

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 108 (1989)

Artikel: Le principe pollueur-payeur : en relation avec la responsabilité du pollueur

Autor: Petitpierre-Sauvain, Anne

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896331>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 20.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le principe pollueur-payeur

en relation avec la responsabilité du pollueur

Rapport présenté par ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN

Avocate au barreau de Genève, chargée de cours à la Faculté de droit

Table des matières

Abréviations.	433
Avertissement.	435
Bibliographie	437
I. Introduction	443
1. Généralités	443
2. Les fondements économiques du principe pollueur-payeur (PPP).	446
3. La traduction juridique du PPP.	449
II. Le PPP dans le cadre du droit de l'environnement	454
1. Le PPP dans la législation sur l'environnement	455
2. Le PPP et le principe de prévention	457
3. Le PPP et l'appréciation globale des atteintes	460
4. La détermination du pollueur	462
III. Le PPP en tant que source de responsabilité	466
1. Types de dangers et fondement de la responsabilité	468
a) Atteintes à l'environnement résultant de l'usage d'un immeuble.	470
aa) Articles 679 et 684 CCS	470
bb) Article 58 CO.	475
b) Atteintes à l'environnement résultant d'une activité polluante.	478
aa) Activité polluante se déroulant dans des installations fixes	478
bb) La pollution résultant du transport de marchandises.	480
c) Atteintes à l'environnement résultant de la mise en circulation et de l'utilisation de produits polluants.	485
d) Atteintes à l'environnement résultant de la production, de l'entreposage ou de l'élimination des déchets	487
e) Les responsabilités pour «risques» à l'environnement.	490
aa) La responsabilité pour risques: loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire.	490
bb) La responsabilité pour résultat illicite: la loi sur la protection des eaux.	492
2. Les conditions de la responsabilité et les problèmes de l'environnement.	493
a) L'acte illicite	493
aa) Atteinte à un droit subjectif	493
bb) La violation d'une injonction de l'ordre juridique destinée à protéger l'environnement.	494
cc) L'existence de faits justificatifs.	496

b) Le dommage	497
aa) Dégradation de la qualité de l'environnement.	498
bb) Dommage et mesures de prévention	500
c) Le rapport de causalité.	501
d) La faute.	504
e) La pluralité des pollueurs	506
IV. Conclusion	509

Abréviations

ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
CERCLA	Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act (USA)
CMED	Commission mondiale pour l'environnement et le développement
DEP	Le droit de l'environnement dans la pratique
EPA	Environment Pollution Agency
JAR (BVR)	Jurisprudence des autorités administratives bernoises
JT	Journal des tribunaux
JUS	Jahrbuch für Umweltschutz
LAT	Loi sur l'aménagement du territoire
LCR	Loi sur la circulation routière
LITC	Loi sur les installations de transport par conduites
LPE	Loi sur la protection de l'environnement
LPEP	Loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution
LRCN	Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OCDE (OECD)	Organisation de coopération et de développement économique
RDS (ZSR)	Revue de droit suisse
RJE	Revue juridique de l'environnement
RSA (SVZ)	Revue suisse des assurances
RSJ (SJZ)	Revue suisse de jurisprudence
RSJB (ZBJV)	Revue de la société des juristes bernois
SJ	La Semaine judiciaire
SSJ	Société suisse des juristes
SUR	Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973
WuR	Wirtschaft und Recht
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

Avertissement

Le présent rapport traite essentiellement du principe pollueur-payeur dans le cadre de la responsabilité du pollueur. Le rapport de langue allemande, en revanche, couvre l'ensemble des problèmes posés par ce principe. L'auteur suggère donc au lecteur assidu qui souhaite avoir une vue générale du sujet de commencer par la lecture du rapport de langue allemande. A défaut, toutefois, l'introduction au présent rapport permet de replacer le problème de la responsabilité dans le contexte général du principe pollueur-payeur.

