

F) Les sites contaminés (point 5.6 du cours)**Exercice 1**

Adrien est propriétaire d'une parcelle située dans la Commune de Pieterlen (BE) en zone agricole, qu'il a acquise lors d'un remaniement parcellaire et qu'il utilise à des fins agricoles. En avril 2019, il a effectué des analyses du sol et des eaux.

Adrien annonce le résultat de ces analyses à l'Office des eaux et des déchets (AWA) du canton de Berne ; sur la base de cartes historiques et de photos aériennes, l'AWA constate que des matériaux pollués ont été déposés sur une partie de la parcelle jusqu'à la fin des années 1950 et qu'une décharge de gravats a été exploitée pendant cette période.

Par décision du 16 août 2019, l'AWA décide d'inscrire le site au cadastre des sites pollués mais de ne pas exiger d'investigation préalable car le site se situe dans la zone « autre secteur » (*übrige Bereich*).

Adrien dépose un recours contre cette décision auprès de la Direction des travaux publics et des transports du canton de Berne (DTP) en demandant son annulation et le renvoi de l'affaire à l'Office des eaux et des déchets pour qu'il ordonne des investigations supplémentaires et examine le besoin d'assainir l'ancienne décharge.

Adrien invoque le devoir général de diligence en matière de protection des eaux et le dépassement des valeurs de zinc et de nickel dans les prélèvements qu'il a effectués. Selon lui, ces substances peuvent migrer dans le ruisseau qui se trouve à proximité de sa parcelle en raison du drainage existant sous l'ancienne décharge.

Le 20 janvier 2020, la DTP a rejeté le recours. En février 2020, Adrien a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal cantonal administratif du canton de Berne, qui l'a ensuite rejeté. Adrien fait recours au Tribunal fédéral contre la décision du Tribunal administratif du canton de Berne.

Inspiré de l'arrêt TF 1C_404/2021 du 24 février 2022

a) Cette affaire est-elle soumise à l'OSites ?

L'ordonnance sur les sites contaminés (OSites) vise à garantir que les sites pollués seront assainis s'ils causent des atteintes nuisibles ou incommodantes à l'environnement, ou s'il existe un danger concret que de telles atteintes apparaissent (art. 1 al. 1 OSites).

Cette affaire est soumise à l'OSites car l'objet du litige est le refus de constater la nécessité d'établir des investigations préalables. Conformément à l'art. 1 al. 2 OSites, l'OSites règle les

modalités de traitement des sites pollués notamment pour tout ce qui concerne la détermination des besoins de surveillance et d'assainissement (lit. b) ainsi que la fixation des mesures d'investigation (lit. d).

La parcelle dans l'affaire en question est un site pollué au sens de l'art. 2 al. 1 OSites.

b) Qu'est-ce qu'un cadastre des sites pollués ? Que doit-il contenir ?

Un cadastre des sites pollués recense tous les sites pollués par des déchets ou suspectés d'être pollués. Il s'agit donc d'un moyen pour l'autorité de recenser les sites pollués en dépouillant les données disponibles telles que les cartes, les inventaires et les informations (art. 5 al. 1 OSites). L'inscription au cadastre d'un site pollué doit renseigner sur :

- *l'emplacement du site pollué ;*
- *le type et la quantité de déchets présents sur le site ;*
- *la période de stockage des déchets, la période d'exploitation ou la date de l'accident ;*
- *les investigations et les mesures de protection de l'environnement déjà réalisées ;*
- *les atteintes déjà constatées ;*
- *les domaines de l'environnement menacés ;*
- *les événements particuliers tels que l'incinération des déchets, les glissements de terrain, les inondations, les incendies ou les accidents majeurs.*

Enfin, le cadastre indique si le site n'entraîne aucune atteinte nuisible ou incommode ou s'il requiert une investigation afin de déterminer s'il nécessite une surveillance ou un assainissement (art. 5 al. 4 OSites).

c) La présence de déchets suffit-elle à justifier un besoin d'assainissement du site ?

Non, la présence de déchets ne suffit pas à justifier un besoin d'assainissement, il faut une atteinte ou un risque concret d'atteintes aux biens à protéger. Il s'agit en l'espèce du sol et des eaux souterraines. Le sol nécessite un assainissement lorsque les valeurs de concentration de l'annexe 3 OSites sont dépassées (art. 12 al. 1 OSites).

Le droit des sites pollués vise avant tout à limiter les atteintes chimiques au sol. Des mélanges physiques qui peuvent entraver l'exploitation agricole ne justifient pas de nécessité d'agir selon le droit des sites pollués. En ce qui concerne les eaux souterraines, les échantillons prélevés indiquent des concentrations très faibles de HAP et de métaux lourds en-dessous des valeurs de concentration de l'OSites. Il n'y a donc pas de nécessité de procéder à des investigations supplémentaires.

d) Était-il nécessaire de procéder à des investigations supplémentaires dans le cas d'espèce ?

