



Université de Fribourg
Institut pour le droit suisse et international de la construction

LES RESPONSABILITES FINANCIERES DES SOCIETES
ET DE LEURS GROUPES
POUR LES FRAIS D'ASSAINISSEMENT DES SITES CONTAMINES

Version définitive 21 octobre 2008

TABLE DES MATIERES

Page

Table des matières
Table des abréviations
Bibliographie sélective

Introduction

Résumé des conclusions

I. L'OBJET DE LA RECHERCHE

1. Le contexte
2. Les questions
3. Les délimitations

II. LES MODES DE TRANSFERT DU PATRIMOINE

1. Quelques généralités
2. Le transfert d'actions (*share deal*)
3. La fusion
 - 3.1. *Les règles du CO (ancien droit)*
 - 3.2. *Les règles de la LFus*
4. La transformation
 - 4.1. *En général*
 - 4.2. *Les règles du CO (ancien droit)*
 - 4.3. *Les règles de la LFus*
5. Le transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs (*asset deal*)
 - 5.1. *En général*
 - 5.2. *Les règles du CO (ancien droit)*
 - 5.3. *Les règles de la LFus*
6. La vente d'actifs isolés entre deux sociétés existantes

III. LES RESPONSABILITES « ENVIRONNEMENTALES » de l'art. 32 d LPE ET LEUR TRANSFERT

1. En cas de transfert d'actions
2. En cas de fusion
3. En cas de transformation
4. En cas de transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs
 - 4.1. *L'ancien droit*
 - 4.2. *Le nouveau droit*
5. En cas de vente d'actifs individuels entre deux sociétés existantes

IV. LES INSTRUMENTS DU DROIT MATERIEL EXISTANT

1. Les relations entre les domaines juridiques
 - 1.1. *Droit public, droit des contrats et droit commercial*
 - 1.2. *La portée réduite du droit de la responsabilité*
2. Le droit public de l'environnement
 - 2.1. *L'application formelle de l'art. 32d LPE*
 - 2.2. *L'exploitation de fait*
3. Le droit privé des sociétés et de la responsabilité
 - 3.1. *Les cas de figure et leur conséquence*
 - 3.2. *Les autres pistes possibles*

V. LES MESURES PRATIQUES

1. Les compétences cantonales
2. Les mesures d'information
3. Les mesures de prévention
4. Les garanties financières
5. La décision d'ouverture de la procédure
6. Les mesures d'intervention

Annexe 1 : la « transparence environnementale » en droit allemand des sociétés

Annexe 2 : le texte des principales dispositions légales citées

TABLE DES ABREVIATIONS

ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ; RS 221.301)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 642.11)
LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)
OSites	Ordonnance du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués (Ordonnance sur les sites contaminés, RS 814.680)
RC	Registre du commerce
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS GE	Recueil systématique de la législation du canton de Genève
RS SO	Recueil systématique de la législation du canton de Soleure
RS VD	Recueil systématique de la législation du canton de Vaud
SA	Société anonyme
Sàrl	Société à responsabilité limitée
TF	Tribunal fédéral suisse
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

BIBLIOGRAPHIE

BAUEN M./JEGHER G./WENGER B./ZEN-RUFFINEN M.-N., *Merger Law/Loi sur la fusion/Fusionsgesetz/Legge sulla fusione*, Zurich 2005.

BINDER A./VETTER M., *Freizeichnung von Gewährleistungsansprüchen beim Grundstückskauf unter besonderer Berücksichtigung öffentlichrechtlicher Normen*, PJA 6/2007, p. 687 ss.

BÖCKLI P., *Schweizer Aktienrecht*, 3^{ème} éd., Zurich 2004.

BOVAY B./BLANCHARD T., *Pollution du sol preuve de la responsabilité et répartition des frais d'intervention*, BR/DC 3/07, p. 115 ss.

BÜHLER A., *Inhalt und Gegenstand der Kostenverteilungsverfügung nach Art. 32d Abs. 4 USG*, DEP 2007, p. 157 ss.

CUMMINS M., *Kostenverteilung bei Altlastensanierungen – Ausgleich unter Störern und Gemeinwesen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht*, thèse, Zurich 2000.

LINIGER H. U., *Altlasten und kein Ende? Die Revision des Umweltschutzgesetzes und deren Bedeutung für die Praxis*, GesKR 2007, p. 273 ss.

MOOR P., *Droit administratif*, Vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2002.

MOOSER M., *La loi fribourgeoise sur l'impôt sur les successions et les donations (LISD)*, RFJ 2007, p. 249 ss.

NEF U., *Die Kostenpflicht bei der Sanierung von Altlasten*, in Ruch A./Hertig G./Nef U. (édit.), *Das Recht in Raum und Zeit – Festschrift für Martin Lendi*, Zurich 1998, p. 389 ss.

PETER H./TRIGO TRINDADE R. (édit.), *Commentaire LFus*, Zurich 2005.

PROBST T., *Art. 181*, in Thévenoz L./Werro F. (édit.), *Code des obligations I (Commentaire romand)*, Genève/Bâle/Munich 2003, p. 959 ss.

ROMY I., *Responsabilités environnementales et transactions*, in Dessemontet F./Oberson P.-A./Thévenaz A./Blanc M., (édit.), *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Publication CEDIDAC, Lausanne 2005, p. 525 ss (Responsabilités environnementales).

- *Sort des responsabilités environnementales dans le transfert d'entreprises*, in: *Les entreprises et le droit de l'environnement: Défis, enjeux, opportunités*, Publication CEDIDAC, Lausanne 2008, à paraître.

- *Sites contaminés : les points essentiels pour les propriétaires et exploitants*, in Hottelier M. /Foex B. (édit.), *Protection de l'environnement et immobilier*, Zurich 2005, p. 47 ss (Propriétaires et exploitants).
- *Sites contaminés : Questions de droit public et de droit privé*, in Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois sous la direction de François Bianchi à l'occasion de son centenaire, Zurich 2005, p. 255 ss (Droit public et droit privé).

RUEDIN R., *Droit des sociétés*, Berne 1999.

RUEGG E., *Von der Haftung des Grundstückverkäufers für « Bauherren-Altlasten »*, BR/DC 3/06, p. 108 ss.

SCHERRER K., *Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung*, thèse, Berne 2005.

SEILER H., *Art. 2*, in *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zurich 2004.

STUTZ H. W., *Die Kostentragung der Sanierung – Art. 32d USG*, DEP 1997, p. 758 ss.

TOLLMANN C., *Die umweltrechtliche Zustandsverantwortlichkeit – Rechtsgrund und Reichweite – Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der Zustandsverantwortlichkeit gesicherter Kreditgeber*, Berlin 2007.

TSCHÄNI R., *Art. 181*, in Honsell H./Vogt N. P./Wiegand W. (édit.), *Obligationenrecht I (Basler Kommentar)*, 3^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2003, p. 861 ss.

TSCHANNEN P., *Art. 32d*, in *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zurich 2004.

TSCHANNEN P./FRICK M., *Der Verursacherbegriff nach Art. 32d USG*, avis de droit du 11 septembre 2002 pour l'OFEFP, Berne 2002.

WAGNER PFEIFER B., *Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Überwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien*, ZBl 2004, p. 117 ss.

WERRO F., *La responsabilité civile*, Berne 2005.

ZUFFEREY J.-B., *Les sites contaminés et la vente immobilière*, in *Journée juridique valaisanne 2003 (Sites contaminés)*.

- *Construire dans un sol réglementé*, in *Journées suisses du droit de la construction*, vol. I, Fribourg 1999, p. 443 ss (Construire).

INTRODUCTION

Le rapport que voici présente le résultat de l'analyse que nous avons menée sur les problèmes liés à la responsabilité financière pour l'assainissement des sites contaminés lorsqu'elle incombe à des sociétés et qu'elles tentent de s'y soustraire par des aménagements juridiques. A l'heure où les cadastres des sites pollués sont mis en place, les obligations d'assainir se concrétisent, ce qui contraint les autorités compétentes à rechercher qui doit en supporter les frais ; dans ces procédures, elles sont régulièrement confrontées à des situations de droit commercial complexes et à un risque sérieux qu'en fin de compte, les frais d'assainissement tombent à la charge des collectivités. D'où l'intérêt pour ces dernières de connaître les situations qui peuvent se présenter, les risques juridiques qui y sont associés et d'examiner quelles sont les mesures dont elles disposent pour les réduire autant que possible.

Cette analyse a fait l'objet d'un mandat de recherche qui nous a été confié par les cantons romands, le canton de Berne et l'Office fédéral de l'environnement, pour faire suite à notre offre (révisée) du 7 novembre 2007. Au cours de nos recherches, nous avons soumis nos résultats par projets de rapport successifs au groupe de travail qu'ils ont mis sur pied à cet effet ; la version définitive de ce rapport intègre les remarques et suggestions de ce groupe.

Pour fonder notre analyse, nous avons mis à profit non seulement toutes les sources juridiques disponibles (législation, jurisprudence et doctrine), mais également les informations contenues dans les dossiers d'assainissement auxquels nous avons pu avoir accès. D'emblée cependant, nous devons souligner qu'il n'existe à notre connaissance aucune source qui traite vraiment des questions à analyser ici ; en particulier, les tribunaux suisses n'ont pour l'heure pas eu l'occasion de se prononcer à leur sujet tandis que les auteurs spécialisés en droit de l'environnement n'examinent que peu les questions de droit commercial et vice versa (cf. la bibliographie utilisée). Pour le surplus, les sources de droit étranger sont difficilement transposables – lorsqu'elles existent, comme en droit allemand – sauf à changer la loi suisse.

Notre analyse se veut exclusivement juridique, sans aucune prise en compte des conséquences opérationnelles, économiques, voire « politiques » des résultats auxquels nous parvenons.

Nous tenons à remercier toutes les personnes qui nous ont conseillés ou assistés dans ce projet ; Me Emmanuelle Martinez-Favre et Me Raphaël Eggs, assistants à l'Université de Fribourg, ont contribué à l'élaboration de ce texte.

Fribourg, octobre 2008

J.-B. Zufferey

I. Romy

RESUME DES CONCLUSIONS

Au cours de cette étude, nous sommes parvenus aux conclusions principales suivantes :

1. Il est utile aux collectivités publiques qu'elles comprennent comment s'effectuent les transferts de patrimoine entre sociétés. Le chap. I décrit cinq modes de transfert courants en pratique.
2. Le chap. II expose pour chacun d'eux quel impact ils ont sur les responsabilités environnementales fondées sur l'art. 32 LPE.
3. Le chap. III examine quelle est la portée protectrice que les collectivités peuvent tirer du droit matériel actuel; elle est très limitée : (1) l'Etat doit tenir compte des opérations de succession entre sociétés; (2) le droit de la responsabilité n'est d'aucune portée car l'Etat ne subit pas de dommage; (3) l'application de l'art. 32d LPE à la société reprenante est difficile lorsque seuls des actifs ont été transférés, sauf à démontrer qu'il y a continuation de l'exploitation de fait; (4) les conditions pour appliquer le principe de la transparence ou la responsabilité pour la confiance sont très restrictives.
4. Dans ces conditions, les collectivités publiques devraient prendre des mesures afin de protéger leurs intérêts. Le chap. IV propose des mesures d'information, de prévention et d'intervention, en particulier la décision d'ouverture de la procédure.

I. L'OBJET DE LA RECHERCHE

1. Le contexte

Le contexte et l'objet de cette expertise se comprennent de la manière suivante :

1. Ces dernières années, les réglementations en matière de sites contaminés (LPE et OSites) ont déployé leurs effets : leur répertoire s'est progressivement mis en place (cadastres cantonaux) ; l'assainissement de certains sites a été entrepris ; les autorités compétentes ont commencé à rendre des décisions de répartition des frais (d'investigation et/ou d'assainissement), lesquelles ont donné lieu à des arrêts des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral. Le législateur fédéral a révisé la réglementation, qui est entrée en vigueur dans sa nouvelle teneur le 1^{er} novembre 2006.
2. En soi, l'existence de ces sites contaminés n'est pas une surprise, en particulier ceux qui sont liés aux anciennes décharges ; de même, les coûts économiques globaux de ce processus d'assainissement ont été d'ores et déjà évalués lors de l'introduction du droit des déchets dans la LPE en 1997. En revanche, il a fallu environ 10 ans pour que les procédures avancent suffisamment et mettent en lumière combien elles sont difficiles à gérer pour les autorités compétentes en matière d'environnement, quelles complications juridiques les jalonnent (du point de vue tant de la procédure que du droit matériel) et combien est réel le risque qu'en fin de compte, tout ou partie importante des coûts d'assainissement soient à la charge des collectivités (cf. l'art. 32d al. 3 LPE dans l'hypothèse où les personnes à l'origine des mesures d'assainissement ne peuvent être identifiées ou sont insolvables).
3. Si l'on tente de caractériser ces risques et ces difficultés juridiques dans l'optique de la présente analyse, il apparaît que les autorités en charge des dossiers d'assainissement sont confrontées aux types de questions pratiques suivantes :
 - Celles qui ont trait à l'**identification des entités débitrices**. Les difficultés peuvent provenir de différents facteurs (et de leur combinaison) : (1) les droits de propriété sur le site contaminé concerné ont fait l'objet de transferts successifs ; (2) ces transferts sont intervenus entre des entités qui appartiennent à un même groupe économique, sans que leur justification commerciale ne soit évidente voire sans que les opérations ne soient aisées à reconstituer ; (3) même en l'absence de transferts, les entités propriétaires ont changé (plusieurs fois) d'appellation et/ou elles ont changé 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).
 - 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) 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 préalable¹. Les modifications de l'actionnariat peuvent présenter un certain risque si le nouvel actionnaire « exige » le transfert des bons actifs à un tiers (par ex. les immeubles non pollués) 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.

- Les complications liées au fait que le droit commercial facilite **la séparation entre les perturbateurs par comportement et par situation** (entre le pollueur et le propriétaire) : (1) 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 ; (2) ces possibilités facilitent également la vente à des tiers des actifs intéressants que possède l'entreprise polluante (en particulier son appareil de production et de distribution et ses droits exclusifs), ce qui réduit son patrimoine aux seuls immeubles pollués. Il s'ensuit que le perturbateur par comportement n'est pratiquement plus solvable (ou en tout cas ne fonctionne plus comme « deep pocket »). Si le site pollué est vendu à un nouveau détenteur, ce perturbateur par situation n'admet pas de supporter la part de responsabilité qui accompagne en général cette détention, à plus forte raison si le perturbateur par comportement existe encore sous une autre forme juridique mais avec les mêmes propriétaires économiques, voire continue l'activité de l'époque ; (3) entre les entités d'un même groupe, des exclusions de responsabilité peuvent être facilement envisagées, dans l'idée de protéger autant que possible celle qui conserve la substance économique. La question est alors de savoir dans quelle mesure ces accords lient l'Etat chargé de rendre une décision sur la répartition des coûts.
- Même dans le cas où le perturbateur par comportement est clairement identifié, le fait qu'il s'agisse d'une société lui aménage des **possibilités de se soustraire à sa responsabilité financière** :
 - i) Par définition dans le système de la société anonyme, sa responsabilité 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 (cf. ci-après ch. IV). Il en va de même pour ce qui est du patrimoine des administrateurs (ou de leur assureur).

¹ 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.

- ii) 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 faillite avant que n'intervienne la décision de répartition des frais d'assainissement.
 - iii) D'un point de vue purement formel, une société peut décider de sa liquidation à n'importe quel moment. Même si la procédure de liquidation dure un certain temps, est annoncée dans la feuille officielle et est inscrite au registre du commerce, il n'est pas facile pour les autorités de faire valoir ou de réserver les droits de la collectivité ; en particulier, une production lors de l'appel aux créanciers sera refusée si la créance n'existe pas encore (par exemple parce qu'aucune décision de répartition des frais n'a été prise). Une fois la procédure de liquidation achevée, la société en question est radiée du registre du commerce ; elle disparaît juridiquement et n'a pas de successeur. Avec elle, le perturbateur par comportement disparaît donc également.
- Dès l'instant où les acteurs d'un dossier d'assainissement sont des sociétés, il leur est relativement facile 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.

Ces complications et obstacles liés au droit commercial viennent s'ajouter pour les autorités aux difficultés bien connues qui ont trait aux recherches historiques et aux solutions techniques ; le constat est encore plus dérangeant dans les cas où les sociétés à l'origine des pollutions mettent volontairement en œuvre tous les moyens juridiques pour échapper à leur responsabilité. A cela s'ajoute le fait que les procédures d'investigation puis d'assainissement durent toujours plusieurs années ou même décennies. Pendant ce temps et pour diverses raisons, non seulement les autorités n'ont pas toujours une attitude constante – notamment parce qu'elles se réorganisent – mais encore **le droit lui-même évolue**, qu'il s'agisse du droit spécifique aux sites contaminés ou du droit commercial.

C'est ainsi que la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus²), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, influence sensiblement le droit suisse des sociétés : elle modifie notamment le régime de leur transformation et instaure la nouvelle institution du transfert de patrimoine. Avant l'entrée en vigueur de la LFus, c'était l'art. 181 aCO qui réglait la majorité des opérations de ce type. La LFus s'applique aux sociétés de capitaux comme la société anonyme, aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite, aux sociétés coopératives, aux associations, aux fondations, aux entreprises individuelles inscrites au registre du commerce ainsi qu'aux établissements de droit public (art. 1). Les quelques dispositions du CO consacrées aux opérations de fusion et

² RS 221.031.

de transformation ont été par conséquent abrogées³. Ce sera fréquemment **l'ancien droit** qui sera applicable dans le contexte des sites contaminés, car la LFus ne peut valoir que pour les opérations de succession dont l'inscription au registre du commerce aura été requise après le 1^{er} janvier 2004 (art. 110 LFus).