Bibliographie

- AEBERHARDT, WERNER: Die Umweltpolitik im Spannungsfeld politischer und wirtschaftlicher Interessen, Bern/Köln 1985.
- BECK, ULRICH: Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, Frankfurt 1988.
- BENDEL, FELIX: Gewässerschutz, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973.
- BINSWANGER, HANS CHRISTOPH: Verursacherprinzip und Umweltschutz, in: Jahrbuch für Umweltschutz (1973) p. 31 ss.
- BONASSIES, PIERRE: La responsabilité pour pollution en droit maritime in: Droit de l'environnement marin, Paris 1988.
- BONUS, HOLGER: Sinn und Unsinn des Verursachungsprinzips, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 130/1974, p. 156 ss.
- Marktwirtschaftliche Konzepte im Umweltschutz: Auswertung amerikanischer Erfahrungen im Auftrag des Landes Baden-Württemberg, in: Agrar- und Umweltforschung in Baden-Württemberg, Bd 5, Stuttgart 1984.
- BRAUCHLIN, EMIL: Unternehmung und Umweltschutz, in: Umweltschutz und Wirtschaftswachstum, 1. Symposium für wirtschaftliche und rechtliche Fragen des Umweltschutzes an der Hochschule St. Gallen (19. bis 21. Oktober 1971), Frauenfeld/Stuttgart 1972, p. 157 ss.
- BRAUNSCHWEIG, ARTHUR: Die ökologische Buchhaltung als Instrument der städtischen Umweltpolitik, St. Gallen 1988.
- BULLINGER, MARTIN: Rechtsfragen des Verursacherprinzips beim Umweltschutz, in: Das Verursacherprinzip und seine Instrumente, Beiträge zur Umweltgestaltung A 24, Berlin 1974, p. 69 ss.
- CANSIER, DIETER: Steuer und Umwelt, Zur Effizienz von Emissionsabgaben, Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd 134 (1983) p. 765 ss.
- CERUTTI, HERBERT: Statt Umweltschutz nur Menschenschutz – Überzeugendes und Ungereimtes der japanischen Umweltpolitik, in: NZZ 29. 6. 1988.
- COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT: Notre avenir à tous, Montréal 1988.
- CONSEIL INTERNATIONAL DE LA LANGUE FRANÇAISE: Vocabulaire de l'environnement, Paris 1976.
- DESCHENAUX, PAUL: Normes et causalité en responsabilité civile, in: Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975, p. 426 ss.
- DESCHENAUX, PAUL/TERCIER, PIERRE: La responsabilité civile, Berne 1975.
- DIRIWÄCHTER, HANS: Die Zuständigkeit zur Erhebung und Regelung von Lenkungsabgaben, Bern/Stuttgart 1980.
- DUREN, JEAN: Le Pollueur-Payeur, L'application et l'avenir du principe, in: Revue du Marché Commun 1987, p. 144 ss.