Le droit des sites pollués vise avant tout à limiter les atteintes chimiques au sol. Des mélanges physiques qui peuvent entraver l'exploitation agricole ne justifient pas de nécessité d'agir

selon le droit des sites pollués. En ce qui concerne les eaux souterraines, les échantillons prélevés indiquent des concentrations très faibles de HAP et de métaux lourds en-dessous des valeurs de concentration de l'OSites. Il n'y a donc pas de nécessité de procéder à des investigations supplémentaires.

Le fait qu'Adrien invoque le devoir général de diligence en matière de protection des eaux n'y change rien : le droit de la protection des eaux et le droit des sites pollués contiennent des valeurs limites et des valeurs de concentration différentes pour diverses substances.

Les valeurs imposées par le droit de la protection des eaux sont nettement plus basses et donc plus strictes que celles imposées par le droit des sites pollués. Il n'est pas conforme au droit de transposer en droit des sites pollués les valeurs plus strictes du droit de la protection des eaux.

Exercice 2

Au début des années soixante, Astrid et Roger Mülh, ont mis à disposition leur terrain pour l'exploitation d'une décharge. Cette dernière a été exploitée de 1962 à 1975 par la société « Clean SA » et a accueilli des déchets de chantier, des ordures ménagères, des déchets de ferrailles (résidus de l'affinage des métaux ou de la fusion des minerais) issus d'installation d'incinération d'ordures ménagères, des boues provenant de dépotoirs de routes ainsi que des déchets industriels liquides et huileux. Cette décharge comble aujourd'hui le vallon de l'Illiswil sur environ 700 mètres et son volume avoisine les 1,5 million de m³. En 1975, suite à la faillite de la société « Clean SA », une partie de la décharge a été recouverte de matériaux d'excavation, formant une digue, laquelle est aujourd'hui reboisée. La partie supérieure de la décharge peut désormais être vouée à la culture agricole. Au sud-est, la décharge se trouve à proximité de l'Illiswilbach, un ruisseau qui a été mis à cet endroit sous tuyaux avant l'ouverture de la décharge. Entre 2001 et 2007, il a été établi suite à des études effectuées sur la zone, que les eaux de l'Illiswilbach étaient altérées tant du point de vue chimique que biologique (présence d'ammonium, de carbone organique dissous, de sels dissous et des polluants organiques). La pollution est due à l'eau qui s'infiltre à travers la décharge. Les frères Mülh ont hérité dernièrement du terrain de leurs parents sur lequel se trouve la décharge. Ils sont très inquiets pour l'avenir et craignent d'avoir reçu en héritage un cadeau empoisonné.

Inspiré de l'ATF 139 II 106 ; DEP 2013 p. 14

a) Quels sont les biens à protéger ?

La fertilité du sol et les eaux de surface.

b) Un assainissement est-il ici nécessaire ?

Il convient en premier lieu de savoir si l'OSites s'applique en l'espèce (art. 2 OSites).

Afin de déterminer si un site nécessite un assainissement, il s'agit de déterminer si le site présente une menace pour l'environnement. Pour évaluer cette menace, l'autorité applique notamment les art. 9 à 12 OSites ainsi que les annexes 1 et 2 de l'OSites qui contiennent des critères pour chaque composante de l'environnement (sol, air et eaux). Lorsqu'un site est pollué par des déchets dont la présence entraîne des atteintes nuisibles ou incommodantes ou qu'il existe un danger concret que de telles atteintes apparaissent, un assainissement est nécessaire. Conformément aux art. 32c al. 1 LPE et 10 OSites, le site en question nécessite un assainissement.

- c) Dans l'hypothèse où un assainissement est nécessaire, qui doit procéder à l'assainissement ?

Il appartient en général au détenteur, soit aux frères Mühl d'effectuer les mesures d'assainissement nécessaires. Dans les faits toutefois, le détenteur recourt aux services d'une entreprise spécialisée aux frais de ce dernier.

A noter que si le détenteur n'est pas en mesure de procéder aux mesures nécessaires, notamment en raison de l'urgence créée par un danger imminent, l'autorité exécutera elle-même les mesures d'assainissement. Elle interviendra aussi si le détenteur refuse de s'exécuter; l'autorité agit alors par la voie de l'exécution par substitution, aux frais du détenteur (art. 32c al. 3 LPE).

- d) Qui devra supporter les coûts de l'assainissement et selon quelle disposition légale ?