Pour ce qui est de l'art. 32d LPE, cette disposition est applicable aujourd'hui, alors que les pollutions ont eu lieu à un moment où elle n'était pas encore en vigueur (1^{er} juillet 1997). En matière de responsabilité, c'est normalement le droit en vigueur au moment du comportement incriminé qui détermine s'il y a acte illicite ou non, mais ici il s'agit d'une disposition spéciale qui entend justement régler le sort des frais d'assainissement lorsque plusieurs entités sont intervenues dans l'historique du site à décontaminer, ceci dans l'idée de ne pas charger exclusivement le propriétaire, respectivement le détenteur du site actuel⁴.

2. Les questions

Dans cet environnement juridique complexe, il nous apparaît que les questions principales suivantes sont d'intérêt pour les autorités concernées :

1. La première consiste pour elles à bien comprendre comment fonctionnent **les mécanismes et opérations de transfert de patrimoine** décrits ci-dessus (ch. 1) ; en effet, l'affaire n'est juridiquement pas simple ; les décisions de répartition des frais d'assainissement ne sont guère possibles tant que les entités et les transferts ne sont pas complètement connus ; en les connaissant mieux, les autorités pourront plus facilement prévenir les opérations commerciales qui auraient pour objectif de permettre aux entités impliquées d'échapper à leur responsabilité financière.
2. De ces divers modes de transfert de patrimoine découle le régime de transfert des **responsabilités « environnementales »** des entités commerciales concernées, à savoir si, dans quelles mesures et à quelles conditions une société perturbatrice par comportement se libère de son obligation d'assumer les frais d'assainissement du site qu'elle a contaminé en transférant tout ou partie de ses actifs.
3. Une fois cet état du droit caractérisé, il s'agira d'examiner les moyens et arguments que **l'ordre juridique actuel** offre aux autorités afin de gérer les problèmes décrits précédemment et en particulier les risques que les auteurs de la pollution exploitent les institutions du droit commercial afin de se soustraire à toute obligation de paiement. Cette analyse devra se faire d'une part en droit public de l'environnement et d'autre part en droit privé (des sociétés et de la responsabilité).

³ De nombreux ouvrages de présentation et/ou de commentaire de la LFus ont paru depuis son entrée en vigueur ; à citer par exemple PETER/TRIGO TRINDADE ; BAUEN/JEGHER/WENGER/ZEN-RUFFINEN ; tous les articles du numéro spécial complet de la revue GesKR (Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht) 2/2007.

⁴ A noter néanmoins que le droit en vigueur au moment des faits reste déterminant pour apprécier si le perturbateur a commis un acte illicite par omission, lequel présuppose la violation d'une obligation légale d'agir existante à ce moment: Arrêt du TF du 14 décembre 2006, 1A. 250/2005, 1A. 252/2005, 1P.602/2005, c. 5.7.

4. Comme il s'avérera que ces moyens de droit matériel sont limités et souvent aléatoires, l'idée sera de répertorier toutes **les mesures et précautions pratiques** que les autorités compétentes pourraient prendre afin de réduire autant que possible les risques précités. Elles se rattacheront à la tenue du cadastre des sites contaminés, à la procédure administrative d'investigation et d'assainissement, mais aussi à d'autres institutions en soi « externes » à la protection de l'environnement comme le registre foncier, les procédures d'autorisation, les procédures de liquidation des sociétés ou encore le registre du commerce. Dans ce contexte, il faudra finalement constater que certaines mesures justifieraient une **modification du droit fédéral**.

Ce sont ces questions successives qui configurent les chapitres du présent rapport (II à V). D'autres questions secondaires ou plus ponctuelles seront abordées au cours de l'analyse.

3. Les délimitations

Sur la base de cette première analyse, cette étude s'impose volontairement les délimitations suivantes, qui tiennent d'abord aux faits puis au droit :

Du point de vue des faits :

1. Elle se concentre sur les questions liées à **la prise en charge des frais** d'investigation puis d'assainissement (« Kostentragungspflicht »). Pour les mesures d'intervention sur les sites (« Massnahmenpflicht »), le droit commercial ne représente guère un obstacle supplémentaire : le perturbateur par situation est connu et – qu'il soit une personne physique ou une personne morale – il a plutôt intérêt à connaître l'état exact de son terrain respectivement à faire cesser la contamination lorsque le plan d'assainissement est établi ; les mesures demandées aux tiers ne sont au surplus pas fréquentes (art. 20 al. 2 OSites).
2. Pour des raisons similaires, il se justifie de focaliser l'analyse sur les frais d'assainissement des **sites contaminés**. En effet : (1) les mesures d'investigation des terrains qui ne sont « que » pollués exigent des investissements qui sont en principe moins importants que l'assainissement d'une parcelle, ce qui signifie que les entités concernées sont moins enclines à prendre des mesures pour échapper à leurs obligations ; (2) hors les mesures d'investigations précitées, le perturbateur par situation n'est pas contraint d'agir tant qu'il n'utilise pas le site pollué pour une construction ; (3) lorsque tel est le cas, l'autorisation de construire exige qu'il procède à l'élimination des matériaux excavés pollués et il lui est fréquemment possible d'en englober les coûts dans le plan financier de son projet. A signaler enfin que désormais l'art. 32b^{bis} LPE améliore quelque peu la position du perturbateur par situation en consacrant son droit à exiger des anciens détenteurs de la parcelle polluée (mais pas contaminée) qu'à certaines conditions restrictives, ils assument une partie des coûts supplémentaires d'élimination des déchets d'excavation (« Bauherren-Altlasten »)⁵.

⁵ Pour une présentation détaillée de ce nouveau régime, cf. p. ex. RUEGG, p. 108 ss.

Pro memoria en matière de construction, les déblais, gravats et matériaux d'excavation sont considérés comme des « choses meubles » au sens de l'art. 7 al. 6 LPE ; ce sont donc des déchets et ils sont assujettis au droit des déchets dès qu'ils sont séparés du terrain ou du rocher d'origine (obligation de trier puis différentes voies de traitement ; art. 9 OTD ; 32 ss LPE). Le droit des sites contaminés ne s'applique pas tant que le terrain ou le rocher ne doit pas être qualifié de site contaminé au sens de l'OSites. Cette distinction ne vaut cependant que si et dans la mesure où il est physiquement possible de fixer la délimitation dans un même terrain entre le secteur contaminé et le secteur pollué ; l'expérience des assainissements enseigne que ce n'est pas toujours possible ou, en tout cas, souvent litigieux.

3. La distinction n'est pas nécessaire entre **les frais pour les investigations ou la surveillance (passées ou actuelles) et les frais d'assainissement proprement dits** : la jurisprudence avait admis que le principe de la répartition des frais d'assainissement s'applique par analogie aux frais d'investigation même si le site n'est pas contaminé mais uniquement pollué⁶. Ce principe est désormais clairement posé à l'art. 32d LPE dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2006. Les réflexions qui suivent valent donc pour tous les types de frais liés aux sites considérés, à l'exception du cas – peu fréquent – où l'investigation révèle finalement qu'un site n'est pas pollué ; l'art. 32d al. 5 LPE prévoit désormais que la collectivité prend alors à sa charge les frais d'investigation nécessaires.
4. L'analyse peut se concentrer sur les personnes morales **de droit privé et en main d'actionnaires privés**. Il est certes possible que la contamination d'un site soit le fait d'une collectivité, d'une entité étatique (société ou établissement) ou d'une entité privée en main d'une collectivité ; ainsi pour les anciennes décharges communales ou des sites ayant appartenu aux PTT, aux CFF ou à des services industriels. Dans ces cas cependant, la collectivité conserve souvent la possibilité de trouver un accord avec « son » perturbateur et, surtout, on voit mal ce dernier se réorganiser de façon à échapper à ses obligations vis-à-vis de « son » Etat.
5. Plus encore, l'analyse de droit commercial peut se limiter à **la société anonyme**. En effet, c'est presque toujours cette forme juridique que l'on rencontre dans les dossiers où des personnes morales sont impliquées. Jusqu'à ces dernières années, la société anonyme était pratiquement la seule forme utilisée pour les activités commerciales ou industrielles ; aujourd'hui encore, elle est la forme de loin la plus fréquente lorsqu'elle doit servir de vecteur à des activités suffisamment importantes pour éventuellement générer une pollution d'envergure. Encore une fois cependant, les mécanismes de fusion ou de transferts de patrimoine et leurs conséquences sur les responsabilités environnementales se posent dans les mêmes termes pour les autres sociétés de capitaux, par ex. la Sàrl (société à responsabilité limitée).
6. Cette étude se concentre volontairement sur les transferts de responsabilité environnementale entre **personnes morales**. Elle laisse donc de côté les cas où des personnes physiques interviennent dans la chaîne des responsables, sous réserve du cas où une entreprise en nom personnel est transférée dans une société de capitaux (cf.

⁶ TF in DEP 1998, p. 152 ss, c. 4b et la réf. à STUTZ, p. 771; ég. TF in DEP 2000, p. 590.

en particulier ci-après ch. III.3). Le transfert des responsabilités environnementales entre personnes physiques pose des problèmes similaires, notamment en cas de transfert par héritage⁷.

7. La question des **subventions** à l'assainissement (art. 32e LPE) n'est pas pertinente dans ce contexte : elles ne sont pas toujours accordées ; elles ne couvrent jamais la totalité des coûts ; elles ne modifient en rien la situation juridique des parties impliquées et leurs obligations financières dans leur principe ou leur répartition.

Du point de vue du droit :

8. Les institutions juridiques à examiner appartiennent prioritairement au **droit matériel**, public ou privé. Certains instruments de procédure seront néanmoins examinés dans la mesure où ils sont nécessaires à la mise en œuvre du droit matériel et qu'ils sont de la compétence des cantons.
9. Les institutions juridiques à analyser ont trait au **droit fédéral**, à savoir au droit public de l'environnement et au droit privé des sociétés et de la responsabilité (cf. ci-après ch. IV). Le droit cantonal ne pourra jouer qu'un rôle limité aux mesures pratiques d'organisation (cf. ci-après ch. V). Le droit communal est sans portée.
10. La présente recherche se fonde sur le **droit actuel**, tel qu'il est issu de la révision entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2006. Il convient de noter d'emblée que les questions examinées ici ne sont pas traitées dans la LPE, ni dans aucune autre loi fédérale à incidence spatiale, en particulier celles qui réglementent l'aménagement du territoire. Le droit de la société anonyme ne contient aucune disposition sur la responsabilité en matière de pollution environnementale, contrairement à ce qui prévaut dans d'autres pays (cf. ci-après ch. V). Les paragraphes qui suivent contiendront aussi des propositions **de lege ferenda** (en droit cantonal et fédéral), mais pas d'évaluation de leur faisabilité (notamment politique).
11. Il est inutile d'examiner les questions de **droit pénal**, en particulier celle de savoir s'il y a infraction à sortir les actifs d'une société tout en sachant qu'elle devra faire face à un important problème de responsabilité environnementale. En effet : (1) une condamnation pénale ne résoudrait pas le problème financier de l'Etat ou des co-perturbateurs ; (2) la poursuite de l'éventuelle infraction commise par les organes de la société concernée – par exemple une banqueroute frauduleuse – serait dans bien des cas prescrite ; (3) très fréquemment à l'époque des comportements polluants, la responsabilité pénale des entreprises n'existait que dans des cas très spécifiques en droit suisse puisque l'art. 102 CP (art. 100^{quater} aCP) n'est entré en vigueur que le 1^{er} octobre 2003.

⁷ Cf. en particulier les arrêts du TF 1A.273/2005, 1A.274/2005, 1P.669/2005 (la responsabilité du perturbateur par situation peut être transmise à ses héritiers dans les cas où ils deviennent eux-mêmes propriétaires du site).

II. LES MODES DE TRANSFERT DU PATRIMOINE

Après quelques généralités, les paragraphes de ce chapitre passent en revue les différents mécanismes que les sociétés et leurs actionnaires peuvent mettre en œuvre afin de transférer à autrui un site contaminé et/ou la responsabilité environnementale qui y est liée.

1. Quelques généralités

Le droit suisse connaît diverses solutions pour transférer juridiquement un patrimoine d'une société à une autre ; l'exposé qui suit présente les caractéristiques générales des cinq possibilités suivantes : le transfert d'actions (*share deal*), la fusion, la transformation, le transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs (*asset deal*) et la vente d'actifs isolés entre deux sociétés existantes.

Au préalable, il importe de brièvement rappeler la notion de « succession » et ses deux principaux modes, à savoir la succession à titre singulier et la succession à titre universel. Par « succession », il faut comprendre le remplacement d'une entité partie à un ou plusieurs rapports juridiques sans que cela ne porte atteinte à l'identité, ni n'interrompe la continuité de ces rapports ; en dépit du changement de partie, l'identité du rapport juridique est sauvegardée. La règle générale est la **succession singulière** qui se caractérise par le fait que seul un rapport juridique (un droit ou un devoir) passe au successeur ; la reprise de dette en est un cas d'application car seules certaines dettes du débiteur sont transmises. A l'inverse, la **succession universelle** prévoit le transfert de tout le patrimoine (actifs et passifs) d'un sujet de droit ; ce mode de succession n'est possible que dans les cas expressément prévus par la loi (par ex. art. 560 al. 1 CC, art. 3 ss LFus, etc.).

2. Le transfert d'actions (*share deal*)

Pour mémoire, l'absence de responsabilité des actionnaires pour les dettes sociales représente l'une des caractéristiques essentielles de la société anonyme (art. 620 al. 1 CO) ; les dettes ne sont en effet garanties que par l'actif social. Le changement d'actionariat ne modifie ni la structure juridique de la société, ni celle de son patrimoine. L'actionnaire jouit du droit de disposer – et donc d'aliéner – librement ses actions si bien que les participations des actionnaires dans la société anonyme fluctuent fréquemment. A noter que lorsqu'une société anonyme est reprise par une société acquérant toutes les actions de la première, l'art. 181 aCO ne s'applique pas puisque l'achat d'actions ne constitue pas un transfert d'une entreprise avec actifs et passifs⁸.

⁸ PROBST, n. 3 ad art. 181 CO.

3. La fusion

3.1. Les règles du CO (ancien droit)

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFus, la législation ne réglementait les fusions qu'entre sociétés anonymes (art. 748 et 749 aCO), qu'entre sociétés en commandite par actions (art. 770 al. 3 aCO), qu'entre sociétés coopératives (art. 914 aCO), dans les cas de reprise d'une société en commandite par actions par une société anonyme et inversement (art. 750 et 770 al. 3 aCO) ainsi que dans les cas de reprise d'une société anonyme ou d'une coopérative par une corporation publique (art. 751 et 915 aCO). Selon la jurisprudence constante du TF⁹, l'art. 181 aCO ne s'appliquait pas aux fusions sauf si le transfert d'actifs et de passifs s'exécutait entre des sociétés sans personnalité juridique pour lesquelles la fusion n'était jamais possible.

Le CO ne définissait pas la notion de transfert par fusion. Selon la doctrine, la fusion était « la réunion contractuelle, dans la continuité du sociétariat, par transfert universel de patrimoine, de deux ou plusieurs sociétés en une seule, sans liquidation des sociétés dissoutes »¹⁰. La fusion assurait ainsi la continuité du patrimoine, du sociétariat et la disparition de la société transférante par suite de dissolution et de radiation. La continuité du patrimoine se réalisait par transfert à titre **universel** à la nouvelle société ; les biens des sociétés dissoutes n'étaient pas répartis entre leurs associés et le transfert avait lieu de plein droit du seul fait de l'inscription au registre du commerce sans que ne doivent être respectées les formes propres au transfert des différents éléments de patrimoine¹¹. Les associés des sociétés dissoutes recevaient en compensation de leur perte une participation dans la nouvelle société : ils devenaient ainsi *ipso jure* et automatiquement membres de la personne morale reprenante.

3.2. Les règles de la LFus

Alors que l'ancien droit ne prévoyait la fusion qu'entre certaines sociétés, la LFus l'introduit pour toutes les formes de sociétés commerciales, les sociétés coopératives ainsi que les associations et les fondations (cf. art. 4 LFus pour les fusions autorisées).

Les éléments constitutifs de la fusion sont : la disparition de la société transférante (art. 3 al. 2 LFus), la continuité du patrimoine (art. 22 LFus) et la continuité du sociétariat (art. 7-8 LFus). La dissolution et la radiation de la société transférante interviennent du fait que celle-ci ne saurait survivre après une fusion puisqu'elle cède l'ensemble de son patrimoine à la société reprenante et que ses membres se défont de leurs parts sociales au profit de nouvelles parts dans la société reprenante. La continuité du patrimoine se réalise au travers du transfert de l'ensemble du patrimoine de la société transférante à la société reprenante par succession à titre **universel**. Ce transfert intervient de par loi, sans respect des formes propres aux éléments transférés, et porte sur l'ensemble des droits et obligations de la ou des sociétés transférantes, tant sur les positions juridiques résultant du droit public que sur celles résultant du droit privé ainsi que sur toutes les expectatives¹².

⁹ ATF 87 I 301 ; ATF 57 II 528.

¹⁰ RUEDIN, p. 400.

¹¹ RUEDIN, p. 403.

¹² PETER/TRIGO TRINDADE, n. 11 ad art. 22 LFus.