- DÜRR, DAVID: Die Ur-Sachen des Verursachungsprinzips, in: WuR 38/1986, p. 51 ss.
- DUERST, PETER: Der Umweltschutz als gesetzgeberisches Problem in: NZZ 10./11.9.1977, p. 35.
- EUROPÄISCHE GEMEINSCHAFTEN, Beratende Versammlung zur Vertretung von Wirtschaft und Gesellschaft: Europäische Umweltpolitik – Luft, Wasser, Abfallwirtschaft, Bruxelles 1987.
- EWRINGMAN, DIETER/SCHAFHAUSEN, FRANZ JOSEF: Abgaben als ökonomischer Hebel in der Umweltpolitik: ein Vergleich von 75 praktizierten oder erwogenen Abgabelösungen im In- und Ausland, Berlin 1985.
- FAHRNI, HANS-PETER: Die technische Abfallverordnung als Umsetzung des Leitbildes für die schweizerische Abfallwirtschaft, DEP 1988 p. 199 ss.
- FINDLEY, ROGER/JÜRGENSMEIER, JULIAN: La législation sur les pesticides aux Etats-Unis, RJE 1987, p. 179.
- FLEINER, THOMAS: Die Aufgaben des Rechts auf dem Gebiete des Umweltschutzes, Verwaltungsrechtliches Kolloquium für Bundesbeamte, 10.–12. April 1973, p. 53 ss (polycopié).
- Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, WuR 27/1975, p. 201 ss.
- FREIBURGHaus, EDUARD: Geltendes Bundesrecht der Abfallentsorgung, DEP 1988, p. 104 ss.
- FREY, BRUNO: Instrumente der Umweltschutzpolitik, in: Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaften, Bd 1981, p. 191 ss.
- FREY, RENÉ L.: Lenkungs- und Kausalabgaben in der Finanzwissenschaft, ZBl 78 (1977), p. 49.
- FREY, RENÉ L./HAMMEL, PHILIPP: Marktwirtschaftliche Lösungen in der Schweiz, in: NZZ Nr. 214, 16. 9. 1987.
- GASSMANN-BURDIN, ROCHUS: Energiehaftung – Ein Beitrag zur Theorie der Gefährdungshaftung, Zürich 1988.
- GAUCH, PETER/AEPLI, VIKTOR/CASANOVA, HUGO: OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1989.
- GILLIARD, FRANÇOIS: Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS 1967 II 193 ss.
- GRISEL, ANDRÉ: Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984.
- GROTHE-SENF, ANJA: Umweltverträglichkeitsprüfung im Warentest, Bern/Frankfurt am Main 1989.
- GUINCHARD, SERGE: La réparation et l'assurance des dommages provenant d'accidents nucléaires liés au fonctionnement des centrales nucléaires, in: Les centrales nucléaires et l'environnement, Paris 1982.
- HAERING, BARBARA: Fakten und Gedanken zur Abfallproblematik, DEP 1988, p. 93 ss.
- HALBRITTER, GÜNTER: Abgabenprinzip und Bewertungsproblematik, in: Zur Problematik des Verursacherprinzips, Beiträge zur Umweltgestaltung A 7, Berlin 1972, p. 36 ss.
- HEINE, GÜNTER: Umweltschutzrecht in der Schweiz, in: Umwelt- und Planungsrecht 5/1985, p. 345 ss.
- HERMITTE, MARIE-ANGE: Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature, in: L'homme, la nature et le droit, Paris 1988.
- HÖHN, ERNST: Zum Problem der Verfassungsmäßigkeit von Lenkungsabgaben des Bundes, in: Wandlungen in Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für W.A. Jöhr, Tübingen 1980, p. 85 ss.

