour la construction, de les traiter et/ou de les stocker à part. Les frais supplémentaires que cela entraîne par rapport au coût d'une fouille «normale» sont comparables à ceux d'un assainissement.

Doctrine et jurisprudence sont d'accord que ce cas relève des dispositions légales sur les déchets exclusivement, et non de celles sur les sites contaminés. C'est au détenteur des déchets (art. 31c LPE) – en l'occurrence le détenteur du site pollué – qu'il incombe de traiter correctement et d'éliminer les matériaux excavés. C'est également à lui qu'il revient d'en assumer le coût, en vertu de l'art. 32, al. 1. Il peut toutefois répercuter les frais encourus, par voie de droit civil, sur un éventuel perturbateur par comportement. Le recours à des droits civils comporte cependant deux problèmes: ces prétentions se prescrivent relativement vite (en règle générale par dix ans au plus) et ne peuvent être satisfaites que s'il y a responsabilité contractuelle (selon art. 97ss CO) ou acte illicite (art. 41 CO).

23 Analyse du droit en vigueur et modifications proposées

231 La répartition des coûts

2311 Frais d'investigation et de surveillance

La loi sur la protection de l'environnement (art. 32d LPE) ne mentionne explicitement que les frais d'assainissement proprement dits; elle passe sous silence tous les autres coûts – notamment les frais d'investigations diverses et de surveillance – alors que ceux-ci ne sont pas de nature essentiellement différente.

Dans le cas d'un assainissement, l'autorité répartit l'ensemble des coûts (toutes investigations comprises) entre les diverses personnes impliquées. Mais la loi ne définit pas clairement la répartition des frais en l'absence d'assainissement et si l'on s'en

¹⁴ La division Droit de l'OFEFP partage ce point de vue; tandis que Stutz estime que la répartition doit être régie par l'art. 32d, DEP 1997, p. 772.

tient à une simple surveillance – ce qui est illogique et anormal. Il y a en effet une majorité de sites suspects qui ne devront finalement pas être assainis¹⁵. De plus, les opérations d'investigation et de surveillance entraînent souvent des frais considérables; raison pour laquelle il convient d'inscrire à l'art. 32d, al. 1 LPE une disposition réglant les frais d'investigation et de surveillance.

Par ailleurs, l'ordonnance sur les sites contaminés (art. 5, al. 1 OSites) prévoit qu'il suffit de quelques données relativement peu concrètes – cartes, inventaires ou informations – pour que l'autorité cantonale soit tenue d'inscrire un site au cadastre. De ce fait, l'investigation préalable peut être imposée au détenteur afin de prouver qu'un simple soupçon de contamination nourri par l'autorité n'est pas fondé. L'initiative parlementaire Baumberger aborde également ce problème.

Si l'investigation préalable conclut à l'absence de pollution, il apparaît justifié d'en mettre les frais à la charge du canton. Bien délimiter les sites pollués est une opération d'intérêt public. Et les frais encourus devraient inciter les cantons à choisir avec davantage de soin les sites pour lesquels ils exigeront une investigation préalable.

2312 Signification de la clause dérogatoire dont bénéficie le perturbateur par situation s'il est dans l'ignorance (art. 32d, al. 2, 3^e phrase LPE)

L'art. 32d, al. 2, 3e phrase LPE contient une clause dérogatoire en faveur, notamment, du détenteur d'un site qui ne retire aucun bénéfice de l'assainissement: il n'aura pas à en assumer les frais. Les auteurs ont des avis partagés sur la manière de définir ce bénéfice. Certains considèrent qu'il y a bénéfice lorsque l'assainissement apporte une plus-value sensible au bien-fonds¹⁶ ou d'autres avantages tels qu'une extension de son utilisation¹⁷ ou encore un meilleur équipement¹⁸. D'autres auteurs estiment que le propriétaire d'un bien-fonds tire toujours un profit économique de l'assainissement, de sorte que la clause dérogatoire concerne tout au plus des locataires ou fermiers¹⁹.

Il convient de clarifier cette notion de bénéfice à l'occasion de la présente révision. On ne saurait parler de bénéfice tant que les opérations d'investigation, de surveillance ou d'assainissement ont pour seul effet de permettre un aménagement du bien-fonds conforme à l'affectation prévue pour celui-ci. Le détenteur ne devrait être contraint de participer aux frais que si les mesures prises apportent des avantages supplémentaires.

2313 Coûts de défaillance

Selon la doctrine courante, le principe de causalité régissant la législation environnementale veut qu'une personne impliquée n'assume des frais d'intervention que proportionnellement à sa part de responsabilité. Ce principe est donc en contradiction avec celui de la responsabilité solidaire selon lequel chaque personne impliquée assume la totalité des coûts imputables. Par ailleurs, le principe de causalité ne règle ici que les prétentions de l'Etat à l'égard de particuliers. Ces deux aspects conjugués peuvent conduire dans le domaine des sites contaminés à des coûts de défaillance, comme le montre l'exemple ci-dessous.

¹⁵ Le nombre de sites suspects était évalué en 1997 à 50 000, dont 3000 à 4000 seulement sont effectivement contaminés et doivent être assainis (OFS et OFEFP: L'environnement en Suisse, Chiffres, faits, perspectives, p. 153).

¹⁶ Budliger, DEP 1997, p. 307.

¹⁷ Zaugg, DEP 1996, p. 492.

¹⁸ Nef, Kostenpflicht, p. 398.

¹⁹ Cf. Tschannen, Komm. USG, N. 30 zu Art. 32d; Cummins, Diss., pp. 154 ss.

Dans les années cinquante, l'entreprise X, liquidée depuis lors, exploitait une décharge sur le terrain de Mme Y. X payait à l'époque à Mme Y trois francs par tonne de déchets déposés sur ce bien-fonds. Puis X a fermé la décharge dans les règles, et Mme Y a vendu le terrain à M. Z. Il apparaît aujourd'hui que cette décharge est un site contaminé qui nécessite un assainissement. Après de longues tractations, l'autorité compétente a commandé elle-même l'exécution de cet assainissement. Elle répartit les responsabilités de la manière suivante:

- *l'entreprise X assumera 60% des frais en tant que perturbateur par comportement*
- *Mme Y assumera 30% des frais en tant que perturbateur par comportement*
- *M. Z assumera 10% des frais en tant que perturbateur par situation exclusivement*

Le principe de causalité impose à l'autorité de n'imputer à chaque personne impliquée que les frais correspondant à sa part de responsabilité. Il n'est donc pas question de répartir la part de l'entreprise X sur les responsables qui subsistent. Ces frais deviennent ainsi des coûts de défaillance.

Des coûts de défaillance surviennent si une personne impliquée a disparu, si elle est inconnue ou insolvable, si des raisons d'équité interdisent de lui imputer le total de sa part de frais, ou encore si elle peut se dégager de son obligation d'assumer les frais en vertu de l'art. 32d, al. 2, 3^e phrase LPE.

La LPE ne s'exprime qu'indirectement sur la question de savoir qui doit assumer les coûts de défaillance: seul son art. 32^e, al. 3, let. c prévoit des indemnités de la Confédération aux cantons pour ce type de coûts. Cela ne dit rien de la part des coûts de défaillance que le canton doit prendre à sa charge.