La fusion déploie ses effets juridiques dès son inscription au RC : à cette date, l'ensemble des actifs et passifs du sujet transférant est transféré de par la loi au sujet reprenant et le sujet transférant est radié du registre du commerce.

4. La transformation

4.1. En général

Par transformation, il faut comprendre la modification de la forme juridique d'un sujet sans que ses rapports légaux s'en trouvent modifiés (art. 53 LFus) ; il n'y a pas de transfert d'actifs et de passifs. Les raisons qui peuvent pousser une société à changer sa forme juridique sont multiples. La nécessité d'une transformation peut résulter notamment de raisons fiscales, d'une adaptation de la structure de l'entreprise, d'une modification du cercle des associés ou d'une modification du but social du sujet.

Une transformation s'effectue principalement de deux manières : par modification de la forme juridique (*rechtsformwechselnde Umwandlung*) ou par transfert de patrimoine (*übertragende Umwandlung*). Dans le premier cas (qui est le seul autorisé selon le nouveau droit de la fusion), la continuité de la société est garantie puisque seule sa forme juridique change par simple modification des statuts ; la société n'est pas dissoute et elle reste propriétaire de son patrimoine. Le second cas présuppose la constitution d'un nouveau sujet de droit auquel est transféré par succession universelle le patrimoine du sujet qui se transforme ; le sujet transférant est dissout sans liquidation. Qu'elle se fasse par changement de la forme juridique ou par transfert de patrimoine, la transformation ne modifie ni le patrimoine ni les rapports juridiques du sujet transformé, ni encore les participations des associés.

4.2. Les règles du CO (ancien droit)

Avant l'entrée en vigueur de la LFus, la transformation était régie aux art. 824 ss CO et s'effectuait par transfert universel de patrimoine, c'est-à-dire par dissolution de la société qui changeait de forme juridique et transfert de patrimoine à la société nouvellement créée. Le CO n'autorisait expressément que la transformation d'une SA en Sàrl même si la pratique avait largement admis d'autres cas de transformations¹³.

4.3. Les règles de la LFus

Depuis le 1^{er} juillet 2004, l'art. 54 LFus énumère l'ensemble des transformations autorisées et consacre donc le principe du *numerus clausus* des hypothèses possibles de transformations. Dans la LFus, la transformation est conçue comme une transformation par changement de la forme juridique ; la société continue d'exister et **seule sa forme juridique change**. Avec cette

¹³ Cf. notamment « arrêt Beauregard » du 20 novembre 1998, où le TF a admis la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme, laquelle avait été refusée par la Chambre de recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ATF 125 III 18).

conception, la transformation n'implique pas de succession universelle ; il n'y a donc pas de transfert d'actifs et de passifs. Cette solution a pour avantage que la société qui se transforme demeure économiquement et juridiquement identique.

5. Le transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs (*asset deal*)

5.1. En général

Comme déjà exposé (ch. I.1 in fine), l'institution juridique du transfert de patrimoine doit être examinée à la lumière des dispositions légales applicables **au moment** du transfert. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFus, c'est l'art. 181 aCO qui régissait le transfert de patrimoine : cette réglementation ne répondait toutefois plus au besoin de la pratique notamment lors du transfert d'un grand nombre d'éléments patrimoniaux¹⁴. Depuis le 1^{er} juillet 2004, les art. 69 ss LFus réglementent l'institution du transfert de patrimoine. L'art. 181 aCO n'a toutefois pas perdu complètement son intérêt puisqu'il est maintenu et complété d'un alinéa 4. Désormais, l'art. 181 CO révisé s'applique aux sociétés qui ne sont pas inscrites au registre du commerce (art. 181 al. 4 CO). Les sociétés inscrites au registre du commerce sont quant à elles impérativement soumises à la LFus.

Pour rappel, il sied de relever qu'en cas de transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actifs et passifs, **l'entité qui cède son patrimoine continue d'exister** à l'inverse de ce qui se produit en cas de fusion où la société disparaît.

5.2. Les règles du CO (ancien droit)

Avant l'entrée en vigueur de la LFus, l'art. 181 aCO réglementait les cas de transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actifs et passifs. La notion de « patrimoine » signifie l'ensemble des droits et obligations à valeur pécuniaire rattaché à une personne¹⁵. Par « entreprise », il faut comprendre l'ensemble des rapports juridiques relatifs à l'exercice d'une profession ou d'une activité commerciale¹⁶.

Le régime particulier de l'art. 181 aCO dérogeait aux règles générales des art. 175 à 180 CO et permettait ainsi de faciliter le transfert en tant qu'unité tout en protégeant les intérêts des créanciers concernés : la reprise des passifs était assujettie aux règles de la succession à titre universel tandis que la reprise des actifs à celles de la succession à titre singulier. En effet, la reprise du passif n'exigeait pas le consentement des créanciers¹⁷ ; il suffisait que ces derniers soient avisés individuellement (mode privé) ou par publication dans les journaux (mode public) de la reprise du patrimoine et que le sort du passif soit clairement déterminé. Il était présumé que tout le passif, c'est-à-dire toutes les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise, était transféré au reprenant sous réserve d'éventuelles exceptions¹⁸ communiquées de façon

¹⁴ Mess. LFus., FF 2000 3997.

¹⁵ PROBST, n. 22 ad art. 181 CO.

¹⁶ PROBST, n. 23 ad art. 181 CO.

¹⁷ PROBST, n. 1 ad art. 181 CO.

¹⁸ Le fardeau de la preuve de telles exceptions incombe au reprenant (ATF 79 II 289).

claire aux créanciers¹⁹. Il n'était pas nécessaire que les dettes aient été exigibles au moment du transfert ; les **dettes futures en étaient en revanche exclues**. Le Tribunal fédéral a admis qu'une obligation éventuelle d'assurer les frais d'un assainissement des eaux souterraines fondée sur l'art. 8 de la loi sur la protection des eaux de 1971 était bien transférable selon l'art. 181 aCO²⁰. On peut en déduire que l'art. 181 aCO s'applique aussi aux dettes fondées sur l'art. 32d LPE²¹.

5.3. Les règles de la LFus

Les art. 69 ss LFus réglementent le régime du transfert de patrimoine depuis le 1^{er} juillet 2004. Cette institution permet aux sociétés et aux entreprises individuelles inscrites au registre du commerce de transférer tout ou partie de leur patrimoine à un autre sujet de droit privé. Le sujet reprenant n'a pas l'obligation d'être inscrit au registre du commerce, à l'inverse du sujet transférant (art. 69 LFus). Le transfert a lieu *uno actu* pour l'ensemble des actifs et passifs (succession **universelle**), sans que ne doivent être respectées les règles de forme propres à la succession à titre singulier. En cela, la LFus modifie considérablement le régime du transfert de patrimoine de la partie générale du CO (art. 181 aCO) qui prévoyait que la reprise des actifs se faisait selon les règles de la succession singulière. La publicité requise pour le transfert de propriété est assurée par le registre du commerce puisque le transfert de patrimoine ne produit ses effets juridiques qu'au moment de son inscription au registre du commerce ; on parle de l'effet constitutif de l'inscription (art. 73 LFus)²².

L'étendue du patrimoine transférable est déterminée par un inventaire ; il peut porter tant sur des éléments de l'actif que du passif à condition que le patrimoine, ou la part de patrimoine transférée présente toujours un excédent d'actifs (art. 71 al. 2 LFus). Il faut partir du principe que les dettes de droit public sont susceptibles de transfert (application analogique des règles de l'art. 181 aCO).

6. La vente d'actifs isolés entre deux sociétés existantes

Les transactions par lesquelles une société vend certains actifs isolés à une autre société déjà existante sont régies par les règles applicables à cette acquisition à titre singulier, notamment le droit de la vente mobilière ou immobilière ; il ne s'agit en aucun cas d'un transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise au sens de la LFus.

Ce cas de figure paraît le plus simple ; dans l'environnement spécifique des sites contaminés à assainir, il recouvre en fait des situations très complexes et difficiles à gérer pour les collectivités touchées. Il en sera question en détail au chapitre III ci-après.

¹⁹ PROBST, n. 27 ad art. 181 CO.

²⁰ Arrêt du 29 avril 1988 dans l'affaire C. Kleiderreinigung AG c. Regierungsrat des Kantons Bern, JAB 1988 p. 406 ss, c. 3a; voir aussi l'arrêt du Tribunal administratif du Canton de Genève du 15 avril 2008, ATA/175/2008 qui admet qu'une dette d'assainissement, même ignorée, puisse être reprise sur la base de l'art. 181 CO. Cet arrêt n'examine toutefois pas quel était le fondement légal de l'éventuelle dette d'assainissement transférée, alors que le transfert d'entreprise avec actifs et passifs avait eu lieu en 1966.

²¹ Voir dans le même sens WAGNER PFEIFFER, op. cit., p. 140.

²² FF 2000 4116.

III. LES RESPONSABILITES « ENVIRONNEMENTALES » ET LEUR TRANSFERT

Comme exposé dans l'introduction, les art. 32c à 32e LPE ont imposé un nouveau type d'obligations environnementales aux sociétés. Il s'agit dans ce chapitre d'examiner quel est le sort des responsabilités pour les sites contaminés dans les cas de transferts de patrimoine exposés ci-dessus. Ces responsabilités appartiennent en soi au droit public puisque chaque perturbateur est responsable envers la collectivité dans la mesure de sa « contribution » à la pollution, en conformité du principe de causalité inscrit à l'art. 2 LPE ; la difficulté provient cependant du fait que le législateur n'a pas pris la peine d'assurer la coordination avec le droit privé (commercial) ; cette coordination sera analysée au chapitre IV.

1. En cas de transfert d'actions

Vu que le transfert d'actions ne modifie pas le patrimoine de la société, la responsabilité pour les dettes sociales **demeure** auprès de la société dont les actions sont cédées. Par conséquent, les transactions qui portent sur les actions d'une société anonyme sont neutres pour le régime de la responsabilité de droit public prévu par l'art. 32d LPE²³. Ainsi, la responsabilité liée à l'exploitation passée ou actuelle d'une activité polluante reste en mains de la société exploitante. Si cette société était détentrice du site, elle le demeure bien entendu après le transfert des actions.

La question se posera ici de savoir comment l'Etat peut défendre ses intérêts lorsque dite société n'a pas de surface financière ; en particulier, il faut examiner s'il est alors possible de « remonter » à une société-mère (actuelle ou antérieure) respectivement de s'adresser à une société-sœur.

2. En cas de fusion

En cas de fusion, que ce soit sous l'ancien droit ou le nouveau, tous les droits et obligations de la société fusionnée sont assumés par la société reprenante, par succession **universelle**. Ledit transfert porte tant sur les positions juridiques résultant du droit public que sur celles résultant du droit privé ainsi que sur toutes les expectatives (cf. ci-dessus ch. II.3.2). Dès lors, la responsabilité liée à l'exploitation actuelle ou passée d'une activité polluante à l'origine de la création d'un site contaminé (c'est-à-dire la responsabilité du perturbateur par comportement) est assumée par la société reprenante, même si la dette d'assainissement n'existait pas encore lors de la fusion et même si le fondement juridique de cette responsabilité n'existait pas au moment de la fusion. Seul est décisif le fait que des activités polluantes passées (par hypothèse effectuées par la société absorbée) déploient des effets dans le futur et sont soumises à une loi de droit public d'application immédiate²⁴. En outre, la responsabilité de

²³ ROMY, Responsabilités environnementales, p. 551.

²⁴ ROMY, Responsabilités environnementales, p. 553.

prendre les mesures matérielles d'investigation et d'assainissement incombe au détenteur actuel du site concerné.

3. En cas de transformation

Sous l'ancien droit, les art. 824 ss aCO prévoyaient la transformation d'une SA en Sàrl par transfert de patrimoine ; selon cette conception, il y avait succession à titre universel du patrimoine et transfert des rapports juridiques, notamment des dettes de droit public (cf. ci-après ch. III.5.1). Par conséquent, la responsabilité du perturbateur par situation suit le sort de l'immeuble puisqu'elle est liée au pouvoir de détention actuel sur l'immeuble.

D'une manière générale avec le nouveau droit, la transformation n'a, en soi, pas d'incidence sur le patrimoine de la société : ce dernier reste inchangé et il n'y a pas de changement de débiteur. Cette transformation est donc neutre pour le régime de responsabilité de droit public prévu à l'art. 32d LPE. Les titulaires de parts **continuent de répondre personnellement** des dettes du sujet nées avant la publication de la décision de transformation pendant trois ans au plus à compter de l'inscription de la transformation au RC (art. 68 al. 1 LFus). Lorsque la créance ne devient exigible qu'après la publication de la décision de transformation, le délai de prescription de trois ans court à compter de l'exigibilité. Ce régime offre ainsi une certaine garantie à la collectivité en cas de tentative du perturbateur par comportement de restreindre après coup la portée de sa responsabilité financière.

A noter que la transformation d'une société en nom collectif (qui est dépourvue de personnalité morale) en société de capitaux ou en société coopérative (qui jouit de la personnalité morale) présente une particularité par rapport aux autres opérations de transformation prévues par l'art. 54 LFus : elle implique la création d'une (nouvelle) société et le transfert à celle-ci des droits et obligations de la société en nom collectif préexistante. L'admissibilité de ce type de transformation était d'ailleurs controversée avant l'entrée en vigueur de la LFus en raison de la différence fondamentale entre sociétés de personnes et de capitaux, notamment du point de vue de la responsabilité des associés. On a répondu à ces préoccupations en disposant que lorsque la nouvelle forme sociale n'est pas de celles qui prévoient la responsabilité personnelle des associés, celle-ci est **tout de même maintenue pour les dettes nées antérieurement à la transformation** ; c'est la conséquence de l'art. 26 LFus à l'application (par analogie) duquel renvoie l'article 68 al. 1 LFus. A nouveau, ce régime offre une certaine garantie à la collectivité confrontée à un perturbateur par comportement qui tente d'échapper à sa responsabilité personnelle en créant une société de capitaux.

4. En cas de transfert de patrimoine ou d'entreprise avec actifs et passifs

4.1. L'ancien droit

Selon l'ancien droit (art. 181 aCO), celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actifs et passifs devient responsable des dettes envers les créanciers dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance de manière individuelle ou qu'il l'a publiée dans les journaux. Même si le consentement des créanciers n'est pas exigé pour la reprise de dettes

(reprise de dettes simplifiée), ceux-ci conservent leurs droits envers le transférant²⁵. En effet, l'art. 181 al. 2 aCO prévoit une solidarité du transférant (ancien débiteur) avec le reprenant (nouveau débiteur) durant un délai de deux ans. La reprise de dette est donc d'abord cumulative et, après deux ans, devient privative entraînant la libération du transférant²⁶. A noter que le délai de deux ans est un délai de péremption²⁷ qu'il n'est pas possible d'interrompre ; le créancier devra entreprendre des démarches formelles durant ledit délai s'il entend conserver ses droits envers le transférant.

Comme indiqué ci-dessus, les dettes de droit public sont transmissibles au sens de l'art. 181 aCO. Selon Romy²⁸, il y a lieu de distinguer la responsabilité du perturbateur par comportement et celle du perturbateur par situation (détenteur) ; la première est liée à « une activité polluante donnée et ne peut être transférée à la société reprenante que si la dette d'assainissement était fondée au moment du transfert ». Cela suppose à tout le moins qu'il existât un fondement légal à l'obligation financière d'assainir **au moment du transfert**²⁹. Cette norme n'est pas nécessairement l'art. 32d LPE. D'autres dispositions légales de droit fédéral existaient avant l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE qui fondaient une responsabilité de droit public du perturbateur par comportement, notamment les art. 8 de la Loi fédérale sur la protection des eaux du 8 octobre 1971 (LPEP)³⁰, qui a remplacé l'ancien art. 12 de la Loi fédérale sur la protection des eaux de 1955, et l'art. 59 de la LPE de 1983. Il est également envisageable de fonder une obligation financière d'assainir sur la base du droit privé, notamment les art. 679 et 684 CC, pour autant que la pollution porte atteinte à des biens environnementaux objets de droits privés³¹. A noter également l'art. 234 du Code pénal (de 1941), qui réprime la contamination d'eau potable, à savoir toutes les eaux accessibles, captées ou susceptibles de l'être un jour, et qui pourrait fonder une action en responsabilité financière en relation avec l'art. 41 CO pour des frais d'assainissement.

Puisque les dettes futures ne sont pas transmissibles, la question se pose de savoir à quelles conditions la dette est suffisamment « fondée » pour pouvoir être transférée. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. A notre avis, il faudrait admettre qu'une dette d'assainissement est fondée lorsqu'il existe des **indices objectifs** qu'au moment du transfert, il existait une menace (ou un risque concret) d'atteintes aux biens protégés (ainsi les eaux souterraines ou de surface selon l'ancienne LPEP). A noter d'ailleurs que les risques

²⁵ PROBST, n. 38 ad art. 181 CO.

²⁶ TSCHÄNI, n. 2 ad art. 181 CO ; PROBST, n. 40 ad art. 181 CO.

²⁷ ATF 108 II 107 ; TSCHÄNI, n. 14 ad art. 181 CO ; PROBST, n. 40 ad art. 181 CO.

²⁸ ROMY, Responsabilités environnementales, p. 548.