- HOPPE, WERNER: Die wirtschaftliche Vertretbarkeit im Umweltschutzrecht, Eine Bestandesaufnahme in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Köln 1984.
- JAGMETTI, RICCARDO: Der Schutz der Umwelt durch die Rechtsordnung, in: Schutz unseres Lebensraumes, Symposium an der ETH in Zürich, 10.–12. November 1970, Frauenfeld 1971, p. 457 ss.
- JANSEN, PETER: Was können Systemanalysen zur praktischen Verwirklichung von Umweltschutz beitragen? in: Zur Problematik des Verursacherprinzips, Beiträge zur Umweltgestaltung A 7, Berlin 1972, p. 15 ss.
- JUNGO, PIERRE-ANDRÉ: Die Umweltverträglichkeitsprüfung als neues Institut des Verwaltungsrechts, Fribourg 1987.
- KAPP, K. WILLIAM: Volkswirtschaftliche Kosten der Privatwirtschaft, Tübingen/Zürich 1958.
- KELLER, ALFRED: Haftpflicht und Versicherung in der Wertordnung des technischen Zeitalters, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Zürich 1969.
- Die Haftung für Umweltschädigungen, *Revue suisse des assurances* 1975/76, p. 129.
 - Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1979.
- KLOEPFER, MICHAEL: Europäischer Umweltschutz ohne Kompetenz? in: Umwelt- und Planungsrecht 6/1986, p. 321 ss.
- KÖLZ, ALFRED/MÜLLER, HANS-ULRICH (Hrsg.): Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 1985.
- KOTHE, PETER: Einführung ökonomischer Instrumente in die Luftreinhaltepolitik, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1985, p. 145 ss.
- KRENGER, HANS: Zivilrechtliche Haftung und öffentlich-rechtliche Kostenaufgabe im Bereich des Umweltschutzes, in: DEP 1988, p. 190 ss.
- KÜCHLER, REMIGIUS: Haftpflichtrecht, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, p. 430 ss.
- LEIMBACHER, JÖRG: Die Rechte der Natur, Basel 1988.
- LEU, ROBERT E./FREY RENÉ L.: Mehr Umweltschutz mit geringeren Kosten, Marktwirtschaftlich orientierte Umweltpolitik, in: NZZ 4./5.10.1986, p. 17 ss.
- LEVIN, MICHAEL H.: Schaffung von Anreizen zur Luftreinhaltung – Das amerikanische System des Schadstoffhandels, in: NZZ 16.9.1987.
- LORENZ-WIEGAND, IRÈNE: Haftung aus Gewässerverunreinigung, Zürich 1976.
- LUTZENBERGER, JOSÉ: Récoltes et pesticides, le poison est-il la réponse? RJE 1987, p. 133 et ss.
- MARTIN, GILLES: L'indemnisation des dommages écologiques, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, Paris OCDE 1981.
- La réparation du préjudice écologique, in: Droit de l'environnement marin, Paris 1988.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR: Privatrechtlicher Umweltschutz, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, p. 406 ss.
- Technische Entwicklung und Fortbildung des privatrechtlichen Immissionsschutzes, Festschrift zum Zentenarium des Schweizerischen Juristenvereins 1861–1961, p. 35 et ss.
 - Berner Kommentar, Bd IV, Bern 1965/1975.
- MERZ, HANS: Fluglärmbekämpfung in der Praxis. Der Flughafen Bern-Belp, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Otfinger, Zürich 1969.

- MINSCH, JÜRIG: Ursache und Verursacherprinzip im Umweltbereich, St. Gallen 1988.
- MÜLLER, WALTER: Ansprüche aus Fluglärmimmissionen in der Umgebung von Flughäfen in der Schweiz, Bern 1971.
- MÜLLER-STAHLE, HANS-ULRICH: Ist die Wirtschaft umweltfeindlich? in: NZZ 2.4.1981, p. 33.
- Ziele und Methoden des rechtlichen Umweltschutzes auf lange Sicht, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, p. 532 ss.
- MÜLLER-WENK, RUEDI: Die ökologische Buchhaltung, Frankfurt 1978.
- OBERHAUSER, ALOIS: Abgrenzung des Verursacherprinzips und seine Einordnung in die Umweltpolitik, in: Das Verursacherprinzip und seine Instrumente, Beiträge zur Umweltgestaltung A 24, Berlin 1974, p. 27 ss.
- Gesamtwirtschaftliche Wirkungen der Anwendung des Verursacherprinzips, in: Das Verursacherprinzip und seine Instrumente, Beiträge zur Umweltgestaltung A 24, Berlin 1974, p. 51 ss.
- OCDE: Le principe pollueur-payeur, Paris 1975.
- Pollution Charges in Practice, Paris 1980.
 - Transfrontier Pollution and the Role of States, Paris 1981.
 - Les incidences macro-économiques des dépenses d'environnement, Paris 1985.
 - OCDE and the Environment, Paris 1986.
- OFTINGER, KARL: Les armes juridiques dans la lutte contre le bruit, JT 1960, p. 469 ss.
- Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, SJZ 1972, p. 100 ss.
- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd II/1, Zürich 1987, Bd II/2, Zürich 1989.
- PAUL, JOACHIM: Zur politischen Durchsetzungsfähigkeit einer ökologisch orientierten Marktwirtschaft, eine Analyse aus ökonomischer Sicht, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, St. Gallen 1985, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986.
- PETITPIERRE, GILLES: La responsabilité du fait des produits, Genève 1974.
- PILLET, GONZAGUE/ODUM, HOWARD: Energie, écologie, économie, Genève 1987.
- PONTAVICE, EMMANUEL DU/CORDIER, PATRICIA: L'indemnisation des dommages dits indirects en matière de pollution, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, Paris OCDE 1981.
- PRIEUR, MICHEL: Droit de l'environnement, Paris 1984.
- RAUSCH, HERIBERT: Technologie und Gesetzgebung, ZSR 1971 I 92.
- Das geltende Umweltschutzrecht, in: NZZ 13.1.1972, p. 15; 17.1.1972, p. 9; 19.1.1972, p. 15.
 - Die Umweltschutzgesetzgebung, Aufgabe, geltendes Recht und Konzepte, Zürich 1977.
 - Erfüllt das neue Umweltschutzgesetz den Verfassungsauftrag? in: Schweizerische Technische Zeitschrift 1978, p. 777.
 - Schweizerisches Atomenergierecht, Zürich 1980.
- REHBINDER, ECKHARD: Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, Beiträge zur Umweltgestaltung A 15, Berlin 1973.
- Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikalien), in: Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 1982.
 - Allgemeines Umweltrecht, in: Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 1982.
- RÉMOND-GOUILLOU, MARTINE: Ressources naturelles et choses sans maître, in: L'homme, la nature et le droit, Paris 1988.

