



**SITES CONTAMINÉS: ÉVOLUTIONS
RÉCENTES ET PRATIQUE
CONTRACTUELLE
2 septembre 2021**

Isabelle Romy
Professeure à l'UNIFR et à l'EPFL
Avocate
Isabelle.romy@kellerhals-carrard.ch

PLAN

I. INTRODUCTION

II. GRANDES LIGNES DU RÉGIME DES SITES POLLUÉS

1. Champ d'application de l'OSites
2. Répartition des responsabilités pour les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement
3. Coordination assainissement et construction: art. 3 OSites
4. Garantie des frais de défaillance de l'art. 32d^{bis} LPE
5. Autorisation en cas de morcellement et de cession: art. 32d^{bis} al. 3 et 4 LPE

III. GRANDES LIGNES DU RÉGIMES DES SOLS POLLUÉS

1. Champ d'application et buts de la réglementation
2. Délimitation des régimes OSites et OSol

IV. RESPONSABILITÉ POUR L'ÉLIMINATION DES MATÉRIAUX D'EXCAVATION POLLUÉS

1. Principes
2. Conditions d'application de l'art. 32b^{bis} LPE

V. CONSÉQUENCES POUR LA RÉDACTION DES CLAUSES CONTRACTUELLES

VI. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

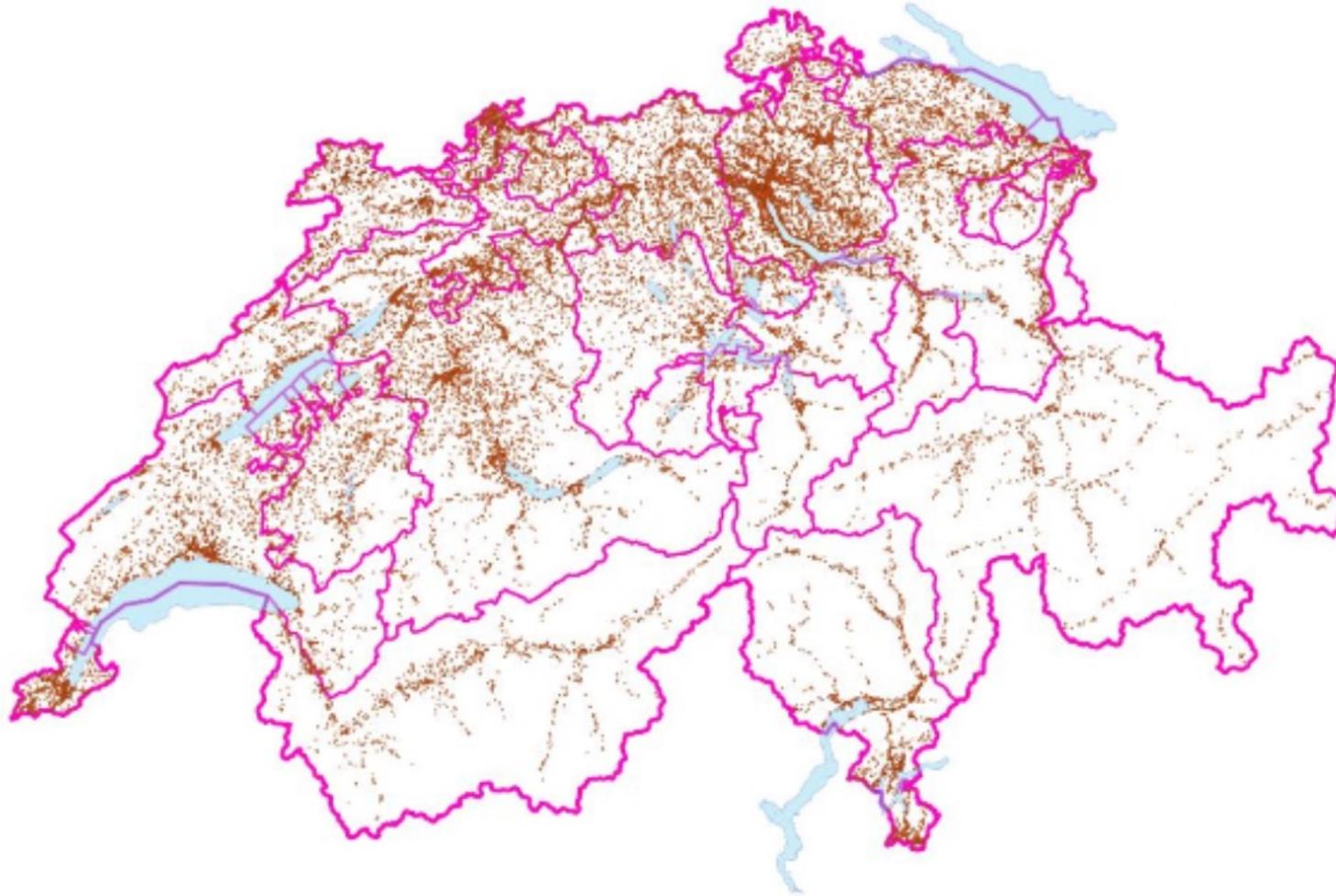
- ❖ Le droit de l'environnement crée des obligations matérielles et financières en cas de pollution d'un immeuble
- ❖ Trois exemples courants de la pratique:
 - des mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement sont imposées au détenteur de l'immeuble selon l'OSites
 - des mesures de restrictions d'utilisation du sol sont ordonnées au sens de l'OSol
 - un projet de construction nécessite l'enlèvement et l'élimination de matériaux d'excavation pollués, ce qui entraîne des surcoûts importants pour le constructeur