²⁹ On peut se fonder à cet égard sur l'arrêt du TF du 25 septembre 2006, 1A. 273/2005, 1A. 274/2005 et 1P. 669/2005, c. 5.2 et 5.3, qui traite de la responsabilité potentielle des héritiers d'un perturbateur par comportement. Le TF laisse entendre qu'une responsabilité des héritiers n'est envisageable que si la dette d'assainissement existait au moment du décès ou si une norme contraignante pouvait fonder une obligation d'assainir, tout en soulignant que si les héritiers ont été privés de toute possibilité de requérir le bénéfice d'inventaire ou de répudier la succession, il apparaît douteux que les héritiers puissent répondre des actes du perturbateur par comportement.

³⁰ Voir les arrêts cités supra, note 20.

³¹ Ces dispositions, qui sanctionnent l'excès du droit de propriété et permettent au lésé d'exiger des dommages et intérêts ainsi que des mesures de prévention, s'appliquaient avant l'entrée en vigueur de la norme de responsabilité civile introduite dans la LPEP de 1971 ; elles présentent un intérêt pour la présente discussion si le perturbateur par comportement tombe bien dans le cercle des personnes qui ont la qualité pour défendre au sens de ces dispositions, en premier lieu s'il était propriétaire de l'immeuble pollué. L'on pourrait ainsi construire une obligation financière de prendre les mesures nécessaires pour assainir.

de pollution des eaux dus à l'élimination et le traitement des déchets ou à l'utilisation de substances sont connus de longue date. On en veut pour preuve la Loi fédérale sur la pêche de 1888, qui interdisait de verser ou de faire écouler, dans les eaux poissonneuses, des résidus de fabrique ou d'autres matières qui, par leur nature et leur quantité, pourraient porter atteinte aux effectifs de poissons et d'écrevisses. La Loi fédérale sur la protection des eaux de 1955 a étendu la protection à toutes les eaux (et non seulement aux eaux poissonneuses). A cette époque, les risques de pollution des eaux souterraines par les déchets étaient également connus. Le message du Conseil fédéral concernant le projet de loi sur la protection des eaux contre la pollution du 9 février 1954 fait notamment état des risques de pollution des eaux par les dépôts de matières solides et les dépôts de déchets dont l'emplacement est mal choisi, ou encore des nombreuses gravières remplies de matériaux contenant des substances qui contaminent la nappe phréatique³².

La responsabilité du **perturbateur par situation** est liée au « pouvoir de détention actuel sur l'immeuble » L'art. 20 OSites prévoit qu'il appartient au **détenteur** du site d'exécuter les investigations préalable et de détail ainsi que les mesures d'assainissement. C'est lui qui répond en premier lieu de l'état de sa propriété et qui doit veiller à ce qu'elle soit conforme à la réglementation de droit public, notamment à la LPE. Le détenteur est la personne morale ou physique qui exerce un pouvoir de droit ou de fait sur la chose qui a provoqué la situation contraire au droit. Il a la maîtrise effective du site. Son pouvoir de disposition actuel sur le site lui permet de maintenir la chose dans un état conforme au droit et de prendre les mesures nécessaires pour parer au danger de pollution. Cette notion n'est pas propre au droit des sites pollués et s'applique à d'autres domaines du droit de l'environnement.

La responsabilité liée à la maîtrise de l'immeuble pollué reste donc liée à l'immeuble lui-même comme obligation propter rem. Il s'ensuit que c'est la société reprenante qui assume cette responsabilité si elle est détentrice au moment de l'ouverture de la procédure OSites.

4.2. Le nouveau droit

Par définition avec le nouveau droit, le transfert de patrimoine réduit le patrimoine du sujet transférant et donc le substrat de responsabilité de ses créanciers³³. Pour éviter que le transfert ne porte atteinte tant aux créanciers du sujet transférant qu'aux créanciers du sujet reprenant, la LFus prévoit une protection préalable et postérieure des créanciers. La protection des créanciers se concrétise de trois manières différentes : la responsabilité solidaire du sujet transférant pendant une période de trois ans à compter de l'inscription du transfert dans la FOsc ou de l'exigibilité de la créance (art. 75 al. 1 et 2 LFus), l'obligation de fournir des sûretés si cette responsabilité s'éteint avant le délai de trois ans (art. 75 al. 3 et 4 LFus), l'applicabilité des dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation (dispositions du CO) et la règle selon laquelle le patrimoine transféré doit présenter un excédent d'actifs (art. 71 al. 2 LFus).

L'art. 71 LFus énumère le contenu impératif du contrat de transfert et précise que seul un patrimoine représentant une valeur d'actif net positive peut être transféré par le biais de cette

³² FF 1954 p. 305 ss, p. 310.

³³ BAUEN/JEGHER/WENGER/ZEN-RUFFINEN, p. 171.

institution. Le contrat de transfert doit contenir un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés avec une mention individuelle de chaque immeuble, papier-valeur ou valeur immatérielle. Par conséquent, seules les dettes et les responsabilités mentionnées sur l'inventaire sont reprises par la société reprenante. Si le sort d'un bien n'est pas réglé, il doit rester entre les mains du sujet transférant. Si ce dernier est dissout suite à l'opération, il convient de l'attribuer selon l'intention prévisible des parties et, à défaut, selon les règles de l'art. 72 LFus³⁴. Il existe toutefois une **controverse** doctrinale à ce sujet quant au sort des passifs « oubliés », par exemple des responsabilités environnementales non inventoriées : certains auteurs estiment qu'elles restent chez le sujet transférant tandis que d'autres prévoient une responsabilité solidaire entre le sujet transférant et le sujet reprenant pour les dettes nées avant le transfert, par application analogique de l'art. 72 LFus³⁵.

5. En cas de vente d'actifs individuels entre deux sociétés existantes

La collectivité peut se trouver dans une situation difficile si et dans tous les cas où la vente porte sur certains actifs seulement et a pour objectif (caché) de « sortir » de la société les biens qui ont de la valeur afin de les mettre à l'abri de toute action en responsabilité :

1. Les actifs de la société perturbatrice par comportement sont volontairement transférés à une autre entité, qui souvent appartient au même groupe économique. Le reprenant exclut contractuellement toute responsabilité environnementale. Il s'ensuit que la société perturbatrice par comportement n'a plus les moyens économiques de faire face à ses responsabilités financières. Formellement, son capital sera même souvent réduit au minimum.
2. Suivant les cas, elle aura même été liquidée. L'Etat qui n'en aura pas été informé spécifiquement n'aura pas pris la peine de préserver ses intérêts en produisant dans la procédure d'appel aux créanciers.

Dans ces circonstances, l'ordre juridique suisse n'aide guère la collectivité :

1. Sous l'angle du droit public, l'Etat n'aura alors pas d'autre solution que de s'adresser au perturbateur par situation – acheteur du terrain, personne physique ou morale, qui en sa qualité de détenteur n'a pas l'obligation légale de supporter l'entier des frais d'assainissement (à supposer qu'elle le puisse) – ou alors d'alléguer que la société reprenante des actifs intéressants a de facto repris l'exploitation polluante et doit donc aussi être considérée comme **perturbatrice par comportement**, sauf à violer les exigences de la bonne foi. Il apparaît immédiatement que cette argumentation juridique est difficile et ne peut valoir que dans des circonstances particulières (cf. ci-après ch. IV.2.2).
2. Sous l'angle du droit privé, comme il s'agit d'une acquisition à titre singulier et non pas d'un transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise, l'art. 181 aCO ne s'applique

³⁴ PETER/TRIGO TRINDADE, n. 4 ad art. 71 LFus.

³⁵ ROMY, Responsabilités environnementales, p.549 s. et les réf. citées.

pas. Les créanciers se trouvant lésés par le transfert des seuls actifs ne pourront donc pas se retourner contre l'acquéreur. Le seul moyen à leur disposition est **l'action révocatoire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite** (art. 285 ss LP)³⁶. Celle-ci est cependant limitée : elle ne peut intervenir que si la société a été déclarée en faillite ; l'Etat devra démontrer que l'acte de disposition a été entrepris dans le but reconnaissable de lui soustraire certains biens ; la révocation ne pourra viser que les biens transférés dans les 5 ans avant le prononcé de la faillite ; si l'Etat n'est pas en mesure d'établir la volonté de le léser, il peut alors encore alléguer que le reprenant a obtenu le terrain à un prix inférieur à sa valeur réelle, mais dans ce cas la révocation ne peut viser que les actes de transfert intervenus dans l'année qui a précédé le prononcé de la faillite.

IV. LES INSTRUMENTS DU DROIT MATERIEL EXISTANT

L'analyse qui suit démontre qu'en fonction du droit actuel, les collectivités sont relativement démunies d'instruments de protection dès l'instant où les actes de transfert ont eu lieu et sont valables du point de vue du droit privé (commercial). En l'absence d'une base légale spécifique à cet égard, le droit public n'a en effet pas le pouvoir de "gommer" les entités juridiques créées sur la base du droit privé et les transactions conclues valablement entre les administrés.

1. Les relations entre les domaines juridiques

1.1. *Droit public, droit des contrats et droit commercial*

Le droit des sites contaminés (LPE et OSites) appartient au droit public. Cela signifie qu'il régle les **relations entre l'Etat et les administrés** et non pas entre les administrés eux-mêmes. Concrètement, le droit public permet à l'Etat – moyennant procédure et décision administrative – d'obtenir l'accès au site, de contraindre ses détenteurs à prendre ou tolérer les mesures d'investigation puis les mesures d'assainissement. Ces prérogatives de l'Etat sont cependant sans pertinence dès l'instant où le litige ne porte que sur la répartition des coûts.

Cette qualification de droit public vaut **aussi pour l'art. 32d al. 4 LPE** (décision de répartition des coûts) : (1) il faut une requête formelle à l'autorité administrative compétente pour qu'elle rende cette décision, que ce soit de la part du détenteur du site à assainir ou (depuis la révision de la loi) de celui qui est à l'origine des mesures. (2) La décision sur la répartition des coûts régit les rapports entre chaque perturbateur concerné et la collectivité; cette dernière ne peut pas se prononcer sur des prétentions compensatoires entre les particuliers³⁷. (3) La contribution de chacun des perturbateurs sera due à l'Etat et non en remboursement à celui qui aura payé l'assainissement. (4) De même, les prétentions en remboursement de la personne qui a avancé les frais d'investigation et d'assainissement sont à

³⁶ TSCHÄNI, n. 1 ad art. 181 CO.

³⁷ TSCHANNEN, n. 37 ad art. 32d LPE.

exercer contre l'Etat et non pas contre les autres perturbateurs ; c'est donc l'Etat qui supporte le risque d'insolvabilité des acteurs (art. 32d al. 3 LPE).

Dans le contexte de l'art. 32d al. 4 LPE, la question se pose de savoir quel impact le droit privé pourra exercer sur la décision administrative et inversement. La réponse résulte à notre avis de la distinction entre les deux types de perturbateurs

1. Le perturbateur **par situation** est celui qui est détenteur de l'immeuble contaminé au moment où l'Etat prend sa décision. Peu importe ici de savoir qui l'a été antérieurement. Dès lors, l'Etat doit pleinement tenir compte des accords intervenus préalablement (tel qu'un transfert de propriété) pour déterminer qui est le détenteur actuel, qu'il s'agisse d'un transfert d'actifs déterminés ou d'une succession universelle (y compris entre personnes morales). Le risque subséquent de renforcement du droit de l'environnement et de responsabilité consécutive passe avec les actifs au reprenant³⁸.

Si l'immeuble pollué est cédé à un tiers alors qu'une procédure d'investigation, voire d'assainissement est en cours et qu'une décision a été rendue pour désigner le responsable au sens de l'art. 20 OSites, c'est à notre avis ce dernier qui reste obligé vis-à-vis de l'Etat. Conformément tant aux art. 175 et 176 CO qu'aux principes de la procédure administrative, un changement de responsable au sens de l'art. 20 OSites suppose l'accord de l'Etat, qui doit rendre une nouvelle décision. Cette solution est en outre conforme à l'équité dans la mesure où le détenteur destinataire d'une décision fondée sur l'art. 20 OSites a connaissance de ses obligations et qu'il lui incombe de les transmettre à son « successeur ». Ce régime plaide pour que l'Etat rende le plus tôt possible une décision génératrice pour le perturbateur de l'obligation de prendre en charge les frais (cf. ci-après chap. V.4).

2. Pour le perturbateur **par comportement** :

- Les particuliers ne peuvent pas modifier par des accords contractuels entre eux leurs obligations envers l'Etat. Ils ne peuvent pas changer par contrat et de manière à lier l'Etat leurs responsabilités de droit public vis-à-vis de ce dernier. Certes, l'Etat peut prendre en compte les éventuelles clauses contractuelles de répartition de responsabilité comme un élément de fait, mais il n'a pas l'obligation de le faire³⁹ ; en pratique, l'Etat en tiendra compte en particulier lorsque le perturbateur par comportement se sera engagé à prendre en charge tous les frais de l'assainissement. Par ailleurs, il est lié par les principes de répartition du droit public. Rien n'empêche par contre les parties de convenir de clauses qui anticipent les conséquences de cette décision, par exemple des clauses de remboursement ou d'indemnisation. De telles clauses sont de plus en plus fréquentes dans les ventes immobilières devant notaire⁴⁰.

³⁸ ROMY, Responsabilités environnementales, p. 548; WAGNER PFEIFER, p. 141 s.

³⁹ Lors de la révision de l'art. 32d al. 3 LPE, le projet prévoyait que l'Etat pouvait aussi être amené à trancher les questions de droit privé, « si la situation est claire ». Cette possibilité n'a finalement pas été retenue dans le texte actuel.

⁴⁰ Pour des exemples de clauses tirées de la pratique en Suisse ou en Allemagne, cf. ZUFFEREY, Sites contaminés BINDER/VETTER ; ég. p. 687 ss.

- En revanche, l'Etat doit tenir compte des opérations antérieures de succession universelle entre sociétés qui modifient l'existence même de la société comme sujet de droit. L'Etat est lié par les modifications de personnalités juridiques qui résultent d'une fusion et la radiation de la société absorbée. En soi, les successions à titre universel comme la fusion ne posent pas de problème particulier car il y a continuité des obligations dans la personne de la société reprenante. Les problèmes surgissent lorsque les opérations commerciales dissocient les actifs et passifs, que les dettes liées à une exploitation polluante ne sont pas transférées à une nouvelle entité juridique et que le perturbateur par comportement n'existe plus.

1.2. La portée réduite du droit de la responsabilité

De manière générale pour les questions examinées ici, ce droit n'aura qu'une **portée très réduite** pour l'Etat et ne mérite pas une analyse, sauf circonstances de fait très particulières. En effet :

1. Il n'est pas question de construire une responsabilité des personnes morales impliquées pour les frais d'assainissement "résiduels" puisque dans ce cas l'Etat ne subit pas de dommage par une atteinte à un droit (de propriété). Une contamination peut certes causer des dommages à des tiers, mais cette situation relève du droit privé et ne concerne pas l'Etat détenteur de la puissance publique.
2. La responsabilité personnelle des organes de ces personnes morales, qu'ils soient administrateurs ou directeurs, paraît tout aussi peu probable :
 - En droit public, le Tribunal fédéral a admis l'idée qu'un administrateur d'une société anonyme puisse être perturbateur par comportement (jurisprudence rendue sur la base de l'art. 20 al. 2 OSites, dans laquelle la responsabilité de l'administrateur a d'ailleurs été niée)⁴¹. Il faut cependant pour cela que les actes de gestion de l'administrateur soient en lien de causalité directe avec la pollution ; un manque de diligence général au sens de l'art. 717 CO ne suffit donc pas.
 - La responsabilité des administrateurs de la société anonyme perturbatrice par comportement ou par situation au sens de l'art. 754 CO ne serait possible que si la société en question était encore existante, mais insolvable. Là en effet, l'Etat serait contraint d'assumer les frais d'assainissement (art. 32 al. 3 LPE). Et même dans cette hypothèse, il s'agirait d'un préjudice indirect, découlant de l'insolvabilité et non pas de la pollution. L'application de l'art. 754 CO n'est dès lors possible que si l'insolvabilité a été organisée, en vue d'échapper aux conséquences financières de la pollution.

⁴¹ ATF 130 II 321 (arrêt en français).

- Une action sur la base de l'art. 41 CO ne serait imaginable qu'entre des personnes privées (action des perturbateurs entre eux ou de l'acheteur du site contaminé).
- Enfin, les actions en responsabilité fondées sur les art. 41 CO et 754 CO sont difficiles à manier. L'action fondée sur l'art. 41 CO est soumise à un délai de prescription d'un an à partir de la connaissance du dommage et de l'auteur, et dix ans dès l'acte dommageable (art. 60 CO), celle de l'art. 754 CO est soumise à un délai de prescription relative de 5 ans et absolue de 10 ans (art. 760 CO).

2. Le droit public de l'environnement

2.1. L'application formelle de l'art. 32d LPE

En vertu de l'art. 32d al. 2 1^{ère} phr. LPE, la répartition des frais entre tous les perturbateurs se fait « proportionnellement à leur part de responsabilité ». 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 (selon le nouveau droit, cela suppose qu'il n'ait pas eu ou pu avoir connaissance de la pollution en usant de la diligence requise).