- Les fonds d'indemnisation (collectivisation du risque), in: *Droit de l'environnement marin*, Paris 1988.
- ROUILLER, CLAUDE: L'exécution anticipée d'une obligation par équivalent, in : *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983.
- RÜST, PAUL: Umweltschutzrecht, in: *Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel 1984, p. 709.
- SAX, JOSEPH: Le petit poisson contre le grand barrage devant la Cour suprême des Etats-Unis, *RJE* 1978, p. 368 ss.
- SCHERRER, HANS-ULRICH: Kausalabgaben auf Umweltbelastungen – eine brauchbare Lösung? in: *NZZ* 9. 5. 1975.
- SCHOTTELIUS, DIETER: Das Verursacherprinzip – Irrungen Wirrungen, in: *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung*, Festgabe zum 70. Geburtstag von H. Weitnauer, Berlin 1980.
- SCHWAGER, STEFAN/KNOEPFEL, PETER/WEIDNER, HELMUT: *Umweltrecht Schweiz-EG*, Basel/Frankfurt am Main 1988.
- SIEBERT, HORST: *Analyse der Instrumente der Umweltpolitik*, Göttingen 1976.
- SPILLMANN, WERNER: Das Umweltschutzgesetz – kritisch betrachtet, in: *Schweizerische Technische Zeitschrift* 1978, p. 771 ss.
- STADLER, THOMAS: Die wirtschaftliche Tragbarkeit im Umweltschutzgesetz – Ein Beitrag zur Klärung des Begriffs aus ökonomischer Sicht, *Mitteilungsblatt für Konjunkturfragen* 4/1986.
- STARK, EMIL W.: Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, *RDS* 1967 II 1 ss.
- Umweltrecht und Versicherung, in: *Schweizerisches Umweltschutzrecht*, Zürich 1973.
- *Außerververtragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988.
- STEINAUER, PAUL-HENRI: Le droit au soleil, in: *L'homme dans son environnement*, Fribourg 1980.
- TERCIER, PIERRE: Constructions et protection contre les nuisances, in: *L'homme dans son environnement*, Fribourg 1980.
- THIEM, VOLKER: Fonds d'indemnisation des dommages causés à l'environnement, in: *Indemnisation des dommages dus à la pollution*, Paris OCDE 1981.
- THÜRER, DANIEL: Das Störerprinzip im Polizeirecht, *RDS* 1983 I 463 ss.
- TOBLER, PETER: Abfallversorgung aus der Sicht eines Industriebetriebs, *DEP* 1988, p. 143 ss.
- ULLMANN, ARIEL A.: Mehr Markt im Umweltschutz, in: *NZZ* 16. 9. 1987.
- VALLENDER, KLAUS: Lenkungsabgaben als Instrument des Umweltschutzrechts, *DEP* 1988, p. 67 ss.
- VOIGT, RÜDIGER: Das Verursacherprinzip im Umweltrecht, in: *Wirtschaft und Verwaltung* (polycopié).
- WEIDNER, HELMUT: Umkehr der Beweislast bei Umweltschäden, in: *NZZ* 16. 9. 87.
- WIEDMER, PIERRE: Gefahren des Gefahrensatzes, *RSJB* 1970, p. 289 ss.
- Zur Problematik einer reinen Verursacherhaftung im Entwurf eines Bundesgesetzes über den Umweltschutz, Bern 1973 (polycopié).
- Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, *RSJB* 1974, p. 289 ss.
- Braucht die Schweiz eine Produkthaftung? in: *Rechtsentwicklung in der Produkthaftung*, Wien 1981.
- YUNG, WALTER: Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, in: *Etudes et articles*, Genève 1971.