Les auteurs également ont des vues divergentes sur la répartition des coûts de défaillance²⁰. Le Tribunal fédéral a développé jusqu'à présent (mais il ne s'agissait pas de sites contaminés) une jurisprudence pas tout à fait congruente en la matière²¹.

Les cantons ne sont pas légalement obligés de prendre en charge les coûts de défaillance pour des sites contaminés. L'assainissement correspond bien à un intérêt public, mais cette problématique concerne surtout des milieux privés – soit ceux dont le comportement a porté atteinte aux sites considérés, soit ceux qui pourront utiliser le terrain après assainissement. Il n'est donc pas forcément logique que le canton soit amené à prendre la place d'un responsable devenu insaisissable.

La nécessité de prendre des dispositions légales est donc évidente: on ne peut pas faire de la prise en charge des coûts de défaillance une simple affaire de jurisprudence basée sur le principe général de causalité.

Il est donc proposé d'ajouter à l'art. 32d LPE un alinéa 2^{bis} selon lequel les coûts de défaillance doivent en premier lieu se répartir entre les responsables restants «en fonction de ce qu'elles peuvent assumer et de leur degré de responsabilité». Seul le reste non attribuable sera pris en charge par le canton. Cette nouvelle règle sera plus conforme au principe de causalité, du fait que celui-ci exprime l'opposé d'une charge collective plutôt qu'une restriction de la responsabilité. Comme le perturba-

²⁰ Pour la prise en charge par le canton: Bétrix, DEP 1995, pp. 388/9; Zaugg, DEP 1996, p. 492; Hartmann/Eckert, DEP 1998, pp. 627/8; Tschannen, Komm. zum USG, N. 32 zu Art. 32d; Pour un report (au moins partiel) sur les autres personnes impliquées: Stutz, DEP 1997, pp. 778ss.; Cummins, Diss. 1999, pp. 162 ss.

²¹ Cf. remarques à ce sujet par Tschannen, Komm. zum USG, N. 32 zu Art. 32d et par Cummins, Diss. 1999, p. 165.

teur est plus proche de l'atteinte que la communauté, on peut considérer comme justifiable qu'il en assume les coûts.

Cela demande en même temps une modification de l'art. 32e LPE: la Confédération devra alors accorder des indemnités non seulement aux cantons, mais aussi aux responsables qui assument en plus une part des coûts de défaillance. L'indemnité de 40% sera ainsi répartie entre les personnes impliquées et le canton, proportionnellement à leurs charges supplémentaires respectives.

La nouvelle disposition proposée comporte une marge d'appréciation, mais déterminera une répartition plus équitable des coûts.

Une autre solution proposée par certains auteurs²² consisterait à compenser la plus-value du bien-fonds assaini si le canton a préfinancé l'assainissement ou s'il doit assumer les coûts de défaillance. Certains cantons²³ possèdent déjà des réglementations qui leur permettent de compenser au moins en partie ces plus-values. L'Allemagne connaît un régime analogue²⁴.

Des raisons pratiques devraient conduire à renoncer au système de la compensation de plus-value, lequel ne serait de toute manière appliqué que si le détenteur actuel et censé payer n'est pas en mesure de prendre en charge sa part des frais d'assainissement. Mais par ailleurs, ce prélèvement compensatoire ne pourrait pas avoir lieu immédiatement en cas d'insolvabilité du détenteur; il faudrait alors inscrire le droit en question dans le registre foncier, pour le faire valoir lors d'une éventuelle vente ultérieure du terrain. Et ce droit pourrait frapper non plus le détenteur responsable au moment des faits, mais un nouveau propriétaire du bien-fonds. Il faudrait en outre attribuer une partie de ces droits à la Confédération, pour les indemnités qu'elle a prélevées sur le fonds de financement des assainissements (selon art. 32e LPE). Un tel système est impraticable.

2314 Frais d'élimination de matériaux d'excavation d'un site pollué mais ne nécessitant pas un assainissement (site pollué avec projet de construction)

Avec la répartition des frais engendrés par l'élimination de matériaux d'excavation d'un site pollué mais qui n'aurait pas besoin d'être assaini en l'absence d'autres interventions, on aborde une autre dimension que les problèmes évoqués jusqu'ici.

Elle implique d'une part des coûts souvent beaucoup plus élevés que la simple investigation d'un site pollué, du fait qu'il s'agit de traiter et d'éliminer des quantités considérables de matériaux par des méthodes spéciales. Et cette problématique soulève en même temps une question de délimitation avec la législation relative aux déchets, selon laquelle il incombe au détenteur d'assurer ou de payer l'élimination²⁵.

La question qui se pose ici est de savoir si les frais de sites pollués avec projet de construction doivent être répartis en vertu des dispositions légales concernant les déchets ou de celles sur les sites contaminés. Des arguments peuvent être invoqués en faveur des deux solutions.

- De par sa genèse et par définition, un site pollué sur lequel on construit est justiciable de la législation des sites contaminés: il ne nécessite pas un assainisse-

²² Cummins, Diss. 1999, pp. 166 ss.

²³ Zurich au § 12 al. 2 de sa loi sur les déchets; Thurgovie au § 27 al. 2 de sa loi sur les déchets.

²⁴ Au § 25 de la loi du 17 mars 1998 sur la protection contre les altérations nocives du sol et sur l'assainissement des sites contaminés (Bundes-Bodenschutzgesetz).

²⁵ Cela vaut par exemple également pour le détenteur d'un terrain sur lequel des tiers déposent légalement des déchets.

ment; interventions et frais ne surviendront que dans le cas d'une démolition de l'ouvrage pollué, et si l'on procède à des travaux de terrassement (excavation).

- La différence par rapport à un site contaminé, c'est que le bien-fonds en question n'entraînera ni atteintes à l'environnement ni frais tant qu'il reste en l'état. Des mesures spéciales ne devront être prises qu'au moment où l'on intervient sur le sous-sol.
- Mais on ne saurait traiter ces matériaux comme s'il s'agissait de déchets ordinaires. Il y a normalement coïncidence entre le détenteur de déchets et celui qui les produit. Ce qui n'est pas le cas du détenteur «innocent» d'un bien-fonds, perturbateur par situation exclusivement. Celui-ci serait pourtant seul responsable selon la législation sur les déchets; tandis que celle sur les sites contaminés envisage un «producteur de déchets» (le perturbateur par comportement), également responsable.
- L'assainissement d'un site effectivement contaminé est d'intérêt public dans la mesure où cela prévient des atteintes nuisibles ou incommodes. Dans le cas d'un site pollué avec projet de construction, par contre, ce sont les intérêts du maître de l'ouvrage qui priment: c'est lui qui décide s'il y a lieu de construire, et les dispositions qu'il prend agissent sur les coûts. Les frais supplémentaires seront négligeables s'il réalise par exemple un parking de surface sur la partie sérieusement polluée du terrain, au lieu d'un parking souterrain à deux étages. La logique commande donc d'imputer les coûts au maître de l'ouvrage en vertu de la législation sur les déchets.
- Si des terrains de zones industrielles et artisanales restent en friche parce que le traitement des matériaux d'excavation serait trop onéreux, cela fait obstacle à la tâche d'intérêt public que constitue l'application des directives d'aménagement du territoire.