Les opérations commerciales décrites plus haut peuvent rendre difficile d'identifier et d'appréhender la société **à l'origine de la pollution**. D'abord, il arrive qu'elle ne soit plus la détentrice de la parcelle contaminée :

1. Tel sera le cas si la société a assuré une séparation claire entre les parcelles contaminées dont elle s'est débarrassée et celles qu'elle a conservées. En outre, aucun contrat ne lui assure une maîtrise de fait sur les terrains pollués (par exemple un droit de superficie). En principe alors, le registre foncier permet d'identifier les anciens propriétaires.
2. La jurisprudence a déjà considéré comme perturbateur par situation (« détenteur » au sens de l'art. 20 al. 1 OSites) une entité qui n'est pas propriétaire des terrains contaminés, au motif que le centre des investigations historiques (pour déterminer la cause probable des pollutions) et techniques (pour identifier les substances polluantes) se trouve sur une parcelle adjacente qui lui appartient⁴². Cette qualification ne peut cependant s'appliquer que dans des circonstances très spécifiques, par exemple en cas d'écoulement depuis la source de pollution mais pas dans tous les cas où les matériaux pollués ont été transportés et entreposés.

Ensuite, la difficulté consiste à qualifier la société en question comme perturbatrice par comportement au sens de l'art. 32d LPE :

1. Il n'est souvent pas possible de démontrer qu'elle polluerait aujourd'hui encore par son comportement, ce qui permettrait de soutenir qu'il y a bien une continuation de

⁴² Arrêt du TF in DEP 2003, p. 783 (pollution par une citerne à mazout).

l'exploitation. Si elle a continué son activité au-delà de l'entrée en vigueur de la LPE (1985), elle a en général pris les mesures nécessaires pour respecter les exigences du droit de l'environnement.

2. Il n'est formellement pas possible de dire que cette société a bien été la perturbatrice par comportement : il y a eu changement de forme en cours de route et non pas simplement un changement de nom ; la société actuelle d'exploitation n'a été fondée qu'après la pollution ; la société qui a détenu les terrains les a vendus et a été liquidée.
3. Au surplus, pour certains auteurs, il faudrait encore ici franchir l'obstacle de la prescription (30 ans depuis la fin de la pollution, par analogie avec l'art. 662 CC)⁴³. A notre avis – par analogie avec le régime établi dans la jurisprudence sur la pollution des eaux – les créances (de droit public) en exécution de l'assainissement des sites contaminés, et donc aussi l'obligation de le financer, ne se prescrivent pas ; seule se prescrit l'exécution du paiement dès le moment où l'Etat a pris sa décision de répartition (5 ans)⁴⁴.

2.2. L'exploitation de fait

Lorsque les circonstances du cas considéré sont telles que décrites ci-dessus, il nous apparaît que le droit de l'environnement actuel n'offre qu'une seule possibilité d'action aux autorités : passer outre les transactions privées (cf. ci-dessus ch. 1.1) et appréhender **la situation de fait** afin de décider quelle société est vraiment perturbatrice par comportement⁴⁵. A cet effet, une base légale autre que l'art. 32d LPE n'est pas nécessaire ; l'Etat est assujéti au principe inquisitorial et la légalité lui interdit de mettre à la charge des perturbateurs par situation (ou de l'Etat) la part des frais d'assainissement qui devraient revenir au perturbateur par comportement.

Cela signifie pour les autorités l'obligation d'apprécier la réalité de la situation en terme **d'exploitation de fait** et de décider si elle présente une continuité telle qu'il serait injustifiable de ne pas faire participer la société qui continue l'exploitation à l'assainissement du site qu'elle a pollué et de protéger ainsi le patrimoine de son actionnaire. Cette conception est fondée sur l'idée que la notion de perturbateur par comportement est issue du concept de pollueur (Verursacher) et du principe de causalité ; or, ce concept se fonde sur une entreprise (Betrieb) et non pas sur une entité juridique.

Les éléments que voici vont dans ce sens ; il faut recommander aux autorités de **les rechercher le plus tôt possible** dans la procédure d'investigation puis d'assainissement :

1. L'intervention purement formelle et sans justification industrielle de sociétés du même groupe qui deviennent propriétaires du site ou des installations et de l'activité polluante, pour les retransmettre très rapidement à d'autres entités.

⁴³ Ainsi WAGNER PFEIFER, p. 148 s.; ég. NEF, p. 399.

⁴⁴ ROMY, Responsabilités environnementales, p. 539 s.

⁴⁵ Dans ce sens, cf. la décision cantonale zurichoise précitée, in DEP 2000, p. 386, c. 2.

2. L'identité économique, technique et opérationnelle entre la société perturbatrice par comportement et la société qui reprend son activité. Cette identité peut résulter de l'accumulation d'éléments tels que les suivants : (1) la société reprenante a continué, sans interruption, la même activité de production et de commercialisation. A cette fin, elle s'est fait transférer non seulement les actifs matériels (ateliers de fabrication, entrepôts, bureaux, etc.), mais aussi les actifs immatériels (brevets et autres droits). (2) La reprise de tous les actifs immobiliers s'est faite à un prix symbolique. (3) La nouvelle société a repris la totalité du personnel technique ; en vertu de l'art. 333 CO, la reprise des rapports de travail est un signe qu'il y a eu transfert d'entreprise. (4) L'entité reprenante a fonctionné avec le même personnel et toute l'infrastructure administrative est restée en place, y compris les archives. (5) Elle a fonctionné avec les mêmes administrateurs.
3. Autres éléments encore qui sont autant d'indices d'un abus de droit de la part de la société reprenant l'activité (cf. art. 5 Cst.) si elle se réfugie derrière le droit contractuel/commercial pour nier la continuité de l'exploitation et le fait que l'opération a été organisée afin d'éviter toute responsabilité future pour la contamination du site concerné : (1) séparation entre les actifs immobiliers de façon à isoler justement ceux qui sont pollués ; (2) forte réduction du capital social de la société cédante ; (3) engagement contractuel du reprenant à être indemnisé par la société dont les actifs sont repris pour toute responsabilité qu'il pourrait encourir du fait de l'activité reprise ; (4) vente ultérieure des terrains pollués à un prix très bas ; (5) liquidation de la société cédante très rapidement après cette vente.

3. Le droit privé des sociétés et de la responsabilité

3.1. Les cas de figure et leur conséquence

Si l'on se réfère aux modes de transfert des patrimoines et des responsabilités (ci-dessus ch. III et IV), on constate globalement une très grande difficulté, voire **l'impossibilité, pour les autorités de rechercher en responsabilité la société à l'origine de la pollution** :

1. Par principe en cas de simple vente d'actifs individuels, le vendeur qui exploite une entreprise polluante demeure le perturbateur par comportement. Or, sa société a souvent disparu. Le droit public n'offre pas de moyen de rechercher l'acheteur pour l'activité polluante exercée par le propriétaire précédent, car l'obligation de participer financièrement à l'assainissement est liée à une personne et non pas à un actif.
2. S'il y a eu transfert de patrimoine ou d'actifs et passifs au sens de l'art. 181 aCO, les dettes de droit public étaient certes susceptibles de transfert au sens de cette disposition, donc aussi les dettes de l'art. 32d LPE⁴⁶. Cependant, pour les transferts survenus avant 1997 (dans la majorité des cas), l'art. 32d LPE n'existait pas. La question se pose dès lors de savoir si l'obligation financière d'assainir a bien été transférée à la société reprenante. En

⁴⁶ Le TF l'a admis expressément pour une dette d'assainissement fondée sur l'art. 8 LPEP: Arrêt du 29 avril 1988 dans l'affaire C. Kleiderreinigung AG c. Regierungsrat des Kantons Bern, JAB 1988 p. 406 ss, c. 3a;. Voir aussi dans le même sens l'opinion de SEILER (n. 67 ad art. 2), WAGNER PFEIFER (p. 140) et ROMY (Responsabilités environnementales, p. 547).

l'absence de disposition légale claire, nous sommes d'avis qu'une telle obligation a pu être transférée pour autant que l'obligation financière du perturbateur par comportement existât dans son principe au moment du transfert, quelle que soit la base légale fondant l'obligation financière d'assainir⁴⁷. Il n'est par contre pas nécessaire qu'une décision de répartition des frais ait été rendue. A relever au surplus qu'il n'est souvent plus possible de rechercher la société transférante en invoquant les 2 ans de solidarité que prévoit l'art. 181 al. 2 CO (trois ans selon l'art. 181 aCO), ce délai étant échu.

3.2. Les autres pistes possibles

Elles auraient pour objectif de permettre d'atteindre le patrimoine des actionnaires de la société à l'origine de la pollution. En l'état du droit privé suisse, cet objectif est cependant **presque impossible à réaliser** :

1. Le droit suisse ne connaît pas la responsabilité personnelle des actionnaires de la société anonyme (art. 620 al. 2 et 680 CO).
2. Une possibilité juridique à cet effet réside dans le principe de la transparence (Durchgriffsprinzip), à savoir le fait de « traverser » la société pour atteindre les propriétaires (à 100%) de son capital. Cette piste est cependant toujours difficile à suivre :
 - Contrairement à d'autres droits nationaux, le droit suisse de l'environnement ne statue pas d'obligation pour la société-mère d'assumer les obligations de sa fille. La LPE pourrait être modifiée dans ce sens (ci-après chap. VI). Autre serait la situation dans l'hypothèse où la société-mère elle-même serait perturbatrice par comportement.
 - Il n'est pas possible d'appliquer le principe de transparence entre des sociétés qui ne feraient pas partie du même groupe. Autrement dit, ce principe ne sert à rien dans les cas où la société perturbatrice par comportement vend ses actifs de valeur à une entité hors du groupe auquel elle appartient et si elle n'a elle-même pas de société-mère.
 - Être actionnaire en tant que société-mère ne suffit d'ailleurs pas. La transparence n'est praticable que lorsque l'actionnaire agit de mauvaise foi et utilise les mécanismes corporatifs pour échapper à ses obligations ; la doctrine estime que ce régime s'applique aussi en matière environnementale⁴⁸. En d'autres termes, l'Etat devra démontrer que la société perturbatrice par comportement avait de facto renoncé à son indépendance au profit de son actionnaire (par exemple en étant forcée par contrat à exécuter les instructions de ce dernier) – cela revient à dire que la société-mère est en fait perturbatrice par comportement – qu'elle était largement sous-capitalisée ou encore que l'actionnaire avait l'intention de léser les créanciers⁴⁹.

⁴⁷ ROMY, Responsabilités environnementales, p. 548 et supra ch. III. 4.1.

⁴⁸ CUMMINS, p. 121 s; TSCHANNEN, n. 32 ad art. 32d LPE.

⁴⁹ Cf. BÖCKLI, § 11 n. 456 ss et les réf. citées.

Le droit allemand connaît un régime spécial de transparence en matière de responsabilité pour les sites contaminés : le § 4 al. 3 phr. 4 de la Bundes-Bodenschutzgesetz prévoit la responsabilité financière de l'entité suivante : «Wer aus handelsrechtlichem oder gesellschaftlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein Grundstück, das mit einer Altlast belastet ist, gehört ». Ce régime de responsabilité n'est cependant pas plus étendu que ce que la jurisprudence suisse a d'ores et déjà développé : (1) il ne peut s'appliquer qu'au perturbateur par situation ; (2) il ne fait que renvoyer aux acquis de la jurisprudence allemande sur la transparence, dans laquelle on retrouve les mêmes principes qu'en droit suisse (pour plus de détails cf. le rapport joint en annexe 1). Le droit suisse peut cependant en retirer deux profits : (1) la doctrine allemande a formulé les diverses hypothèses concrètes dans lesquelles cette « transparence allemande » est applicable ; (2) elle l'est aussi lorsque l'actionnaire de la société incriminée est une personne physique (pour plus de détails, cf. les explications en annexe de ce rapport).

3. Le régime jurisprudentiel récent de la responsabilité fondée sur la confiance permet d'agir en dommages-intérêts – en dehors de tout contrat ou responsabilité délictuelle – contre une société qui aurait laissé croire au lésé qu'elle garantissait les engagements de sa filiale⁵⁰. Dans un cas concret cependant, il sera toujours très difficile pour la collectivité d'établir que la société-mère aura fait miroiter une quelconque garantie vis-à-vis de l'Etat ou de l'acquéreur du site à assainir.
4. Ce n'est que dans certains domaines économiques particuliers – par exemple en matière bancaire – que la jurisprudence a reconnu une obligation de fait pour les sociétés importantes d'un groupe d'assumer les dettes de leurs entités mère ou sœur (et d'avoir en conséquence des fonds propres suffisants à cet effet). Un tel régime d'assistance (« faktische Beistandspflicht ») est aussi largement fondé sur la confiance et entend protéger les clients ; il n'existe pas en droit de l'environnement.

V. LES MESURES PRATIQUES

L'analyse menée jusqu'ici confirme que les sociétés peuvent utiliser les moyens du droit privé et les opérations commerciales pour échapper à leurs responsabilités environnementales et que dans ces cas, en l'état du droit, il est difficile voire impossible pour les cantons (et les communes) de poursuivre une société perturbatrice par comportement. Dès lors, les cantons n'ont pas d'autre solution que d'exploiter leurs compétences législatives et administratives afin de mettre sur pied un train de mesures d'information, de prévention voire de réparation. Certaines de ces mesures justifieraient que l'on entreprenne de modifier la législation (y compris fédérale ; ci-après ch. VI).

⁵⁰ Pour plus de détails, cf. WERRO, n. 305 ss (en particulier à propos de l'arrêt Swissair).

1. Les compétences cantonales

Le droit cantonal de l'environnement contient avant tout des dispositions d'exécution du droit fédéral, en particulier lorsqu'il désigne les autorités compétentes. De lege ferenda, on peut se demander si les cantons seraient compétents pour régler les questions en lien avec les sites contaminés. La réponse à cette question doit être nuancée :

1. Pour ce qui est du régime matériel (répartition des responsabilités financières), les compétences cantonales résiduelles paraissent réduites à néant ou en tout cas trop restreintes pour autoriser une législation cantonale : (1) l'art. 32d LPE fixe le système de répartition des frais d'assainissement et d'investigation avec une grande précision (surtout depuis sa révision). (2) Le droit des sociétés ne laisse subsister aucune compétence cantonale.
2. Les cantons conservent par contre la compétence d'émettre des dispositions **d'organisation et d'exécution** de la législation fédérale. Ces mesures pourront porter en particulier sur les éléments suivants : (1) collecte des informations sur tous les acteurs impliqués dans l'assainissement des sites contaminés concernés ; (2) gestion de la procédure devant conduire à la décision cantonale de l'art. 32d al. 3 LPE ; (3) mesures préventives de la compétence des autorités cantonales (registre foncier, registre du commerce, autres services) ; (4) interventions auprès des personnes privées chargées de tâches publiques (par exemple les notaires).

C'est donc dans cette direction qu'il faut conseiller aux collectivités d'examiner les mesures de défense de leurs intérêts ; les développements qui suivent examinent celles qui paraissent juridiquement possibles. Il appartiendra ensuite aux cantons concernés d'apprécier les efforts nécessaires à leur mise en œuvre concrète (en particulier pour ce qui a trait à la coordination nécessaire entre toutes les autorités cantonales impliquées). L'analyse qui suit montrera que certaines de ces mesures ne seront possibles que moyennant une modification des bases légales concernées (ch. VI).

2. Les mesures d'information

Le droit fédéral a prévu l'instrument du cadastre des sites pollués. Sur cette base, les cantons terminent actuellement un important travail pour répertorier tous les sites à considérer. Il faut leur recommander de partir de ce résultat.

La démarche serait la suivante :

1. 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.
2. Pour chacun des dossiers retenus, récolter toutes les informations disponibles afin d'étoffer au maximum l'historique des propriétaires et exploitants des parcelles concernées. Ces informations devraient porter sur les éléments suivants :

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

Il est évident que la collecte de ces informations n'est pas une chose aisée ; elle 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).

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).

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.

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. Cet élément est pertinent dans le contexte de l'exploitation de fait, à savoir le cas où ledit perturbateur continue son activité sous une autre identité (ci-dessus ch. IV.2.2). (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.

3. Les mesures de prévention

La coopération entre les autorités administratives cantonales sera 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.

Concrètement :

1. Service de l'environnement :

- Examiner avec tous les acteurs impliqués si une convention est possible, sur la base de laquelle les actionnaires ou un tiers garantissent les responsabilités financières finales de la société perturbatrice par comportement (porte-fort, comfort letter, caution, garantie bancaire, police d'assurance).
- Dans les décisions administratives en cours de procédure (en particulier la décision d'ouverture de la procédure, la décision d'assainissement et la décision de répartition des frais) : 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 (cf. ci-dessus ch. 2) 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 ; ci-dessus ch. IV.1.1).

2. Service du registre foncier :

- « Mentionner » sur les feuillets de tous les immeubles le fait qu'ils sont répertoriés dans le cadastre des sites contaminés 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. Cette mesure est cependant de nature à dissuader tout éventuel acheteur de procéder à une acquisition sans connaissance de cause. Une base légale expresse est nécessaire en droit cantonal afin de régler cette obligation (art.

962 CC) ; elle existe par exemple en droit soleurois⁵¹ et genevois⁵². Le Conseil fédéral devrait donner son accord car il s'agit tout de même d'une forme de restriction à la propriété. On se trouve ici dans une situation similaire à celle qui prévaut pour la désignation des terrains en mouvement ; en début de procédure d'assainissement, l'autorité compétente devrait délimiter dans le parcellaire le périmètre des terrains concernés.

Cette mention n'aurait 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). Cependant, même s'il n'était plus propriétaire, il ne perdrait pas sa qualité de perturbateur par comportement.