- ❖ Ces trois situations sont régies, en droit public, par des régimes différents:
 - Sols pollués: art. 33 à 35 LPE, OSol du 1^{er} juillet 1998
 - Sites pollués/contaminés: art. 32c à 32e LPE et OSites du 26 août 1998
 - Gestion des déchets: art. 30 ss LPE, OLED du 4 décembre 2015, art. 32b^{bis} LPE (responsabilité civile)
- ❖ Ces trois régimes prévoient des règles différentes en matière de mesures de protection, de remédiation ainsi que de responsabilités financières
- ❖ Les autorités d'exécution de la LPE ne sont pas liées par des accords de droit privé qui prévoiraient une autre répartition des responsabilités que celle du droit public
- ❖ Les parties à un contrat peuvent en revanche «corriger» le régime de responsabilité du droit public dans leurs accords internes

- ❖ Il est essentiel de connaître les responsabilités de droit public pour régler de manière adéquate le transfert des risques, les garanties ou l'exclusion de responsabilité dans les transactions soumises au droit privé:
 - par des clauses accessoires de garantie
 - par des clauses limitatives de responsabilités
 - par des assurances particulières du vendeur, qui peut s'engager par ex. à assainir un terrain contaminé avant le transfert de propriété, ou à assumer les coûts d'un assainissement de manière illimitée ou à concurrence d'un certain montant

- ❖ La bonne connaissance des règles du droit public est essentielle à la bonne formulation de clauses contractuelles adéquates
- ❖ La jurisprudence évolue et affine ou précise des notions importantes
- ❖ La méconnaissance de ces règles peut conduire à la rédaction de clauses de garanties peu claires, imprécises, ou inadéquates qui donnent lieu à contestation et litige entre les parties

II. GRANDES LIGNES DU RÉGIME DES SITES POLLUÉS



Répartition géographique des sites pollués en Suisse: chaque point représente un site