La solution envisagée pour les sites pollués avec projet de construction, dans le cadre de la présente révision de la LPE, s'appuie sur celle qui a été adoptée pour les sites contaminés. Mais comme il s'agit en fait de légiférer ici sur des déchets, ces nouvelles dispositions doivent figurer au chapitre de la loi consacré aux déchets – et non dans celui sur les sites contaminés. Elles apparaîtront ainsi à la fin de la section 3 («financement de l'élimination des déchets»), sous la forme d'un nouvel art. 32b^{bis} LPE.

Il convient de remarquer qu'en principe – comme le prévoit l'art. 32d, al. 1 LPE pour l'assainissement des sites contaminés – c'est à celui qui cause les coûts d'assumer ceux-ci. On précisera également qu'il ne s'agit dans ce contexte que des frais supplémentaires occasionnés par un traitement spécial des matériaux pollués. Le propriétaire devra prendre entièrement à sa charge les frais d'évacuation «normaux», comme pour n'importe quel chantier.

Les frais supplémentaires doivent être répartis entre les différentes personnes impliquées, avant tout le perturbateur par comportement initial et le maître de l'ouvrage. Le premier a causé l'atteinte à l'environnement, le second a le plus grand intérêt à y remédier. Mais les nouvelles dispositions prévues libéreront de sa responsabilité un perturbateur par comportement qui a coupé les liens avec le site considéré depuis plus de 30 ans. Raisons: problématique de la preuve à apporter et prescription.

D'éventuels frais de défaillance se répartiront entre les personnes qui restent impliquées en fonction de leur part de responsabilité, comme pour les nouvelles règles applicables aux sites contaminés. Tandis que les frais non imputables seront à la charge non pas du canton (comme pour les sites contaminés) mais du maître de l'ouvrage, du fait que la fouille a lieu dans son intérêt.

232 Indemnités accordées par la Confédération (art. 32e LPE)

Selon la LPE en vigueur, la Confédération verse aux cantons des indemnités pour l'assainissement de décharges qui ont servi en grande partie au stockage définitif de déchets urbains, ainsi que pour les frais de défaillance que peut comporter cet assainissement. L'ordonnance relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (OTAS) entrée en vigueur le 1er janvier 2001 prévoit en outre des indemnités d'investigation et de surveillance, pour autant que ces opérations soient liées à un assainissement²⁶.

Il découle des propositions présentées sous chiffre 231 que les cantons doivent prendre à leur charge des frais supplémentaires dans les deux cas suivants:

1. Les frais d'investigation lorsqu'il s'avère que le site n'est pas pollué (initiative Baumberger), et
2. Les frais de défaillance pour les opérations d'investigation et de surveillance d'un site qui n'a pas besoin d'être assaini.

Il est conforme à la logique de la loi que les cantons bénéficient d'indemnités provenant de la taxe sur le stockage définitif des déchets (art. 32e LPE) pour ces nouvelles charges également.

233 Délimitation entre droit public et droit privé

Par ailleurs, les dispositions en vigueur sur les sites contaminés n'indiquent pas la signification qu'il convient de donner à la décision sur la répartition des coûts en vertu de l'art. 32d, al. 3 LPE. Lors d'une réunion de l'Association pour le droit de l'environnement consacrée à la révision de la loi sur la protection de l'environnement, Rausch a formulé en substance la question comme suit:

«Il semble que l'on a pas bien réfléchi au fait que la répartition des droits et des devoirs entre perturbateur par situation et perturbateur par comportement est réglée dans bien des cas par des dispositions de droit privé. Il est difficile de savoir si la LPE entendait vraiment habiliter les autorités administratives à intervenir dans une relation de droit privé (et si c'est le cas, jusqu'à quel point).»²⁷

Les auteurs sont tombés d'accord entre temps sur le fait que cette décision ne porte que sur des relations de droit public; les questions de droit privé doivent se régler par la voie civile²⁸. Cette interprétation se base sur l'observation que le droit public ne régit en principe que des prétentions entre l'Etat et des particuliers. Ceux-ci ne peuvent d'autre part régler des relations de droit public par des contrats relevant du droit privé²⁹.

²⁶ Cf. art. 10, al. 2 de l'ordonnance relative à la taxe pour l'assainissement des sites contaminés (OTAS).

²⁷ Rausch, DEP 1996, p. 462.

²⁸ Cf. entre autres Budliger, DEP 1997, pp. 304 ss.; Stutz, DEP 1997, p. 777; Hartmann/Eckert, DEP 1998, p. 624; exposé détaillé: Cummins, Diss. 1999, pp. 171 ss.; Tschannen, Komm. zum USG, N. 48 zu Art. 32d.

²⁹ Cf. Hartmann/Eckert, DEP 1998, p. 630.

La Direction des Travaux publics du canton de Zurich a pris le 3 mai 2000 une décision illustrant très concrètement l'application de ce point de vue³⁰: Une commune avait exploité une décharge située sur un terrain privé, lequel a d'abord été hérité par la femme du propriétaire initial. Après le décès de celle-ci, ce terrain a été vendu à un particulier qui voulait y construire une habitation. Le contrat de vente contenait la clause: «Les frais occasionnés par une éventuelle élimination de déchets polluants seront à la charge du vendeur». Dans une décision circonstanciée, la Direction des Travaux publics a imputé deux tiers des frais d'assainissement au nouveau propriétaire (perturbateur par situation) et un tiers à la commune qui avait autrefois exploité cette décharge (perturbatrice par comportement). La Direction des TP n'a pas considéré le vendeur comme un perturbateur par comportement, et celui-ci a perdu son statut de perturbateur par situation (en tant que propriétaire et détenteur légal du terrain) au moment de la vente. Dans ces circonstances, il fallait «passer outre» à la clause de responsabilité convenue dans l'acte de vente.

Les spécialistes sont unanimes à penser que cette situation juridique est insatisfaisante, du fait qu'après la procédure de droit public les parties concernées doivent encore régler à part les questions de droit privé. Par ailleurs, les autorités ne peuvent pas statuer sans tenir aucun compte de la situation de droit civil. Stutz³¹, par exemple, signale que l'autorité doit prendre sa décision en considérant la situation de droit privé «comme un fait»; il ne s'agit pas pour elle d'appliquer le droit civil, mais de prendre en compte les circonstances privées dans le constat de la situation juridique. Tschannen³², de son côté, estime qu'il faut également considérer les intérêts économiques pour l'établissement des parts de responsabilité; et les relations de droit privé peuvent avoir une certaine importance dans ce contexte.

Cummins³³ voudrait aller nettement plus loin, et propose d'abandonner la distinction traditionnelle entre droit public et droit privé. On pourrait opter soit pour une procédure couvrant les deux domaines juridiques et donnant lieu à une coordination matérielle et formelle. Et comme cela soulèverait toute une série de questions juridiques pour la plupart délicates, il propose que la décision soit alors confiée non pas à une autorité administrative mais directement à un tribunal administratif. L'autre solution envisagée par cet auteur serait entièrement nouvelle et consisterait en une répartition des coûts uniforme, de droit strictement privé, selon le modèle du droit de compensation prévu par le § 24 de la loi allemande sur la protection des sols.