- 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).
- Inscrire une hypothèque légale sur tous les immeubles des sites contaminés, dès le début de la procédure d'investigation et pour le montant de la responsabilité potentielle de chacun de leurs propriétaires. Les cantons ont cette compétence en vertu de l'art. 836 CC et certains en ont déjà fait usage⁵³. Il peut s'agir d'une hypothèque indirecte (moyennant inscription au registre foncier) ou alors directe (l'inscription n'est pas nécessaire, mais le droit cantonal peut prévoir une mention). Dans le contexte analysé ici, ce système de l'hypothèque légale présente trois difficultés : (1) elle n'existe pas tant que l'Etat n'est pas au bénéfice d'une créance exigible, avec donc un montant établi. (2) Elle n'a d'intérêt que si le terrain grevé prend de la valeur, donc après la dépollution. (3) Il n'est pas possible qu'elle déploie ses effets aussi sur les autres biens immobiliers (de valeur) du perturbateur par comportement. Des solutions existent pour parer à ces difficultés, mais elles nécessitent une base légale fédérale (cf. ci-après chap. VI).
- Interdire le morcellement de la parcelle sur laquelle se trouve le site pollué/contaminé avant tout assainissement, ou alors moyennant une autorisation spéciale de l'autorité compétente⁵⁴.

⁵¹ § 13 de l'ordonnance cantonale sur les déchets (Das Bau- und Justizdepartement vertreten durch das Amt für Umwelt kann die Pflichten des Eigentümers oder der Eigentümerin durch Verfügung feststellen und die Anmerkung 'belasteter Standort' oder 'Altlast' im Grundbuch vornehmen lassen).

⁵² Art. 6 al. 1 de la loi d'application de la législation fédérale sur les sites contaminés (la nécessité d'assainir un site, figurant sur le cadastre des sites pollués, fait l'objet d'une mention "site contaminé" inscrite au registre foncier).

⁵³ P. ex. Vaud (art. 5 loi sur l'assainissement des sites pollués ; RS VD 814.68) et Genève (art. 21 loi d'application de la législation fédérale sur les sites contaminés ; RS GE K 1 71).

⁵⁴ Ce régime existe en particulier dans le canton de Soleure, selon le § 49^{bis} al. 2 Gesetz über die Rechte am Wasser (RS SO 712.11).

3. Autres services :

- Registre du commerce : examiner les contrats d'apport en nature afin de vérifier si les actifs mentionnés ont une véritable valeur ou s'ils sont en fait obérés par l'obligation éventuelle pour l'apporteur de les assainir et d'en supporter les coûts (cf. ci-dessus ch. III et IV).
- Services de l'aménagement du territoire : (1) vérifier que les responsabilités financières des propriétaires sont réglées et garanties avant d'accepter la mise en zone à bâtir de terrains à assainir. Deux bases légales pourraient fonder ce régime : l'art. 15 LAT qui n'admet le classement que pour les terrains « aptes » à la construction, ce qui signifie que le plan d'assainissement doit au moins être établi et admis par l'autorité (il englobe forcément un volet financier pour les acteurs concernés) ; l'art. 19 LAT qui exige des terrains classés qu'ils soient équipés, ce qui n'est pas possible physiquement si cet équipement doit être établi à travers des biens-fonds à assainir. (2) Examiner les autres instruments utilisables ; on pensera ainsi aux plans de détail, aux moratoires de construction, aux contrats de droit administratif ou à la clause d'expropriation.
- Autorités en matière de vente d'immeubles aux personnes à l'étranger : ne pas autoriser la vente tant que les responsabilités financières du vendeur et/ou de l'acheteur ne sont pas réglées et garanties.

4. **Les notaires** : après analyse de leur statut juridique, il apparaît qu'il sera très difficile de leur imposer des obligations de contrôle et d'information en vue de résoudre les problèmes examinés ici. Il est ensuite illusoire de vouloir pallier cette situation compte tenu de la diversité des régimes des officiers publics dans les cantons (en particulier suisses allemands).

Concrètement :

- Les notaires ont bien l'obligation de renseigner les parties au contrat de vente immobilière sur les conséquences juridiques de la réglementation sur les sites pollués et de vérifier qu'elles en sont conscientes. C'est pour cette raison que de plus en plus, les notaires consultent le cadastre cantonal des sites contaminés. Cette consultation n'est cependant pas pour eux une obligation, car il s'agit d'une question de fait et leurs constatations ne sont jamais formalisées dans les actes authentiques qu'ils passent. On peut cependant suggérer aux autorités cantonales de sensibiliser les notaires et de les inciter à mieux utiliser les informations disponibles au cadastre.
- Les notaires n'ont aucune obligation de renseigner spontanément les autorités et même l'introduction de bases légales spécifiques à cet égard ne parviendrait pas forcément à instaurer une telle obligation : dès l'instant où les informations portent sur des données personnelles de leurs clients, celles-ci sont protégées par le secret professionnel (art. 321 CP). Le droit cantonal

ne peut dès lors imposer aux notaires une obligation générale de collaborer avec les autorités administratives sans contrevenir au droit fédéral⁵⁵.

- Les notaires doivent légalement intervenir pour instrumenter des actes de droit commercial (vérifier l'état des actifs en cas de transfert d'entreprise ; vérifier que les dettes exigibles sont encore couvertes par des fonds propres en suffisance en cas de réduction de capital). A ces occasions cependant, ils n'effectuent que des contrôles formels (de plausibilité) et se contentent de vérifier que le réviseur en charge de la société concernée a établi l'attestation requise (cf. art. 734 CO pour la réduction de capital).

Les mesures répertoriées ici exigent des autorités un suivi serré des dossiers relatifs aux sites sélectionnés. Elles sont en outre atypiques pour l'Etat et ses services administratifs, car elles sont plutôt « agressives » et ne se fondent pas sur le droit public. A rappeler au surplus que le droit pénal n'est guère utile (cf. ci-dessus ch. I).

4. Les garanties financières

Au-delà des garanties réelles que procure le droit civil (ci-dessus ch. 3), les collectivités ont un intérêt évident à obtenir des perturbateurs des garanties financières, sous quelque forme que ce soit (espèces à titre de sûreté; caution, garantie de banque ou d'assurance). Cette dernière ne doit pas être confondue avec une police d'assurance, qui ne représente pas une solution aux problèmes examinés ici.

A titre liminaire, il faut constater que les domaines juridiques suivants ne fournissent aucune piste vraiment utilisable :

1. Le droit des contrats : premièrement, on voit mal le perturbateur s'entendre par contrat avec l'Etat pour fournir spontanément une garantie financière. A réserver toutefois le cas où cet accord serait passé à l'occasion d'une procédure qui procure un avantage au perturbateur, comme un plan de quartier ou le maintien de l'affectation initiale d'un immeuble à construire en dehors de la zone à bâtir; il s'agit alors de charges ou de conditions dont l'exécution peut être assortie de garanties financières, et cela sans que l'autorité dispose d'une base légale spécifique. En effet, si la loi lui aménage un pouvoir d'appréciation quant à l'octroi de l'avantage réclamé, elle peut donc aussi l'accorder moyennant certaines garanties; tout au plus doit-elle respecter les principes d'intérêt public et de proportionnalité⁵⁶. En règle générale, les modalités de ces garanties font l'objet d'un contrat (de droit administratif); son exécution peut au besoin faire l'objet d'une poursuite en prestation de sûretés au sens de l'art. 38 LP. Secondement, l'art. 83 CO permet d'exiger des garanties de la part de la contrepartie menacée de faillite ou de saisie. En l'espèce, ce droit ne sera utile à l'Etat que dans les cas où une convention d'assainissement aura été conclue avec le perturbateur.

⁵⁵ Cf. MOOSER, p. 268 ss, qui formule une même affirmation à propos de l'obligation de renseigner du notaire dans le domaine de l'impôt cantonal sur les successions et les donations.

⁵⁶ Cf. MOOR, vol. II, p. 74 ss et les jurisprudences citées.

2. Le droit commercial : il ne contient aucune disposition générale qui permette d'exiger de la société anonyme une garantie financière pour ses engagements envers ses créanciers, respectivement ceux des autres entités de son groupe. Il faut y voir la conséquence du fait que les fonds propres de la société débitrice servent de garantie et que contraindre la société ou ses actionnaires à aller au-delà serait contraire au statut même de la société anonyme.

Ce n'est qu'en cas de modification de ce statut que le législateur a ponctuellement prévu des garanties pour les créanciers. Elles ne sont guère utiles dans le contexte examiné ici :

- Art. 744 al. 2 CO : lors de la liquidation de la société anonyme, une consignation peut être demandée pour les dettes de la société litigieuses ou non échues. Ce mécanisme ne fonctionne pas pour des dettes futures, comme celle qui résulterait de l'obligation ultérieure d'assainir un site pollué.
 - Art. 25 LFus : en cas de fusion, la société reprenante garantit les créances des créanciers des sociétés qui fusionnent si ceux-ci l'exigent dans le délai de trois mois à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets (al. 1). L'obligation de fournir des sûretés s'éteint si la société prouve que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance. Comme déjà expliqué (cf. ci-dessus ch. III.2), la fusion ne représente pas un véritable problème pour les collectivités puisqu'elle équivaut à une succession universelle.
3. Le droit pénal : il ne permet pas de prévenir les dommages, ne serait-ce que parce que la punissabilité des entreprises (art. 102 CP) a été édictée bien après que la plupart des pollutions sont intervenues. A un niveau préventif cependant, le "cautionnement préventif" de l'art. 66 CP pourrait trouver application et permettrait d'exiger des sûretés, par un dépôt d'argent ou la fourniture de garanties. Cette institution ne serait susceptible de s'appliquer qu'en lien avec une possible infraction pénale et non pas déjà une violation de la loi. Dite infraction doit en outre être au minimum un délit. Il pourrait s'agir de l'art. 234 CP (contamination d'eau potable) ou de l'art. 60 LPE (omission des mesures de sécurité en vue de la protection contre les catastrophes; al. 1 lit.a). A notre connaissance, la question n'a jusqu'ici pas été tranchée de savoir si l'art. 66 CP est aussi applicable aux entreprises, dans la perspective de l'art. 102 CP.

Pour ce qui est du droit public ensuite, exiger une garantie financière n'est possible qu'en présence **d'une base légale**; il s'agit en effet d'une obligation administrative analogue à celle que l'on connaît en matière fiscale. Or, il faut admettre qu'une telle base légale **n'existe pas** pour l'heure :

1. Contrairement à l'art. 32b LPE (garantie financière en matière de décharges contrôlées), l'art. 32d LPE n'a pas prévu ce moyen de garantir la dette qui naîtrait pour le perturbateur de son obligation d'assumer les frais d'assainissement. Une telle mention est certainement une amélioration du régime à suggérer (cf. ci-après ch. VI).
2. Aucune disposition du droit de l'environnement ne prévoit une telle garantie, que ce soit la LPE ou les autres législations de protection de l'équilibre écologique, en particulier celle sur les forêts, celle sur les eaux ou encore celle sur la chasse et la protection des oiseaux.

Les seuls flux financiers imposés préventivement aux pollueurs potentiels sont formulés sous la forme de taxes (cf. art. 32a et 32abis LPE pour l'élimination des déchets). Quant aux art. 59 et 59b LPE, ils formulent des principes intéressants (prise en charge des frais résultant de mesures de sécurité ou du rétablissement de l'état antérieur; garantie à fixer par le Conseil fédéral au profit des tiers lésés par une atteinte à leur patrimoine), mais qui ne sont pas non plus utiles en l'espèce car ils ne s'appliquent pas à l'état de fait examiné ici. En définitive, seule la référence à leurs dispositions pénales permettrait d'exiger un cautionnement préventif (cf. ci-dessus).

3. Chaque canton et la Confédération possèdent des règles générales de procédure administrative; elles connaissent cependant l'institution de la garantie financière essentiellement à titre de contrepartie pour les mesures provisionnelles (sûretés pour prévenir l'éventuel dommage).
4. Enfin, une obligation générale de fournir une garantie financière ne pourrait être fondée sur le droit administratif général et le pouvoir de l'Etat de prendre les mesures de police nécessaires à préserver l'intérêt public. En effet : (1) il n'y a en principe pas de situation d'urgence, de sorte que l'Etat ne peut faire jouer la clause générale de police; (2) il ne s'agit pas d'un cas où existe un risque manifeste d'inexécution d'une obligation d'agir de la part de l'administré : l'obligation d'assainir ne naît qu'avec la décision administrative à cet effet; un risque financier pour l'Etat n'intervient que si le perturbateur par comportement se révèle insolvable; (3) comme justement l'Etat doit suppléer financièrement au perturbateur défaillant, il n'est pas possible de dire que cette défaillance menace l'assainissement. Un intérêt public financier est en principe insuffisant, à plus forte raison si les cantons veulent l'utiliser pour compléter le régime du droit fédéral.

5. La décision d'ouverture de la procédure

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 :

1. L'annonce du début des investigations. Prise le plus rapidement possible, une décision avec un tel contenu aura un effet certain sur les velléités 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.
2. La liste de tous les administrés concernés, avec un avis comme quoi 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 propriétaires) ; 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.
3. 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.

4. 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.
4. 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).
5. Les obligations d'informations exposées précédemment (ci-dessus ch. 2), en particulier sur toutes les opérations commerciales qui provoqueraient un changement de parties.
6. 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.

Cette décision sera spontanée et ne dépendra pas d'une requête d'une partie impliquée. Dès l'instant où cette décision est rendue, la créance devient exigible (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.

6. Les mesures d'intervention

Sur la base d'une telle décision, les mesures suivantes deviennent possibles. Elles sont énumérées sans ordre de priorité. A priori, aucune base légale spécifique ne sera nécessaire, dès l'instant où le canton est titulaire d'une créance en responsabilité exigible contre le perturbateur par comportement :

1. La production des créances pour les frais d'assainissement dans les cas suivants :

- Lors de l'appel aux créanciers en cours de procédure de liquidation des sociétés impliquées ; cette production a pour effet d'empêcher dans l'immédiat leur radiation du registre foncier. Il faut savoir cependant que si les créances dépassent largement les actifs à disposition, il ne sera pas possible d'éviter que la société soit liquidée par voie de faillite ou même que les actionnaires abandonnent leurs actions par déréliction.

Dans le même contexte, à signaler qu'en cas de radiation du registre du commerce, il est possible de requérir la réinscription de la société en alléguant un intérêt à cela (art. 746, 938 CO et 60 ORC). Il faut cependant

pour cela qu'il existe des actifs réalisables⁵⁷ ; une action révocatoire sera possible à cet effet.

- 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).
- 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 (ci-dessus ch. III.3).
- 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.
- En cas de fusion, afin d'exiger que la société reprenante garantisse les créances de l'Etat (art. 25 LFus).

2. Le **séquestre (LP)**, dans les cas où la société sujette à responsabilité entreprend un « spin off » (détachement et vente des actifs les plus valables). Ce séquestre pourra porter :

- Sur le prix de la transaction correspondant au transfert des actifs de valeur.
- Sur les « assets » (actifs de la société) objets de la transaction (avant le transfert de propriété).

3. **L'action révocatoire (LP)** afin de faire revenir les actifs vendus dans le bilan de la société responsable. Encore une fois (cf. ci-dessus ch. III.5), c'est une solution difficile à mettre en œuvre pour le demandeur : (1) il faut que la créance du demandeur soit exigible ; d'où l'utilité de la décision d'ouverture d'enquête. (2) L'action est sujette à un délai de prescription d'une année (art. 286 LP) ou de cinq ans si le débiteur avait la volonté d'éluder la créance et si cette volonté était aussi reconnaissable pour le bénéficiaire de l'acte révocable.

Néanmoins, on peut se demander si l'art. 32d al. 3 LPE (frais à la charge de l'Etat) s'applique lorsqu'une action révocatoire contre la société débitrice est encore possible.

4. Les **mesures provisionnelles** :

- Mesure de blocage du registre foncier : elle serait possible même si le litige ne porte pas sur la propriété de l'immeuble visé, mais une base légale de droit fédéral serait nécessaire à cet effet (ci-après ch. VI).
- Une mesure provisionnelle générale de blocage des transactions n'est pas possible sur la base du droit public sans une disposition légale expresse. En effet – contrairement à ce qui prévaut par exemple en matière de marchés

⁵⁷ Cf. ATF 121 III 324.

publics – la transaction visée n'est pas la conséquence directe de la violation du droit de l'environnement.

5. Les **actions civiles** :

- Action en responsabilité contre les administrateurs de la société incriminée (les administrateurs : (1) si la société est liquidée (réinscription et cession au sens de l'art. 260 LP) ; (2) s'il y a distribution de bénéfice aux actionnaires alors que des provisions eussent été nécessaires en raison de la responsabilité potentielle pour les frais d'assainissement (peu importe ici si aucune procédure administrative n'a encore été ouverte) ; (3) en cas de réduction de capital, si les actifs restants ne couvrent pas les obligations financières ; (4) si leurs actes ou omissions sont en lien de connexité avec la pollution ou son aggravation.
- La même action serait envisageable contre les réviseurs.

ANNEXE 1

LA « TRANSPARENCE ENVIRONNEMENTALE » EN DROIT ALLEMAND DES SOCIÉTÉS

1. Bundes-Bodenschutzgesetz

§ 4 Pflichten zur Gefahrenabwehr

(1) Jeder, der auf den Boden einwirkt, hat sich so zu verhalten, dass schädliche Bodenveränderungen nicht hervorgerufen werden.

(2) Der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück sind verpflichtet, Maßnahmen zur Abwehr der von ihrem Grundstück drohenden schädlichen Bodenveränderungen zu ergreifen.