I. Introduction

1. Généralités

Le principe pollueur-payeur¹ est l'un des fondements de la plupart des réglementations en matière de protection de l'environnement. Il a pour but de faire supporter à son auteur la charge des mesures tendant à éviter une atteinte à l'environnement ou à supprimer les conséquences nuisibles qui résultent d'une telle atteinte.

On définit généralement comme pollution aussi bien l'introduction d'un polluant dans un milieu déterminé que le résultat de cette action². Cette définition couvre un champ extrêmement large et vise un nombre de situations très diverses. En effet, toute substance susceptible de provoquer une altération de l'environnement peut être un polluant³. Quant au milieu visé, l'*environnement*, il s'agit d'un élément complexe⁴ regroupant à la fois tous les éléments nécessaires à la vie humaine, animale et végétale et les mécanismes qui assurent l'interaction de ces éléments⁵. Cette complexité rend difficile l'appréciation, en particulier l'appréciation à moyen et long terme, de l'impact des

¹ On parle également de «principe de causalité»: Message du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement du 31 octobre 1979, p. 31.

² Conseil international de la langue française, Vocabulaire de l'environnement, Paris 1976, ad «Pollution»; toujours selon le même ouvrage, on définit un «polluant» comme un «altéragène (substance provoquant une altération de l'environnement) physique, chimique ou biologique qui provoque une gêne ou une nuisance.»

³ Ibid., ad «Polluant» et «Altéragène».

⁴ Voir notamment MÜLLER-STAHEL, Ziele und Methoden des rechtlichen Umweltschutzes auf lange Sicht; in: SUR, Zürich 1973, p. 532.

⁵ Ibid., p. 532–533; RAUSCH, Die Umweltschutzgesetzgebung, Zürich 1977, p. 12 et ss; PRIEUR, Droit de l'environnement, Paris 1984, p. 1–2; art. 1 LPE; Kommentar zum Umweltschutzgesetz, RAUSCH, ad art. 1, N. 8 et ss, p. 4 et ss.

activités humaines sur l'environnement⁶. Elle a pour conséquence une dilution des rapports de causalité: d'une part l'activité humaine a pratiquement toujours un impact sur l'environnement mais cet impact n'est pas toujours directement perceptible et peut varier en fonction de facteurs multiples (dont la présence d'autres activités humaines, mais également les divers états de l'environnement affecté), d'autre part, l'écoulement du temps et l'intervention de facteurs naturels ou artificiels multiplient les effets concomitants.