Le présent projet de révision propose une solution inédite. A la demande d'une partie et dans le cas d'une «situation claire», l'autorité doit être à même de décider de questions touchant à la fois au droit public et au droit privé. Le facteur déterminant doit être ici l'économie de procédure. Comme les affaires de sites contaminés comportent régulièrement des questions relevant du droit public mêlées à d'autres relevant du droit privé, il convient que les parties en présence puissent, dans la mesure du possible, se limiter à une seule procédure pour déterminer la répartition des coûts. Une décision globale pourra ainsi être prise chaque fois que l'on a affaire à une situation claire. C'est là une procédure courante en procédure civile, et qui s'applique aussi au domaine pénal lorsqu'il s'agit de régler l'indemnisation de la victime par le coupable.

³⁰ Publié dans DEP 2000, pp. 386 ss.

³¹ Stutz, DEP 1997, p. 776.

³² Tschannen, Komm. zum USG, N. 31 zu Art. 32d.

³³ Cummins, Diss. 1999, pp. 322 ss.

On peut reprendre ici l'exemple cité plus haut de la décision de la Direction des TP du canton de Zurich du 3 mai 2000: comme la situation est claire sur le plan du droit public aussi bien que sur celui du droit privé, l'autorité pourrait prendre en considération l'accord privé entre vendeur et acheteur; il résulterait ainsi de la clause de responsabilité contenue dans cet accord que le vendeur devrait assumer la part des coûts imputée à l'acheteur du fait d'une répartition basée sur le droit public.

234 Questions de procédure

2341 Actions substitutives des pouvoirs publics

C'est normalement au détenteur d'un bien-fonds pollué qu'il incombe de faire procéder aux investigations ou à l'assainissement nécessaires. Mais il est fréquent que des retards se produisent en raison de différends entre perturbateur par comportement et perturbateur par situation, ou du fait que le détenteur recule devant les frais à assumer. Ce qui force l'autorité à attendre la fin du litige ou d'une procédure de recours.

L'autorité ne peut en effet procéder à une exécution par substitution anticipée que s'il y a péril en la demeure ou si le perturbateur n'est pas à même de prendre les mesures nécessaires. Elle prendra alors l'initiative des investigations ou autres interventions requises, et en réclamera ensuite le paiement par les personnes qui sont à l'origine des atteintes³⁴. Mais sans investigation du site, on n'a généralement pas les moyens de savoir s'il y a effectivement péril en la demeure.

Il faudrait donc que l'autorité ait la possibilité de commander et de financer à titre préalable des opérations d'investigation, de surveillance et d'assainissement, et d'en répartir ensuite les coûts sur les perturbateurs. Le Tribunal fédéral a lui aussi signalé – sans développer cette observation – que l'autorité peut, de sa propre initiative (et sans doute n'importe quand), donner mandat d'effectuer une investigation préalable dans le but de hâter celle-ci³⁵.

Les interventions de ce type pourraient être considérablement facilitées si le législateur en donnait formellement le pouvoir aux autorités cantonales. C'est l'objet du nouvel alinéa 3 de l'art. 32c LPE.

2342 Décision relative à la répartition des coûts: ayants droit

L'art. 32d, al. 3 LPE oblige l'autorité à prendre une décision sur la répartition des coûts, entre autres «lorsque celui qui est tenu d'assainir l'exige».

Aux termes de la loi, seule la personne tenue d'assainir peut donc exiger qu'une telle décision soit prise. Cette personne sera généralement le détenteur au sens de l'art. 20, al. 1 OSites, ou bien un perturbateur par comportement si celui-ci est tenu d'assainir en vertu de l'art. 20, al. 3 OSites.

Certains auteurs estiment que cette disposition légale est judicieuse du fait que seule la personne tenue d'assainir a intérêt à ce que les frais d'assainissement soient ven-

³⁴ Elle peut également procéder à une exécution par substitution normale si la personne tenue d'assainir n'agit pas dans le délai imparti lors de la décision. Mais c'est surtout lors de la phase des investigations que le problème d'intervenir en temps utile se pose.

³⁵ Consid. 2f de l'ATF affaire Z. contre Direction des Travaux publics du canton de Zurich du 3 mai 2000 (cf. note 5)

tilés sur d'autres personnes impliquées³⁶. D'autres considèrent que toutes ces personnes devraient avoir le droit d'obtenir une telle décision dans la mesure où elles ont «un intérêt légitime à ce que leur part des coûts soit fixée plus rapidement que ce qu'exige celui qui est tenu d'assainir»³⁷.

Le droit à une décision relative à la répartition des coûts doit être clairement défini par la loi, raison pour laquelle l'expression «celui qui est tenu d'assainir» sera remplacée par «une personne concernée» à l'art. 32d, al. 3 LPE. Ce terme englobera par exemple un ancien propriétaire qui n'est pas perturbateur par comportement; si celui-ci n'est pas à l'origine de l'atteinte, il sera tout au plus concerné dans la mesure où, par exemple, il s'est engagé par contrat à fournir des prestations de garantie.

2343 Décision relative à la répartition des coûts: champ d'application

Selon les dispositions en vigueur, le droit d'exiger une décision concernant la répartition des coûts se limite à l'assainissement d'un site contaminé et aux frais que cela entraîne. Les nouvelles propositions faites dans ce domaine soulèvent cependant la question de savoir s'il faut étendre l'obligation de prendre une décision à de «simples» coûts d'investigation ou de surveillance. Il apparaît logique que les personnes directement intéressées puissent demander que l'on statue également sur la répartition des frais occasionnés par des opérations d'investigation et de surveillance, qui peuvent atteindre des montants considérables. Le libellé de l'art. 32d, al. 3 LPE tient compte de cet aspect.

2344 Décision relative à la répartition des coûts: quand peut-elle être exigée?

Ni la LPE ni l'ordonnance sur les sites contaminés ne définit à quel moment il est possible de faire valoir le droit d'exiger une décision. On peut déduire de l'art. 17, let. d OSites que la demande doit avoir lieu en principe avant l'élaboration du projet d'assainissement, afin que celui-ci puisse établir les parts de responsabilité des personnes impliquées par rapport au site contaminé. Mais ce droit est imprescriptible, de sorte que la décision en question peut être exigée en tout temps.

Certains auteurs recommandent d'exiger une décision sur la répartition des coûts le plus tôt possible, et de façon réitérée³⁸. D'autres font observer que ces coûts ne peuvent être répartis de manière équitable qu'au moment où ils se concrétisent³⁹. Et il faut souvent attendre que l'assainissement soit chose faite pour savoir dans quelle mesure le détenteur du site en retire un profit ou s'il peut être exonéré de tout frais en vertu de l'art. 32d, al. 2 LPE.

Ce problème doit être résolu au niveau de l'application de la loi, et non par une norme sur le «bon» moment pour arrêter une décision.