(3) Der Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger, der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück sind verpflichtet, den Boden und Altlasten verursachte Verunreinigungen von Gewässern so zu sanieren, dass dauerhaft keine Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen. Hierzu kommen bei Belastungen durch Schadstoffe neben Dekontaminations- auch Sicherungsmaßnahmen in Betracht, die eine Ausbreitung der Schadstoffe langfristig verhindern. Soweit dies nicht möglich oder unzumutbar ist, sind sonstige Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen durchzuführen. Zur Sanierung ist auch verpflichtet, wer aus handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein Grundstück, das mit einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast belastet ist, gehört, und wer das Eigentum an einem solchen Grundstück aufgibt.

(4) Bei der Erfüllung der boden- und altlastenbezogenen Pflichten nach den Absätzen 1 bis 3 ist die planungsrechtlich zulässige Nutzung des Grundstücks und das sich daraus ergebende Schutzbedürfnis zu beachten, soweit dies mit dem Schutz der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 genannten Bodenfunktionen zu vereinbaren ist. Fehlen planungsrechtliche Festsetzungen, bestimmt die Prägung des Gebiets unter Berücksichtigung der absehbaren Entwicklung das Schutzbedürfnis. Die bei der Sanierung von Gewässern zu erfüllenden Anforderungen bestimmen sich nach dem Wasserrecht.

(5) Sind schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nach dem 1. März 1999 eingetreten, sind Schadstoffe zu beseitigen, soweit dies im Hinblick auf die Vorbelastung des Bodens verhältnismäßig ist. Dies gilt für denjenigen nicht, der zum Zeitpunkt der Verursachung auf Grund der Erfüllung der für ihn geltenden gesetzlichen Anforderungen darauf vertraut hat, dass solche Beeinträchtigungen nicht entstehen werden, und sein Vertrauen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles schutzwürdig ist.

(6) Der frühere Eigentümer eines Grundstücks ist zur Sanierung verpflichtet, wenn er sein Eigentum nach dem 1. März 1999 übertragen hat und die schädliche Bodenveränderung oder Altlast hierbei kannte oder kennen musste. Dies gilt für denjenigen nicht, der beim Erwerb des Grundstücks darauf vertraut hat, dass schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nicht vorhanden sind, und sein Vertrauen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles schutzwürdig ist.

2. Doctrine

- BECKER B., Die neue öffentlich-rechtliche Haftung für die Sanierung schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten nach § 4 III BBodSchG, DVBl 1999 p. 134 ss.
- ERBGUTH/SCHLACKE, Umweltrecht, Baden-Baden 2005.
- ERBGUTH/STOLLMANN, Bodenschutzrecht, Baden-Baden 2001.
- HERRMANN N., Bodenschutz und Altlastenrecht, in KOCH H.-J. (édit.), Umweltrecht, Cologne 2007, p. 379 ss.
- JANSEN S., Die Auswirkungen des § 4 Bundes-Bodenschutzgesetz auf Grundstücks- und Unternehmenskäufe, BTUC-AR 5/2001.

3. Entités assujetties à responsabilité

Selon cet article de la Bundes-Bodenschutzgesetz, les personnes susceptibles d'être responsables de l'assainissement sont (ERBGUTH/SCHLACKE, § 13 n. 42 ss) :

- le pollueur (Verursacher) ; § 4 al. 3 phr. 1 ;
- son successeur universel (Gesamtrechtsnachfolger) ; § 4 al. 3 phr. 1 ;
- le propriétaire du bien-fonds (Grundstückeigentümer) ; § 4 al. 3 phr. 1 ;
- celui qui dispose du pouvoir de fait sur le bien-fonds (Inhaber der tatsächlichen Gewalt) ; § 4 al. 3 phr. 1 ;
- celui qui peut être rendu responsable pour un motif de droit des sociétés (en particulier selon la théorie de la transparence (Durchgriffshaftung)) ou de droit commercial ; § 4 al. 3 phr. 4 1^{ère} partie ;
- celui qui a renoncé à sa propriété sur le bien-fonds (Eigentumsaufgabe) ; § 4 al. 3 phr. 4 2^{ème} partie ;
- l'ancien propriétaire du bien-fonds ; § 4 al. 6.

4. Fondements de la transparence

4.1. Droit des sociétés

Le droit des sociétés auquel la loi renvoie ne contient pas de disposition légale sur la question de la transparence. Les obligations qui peuvent en découler ont été développées par la jurisprudence. Il s'agit en particulier de l'hypothèse où des entreprises dépendantes font partie d'un groupe de sociétés (Konzernverbund). La responsabilité peut alors être reportée sur la société mère. (HERRMANN, n. 53 p. 385). Il peut cependant également être question de faire répondre une personne physique qui détient la société.

La responsabilité primaire doit par ailleurs concerner une personne morale, c'est-à-dire un groupement de personnes ou un patrimoine affecté à un but auquel la loi reconnaît une indépendance (ERBGUTH/STOLLMANN, n. 154 p. 83). Il peut également s'agir de personnes morales de droit public (ERBGUTH/STOLLMANN, n. 155 p. 83 ; JANSEN, p. 41 ; BECKER, p. 137).

Selon les avis doctrinaux majoritaires, cette responsabilité fondée sur la théorie de la transparence existe par rapport au propriétaire du bien-fonds uniquement et non par rapport au détenteur du pouvoir de fait ; certains auteurs sont cependant d'avis qu'une telle responsabilité est possible par rapport au détenteur du pouvoir de fait (ERBGUTH/STOLLMANN, n. 153 p. 83 et les réf. citées ; BECKER, p. 137). La responsabilité est exclue par rapport à celui qui se trouve uniquement dans la position du pollueur (JANSEN, p. 41).

Cette transparence n'est envisageable qu'exceptionnellement. Le principe général doit demeurer celui de la séparation des différentes personnes morales (JANSEN, p. 42 ; BECKER, p. 138). Des circonstances particulières doivent être remplies. D'une manière générale, une obligation de répondre en raison de la théorie de la transparence n'existe qu'en présence d'un comportement contraire aux règles de la bonne foi (HERRMANN, n. 53 p. 385 ; JANSEN, p. 42). Une transparence peut être admise dans les cas suivants (ERBGUTH/STOLLMANN, n. 156 ss p. 84 s. ; JANSEN, p. 42 ss ; BECKER, p. 138 ss) :

1. Sous-capitalisation de la société : Malgré sa connaissance de la contamination et des frais d'assainissement, la société est dotée d'un capital propre insuffisant. La sous-capitalisation peut exister dès la fondation de la société ou survenir au cours de son activité. Tel est par exemple le cas si la société ne réagit pas à une obligation d'assainir qui survient au cours de son activité par une augmentation de capital appropriée. La sous-capitalisation à elle seule n'est cependant pas suffisante. Il est nécessaire de se trouver en présence d'autres circonstances dénotant un abus de droit (JANSEN, p. 42).
2. Dépendance qualifiée au sein d'un groupe de sociétés : Cette hypothèse peut se présenter sous deux formes différentes :
 - Dans un rapport vertical : Tel est le cas lorsqu'une société est intégrée à un groupe et que dans les faits, elle est dirigée par sa société mère, sans qu'un contrat de domination ou de transfert des bénéfices (§ 291 AktG) n'ait été conclu. La société mère doit avoir abusé de son pouvoir de domination, au détriment de la société fille (JANSEN, p. 44 s. ; BECKER, p. 139.).
 - Dans un rapport horizontal : Entre deux sociétés sœurs, lorsque l'une diminue le patrimoine de l'autre ou que la faiblesse financière de l'une est due à une erreur de l'autre (BECKER, p. 139 s.).
3. Confusion des différentes sphères (Sphärenvermischung) : On se trouve en présence d'une telle confusion lorsqu'il n'y a plus de séparation transparente et contrôlable entre le patrimoine d'une société et celui des personnes qui la détiennent (JANSEN, p. 43 s.).

4. Abus de forme juridique prévue par le droit des sociétés (création d'une personne morale et transfert de la propriété uniquement dans le but de créer une responsabilité par situation ou création d'une Sarl unipersonnelle pour exclure la responsabilité du pollueur) (ERBGUTH/STOLLMANN, n. 156 p. 84).

L'établissement de ce type de responsabilité dans la pratique se heurte à la difficulté de reconnaître de l'extérieur si les conditions en sont remplies. Le registre du commerce renseigne certes sur la participation d'une société mère à une société fille, mais non sur la domination concrète (ERBGUTH/STOLLMANN, n. 160 p. 85).

4.2. Droit commercial

La transparence peut également être liée à des dispositions du droit commercial (Handelsgesetzbuch). Tel est le cas lorsqu'une scission d'entreprise vise à libérer de sa responsabilité une partie de l'entreprise ou dans l'hypothèse d'une responsabilité selon le § 25 Handelsgesetzbuch (responsabilité en cas de changement du détenteur d'une entreprise avec continuation de l'activité de l'entreprise) (JANSEN, p. 46 ; ERBGUTH/STOLLMANN, n. 157 p. 84 ; BECKER, p. 140).

ANNEXE 2

LES PRINCIPALES DISPOSITIONS LEGALES CITEES

Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement) – (LPE ; RS 814.01)

Section 3 Financement de l'élimination des déchets

Art. 32 Principe

¹ Le détenteur des déchets assume le coût de leur élimination ; font exception les déchets pour lesquels le Conseil fédéral prévoit des dispositions particulières.

² Si le détenteur ne peut être identifié ou s'il est dans l'incapacité, pour cause d'insolvabilité, de satisfaire aux exigences au sens de l'al. 1, les cantons assument le coût de l'élimination.

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

¹ Si le détenteur d'un immeuble enlève des matériaux provenant d'un site pollué qui ne doivent pas être éliminés en vue d'un assainissement aux termes de l'art. 32c, il peut en règle générale demander aux personnes à l'origine de la pollution et aux anciens détenteurs du site d'assumer deux tiers des coûts supplémentaires d'investigation et d'élimination desdits matériaux dans les cas suivants :

- a. les personnes à l'origine de la pollution n'ont assuré aucun dédommagement pour la pollution ou les anciens détenteurs n'ont pas consenti de remise sur le prix en raison d'une pollution lors de la vente de l'immeuble ;
- b. l'élimination des matériaux est nécessaire pour la construction ou la transformation des bâtiments ;
- c. le détenteur a acquis l'immeuble entre le 1^{er} juillet 1972 et le 1^{er} juillet 1997.

² L'action peut être ouverte devant le tribunal civil du lieu où l'immeuble est situé. La procédure civile correspondante est applicable.

³ Il est possible de faire valoir les prétentions résultant de l'al. 1 au plus tard jusqu'au 1^{er} novembre 2021.

Section 4 Assainissement de sites pollués par des déchets

Art. 32c Obligation d'assainir

¹ Les cantons veillent à ce que soient assainis les décharges contrôlées et les autres sites pollués par des déchets (sites pollués), lorsqu'ils engendrent des atteintes nuisibles ou incommodes ou qu'il existe un danger concret que de telles atteintes apparaissent. Le Conseil fédéral peut édicter des dispositions sur la nécessité de l'assainissement, sur les objectifs et sur l'urgence des assainissements.

² Les cantons établissent un cadastre, accessible au public, des sites

Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) (USG ; SR 814.01)

3. Abschnitt : Finanzierung der Entsorgung

Art. 32 Grundsatz

¹ Der Inhaber der Abfälle trägt die Kosten der Entsorgung ; ausgenommen sind Abfälle, für die der Bundesrat die Kostentragung anders regelt.

² Kann der Inhaber nicht ermittelt werden oder kann er die Pflicht nach Absatz 1 wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen, so tragen die Kantone die Kosten der Entsorgung.

Art. 32^{bis} Finanzierung bei Aushubmaterial von belasteten Standorten

¹ Entfernt der Inhaber eines Grundstücks Material aus einem belasteten Standort, das nicht wegen einer Sanierung nach Artikel 32c entsorgt werden muss, so kann er in der Regel zwei Drittel der Mehrkosten für die Untersuchung und Entsorgung des Materials von den Verursachern der Belastung und den früheren Inhabern des Standorts verlangen, wenn :

- a. die Verursacher keine Entschädigung für die Belastung geleistet oder die früheren Inhaber beim Verkauf des Grundstücks keinen Preisnachlass wegen der Belastung gewährt haben ;
- b. die Entfernung des Materials für die Erstellung oder Änderung von Bauten notwendig ist ; und
- c. der Inhaber das Grundstück zwischen dem 1. Juli 1972 und dem 1. Juli 1997 erworben hat.

² Die Forderung kann beim Zivilgericht am Ort der gelegenen Sache geltend gemacht werden. Es gilt die entsprechende Zivilprozessordnung.

³ Ansprüche nach Absatz 1 können längstens bis zum 1. November 2021 geltend gemacht werden.

4. Abschnitt : Sanierung belasteter Standorte

Art. 32c Pflicht zur Sanierung

¹ Die Kantone sorgen dafür, dass Deponien und andere durch Abfälle belastete Standorte (belastete Standorte) saniert werden, wenn sie zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führen oder die konkrete Gefahr besteht, dass solche Einwirkungen entstehen. Der Bundesrat kann über die Sanierungsbedürftigkeit sowie über die Ziele und die Dringlichkeit von Sanierungen Vorschriften erlassen.

² Die Kantone erstellen einen öffentlich zugänglichen Kataster der

pollués.

³ Ils peuvent réaliser eux-mêmes l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués, ou en charger des tiers, si :

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

Art. 32d Prise en charge des frais

¹ Celui qui est à l'origine des mesures nécessaires assume les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement du site pollué.

² Si plusieurs personnes sont impliquées, elles assument les frais de l'assainissement proportionnellement à leur part de responsabilité. Assume en premier lieu les frais celle qui a rendu nécessaires les mesures par son comportement. Celle qui n'est impliquée qu'en tant que détenteur du site n'assume pas de frais si, même en appliquant le devoir de diligence, elle n'a pas pu avoir connaissance de la pollution.

³ La collectivité publique compétente prend à sa charge la part de frais due par les personnes à l'origine des mesures, qui ne peuvent être identifiées ou qui sont insolubles.

⁴ L'autorité prend une décision sur la répartition des coûts lorsqu'une personne concernée l'exige ou qu'une autorité prend les mesures elle-même.

⁵ Si l'investigation révèle qu'un site inscrit ou susceptible d'être inscrit au cadastre (art. 32c, al. 2) n'est pas pollué, la collectivité publique compétente prend à sa charge les frais des mesures d'investigation nécessaires

Art. 32e Taxe destinée au financement des mesures

¹ Le Conseil fédéral peut :

- a. obliger le détenteur d'une décharge contrôlée à verser à la Confédération une taxe sur le stockage définitif de déchets ;
- b. obliger l'exportateur de déchets destinés à faire l'objet d'un stockage définitif à verser à la Confédération une taxe sur l'exportation de ces déchets.

² Il fixe les taux de taxation, compte tenu notamment des coûts probables et des différents types de décharge. Ces taux ne peuvent dépasser 20 % du coût moyen du stockage définitif.

³ La Confédération affecte le produit de ces taxes exclusivement au financement des mesures suivantes :

- a. l'établissement des cadastres des sites pollués, si les détenteurs ont eu la possibilité de se prononcer jusqu'au 1^{er} novembre 2007 sur l'enregistrement de leur site au cadastre ;
- b. l'investigation, la surveillance et l'assainissement des sites pollués sur lesquels plus aucun déchet n'a été déposé après le 1^{er} février 1996, lorsque :
 1. le responsable ne peut être identifié ou est insolvable,

belasteten Standorte.

³ Sie können die Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte selber durchführen oder Dritte damit beauftragen, wenn :

- a. dies zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Einwirkung notwendig ist ;
- b. der Pflichtige nicht in der Lage ist, für die Durchführung der Massnahmen zu sorgen ; oder
- c. der Pflichtige trotz Mahnung und Fristansetzung untätig bleibt.

Art. 32d Tragung der Kosten

¹ Der Verursacher trägt die Kosten für notwendige Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte.

² Sind mehrere Verursacher beteiligt, so tragen sie die Kosten entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung. In erster Linie trägt die Kosten, wer die Massnahmen durch sein Verhalten verursacht hat. Wer lediglich als Inhaber des Standortes beteiligt ist, trägt keine Kosten, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte.

³ Das zuständige Gemeinwesen trägt den Kostenanteil der Verursacher, die nicht ermittelt werden können oder zahlungsunfähig sind.

⁴ Die Behörde erlässt eine Verfügung über die Kostenverteilung, wenn ein Verursacher dies verlangt oder die Behörde die Massnahmen selber durchführt.

⁵ Ergibt die Untersuchung eines im Kataster (Art. 32c Abs. 2) eingetragenen oder für den Eintrag vorgesehenen Standortes, dass dieser nicht belastet ist, so trägt das zuständige Gemeinwesen die Kosten für die notwendigen Untersuchungsmaßnahmen.

Art. 32e Abgabe zur Finanzierung der Massnahmen

¹ Der Bundesrat kann vorschreiben, dass dem Bund eine Abgabe entrichten :

- a. Inhaber einer Deponie auf der Ablagerung von Abfällen ;
- b. wer Abfälle zur Ablagerung ausführt, auf der Ausfuhr von Abfällen.

² Er legt die Abgabesätze fest und berücksichtigt dabei insbesondere die zu erwartenden Kosten und die verschiedenen Arten von Deponien. Die Abgabesätze betragen höchstens 20 Prozent der durchschnittlichen Ablagerungskosten.