La nature des atteintes est également diversifiée et les biens affectés sont de nature variée. C'est ainsi que les atteintes peuvent aller de la *destruction pure et simple* d'un élément de l'environnement (utilisation de ressources naturelles, remplacement d'un biotope par un autre, extermination d'une espèce avec ses potentialités)⁷ à l'*altération de qualités purement immatérielles* (valeur esthétique d'un paysage, par exemple), en passant par les diverses formes de *modification de l'équilibre naturel*⁸ qui constituent le quotidien de l'activité polluante. De même, les *biens* directement, mais surtout indirectement, affectés sont multiples: la *santé humaine et animale* y compris l'équilibre psychique (par le bruit ou la modification du paysage), les *biens* et les *possibilités de gain* de certains individus, les *biens* et les *valeurs collectives* qu'ils soient propriété publique, res nullius ou valeurs immatérielles⁹. Enfin, le moment de

⁶ MÜLLER-STAEHEL, SUR, p.533: «Die Komplexität der Umwelt und das darauf beruhende Unvermögen, die qualitätsbildenden Faktoren zu erkennen und die Umweltqualität zu bewerten, erschwert die Aufgabe, die darin besteht, die Einflüsse des Menschen auf die natürlichen Lebensgrundlagen zu ordnen».

⁷ Sur les divers types de destruction et d'appauvrissement des biotopes qui vont de la «bonification» des zones humides à la désertification du Sahel, voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour l'environnement et le développement: Notre avenir à tous, ed. du Fleuve, Montréal 1988, p. 31 et ss; voir ég. sur la perte représentée par la destruction des espèces animales et végétales, ibid., p. 177 et ss, ainsi que l'article paru dans Time Magazine, le 2 janvier 1989, Planet of the Year, p. 20-23.

⁸ Par exemple, la modification des propriétés physiques, chimiques ou biologiques de l'eau (y compris ses variations de température) qui constitue la définition de la pollution selon la loi sur la protection des eaux; ou les atteintes à la fertilité du sol qui n'en modifient pas visiblement les qualités; ou encore, le remplacement de diverses espèces forestières par une seule, dans un but d'exploitation plus rapide.

⁹ Sur ces notions et leur portée, voir en particulier RÉMOND-GUILLOUD, Ressources naturelles et choses sans maître, Recueil Dalloz 1985, chr. p. 27 et ss, texte repris in: L'homme, la nature et le droit, Paris 1988.

l'altération de l'environnement peut également varier dans une large proportion: atteinte immédiate avec apparition d'un «dommage»¹⁰ ou mise en marche d'un processus de destruction future¹¹. On gardera donc à l'esprit que la notion de pollution ne vise pas uniquement, comme l'usage courant du mot le laisse parfois supposer, l'*émission accidentelle* d'une substance de nature à altérer l'environnement ou la *production de déchets nuisibles* (qu'ils soient liquides, solides ou gazeux). L'atteinte à l'environnement peut résulter d'un processus constant, voulu et même expressément autorisé par une autorité¹². Elle peut être aussi bien inhérente à une activité¹³ que son sous-produit inévitable¹⁴.

De ces multiples éléments de complexité, on retiendra ici ceux qui ont une incidence plus marquée sur l'analyse juridique des problèmes de protection de l'environnement. Trois caractéristiques, en particulier qui découlent directement de la complexité des mécanismes de l'environnement, vont jouer un rôle important dans la définition du principe pollueur-payeur:

- a) tout d'abord, l'éloignement dans l'espace et dans le temps de l'activité qui est à l'origine de la pollution et de ses effets constatés;
- b) ensuite, le caractère diffus du bien lésé, ou, du moins, le caractère essentiellement collectif du bien «environnement» et sa nature difficilement appropriable;
- c) enfin, les nombreux problèmes liés à la pluralité des causes et à l'insuffisance des connaissances scientifiques et techniques¹⁵.

¹⁰ On verra ci-dessous (chap. III, 2), b), p. 497) l'importance de la définition du dommage pour l'application des règles de la responsabilité ordinaire au pollueur.

¹¹ Ni l'épuisement progressif des ressources naturelles (encore moins la disparition de potentialités, comme des substances chimiques encore inconnues), ni la détérioration de la qualité des eaux ou du sol ne constituent des dommages immédiatement déterminables.