C'est l'art. 32d LPE qui règle la question du financement de l'assainissement des sites contaminés. Cette norme concrétise le principe du pollueur-payeur. Conformément à l'art. 32d al. 1, c'est la personne à l'origine des mesures qui assume les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement du site pollué. En présence de plusieurs perturbateurs, la répartition des frais doit s'effectuer comme suit en vertu de l'art. 32d al. 2 LPE:

- *Assume en premier lieu les frais celui qui a causé la contamination par son comportement, proportionnellement à sa responsabilité dans la survenance de la contamination. Dans le cas d'espèce, le perturbateur par comportement est la société « Clean SA ». En raison de la faillite de la société « Clean SA », la collectivité publique doit prendre à sa charge la part de frais due par cette dernière (art. 32d al. 3 LPE).*
- *Le perturbateur par situation, ici les frères Mühl, encourt aussi une part des frais, mais moindre. Le seul fait d'être détenteur du site sans avoir contribué à le polluer peut entraîner une participation aux coûts. Il est toutefois possible au perturbateur par situation de s'exonérer de toute responsabilité s'il parvient à établir que, même en appliquant le devoir de diligence, il n'a pas pu avoir connaissance de la pollution (art. 32d al. 2, 3^{ème} phrase LPE).*
- *Il faut examiner si les anciens propriétaires sont également perturbateurs par comportement pour avoir mis leur terrain à disposition de l'exploitant de la décharge et si leur responsabilité a passé à leurs héritiers. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la dette résultant de la responsabilité pour les frais d'investigation, de surveillance et*

d'assainissement ne peut être transmise aux héritiers que, si au moment de la succession, il existait un fondement légal pour imposer une obligation d'assainir et si les héritiers n'ont pas été empêchés de répudier ou de demander le bénéfice d'inventaire. Dans le cas d'espèce, les anciens propriétaires Astrid et Roger Mülh sont responsables en tant que perturbateurs par comportement et devront couvrir 25 % des frais d'assainissement car ils ont mis à disposition de « Clean SA » leur site pour l'exploitation de la décharge. Ils ont également tiré un profit économique de cette situation. Leur responsabilité peut passer à leurs héritiers (les frères Mülh) car il existait à l'époque des faits, une disposition légale qui permettait de mettre à la charge du perturbateur par comportement les frais d'assainissement (ancienne LEaux ou dispositions de droit privé). Les héritiers ont également eu la possibilité de répudier le bénéfice d'inventaire de la succession.

e) Dans le cas d'espèce, une libération de l'obligation d'assumer les frais est-elle possible ?

En tant que descendants directs des agriculteurs qui avaient mis à disposition leur terrain afin de permettre l'exploitation d'une décharge, les frères Mülh avaient connaissance de la pollution. Une libération de l'obligation d'assumer les frais ne peut dès lors être acceptée. (ATF 139 II 106, consid. 3.7)

f) Comment fixe-t-on la part de frais ? Quelle pourrait être la part de responsabilité des frères Mülh ?

La part de frais est fixée en fonction de la part causale à la contamination et des motifs d'équité tels que les intérêts économiques en présence ou le caractère économiquement supportable des coûts. (ATF 139 II 106, consid.5.5). La part de frais s'élève à 5% s'il n'y a pas d'autres circonstances et elle se situe entre 10% et 30 % seulement en cas de circonstances particulières : « si la personne concernée était déjà responsable du site au moment de sa contamination et que celle-ci aurait donc pu être évitée, si la personne concernée répond de la part de responsabilité de ses prédécesseurs en droit (en vertu d'une reprise d'exploitation ou en sa qualité d'héritier) ou encore si elle a obtenu ou obtiendra un avantage économique (non négligeable) à travers la pollution et/ou l'assainissement ». Dans le cas d'espèce, les frères Mülh reprennent la part de responsabilité de leur parent car ils n'ont pas refusé le bénéfice d'inventaire à la succession et il existait déjà une disposition légale à l'époque qui permettait de mettre à la charge du perturbateur par comportement les frais d'assainissement. De plus, le Tribunal a retenu qu'ils sont les descendants directs des anciens propriétaires et qu'ils avaient grandi sur place. À cet égard, ils auraient dû connaître le fonctionnement de la décharge. (ATF 139 II 106, consid.5.6 ; DEP 2013 p. 16)

g) La participation aux frais d'assainissement des frères Mülh aurait-elle été la même s'ils avaient acheté ce terrain et qu'ils ignoraient qu'une décharge avait été exploitée sur celui-ci ?

Elle aurait très certainement été moins élevée, car le Tribunal fédéral a considéré qu'en l'absence de circonstances particulières, une participation aux frais de 10% était excessive.

En effet « s'il n'avait pas été possible de leur imputer la part de responsabilité de leurs prédécesseurs en droit et s'ils répondaient exclusivement en tant que détenteurs du site sans avoir obtenu ou sans obtenir à l'avenir un avantage économique à travers l'exploitation de la décharge ou à travers l'assainissement, la participation aux frais exigés, à hauteur de 10 pour cent, paraîtrait excessive et donc contraire au droit fédéral ». (ATF 139 II 106, consid. 5.5.3 ; DEP 2013 p. 16)