24 Conclusion

L'examen des études consacrées à la façon de régler les coûts occasionnés par des sites contaminés montre qu'il s'agit là de situations particulièrement complexes, sur lesquelles il est en tout état de cause difficile de légiférer à bon escient. Par ailleurs, la loi laisse ouvertes quelques questions essentielles. Doctrine et jurisprudence ré-

³⁶ Hartmann/Eckert, DEP 1998, p. 622

³⁷ Tschannen, Komm. zum USG, N. 46 zu Art. 32d.

³⁸ Cf. Hartmann/Eckert, DEP 1998, p. 617, selon qui la demande doit être faite non seulement avant l'élaboration du projet d'assainissement, mais encore une fois avant la notification de la décision d'assainir.

³⁹ Cf. Stutz, DEP 1997, pp. 781 ss.; Cummins, Diss. 1999, p. 73.

cente y ont bien donné des réponses, mais de sérieuses incertitudes subsistent encore dans la pratique.

Dans ces circonstances, il apparaît judicieux d'aller plus loin dans la refonte du chapitre de la LPE sur les sites contaminés que ne le demande l'initiative parlementaire Baumberger. La plupart des propositions faites dans ce sens optent pour les formules le plus généralement reconnues par les spécialistes, mais certains problèmes ont conduit à lancer le débat sur des solutions inédites. Bien que celles-ci aient été développées et discutées avec des spécialistes chevronnés, il convient maintenant de procéder à une large consultation pour obtenir l'avis de tous les milieux concernés.

25 Commentaire sur les modifications proposées

Art. 32b^{bis} Financement de l'élimination de matériaux d'excavation de sites pollués par des déchets

Remarque préliminaire

L'art. 32b^{bis} s'applique à des sites pollués sur lesquels on projette de construire; le but, ici, n'est pas de garantir un assainissement nécessaire pour protéger l'environnement, mais «seulement» d'éliminer correctement des déchets. Cette disposition s'ajoute donc non pas à la section 4 de la LPE («Assainissement des décharges contrôlées et des autres sites pollués par des déchets»), mais à la section 3, «Financement de l'élimination des déchets». La loi parle ainsi de «matériaux d'excavation et de déblais d'un site pollué mais ne nécessitant pas un assainissement».

Alinéa 1

L'alinéa 1 reprend de l'art. 32d LPE le principe selon lequel celui qui est à l'origine d'une intervention sur un site pollué avec projet de construction doit en supporter les frais. Selon le droit en vigueur, c'est au détenteur des déchets – en l'occurrence le maître de l'ouvrage – d'assumer le coût de leur élimination. La nouvelle disposition prévoit en outre que ces frais peuvent être imputés non seulement au détenteur du site (perturbateur par situation), mais aussi aux personnes qui ont causé la pollution (perturbateurs par comportement).

Comme pour un site contaminé (art. 32d LPE), la loi spécifie les divers coûts à assumer – frais d'investigation du site pollué, frais de traitement et d'élimination des matériaux d'excavation et des déblais pollués. Les méthodes de traitement envisageables seront par exemple le lavage ou l'incinération; mais il est fréquent que les matériaux pollués soient stockés sur une décharge bioactive plutôt que recyclés. L'évacuation et le stockage des matériaux excavés d'un chantier entraînent de toute manière des frais; ne doivent être imputés aux diverses personnes impliquées que ce que coûtent en plus l'investigation du site pollué et le traitement spécial des matériaux excavés. Si seule une partie de ceux-ci est polluée, les personnes impliquées n'auront que cette partie à assumer.

Alinéa 2

La première phrase reprend littéralement la nouvelle formulation de l'art. 32d, al. 2 LPE; tandis que la deuxième phrase mentionne également (contrairement à la disposition portant sur les sites contaminés) le maître de l'ouvrage, car le fait de construire

sur un site pollué crée un problème d'élimination de déchets. Par ailleurs, la personne qui fait construire a souvent la possibilité d'influer considérablement sur le montant des frais (notamment par la façon de placer le bâtiment sur son terrain).

Le droit en vigueur sur les sites contaminés ne prévoit pas de prescription: même si la pollution a eu lieu plus de 40 ans auparavant, la personne qui en est la cause doit participer aujourd'hui aux frais d'assainissement. Il n'y a pas de différence à cet égard entre un site contaminé et un site simplement pollué. Mais comme le détenteur d'un site pollué peut décider lui-même quand et comment il créera un problème d'élimination de déchets par son activité de construction, il apparaît judicieux d'inscrire dans la loi, pour ce cas particulier, un délai de déchéance destiné à protéger les autres personnes impliquées.

Le délai proposé est de 30 ans, ce qui correspond à la limite fixée par le Tribunal fédéral au droit dont disposent les pouvoirs publics de faire supprimer des constructions qui n'avaient pas été autorisées. Il n'est pas facile de déterminer le moment à partir duquel court le délai de déchéance: beaucoup de pollutions lentes s'étalent sur de longues années, et il est souvent impossible aujourd'hui de savoir quand une pollution donnée a pris fin. Par ailleurs, la loi n'a pas à préciser le genre de personne responsable, qui sera en général le détenteur du site (propriétaire, détenteur du permis de construire, fermier ou locataire). Mais dans le cas d'un accident par exemple, cette personne peut aussi ne jamais avoir eu de lien particulier avec le terrain considéré. Toutes ces raisons ont conduit à choisir une formulation relativement ouverte: «Celui qui n'a pas eu de rapport avec le site depuis plus de 30 ans...»; ce qui englobe deux éventualités très différentes – vente du terrain ou accident – survenues il y a plus de 30 ans.

Alinéa 3

La première phrase est la même que la phrase initiale du nouvel art. 32d al. 2^{bis} LPE. Il convient là aussi d'établir une certaine solidarité entre plusieurs personnes impliquées. Tandis que la seconde phrase prescrit une autre règle que pour les sites contaminés: les coûts non imputables à des personnes impliquées doivent être assumés non par la collectivité, mais par le détenteur du site pollué. Il ne s'agit pas ici de procéder à un assainissement d'intérêt public, afin de protéger l'environnement, mais de réglementer une activité de construction privée, que le détenteur du site entreprend de sa propre initiative. De même, il est normal qu'aucune indemnité de la Confédération selon art. 32e LPE ne soit prévue dans ce cas.

Alinéa 4

L'alinéa 4 correspond en substance à l'art. 32d, al. 3 LPE: les personnes responsables à un titre ou à un autre d'un site pollué sur lequel il est prévu de construire doivent également pouvoir demander qu'une décision soit prise sur la répartition des coûts. Mais il n'est pas nécessaire de prévoir ici une décision spontanée de l'autorité, car celle-ci n'aura jamais, dans ce contexte, à prendre elle-même des mesures d'investigation ou d'élimination.

Pour ne pas assumer seul les frais, le maître de l'ouvrage aura normalement tout intérêt à faire valoir dès que possible ses prétentions à l'égard des autres personnes impliquées; la loi protégera cependant celles-ci par un délai de péremption: le droit d'exiger une décision sur la répartition des coûts expirera cinq ans après les travaux de terrassement. Cette disposition est destinée à empêcher que des personnes im-

pliquées se trouvent confrontées à des prétentions survenant avec retard par rapport au cours normal des affaires.