³ Der Bund verwendet den Ertrag aus den Abgaben ausschliesslich für die Abgeltung der Kosten von folgenden Massnahmen :

- a. Erstellung der Kataster belasteter Standorte, wenn deren Inhabern bis am 1. November 2007 die Gelegenheit gegeben wurde, zur Aufnahme in den Kataster Stellung zu nehmen ;
- b. Untersuchung, Überwachung und Sanierung von belasteten Standorten, auf die seit dem 1. Februar 1996 keine Abfälle mehr gelangt sind, wenn :
 1. der Verursacher nicht ermittelt werden kann oder zahlungsunfähig ist, oder
 - 2.

2.
le site a servi en grande partie au stockage définitif des déchets urbains ;

c.
l'investigation, la surveillance et l'assainissement de sites pollués aux abords de stands de tir, sur lesquels aucun déchet n'a été déposé dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la présente modification, à l'exclusion des stands de tir à but essentiellement commercial ;

d.
l'investigation concernant des sites qui se révèlent non pollués (art. 32d, al. 5).

⁴ Seules les mesures qui respectent l'environnement, sont économiques et tiennent compte de l'évolution technologique bénéficient de ce financement. Celui-ci est versé aux cantons en fonction de leurs dépenses et s'élève à 40 % des coûts imputables. Lorsqu'il est versé en vertu de l'al. 3, let. a, son montant est forfaitaire et s'élève à 500 francs par site.

⁵ Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la procédure de perception de la taxe, ainsi que sur le financement des mesures et les coûts imputables.

⁶ Le droit cantonal peut également prévoir des taxes destinées au financement de l'investigation, de la surveillance et de l'assainissement des sites pollués.

Ordonnance du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués (Ordonnance sur les sites contaminés) – (OSites ; RS 814.680)

Section 6 Obligation de prendre des mesures d'investigation, de surveillance et d'assainissement

Art. 20

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

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

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

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) – (CO ; RS 220)

Art. 175

B. Reprise de dette

I. Débiteur et reprenant

¹ La promesse faite à un débiteur de reprendre sa dette oblige le

auf den Standort zu einem wesentlichen Teil Siedlungsabfälle abgelagert worden sind ;

c.
Untersuchung, Überwachung und Sanierung von belasteten Standorten bei Schiessanlagen, auf die nach zwei Jahren seit dem Inkrafttreten dieser Änderung keine Abfälle mehr gelangt sind ; ausgenommen sind Schiessanlagen mit einem überwiegend gewerblichen Zweck ;

d.
Untersuchung von Standorten, die sich als nicht belastet erweisen (Art. 32d Abs. 5).

⁴ Die Abgeltungen werden nur geleistet, wenn die getroffenen Massnahmen umweltverträglich und wirtschaftlich sind und dem Stand der Technik entsprechen. Sie werden den Kantonen nach Massgabe des Aufwandes ausbezahlt und betragen 40 Prozent der anrechenbaren Kosten. Für Abgeltungen nach Absatz 3 Buchstabe a betragen sie pauschal 500 Franken pro Standort.

⁵ Der Bundesrat erlässt Vorschriften über das Verfahren der Abgabenerhebung und der Abgeltungen sowie über die anrechenbaren Kosten.

⁶ Das kantonale Recht kann zur Finanzierung der Untersuchung, Überwachung und Sanierung von belasteten Standorten eigene Abgaben vorsehen.

Verordnung vom 26. August 1998 über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung) – (AltIV ; SR 814.680)

6. Abschnitt : Pflicht zu Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen

Art. 20

¹ Die Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen sind vom Inhaber oder von der Inhaberin eines belasteten Standortes durchzuführen.

² Zur Durchführung der Voruntersuchung, der Überwachungsmassnahmen oder der Detailuntersuchung kann die Behörde Dritte verpflichten, wenn Grund zur Annahme besteht, dass diese die Belastung des Standortes durch ihr Verhalten verursacht haben.

³ Zur Ausarbeitung des Sanierungsprojektes und zur Durchführung der Sanierungsmassnahmen kann die Behörde mit Zustimmung des Inhabers oder der Inhaberin Dritte verpflichten, wenn diese die Belastung des Standortes durch ihr Verhalten verursacht haben.

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht) – (OR ; SR 220)

Art. 175

B. Schuldübernahme

I. Schuldner und Schuldübernehmer

reprenant à le libérer soit en payant le créancier, soit en se chargeant de la dette du consentement de celui-ci.

² Le reprenant ne peut être actionné en exécution de cet engagement par le débiteur, aussi longtemps que ce dernier n'a pas accompli envers lui ses obligations dérivant du contrat de reprise de dette.

³ L'ancien débiteur qui n'est pas libéré peut demander des sûretés au reprenant.

Art. 176

II. Contrat entre reprenant et créancier

1. Offre et acceptation

¹ Le remplacement de l'ancien débiteur et sa libération s'opèrent par un contrat entre le reprenant et le créancier.

² L'offre de conclure ce contrat peut résulter de la communication faite au créancier par le reprenant ou, avec l'autorisation de celui-ci, par l'ancien débiteur, de la convention intervenue entre eux.

³ Le consentement du créancier peut être exprès ou résulter des circonstances ; il se présume lorsque, sans faire de réserves, le créancier accepte un paiement ou consent à quelque autre acte accompli par le reprenant à titre de débiteur.

Art. 181

V. Cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif

¹ Celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers, dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux.

² Toutefois, l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant trois ans avec le nouveau ; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité.

³ Les effets d'un semblable transfert de passif sont d'ailleurs les mêmes que ceux du contrat de reprise de dette proprement dit.

⁴ La cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales, à des sociétés coopératives, à des associations, à des fondations ou à des entreprises individuelles qui sont inscrites au registre du commerce, est régie par les dispositions de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion.

Art. 754

III. Dans l'administration, la gestion et la liquidation

¹ Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.

¹ Wer einem Schuldner verspricht, seine Schuld zu übernehmen, verpflichtet sich, ihn von der Schuld zu befreien, sei es durch Befriedigung des Gläubigers oder dadurch, dass er sich an seiner Statt mit Zustimmung des Gläubigers zu dessen Schuldner macht.

² Der Übernehmer kann zur Erfüllung dieser Pflicht vom Schuldner nicht angehalten werden, solange dieser ihm gegenüber den Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, die dem Schuldübernahmevertrag zugrunde liegen.

³ Unterbleibt die Befreiung des alten Schuldners, so kann dieser vom neuen Schuldner Sicherheit verlangen.

Art. 176

II. Vertrag mit dem Gläubiger

1. Antrag und Annahme

¹ Der Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis an Stelle und mit Befreiung des bisherigen Schuldners erfolgt durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger.

² Der Antrag des Übernehmers kann dadurch erfolgen, dass er, oder mit seiner Ermächtigung der bisherige Schuldner, dem Gläubiger von der Übernahme der Schuld Mitteilung macht.

³ Die Annahmeerklärung des Gläubigers kann ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen hervorgehen und wird vermutet, wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt vom Übernehmer eine Zahlung annimmt oder einer anderen schuldnerischen Handlung zustimmt.

Art. 181

V. Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes

¹ Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist.

² Der bisherige Schuldner haftet jedoch solidarisch mit dem neuen noch während dreier Jahre, die für fällige Forderungen mit der Mitteilung oder der Auskündigung und bei später fällig werdenden Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen.

³ Im übrigen hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung wie die Übernahme einer einzelnen Schuld.

⁴ Die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelunternehmen, die im Handelsregister eingetragen sind, richtet sich nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003.

Art. 754

III. Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation

¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie

² Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances.

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) – version en vigueur avant le 1^{er} juillet 2004 (aCO)

Art. 181

V. Cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif

¹ Celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers, dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux.

² Toutefois, l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant deux ans avec le nouveau ; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité.

³ Les effets d'un semblable transfert de passif sont d'ailleurs les mêmes que ceux du contrat de reprise de dette proprement dit.

Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion) – (LFus ; RS 221.301)

Chapitre 2 Fusion de sociétés

Art. 3 Principe

¹ La fusion de sociétés peut résulter

- a. de la reprise d'une société par une autre (fusion par absorption) ;
- b. de leur réunion en une nouvelle société (fusion par combinaison).

² La fusion entraîne la dissolution de la société transférante et sa radiation du registre du commerce.

Art. 4 Fusions autorisées

¹ Les sociétés de capitaux peuvent fusionner :

- a. avec des sociétés de capitaux ;
- b. avec des sociétés coopératives ;
- c. en tant que sociétés reprenantes, avec des sociétés en

durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

² Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil Obligationenrecht) – Fassung vor dem 1. Juli 2004 (aOR)

Art. 181

V. Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes

¹ Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist.

² Der bisherige Schuldner haftet jedoch solidarisch mit dem neuen noch während zwei Jahren, die für fällige Forderungen mit der Mitteilung oder der Auskündigung und bei später fällig werdenden Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen.

³ Im übrigen hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung wie die Übernahme einer einzelnen Schuld.

Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) – (FusG ; SR 221.301)

2. Kapitel : Fusion von Gesellschaften

Art. 3 Grundsatz

¹ Gesellschaften können fusionieren, indem :

- a. die eine die andere übernimmt (Absorptionsfusion) ;
- b. sie sich zu einer neuen Gesellschaft zusammenschliessen (Kombinationsfusion).

² Mit der Fusion wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.

Art. 4 Zulässige Fusionen

¹ Kapitalgesellschaften können fusionieren :

- a. mit Kapitalgesellschaften ;
- b. mit Genossenschaften ;
- c. als übernehmende Gesellschaften mit Kollektiv- und

- nom collectif et des sociétés en commandite ;
- d. en tant que sociétés reprenantes, avec des associations inscrites au registre du commerce.

² Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite peuvent fusionner :

- a. avec des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite ;
- b. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés de capitaux ;
- c. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés coopératives.

³ Les sociétés coopératives peuvent fusionner :

- a. avec des sociétés coopératives ;
- b. avec des sociétés de capitaux ;
- c. en tant que sociétés reprenantes, avec des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite ;
- d. en tant que sociétés reprenantes, avec des associations inscrites au registre du commerce ;
- e. si elles ne disposent pas de capital social, en tant que sociétés transférantes, avec des associations inscrites au registre du commerce.

⁴ Les associations peuvent fusionner avec des associations. Les associations inscrites au registre du commerce peuvent en outre fusionner :

- a. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés de capitaux ;
- b. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés coopératives ;
- c. en tant que sociétés reprenantes, avec des sociétés coopératives sans capital

Art. 22 Effets juridiques

¹ La fusion déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce. A cette date, l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante sont transférés de par la loi à la société reprenante. L'art. 34 de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels¹ est réservé.

² La fusion d'associations qui ne sont pas inscrites au registre du commerce déploie ses effets une fois la décision de fusion prise par l'ensemble des associations.

Chapitre 4 Transformation de sociétés

Art. 53 Principe

Une société peut changer de forme juridique (transformation). Ses rapports juridiques ne s'en trouvent pas modifiés

Art. 54 Transformations autorisées

- Kommanditgesellschaften ;
- d. als übernehmende Gesellschaften mit Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind.

² Kollektiv- und Kommanditgesellschaften können fusionieren :

- a. mit Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ;
- b. als übertragende Gesellschaften mit Kapitalgesellschaften ;
- c. als übertragende Gesellschaften mit Genossenschaften.

³ Genossenschaften können fusionieren :

- a. mit Genossenschaften ;
- b. mit Kapitalgesellschaften ;
- c. als übernehmende Gesellschaften mit Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ;
- d. als übernehmende Gesellschaften mit Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind ;
- e. falls keine Anteilscheine bestehen, als übertragende Gesellschaften mit Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind.

⁴ Vereine können mit Vereinen fusionieren. Im Handelsregister eingetragene Vereine können überdies fusionieren :

- a. als übertragende Gesellschaften mit Kapitalgesellschaften ;
- b. als übertragende Gesellschaften mit Genossenschaften ;
- c. als übernehmende Gesellschaften mit Genossenschaften ohne Anteilscheine

Art. 22 Rechtswirksamkeit

¹ Die Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über. Artikel 34 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995¹ bleibt vorbehalten.

² Die Fusion von Vereinen, die im Handelsregister nicht eingetragen sind, wird mit dem Vorliegen des Fusionsbeschlusses aller beteiligten Vereine rechtswirksam.

4. Kapitel : Umwandlung von Gesellschaften

Art. 53 Grundsatz

Eine Gesellschaft kann ihre Rechtsform ändern (Umwandlung). Ihre Rechtsverhältnisse werden dadurch nicht verändert

Art. 54 Zulässige Umwandlungen

¹ Une société de capitaux peut se transformer :

- a. en une société de capitaux de forme juridique différente ;
- b. en une société coopérative.

² Une société en nom collectif peut se transformer :

- a. en une société de capitaux ;
- b. en une société coopérative ;
- c. en une société en commandite.

³ Une société en commandite peut se transformer :

- a. en une société de capitaux ;
- b. en une société coopérative ;
- c. en une société en nom collectif.

⁴ Une société coopérative peut se transformer :

- a. en une société de capitaux ;
- b. si elle ne dispose pas d'un capital social, en une association qui sera inscrite au registre du commerce.

⁵ Une association peut, si elle est inscrite au registre du commerce, se transformer en une société de capitaux ou en une société coopérative.

Chapitre 5 Transfert de patrimoine

Art. 69

¹ Les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. ¹ Le chapitre 3 s'applique si les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante.

² Les dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation sont réservées

Art. 71 Contenu du contrat de transfert

¹ Le contrat de transfert contient :

- a. la raison de commerce ou le nom, le siège et la forme juridique des sujets participant au transfert ;
- b. un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés ; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement ;
- c. la valeur totale des actifs et des passifs qui sont transférés ;
- d.

¹ Eine Kapitalgesellschaft kann sich umwandeln :

- a. in eine Kapitalgesellschaft mit einer anderen Rechtsform ;
- b. in eine Genossenschaft.

² Eine Kollektivgesellschaft kann sich umwandeln :

- a. in eine Kapitalgesellschaft ;
- b. in eine Genossenschaft ;
- c. in eine Kommanditgesellschaft.

³ Eine Kommanditgesellschaft kann sich umwandeln :

- a. in eine Kapitalgesellschaft ;
- b. in eine Genossenschaft ;
- c. in eine Kollektivgesellschaft.

⁴ Eine Genossenschaft kann sich umwandeln :

- a. in eine Kapitalgesellschaft ;
- b. in einen Verein, falls sie über keine Anteilscheine verfügt und der Verein ins Handelsregister eingetragen wird.

⁵ Ein Verein kann sich in eine Kapitalgesellschaft oder in eine Genossenschaft umwandeln, falls er im Handelsregister eingetragen ist.

5. Kapitel : Vermögensübertragung

Art. 69

¹ Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Investmentgesellschaften mit variablem Kapital und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen.¹ Wenn die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, gilt Kapitel 3.

² Vorbehalten bleiben die gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen über den Kapitalschutz und die Liquidation

Art. 71 Inhalt des Übertragungsvertrags

¹ Der Übertragungsvertrag enthält :

- a. die Firma oder den Namen, den Sitz und die Rechtsform der beteiligten Rechtsträger ;
- b. ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens ; Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuführen ;
- c. den gesamten Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven ;
- d. die allfällige Gegenleistung ;
- e.

- e. une éventuelle contre-prestation ;
la liste des rapports de travail transférés en raison du transfert de patrimoine.

² Le transfert de patrimoine n'est autorisé que si l'inventaire présente un excédent d'actifs

Art. 72 Objets du patrimoine actif non attribués

Les objets du patrimoine actif ainsi que les créances et les droits immatériels qui ne peuvent être attribués sur la base de l'inventaire demeurent au sein du sujet transférant.

Art. 73

¹ L'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant requiert l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce.

² Le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce. A cette date, l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant. L'art. 34 de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels¹ est réservé.

Art. 75 Responsabilité solidaire

¹ Les anciens débiteurs restent solidairement obligés pendant trois ans avec le nouveau débiteur de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine.

² Les prétentions envers le sujet transférant se prescrivent par trois ans à compter de la publication du transfert de patrimoine. Si la créance ne devient exigible qu'après cette publication, le délai de prescription court à compter de l'exigibilité.

³ Les sujets participant au transfert de patrimoine garantissent les créances :

- a. si la responsabilité solidaire s'éteint avant la fin du délai de trois ans ;
- b. si les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire ne constitue pas une protection suffisante.

⁴ Les sujets participant au transfert de patrimoine qui sont tenus de fournir des sûretés peuvent, en lieu et place, exécuter la créance dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers.

eine Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Vermögensübertragung übergehen.

² Die Vermögensübertragung ist nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist

Art. 72 Nicht zugeordnete Gegenstände des Aktivvermögens

Gegenstände des Aktivvermögens sowie Forderungen und immaterielle Rechte, die sich auf Grund des Inventars nicht zuordnen lassen, verbleiben beim übertragenden Rechtsträger.

Art. 73

¹ Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträgers muss dem Handelsregisteramt die Vermögensübertragung zur Eintragung anmelden.

² Die Vermögensübertragung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über. Artikel 34 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995¹ bleibt vorbehalten.

Art. 75 Solidarische Haftung

¹ Die bisherigen Schuldner haften für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner.

² Die Ansprüche gegen den übertragenden Rechtsträger verjähren spätestens drei Jahre nach der Veröffentlichung der Vermögensübertragung. Wird die Forderung erst nach der Veröffentlichung fällig, so beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit.

³ Die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger müssen die Forderungen sicherstellen, wenn :

- a. die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt ; oder
- b. die Gläubigerinnen und Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.

⁴ Anstatt eine Sicherheit zu leisten, können an der Vermögensübertragung beteiligte Rechtsträger die Forderung erfüllen, sofern die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht geschädigt werden.