1. CHAMP D'APPLICATION DE L'OSITES

- ❖ Définition de l'art. 2 OSites: liste *exhaustive* des sites soumis à l'OSites!
- ❖ Les aires d'exploitation visées par l'art. 2 let. b OSites sont rattachées à une entreprise qui a utilisé des substances dangereuses pour l'environnement
- ❖ La notion de site est fédérale; les cantons ne peuvent pas la définir plus étroitement (*TF, 1C_464/2018 du 17 avril 2019*) (*Rüti ZH*)
- ❖ Lorsqu'une aire industrielle recouvre une grande surface, elle peut être découpée en plusieurs sites distincts, pour autant que les sources de pollution et la période d'exploitation permettent de distinguer et de délimiter des sites différents et que des pollutions croisées d'un site à l'autre soient exclues (*TF, 1C_464/2018 du 17 avril 2019*) (*Rüti ZH*)

- ❖ Obligation d'assainir seulement si atteintes ou risque concret d'atteintes aux biens protégés par l'OSites (= *site contaminé*)
- ❖ Inscription au cadastre comme instrument d'information
- ❖ Répartition des frais imputables entre les *perturbateurs* selon l'art. 32d LPE
- ❖ Règle particulière en cas de *projet de construction* sur un site contaminé: art. 3 OSites

2. RÉPARTITION DES RESPONSABILITÉS POUR LES FRAIS D'INVESTIGATION, DE SURVEILLANCE ET D'ASSAINISSEMENT

- ❖ Dissociation entre l'obligation d'exécuter (et de préfinancer) les mesures nécessaires selon l'OSites (art. 20 OSites)
- ❖ Et l'obligation d'en assumer les coûts (art. 32d LPE)
- ❖ Coûts imputables:
 - frais d'assainissement, de surveillance et d'investigation
 - exception: frais d'investigation à la charge du canton si le site n'est pas pollué: art. 32d al. 4 LPE
 - nés après l'entrée en vigueur de l'art. 32d LPE (*TF, 1C_457/2020 du 17 février 2021*)
- ❖ Nature de la responsabilité: le principe de causalité est un principe d'imputation des coûts qui n'a pas pour but de pénaliser un comportement illicite (*TF, 1C_117/2020 du 7 décembre 2020*)

- ❖ Le perturbateur par comportement assume les frais en premier lieu; la vraisemblance prépondérante suffit (*TF, 1C_315/2021 du 22 mars 2021*)
- ❖ S'il y a plusieurs perturbateurs par comportement, chacun prend à sa charge une part des coûts proportionnelle à sa responsabilité
- ❖ Le perturbateur par situation encourt aussi une part des frais, mais moindre. Exonération possible
- ❖ Détermination des quotes-parts puis ajustement des parts nominales en équité
- ❖ Absence de solidarité entre les perturbateurs, la part du perturbateur défaillant est à la charge du canton (art. 32d al. 3 LPE)
- ❖ Obligation de fournir des sûretés selon l'art. 32d^{bis} LPE

- ❖ Pas de prescription absolue des obligations découlant de l'OSites et de l'art. 32d LPE
- ❖ Délai pour demander décision de répartition des coûts ?
- ❖ Qualité pour demander une décision de répartition des coûts: est reconnue au futur acquéreur d'un site contaminé qui a avancé les frais des mesures d'investigation (*TF, 1C_315/2021 du 22 mars 2021*)
- ❖ Prescription de 5 ans une fois que la décision est rendue et entrée en force
- ❖ Indemnités accordées par la Confédération pour les décharges de déchets urbains ou pour les frais de défaillance (art. 32e LPE et OTAS)

3. COORDINATION ASSAINISSEMENT ET CONSTRUCTION: ART. 3 OSITES

- ❖ Si le projet crée un nouveau besoin d'assainissement, les frais d'assainissement incombent au maître de l'ouvrage/constructeur: pas de répartition selon l'art. 32d LPE (*TAF du 2 juillet 2014 (A-5057/2013), confirmé par TF 1C_414/2014 du 2 mars 2015 - OTAS*)
- ❖ *TF, 1C_366/2015 du 4 juillet 2016* (décharge de Dreieckwäldli, projet de revitalisation de la Linth). La décharge se trouvera dans le corridor de crue; est-ce qu'elle constitue un risque concret pour les eaux souterraines indépendamment du projet de revitalisation de la Linth? Dans l'affirmative, il s'agit d'un site contaminé (art. 32d LPE et l'OTAS s'appliquent). Dans la négative, l'assainissement est une mesure préventive (art. 3 let. a OSites); le maître de l'ouvrage en assume seul les frais. L'art. 2 LPE ne s'applique pas.
- ❖ Cette règle s'applique même si le projet est conforme à l'affectation de la zone