Art. 32c Obligation d'assainir

Alinéas 1 et 2

La seule modification de ces deux alinéas est d'ordre rédactionnel et s'inspire de l'ordonnance sur les sites contaminés: l'expression «Décharges contrôlées et autres sites pollués par des déchets» n'est utilisée que dans l'alinéa 1, puis remplacée ensuite par le terme «sites pollués».

Alinéa 3

Cette disposition définit dans quelles circonstances l'autorité d'exécution peut effectuer elle-même l'investigation, la surveillance ou l'assainissement, ou en charger des tiers. Elle reprend l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 mai 2000 dans l'affaire Z. contre la Direction des Travaux publics du canton de Zurich⁴⁰. Pour des raisons de sécurité du droit, il convient d'inscrire dans la loi les principes dont découle cette jurisprudence. Cet alinéa distingue quatre situations justifiant l'intervention spontanée des autorités :

1. Il y a menace immédiate d'une atteinte de l'environnement, ou une atteinte existante risque de s'étendre davantage. Le danger est imminent, et des mesures doivent être prises sans retard. On parle dans ce cas d'exécution par substitution anticipée.
2. La personne tenue de prendre des mesures n'agit pas, bien que l'autorité lui ait rappelé son obligation et imparti un délai pour la remplir; l'autorité doit alors disposer d'un pouvoir d'exécution substitutive à part entière.
3. Il y a plus d'une personne impliquée, et la responsabilité de prendre ou de payer les mesures nécessaires donne lieu à des contestations. Dans ce genre de situation, il faut que l'autorité puisse procéder elle-même à l'intervention ou en charger un tiers si elle le juge opportun.
4. S'il y a un nombre important de personnes impliquées et différentes mesures à prendre, il sera souvent clair d'emblée que ces personnes n'ont pas les moyens d'en assurer la coordination. L'efficacité indispensable commande là aussi de conférer à l'autorité la possibilité d'agir elle-même ou de mandater un tiers.

L'autorité doit disposer d'une grande marge d'appréciation et pouvoir décider si elle entend intervenir elle-même, confier le travail à un tiers ou insister auprès de la personne censée agir.

Art. 32d Prise en charge des frais

Alinéa 1

Conformément à la doctrine actuelle et à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, il est proposé de mentionner explicitement les frais d'investigation et de surveillance en plus des frais d'assainissement mentionnés par le texte de loi en vigueur.

Le nouveau texte apporte en outre des précisions destinées à prévenir des malentendus: cette règle porte exclusivement (comme cela se fait actuellement) sur des frais découlant d'une action décrétée par l'autorité ou convenue avec elle. Des coûts survenus à la suite d'une initiative prise par le détenteur du site (p.ex. en vue d'un

⁴⁰ ATF affaire Z. contre Direction des Travaux publics du canton de Zurich du 3 mai 2000, in: DEP 2000, pp. 590 ss., Pra 2000, pp. 1008 ss.

assainissement objectivement non indispensable) ne peuvent pas être répartis entre les autres personnes impliquées.

Alinéa 2

Les mesures d'assainissement apportent pratiquement toujours un certain bénéfice au détenteur d'un site pollué. La dérogation en matière de répartition des coûts selon art. 32d, al. 2, let. c LPE est formulée – et interprétée par les spécialistes – de manière si restrictive qu'elle se réalise très rarement. Dans l'état actuel des choses, il est presque obligatoire que seul un détenteur non propriétaire du terrain considéré (donc fermier ou locataire) puisse profiter de cette clause dérogatoire. Le nouveau libellé précise par ailleurs que celle-ci n'est applicable qu'en l'absence de bénéfice autre que l'élimination des atteintes illicites.

L'art. 32d, al. 1 LPE est modifié de manière à étendre son champ d'application aux frais d'investigation et de surveillance de sites pollués qui ne nécessitent pas un assainissement. Quant à l'alinéa 2, le nouveau libellé de la lettre c aura pour effet qu'un détenteur satisfaisant aux critères énoncés aux lettres a et b sera pratiquement toujours libéré de la prise en charge des frais. Il est vrai que des mesures d'investigation peuvent apporter au détenteur des bénéfices qui justifieraient une prise en charge par celui-ci des frais correspondants: l'examen d'un site contaminé peut fournir des renseignements précieux pour un futur projet de construction et remplacer des études que le détenteur aurait dû entreprendre même si le site n'avait pas été pollué. Mais des raisons d'économie administrative interdisent ici un traitement différencié.

Alinéa 2^{bis} (nouveau)

La première phrase instaure une solidarité limitée pour la prise en charge des coûts: la part de frais imputable à une personne insaisissable (inconnue ou disparue sans successeur légal) ou insolvable doit être répartie en premier lieu entre les autres personnes impliquées, en fonction de ce qu'elles peuvent assumer et selon leur degré de responsabilité. Ces deux critères comportent nécessairement une certaine marge d'appréciation: la part considérée comme «assumable» pourra tenir compte par exemple d'accords de droit privé entre les personnes impliquées et de la charge financière qu'elle représente; et le degré de responsabilité sera pris en considération lorsqu'il reste au moins deux personnes susceptibles de prendre en charge les coûts de défaillance.

La dernière partie de cette première phrase de l'al. 2bis émet une réserve en ce qui concerne les indemnités de la Confédération selon art. 32e: il s'agit de préciser que ces indemnités se baseront sur le total des coûts à répartir par suite de la défaillance d'une personne impliquée. Celles qui restent bénéficieront ainsi également des 40% d'indemnités fédérales pour ces coûts de défaillance (alors que ces indemnités étaient jusqu'à présent réservées aux cantons).

La seconde phrase légalise la doctrine actuelle selon laquelle il incombe à la collectivité de prendre en charge la part de frais qui ne peut être répartie entre les personnes impliquées. Cette collectivité publique sera généralement le canton, en vertu de sa compétence exécutive selon art. 36 LPE. Mais les coûts de défaillance seront assumés par la Confédération dans les situations qui relèvent de sa compétence exécutive – notamment en relation avec la législation sur l'armée, les chemins de fer ou les routes nationales.

Alinéa 3

Dans la première phrase, l'expression «celui qui est tenu d'assainir» est remplacée par «une personne concernée». Ce terme se réfère en premier lieu aux personnes impliquées sans être tenues d'assainir, à qui la loi doit offrir la possibilité d'exiger une décision officielle concernant la répartition des coûts pour savoir ce qu'elles auront éventuellement à payer. En second lieu, la personne concernée peut être un tiers tenu d'assumer des frais d'assainissement aux termes d'un accord de droit privé conclu avec une personne impliquée; ce tiers devra payer si la personne impliquée doit prendre des coûts à sa charge en vertu de l'art. 32d LPE.