4. GARANTIE DES FRAIS DE DÉFAILLANCE DE L'ART. 32d^{BIS} LPE

- ❖ En cas de défaillance d'un perturbateur, sa part de responsabilité est prise en charge par la collectivité publique (art. 32d al. 3 LPE)
- ❖ Les sociétés disposent de divers moyens juridiques pour tenter d'échapper à leurs obligations financières selon l'art. 32d LPE
- ❖ L'autorité peut exiger des sûretés de chaque perturbateur s'il remplit les conditions de l'art. 32dbis LPE (part causale selon l'art. 32d LPE et risque de défaillance)
- ❖ Art. 32dbis LPE est une loi spéciale par rapport à l'art. 744 CO (*TF, 1C_17/2019 du 29 juillet 2019*)

- ❖ TF: il suffit que les coûts puissent être estimés (*1C_17/2019 du 29 juillet 2019*)
- ❖ Adaptation du montant en cas de changement de circonstances, par ex:
 - Prévisions quant aux coûts varient
 - Autorité procède par étape
 - Décision(s) intermédiaire(s) de répartition des coûts
- ❖ Forme de la garantie: pas de prescription dans la loi, pouvoir d'appréciation laissé aux autorités d'exécution, par exemple:
 - Garantie bancaire
 - Porte-fort
 - Sûretés réelles (hypothèque, cédule hypothécaire)

La décision de constitution de garantie est:

- ❖ provisoire, ne préjuge pas de la décision ultérieure de répartition des coûts (*TF, 1C_17/2019 du 29 juillet 2019*)
- ❖ une mesure provisionnelle fondée sur le droit public, de sorte que le TF examine uniquement la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF) (*TF, 1C_62/2020 du 4 juin 2021*)
- ❖ finale lorsqu'elle est prise dans une procédure autonome
- ❖ incidente lorsqu'elle est prise au cours d'une procédure conduisant à décision finale ultérieure
- ❖ la distinction entre décision finale ou incidente est importante pour déterminer la recevabilité du recours au TF (art. 93 LTF)
- ❖ La constitution de sûretés n'est pas une dette d'argent et est soumise à une voie d'exécution forcée spéciale (art. 38 LP)

5. ART. 32d^{bis} AL. 3 ET 4 LPE: AUTORISATION EN CAS DE MORCELLEMENT ET DE CESSION

- ❖ **Transactions immobilières soumises à autorisation:** cession (vente, donation), partage, constitution d'un droit de superficie

- ❖ **Conditions (alternatives) de l'autorisation**
 - site n'est pas susceptible d'engendrer des atteintes nuisibles ou incommodantes:
 - autorisation générale dans certains cantons (+OFT);
 - sinon autorisation individuelle; cas bagatelles?
 - let b: garantie (pour la part de responsabilité du vendeur!)
 - let c: le partage ou la cession sert un intérêt public.

III. GRANDES LIGNES DU RÉGIME DES SOLS POLLUÉS

POLLUTION

De la dioxine détectée dans les sols de plusieurs espaces publics lausannois

Neufs sites des hauts de Lausanne sont contaminés aux dioxines, un polluant organique. Mais les autorités de la ville se veulent rassurantes: seule une absorption de terre quotidienne pourrait avoir un impact sur la santé

Abo Dioxin-Gefahr

Das «Ultragift» lauert unbemerkt im Schweizer Boden

In Lausanne musste die Stadt mehrere Stellen sperren. Jetzt zeigen Recherchen, dass die hochtoxischen Schadstoffe auch andernorts zu befürchten sind. Doch viele Kantone kontrollieren kritische Stellen nicht.

Pollution aux métaux lourds: Du plomb dans les jardins et sur les places de jeux

Dioxine a Lausanne



La Ferme Aeby, avenue Victor-Ruffly à Lausanne, est le premier site où une concentration excessive de dioxine a été mesurée.

Les sols pollués inquiètent les parlementaires

1. CHAMP D'APPLICATION ET BUTS DE LA RÉGLEMENTATION

- ❖ But de la loi: *protéger la fertilité du sol* à long terme (art. 1 al. 1 et 33 LPE)
- ❖ Protection calquée en partie sur le régime de protection à deux niveaux applicables en matière de lutte contre les émissions (art. 11 à 15 LPE), à savoir limitation préventive et plus sévère des émissions à la source
- ❖ S'y ajoutent des restrictions d'utilisation du sol en cas de menace pour l'homme, les animaux ou les plantes ainsi que des mesures de réhabilitation et d'assainissement pour les sols agricoles, horticoles et sylvicoles

- ❖ Les valeurs d'assainissement de l'OSol indiquent le niveau de gravité des atteintes au-delà duquel, selon l'état de la science ou l'expérience, certaines exploitations mettent forcément en péril l'homme, les animaux ou les plantes (cf. art. 35 al. 3 LPE)
- ❖ Les valeurs d'assainissement sont fixées pour les catégories d'utilisation suivantes: agriculture et horticulture, jardins privés et familiaux, places de jeux (cf. annexe 1, chiffre 13, OSol)
- ❖ Si, dans une région donnée, une valeur d'assainissement est dépassée, les cantons interdisent les utilisations concernées
- ❖ Dans les régions où l'aménagement du territoire a attribué les sols à l'horticulture, à l'agriculture ou à la sylviculture, ils prescrivent des mesures qui permettent de ramener l'atteinte portée au sol en dessous de la valeur d'assainissement, à un niveau tel que l'utilisation envisagée, conforme au milieu, soit possible sans menacer l'homme, les animaux ou les plantes (art. 10 OSol)

Mesures de prévention d'usage ordonnées par la Ville de Lausanne

- Ne pas manger de la terre (porter une attention particulière aux enfants en bas âge)
- Se laver les mains après avoir manipulé la terre (ex: jardinage) et en rentrant de l'activité en milieu extérieur
- Laver et éplucher les légumes provenant des jardins
- Il est déconseillé de planter et de manger des cucurbitacées provenant de ces sites (concombres, courgettes, courges, melons, pastèques, etc.)
- Il est déconseillé de consommer de produits issus d'animaux ayant pâture longtemp sur ces zones (moutons, chèvres, vaches, poules, œufs, lait, etc.)

- ❖ Les mesures de restrictions et d'assainissement incombent au détenteur du sol
- ❖ Pas de répartition des frais imputables; l'art. 32d LPE ne s'applique pas
- ❖ Pas de cadastre des sols pollués!
- ❖ Elimination des horizons A et B pollués: aux frais du détenteur

2. DÉLIMITATION DES RÉGIMES OSITES ET OSOL

- ❖ Le régime de protection des sols des art. 33 à 35 LPE et de l'OSol s'applique *de manière subsidiaire* à celui des sites pollués
- ❖ Lorsque l'atteinte aux biens protégés provient d'un site pollué au sens de l'art. 2 al. 1 OSites, seul le régime des sites pollués trouve application
- ❖ *TF 1C_609/2014 du 3 août 2015, DEP 2015 p. 506*: des jardins dans lesquels des plaques de goudron ont été enfouies en vue de stabiliser les chemins et jardins et qui ont provoqué une contamination aux PAH ne sont pas des lieux de stockage des déchets; ces plaques ont été placées à ces endroits non pas en vue de leur élimination mais en vertu de leurs propriétés, pour stabiliser les jardins ; elles étaient des éléments de construction et ont été valorisées et non pas éliminées. Seules des restrictions d'utilisation selon l'art. 10 OSol sont possibles
- ❖ Inversement, le droit de la protection des sols s'applique lorsque des sols sont pollués par des substances diffuses ou ponctuelles et qu'ils ne constituent pas des sites pollués au sens de l'OSites