La seconde phrase propose une nouvelle solution au délicat problème de la délimitation entre droit public et droit privé: si «la situation est claire», ce qui sera le cas notamment avec une convention écrite dépourvue d'ambiguïté, l'autorité, à la demande d'une personne en cause, statuera au cours de la même procédure administrative à la fois sur les obligations de droit public concernant la prise en charge des frais en vertu de l'art. 32d LPE, et sur les prétentions de droit privé résultant de cette répartition des coûts. Si les circonstances sont claires, il ne doit pas être nécessaire d'entamer en plus de la procédure administrative une procédure civile sur ces prétentions connexes. Celles-ci peuvent être en principe de deux natures:

- Un contrat de vente entre un perturbateur par comportement et le propriétaire actuel (perturbateur par situation) définit qui doit assumer partiellement ou entièrement d'éventuels frais d'assainissement.
- Une convention privée entre une personne impliquée (perturbateur par comportement ou par situation) et un tiers (ancien propriétaire ou personne complètement extérieure ayant conclu un contrat d'externalisation du risque) met les éventuels frais d'assainissement à la charge de ce dernier.

Dans un cas comme dans l'autre, l'existence d'une obligation de droit public entraîne une prétention compensatoire de droit privé. Dans l'arrêt précité concernant le canton de Zurich, les dispositions proposées ici auraient eu pour effet d'imputer les frais d'assainissement directement au propriétaire initial (vendeur), conformément à la clause prévue dans le contrat de vente.

Le législateur de droit public tend ainsi à faire une incursion dans le domaine du droit privé. La solution proposée se justifie par l'économie de frais de procédure qu'elle permet, d'autant plus que l'autorité compétente pour la répartition des coûts de droit public ne tranche des prétentions privées que «si la situation est claire». Il n'est d'ailleurs pas nouveau qu'une procédure de droit public puisse traiter de prétentions privées étroitement liées à des questions de droit public. Un juge pénal est normalement habilité à statuer sur des prétentions civiles découlant du délit.

Les recours contre des décisions relatives à ces questions de droit privé seront jugés par l'instance compétente pour le fond (de droit public). Et lorsque le cas est clair, les questions civiles associées à la prise en charge des frais découlant du droit public auront valeur de chose jugée; ce qui revient à dire que les mêmes prétentions échappent au juge civil.

Mais ce nouveau régime ne doit pas déboucher dans les faits sur une priorité du droit privé sur le droit public, et il ne faut pas que des conventions de droit privé augmentent les risques de défaillance à supporter par la collectivité. Il incombe donc à l'autorité chargée d'appliquer l'art. 32d, al. 3 LPE de déterminer tout d'abord les parts de responsabilité et la manière de répartir les coûts en conséquence, en vertu des alinéas 1 et 2. Dans une deuxième étape elle statuera sur les prétentions financières privées qui découlent des obligations relevant du droit public. Son dispositif doit être

formulé de manière à garantir que l'obligation publique de payer n'expirera que si la personne censée assumer les coûts en vertu d'une convention de droit privé remplit effectivement son obligation.

Alinéa 4

Cet alinéa correspond sur le fond à la proposition de l'initiative parlementaire Baumberger, avec une précision: les cantons ne devront prendre à leur charge que les frais des «mesures nécessaires» d'investigation d'un site inscrit ou susceptible d'être inscrit au cadastre. Cela évitera que les cantons soient amenés à supporter des frais d'investigations de pure précaution, demandées notamment par un devoir de diligence (contrôle d'entreprise) au moment de la vente d'un terrain. Il faut en outre que les investigations aient adopté la procédure prescrite par l'ordonnance sur les sites contaminés, et soient menées conformément à ses conditions générales. Leur coût, notamment, doit correspondre aux résultats à obtenir.

Art. 32e Taxe

Généralités

La forme de cet article doit être globalement adaptée aux modifications apportées à l'art. 32d LPE, ce qui entraîne indirectement des changements de fond. Les indemnités accordées par la Confédération aux cantons⁴¹ ne se limitent plus aux opérations d'assainissement; elles s'étendent à d'autres mesures qui ont des conséquences financières pour les cantons, dans les deux situations suivantes :

- Investigations ayant pour résultat qu'un site n'est pas pollué (initiative parlementaire Baumberger).
- Investigations et surveillance de sites pollués, lorsque des coûts résultant de la défaillance d'une personne impliquée doivent être assumés par les autres personnes impliquées ou par la collectivité.

Alinéa 1

La troisième et la quatrième phrase du texte de loi en vigueur doivent subir une adaptation purement formelle: il ne s'agit plus seulement, ici, des frais d'assainissement de sites pollués par des déchets, mais aussi des coûts engendrés par l'investigation et la surveillance de sites pollués ou par l'investigation de sites qui s'avèrent non pollués.

Alinéa 2

Selon le nouveau texte proposé, le Conseil fédéral fixera les taux de taxation en tenant compte non seulement «du coût probable des assainissements» mais de l'ensemble «des coûts probables».

Alinéa 3

La nouvelle phrase initiale spécifie que les indemnités peuvent concerner des opérations d'investigation et de surveillance en plus de l'assainissement.

Il convient d'ajouter sous lettre c la situation invoquée par l'initiative parlementaire Baumberger (frais d'investigation de sites qui se révèlent non pollués), raison pour

⁴¹ Ou, le cas échéant, aux personnes impliquées (cf. commentaire sur l'art. 32d, al. 2^{bis}).

laquelle la lettre c a été subdivisée en trois chiffres. Les autres changements constituent des adaptations purement formelles aux modifications de l'art. 32d.

Alinéa 4

L'initiative parlementaire Baumberger demande que les indemnités versées par la Confédération pour les investigations de sites qui se révèlent non pollués atteignent 60 pour cent des coûts imputables; alors que la loi en vigueur prévoit des indemnités à hauteur de 40 pour cent des frais d'assainissement. La révision propose ici un taux égal de 40 pour cent dans les deux cas.

Des raisons rédactionnelles ont conduit à faire passer le taux de l'indemnité de l'alinéa 3 à l'alinéa 4.

26 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

261 Confédération

Les modifications proposées auront des conséquences pour les finances fédérales dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 32b^{bis}. Si des biens-fonds de l'armée et des CFF étaient aliénés, il faudrait s'attendre, dans les 30 années à venir, à ce que la Confédération doive participer aux coûts de l'élimination de matériaux d'excavation contaminés dont les nouveaux propriétaires du site devraient se charger. Il est toutefois impossible d'évaluer ces coûts de manière fiable.

Le financement spécial mis à disposition par la Confédération selon l'art. 32e LPE sera grevé en tout de quelque 2,5 millions de francs supplémentaires par an du fait des indemnités accordées pour le déficit de financement résultant de l'investigation et de la surveillance des sites. Cette augmentation de 10% des besoins en crédits peut être amortie par le report de demandes d'indemnisation à l'année suivante et/ou par la hausse de la taxe sur le stockage des déchets au montant maximal admis, soit 20% du coût moyen du stockage définitif.

Le traitement des quelque 300 à 400 demandes annuelles supplémentaires d'indemnisation relatives au déficit de financement résultant de l'investigation et de la surveillance des sites, et soumises à la Confédération dans le cadre du financement spécial selon l'art 32e LPE, exige de créer un poste supplémentaire à l'OFEFP.