- ❖ L'art. 12 OSites et l'annexe 3 OSites permettent de poser les délimitations suivantes :
 - Lorsqu'un sol constitue un site pollué ou une partie de site pollué (c'est-à-dire qu'il fait partie d'une aire d'exploitation, d'une décharge ou d'un lieu d'accident), et qu'il contient une substance qui dépasse la valeur de concentration de l'annexe 3 OSites, il sera assaini selon les prescriptions de l'OSites (art. 12 al. 1 OSol)
 - Si ce même sol ne nécessite pas d'assainissement selon l'annexe 3 OSites, il sera évalué selon l'OSol (art. 12 al. 2 OSol)

- ❖ Révision OSites: adaptation des valeurs de concentration pour l'évaluation du besoin d'assainissement des sols visés à l'annexe 3, ch.2, OSites («Sites dans les jardins privés et familiaux, sur des places de jeux et d'autres lieux où des enfants jouent régulièrement») pour les hydrocarbures aromatiques polycycliques (HAP), le benzo(a)pyrène et le plomb sur la base de nouvelles connaissances toxicologiques. Introduction, à la même annexe, d'une valeur de concentration applicable aux dioxines (PCDD), aux furanes (PCDF) et aux PCB de type dioxine (dl-PCB) et suppression de la valeur de concentration pour le paramètre global BTEX.

IV. RESPONSABILITÉ POUR L'ÉLIMINATION DES MATÉRIAUX D'EXCAVATION POLLUÉS



1. PRINCIPES

- ❖ Le sous-sol excavé et les horizons décapés sont des déchets. Leur élimination incombe au détenteur, qui en assume les coûts (art. 31c et 32 LPE)
 - Exception 1: si l'évacuation est nécessaire pour l'assainissement au sens de l'OSites, les frais sont répartis selon l'art. 32d LPE
 - Exception 2: si les matériaux d'excavation proviennent d'un site pollué et qu'ils ne doivent pas être éliminés en vue d'un assainissement, le détenteur peut, à certaines conditions, reporter une partie du surcoût sur les anciens détenteurs et les perturbateurs (art. 32b^{bis} LPE)
- ❖ Dans les autres cas, les frais d'élimination des déchets pollués sont à la charge du détenteur/constructeur

2. CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ART. 32b^{bis} LPE

- ❖ Matériaux d'excavation pollués (annexe 3 OLED)
- ❖ Qui ne doivent pas être éliminés en vue d'un assainissement
- ❖ Pollution entraîne des coûts supplémentaires d'investigation et d'élimination
- ❖ L'excavation est nécessaire pour la construction ou la transformation de bâtiments

- ❖ Le détenteur d'un immeuble peut en règle générale...demander aux personnes à l'origine de la pollution et aux anciens détenteurs du site d'assumer 2/3 des coûts supplémentaires si:
 - pas de dédommagement pour la pollution / pas de remise sur le prix
 - élimination nécessaire pour la construction ou la transformation
 - le détenteur a acquis l'immeuble entre le 1.7.1972 et le 1.7.1997
 - Action possible jusqu'au 1^{er} novembre 2021

- ❖ Le cercle des détenteurs ayant la qualité pour agir en responsabilité est restreint par la notion de détenteur de l'immeuble ainsi que par la période d'acquisition de l'immeuble et par la condition que le détenteur enlève les matériaux pour construire ou transformer ses bâtiments (*ATF 144 III 227*)