262 Cantons et communes

Pour les cantons et les communes, les modifications auront des conséquences financières dans les 30 années à venir s'ils vendent des sites pollués (notamment des décharges) dont ils ont eux-mêmes causé la pollution; ils devront alors participer aux coûts qui résulteront de l'élimination ultérieure de matériaux d'excavation (art. 32b^{bis}), même si le site ne doit pas être assaini. Il est toutefois impossible d'évaluer ces coûts de manière fiable.

L'extension de l'obligation de supporter les frais à l'investigation et à la surveillance des sites entraîne en outre des coûts supplémentaires de l'ordre de 4 millions de francs par an pour les cantons et les communes lorsque le déficit de financement doit être supporté par la collectivité publique. Les cantons devront de plus assumer des coûts de l'ordre de 2 millions de francs par an pour payer les frais des investigations dont les résultats montrent que le site concerné n'est pas pollué. Le financement spécial institué par la Confédération contribue toutefois à ces deux types de

déficit de financement, à hauteur de 40%. Ces frais devraient être réduits quelque peu par la possibilité de répartir une partie du déficit de financement entre les autres personnes impliquées (art. 32d, al. 2^{bis}). Cette réduction se reporte bien sûr aussi sur la part du déficit de financement qui est assumée par la collectivité en cas d'assainissement de sites contaminés.

Le projet prévoit d'étendre le droit d'exiger du canton une répartition des coûts, jusqu'ici réservé aux personnes tenues d'assainir les quelque 3000 sites contaminés, à toutes les personnes directement impliquées dans les investigations préalables et les surveillances, qui se chiffrent par milliers. Ce droit pourra être invoqué également, sur une période limitée, pour l'élimination souvent progressive de matériaux d'excavation provenant des 40 000 à 50 000 sites pollués. Les procédures de répartition des coûts, souvent compliquées, se multiplieront donc par rapport à la situation juridique actuelle, ce qui devrait avoir des conséquences considérables pour l'effectif du personnel dans les cantons.

27 Constitutionnalité

Dans le cadre des modifications proposées ici, la question de la constitutionnalité ne se pose que pour deux réglementations entièrement nouvelles.

La première réglementation pour laquelle la question de la constitutionnalité se pose figure aux articles 32b^{bis}, alinéa 4, et 32d, alinéa 3. Selon cette réglementation, l'autorité qui prend une décision relative à la répartition des coûts selon le principe du pollueur-payeur tranche aussi, dans la même procédure, à la demande d'une personne impliquée et si la situation est claire, des prétentions de droit privé. Par cette disposition, le législateur fédéral s'immisce dans l'autonomie d'organisation dont bénéficient les cantons selon l'art. 122, alinéa 2, cst. L'office fédéral de la justice, consulté sur ce point, est arrivé dans son expertise du 9 février 2001 à la conclusion que cette disposition pouvait être considérée comme admissible du point de vue constitutionnel parce qu'elle servait notamment à simplifier l'application du droit civil.

La deuxième réglementation pour laquelle la question de la constitutionnalité se pose figure aux articles 32b^{bis}, alinéa 3, et 32d, alinéa 2^{bis}. Selon cette réglementation, si une personne impliquée dans la pollution d'un site est insaisissable ou insolvable, sa part des frais est répartie entre les autres personnes impliquées en fonction de ce que l'on peut équitablement exiger d'elles et de leur lien avec la contamination (dans la mesure où plusieurs personnes sont impliquées). La question est de savoir si cette réglementation est compatible avec le principe du pollueur-payeur inscrit à l'art. 74, alinéa 2, cst. Ce principe ne dit pas seulement que les frais occasionnés par les atteintes doivent être supportés par celui qui en est la cause; il limite en même temps l'obligation de supporter les frais dans le sens où celui qui n'a pas causé les atteintes n'est pas obligé d'en supporter les frais, respectivement que toute personne impliquée n'est tenue de supporter les frais qu'en fonction de sa part de responsabilité.

Lorsque plusieurs personnes sont impliquées, l'autorité qui répartit les coûts a une grande marge d'appréciation. A l'heure actuelle, les décisions tiennent déjà compte du fait que les frais doivent être économiquement supportables et équitables. La nouvelle disposition introduisant au niveau de la loi une solidarité limitée des personnes impliquées peut entrer en conflit avec le principe du pollueur-payeur si elle est interprétée au sens large par les autorités d'application. Ces dernières devront donc

veiller tout particulièrement à l'interpréter de manière conforme à la constitution, c'est-à-dire de manière restrictive.

Bibliographie

Publications utilisées

Elisabeth Béatrix: Les coûts d'intervention – difficultés de mise en oeuvre. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1995, pp. 370 ss.

Ursula Brunner: Altlasten und die Auskunftspflicht nach Art. 46 USG. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1997, pp. 5 ss.

Michael Budliger: Zur Kostenverteilung bei Altlastensanierungen mit mehreren Verursachern. Die Regelung im revidierten USG und im Vorentwurf zur neuen Altlasten-Verordnung. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1997, pp. 296 ss.

Mark Cummins: Kostenverteilung bei Altlastensanierung, Ausgleich unter Störern und Gemeinwesen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht. Zürcher Diss. 1999, Zurich 2000

Peter Ettler, Nicht automatisch kostenpflichtig. Umwelt Focus 1/2001, pp. 24 ss.

Jürg Hartmann/Martin K. Eckert: Sanierungspflicht und Kostenverteilung bei der Sanierung von Altlasten-Standorten nach (neuem) Art. 32d USG und Altlasten-Verordnung. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1998, pp. 603 ss.

Heribert Rausch: Einführung in die USG-Revision. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1996, pp. 455 ss.

Hans W. Stutz: Die Kostentragung der Sanierung – Art. 32d USG. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1997, pp. 758 ss.

Andreas Trösch: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Kommentar zu Art. 31d

Pierre Tschannen: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Kommentar zu Art. 32d

Beatrice Wagner Pfeifer: Wer zahlt für Bodensanierungen? Rechtliche Aspekte des Schwerpunktprogramms Umwelt/Integriertes Projekt Boden. Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 5/2000, pp. 592 ss.

Marco Zaugg: Altlasten – die neuen Bestimmungen. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1996, pp. 481 ss.

Autres références bibliographiques

Hans Dubs: Wer soll das bezahlen? – Die Finanzierung der Sanierung. Le droit de l'environnement dans la pratique (DEP) 1993, pp. 289 ss.

Bernhard Hammer: Nos péchés d'hier nous coûtent cher aujourd'hui. Bulletin ENVIRONNEMENT de l'OFEFP 4/1998, pp. 62 ss.

Hans Ulrich Liniger: Bauen im reglementierten Baugrund. Das Problem der Altlasten. In Baurechtstagung Bd. I, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 1999, pp. 49 ss.

Urs Ch. Nef: Die Kostenpflicht bei der Sanierung von historischen Altlasten. Bemerkungen zu Art. 32d Umweltschutzgesetz (USG). In Ruch Alexander/Hertig Gérard/Nef Urs Ch. (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, pp. 389 ss.

Hans W. Stutz/Mark Cummins: Die Sanierung von Altlasten. Rechtsfragen der Behandlung kontaminierter Grundstücke unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Zürich 1996