- ❖ La notion de détenteur n'est pas celle retenue en droit public fédéral, mais une notion de droit privé, laquelle exclut tout droit personnel, que ce soit sur l'immeuble ou sur les déchets (*ATF 144 III 227*)
- ❖ Le détenteur de l'immeuble qui enlève des matériaux pollués est non seulement le propriétaire actuel de l'immeuble mais aussi le titulaire d'un droit réel limité sur l'immeuble qui lui confère la faculté de construire et donc de disposer des matériaux à enlever (*ATF 143 III 78*)
- ❖ L'art. 32b^{bis} LPE est une disposition d'exception, de caractère transitoire, dont les conditions d'application sont rigoureuses. La qualité pour agir ne peut pas être déterminée sur la base d'accords conclus entre les propriétaires successifs des immeubles, en faisant abstraction du lien avec l'immeuble pollué. Admettre que l'ancien propriétaire puisse agir alors que le nouveau propriétaire qui a enlevé les matériaux ne remplit pas les conditions temporelles reviendrait à détourner l'intention claire du législateur (*ATF 143 III 78*)

V. CONSÉQUENCES POUR LA RÉDACTION DES CLAUSES CONTRACTUELLES



Rappel de quelques principes en matière de responsabilité pour les défauts:

- ❖ Si le vendeur n'a pas donné d'assurance particulière, le défaut existe lorsque la chose vendue ne présente pas la qualité à laquelle l'acquéreur pouvait s'attendre de bonne foi et qui affecte la valeur ou l'utilité de la chose
- ❖ La pollution du sol ou du sous-sol d'un bien-fonds constitue un défaut de la chose vendue. L'acheteur est notamment en droit d'attendre de la chose qu'elle ait les propriétés permettant une utilisation conforme aux prescriptions de droit public (*voir Edgar Philippin, Garantie pour les défauts, in: La vente immobilière, édité par J. Schmid, 2010, p. 145 ss*)
- ❖ L'existence d'un défaut engage la responsabilité du vendeur, à moins que l'acheteur n'ait connu le défaut au moment de la vente (art. 200 al. 1 CO)
- ❖ La connaissance doit être "positive": l'acheteur doit non seulement avoir constaté le défaut, mais il doit encore s'être rendu compte de sa gravité et de ses conséquences patrimoniales

Rappel de quelques règles sur l'interprétation des contrats:

- ❖ En cas de désaccord des parties sur la portée d'une clause, il convient de rechercher la commune et réelle volonté des parties, qui l'emporte sur la terminologie utilisée
- ❖ Si la réelle et commune volonté des parties ne peut être établie, la clause doit être interprétée selon le principe de la confiance (art. 18 CO)
- ❖ Selon le TF, les notions juridico-techniques déterminées utilisées par les parties (par ex. site contaminé) revêtent le sens juridique que la loi leur donne (*4C.301/2004 du 9 décembre 2004, c. 2.2*)

Exemple:

- ❖ Contrat de vente par lequel le vendeur assure à l'acheteur que le site n'est pas inscrit au cadastre des sites pollués et qu'il n'a pas connaissance d'une pollution, à l'exception de celle mentionnée dans un rapport d'étude.
- ❖ Le vendeur s'engage néanmoins à prendre en charge tous les frais d'assainissement nécessaires pour empêcher une inscription au cadastre si d'autres pollutions venaient à être découvertes au sens de l'OSites ou de l'OSol. Pollution du sous-sol découverte en cours de travaux; certains déchets sont évacués en décharge de type E, ce qui entraîne des surcoûts importants. L'autorité refuse d'inscrire le site au cadastre au motif que l'aire de construction n'est pas un site pollué (remblais artificiels) et qu'il s'agit en outre d'un cas bagatelle (*TA Soleure, VWBES.2020.173 du 1^{er} septembre 2020*).
- ❖ Quid de la garantie du vendeur?

VI. CONCLUSION

- ❖ La rédaction de clauses contractuelles adéquates devrait toujours être précédée d'une analyse des responsabilités des parties fondées sur le droit public
- ❖ Quelle répartition des risques ou des responsabilités les parties acceptent-elles, qui diffère de la situation en droit public?
- ❖ Attention aux clauses standards ou modèles, qui ne tiennent pas suffisamment compte des spécificités du cas d'espèce!
- ❖ Attention à la terminologie; il est préférable d'utiliser les notions juridiques ou techniques utilisées dans la loi et ses ordonnances!