¹² Tel est le cas pour presque toutes les formes d'exploitation des ressources naturelles, pour l'exercice des activités industrielles, mais également pour la mise sur le marché de produits soumis à homologation.

¹³ Tel est le cas, par exemple, pour l'urbanisation d'une zone.

¹⁴ L'exemple le plus connu est la pollution de l'air par l'utilisation d'énergies fossiles.

¹⁵ Voir ci-dessous (chap. III, 2), b), p. 506.

2. *Les fondements économiques du principe pollueur-payeur*

Le principe pollueur-payeur est l'expression juridique d'un instrument économique d'internalisation des coûts sociaux ¹⁶. Il repose sur la constatation que les coûts de production des biens ne coïncident pas entièrement avec les coûts économiques globaux résultant de la production ou de l'usage de ces biens. L'«appropriation» de l'environnement par l'activité économique est très largement considérée comme gratuite ¹⁷. «Traditionnellement, l'économie ne s'intéresse pas à un environnement défini au sens d'un bien abondant ou d'une ressource libre. Par contre, dès que des éléments de cet environnement deviennent rares, et cela en principe à la fois au sens économique et éco-énergétique du terme, une partie de l'environnement entre dans la sphère économique» ¹⁸. Encore faut-il que cette rareté s'accompagne d'une utilité particulière et que le bien puisse faire l'objet d'une appropriation pour qu'on lui attribue un prix, l'intégrant ainsi au monde économique ¹⁹. L'environnement ne présente pas toujours ces caractéristiques, en particulier celle d'être susceptible d'appropriation (on songera à l'air pur). Aussi, l'intégration dans la théorie des prix du coût des atteintes portées à l'environnement a-t-elle donné lieu à un certain nombre de tentatives de réduction des éléments de l'environnement aux catégories prises en compte par l'économie ²⁰. Tel est le cas en particulier des efforts tendant à la création d'une comptabilité écologique ²¹.

Manifestement, si l'«appropriation» de l'environnement est

¹⁶ De façon plus générale on parle des «effets externes» d'une activité économique; voir: Le principe pollueur-payeur, Définition, analyse, mise en œuvre, Publication de l'OCDE, Paris 1975, p. 21; VALLENDER, Lenkungsabgaben als Instrumente des Umweltschutzrechts, DEP 1988, p. 69; JUNGO, Die Umweltverträglichkeitsprüfung als neues Institut des Verwaltungsrechts, Fribourg 1987, p. 12; RAUSCH, op. cit., p. 225; MÜLLER-STAHEL, SUR, p. 539.

¹⁷ OCDE, p. 21 et ss; JUNGO, op. cit., p. 12.

¹⁸ PILLET/ODUM, Energie, écologie, économie, Genève 1987, p. 160; ég. ibid. p. 174.

¹⁹ OCDE, p. 20–21; BRAUNSCHWEIG, Die ökologische Buchhaltung als Instrument der Städtischen Umweltpolitik, St. Gallen 1988, p. 33 et ss.

²⁰ «Die knappen Güter, welche wie erwähnt nach Walras den gesellschaftlichen Reichtum ausmachen, sind durch drei Eigenschaften ausgezeichnet: sie alle sind in Eigentum, wertvoll und tauschbar, und industriell herstellbar oder vermehrbar»: ibid., p. 33; voir ég. les efforts d'intégration de la nature dans la théorie néo-classique des prix, p. 35 et ss.

²¹ Ibid., p. 51 et ss; ég. MÜLLER-WENK, Die ökologische Buchhaltung, Frankfurt am Main 1978.

difficile à intégrer dans les théories économiques classiques, l'existence d'un «coût» de la destruction de l'environnement, est quant à elle, facile à comprendre. Lorsque l'«appropriation» de l'environnement cause des dégâts concrets et tangibles, ce coût peut être chiffré²². Encore faut-il qu'il se trouve quelqu'un pour avoir subi le dommage et en réclamer l'indemnisation (c'est-à-dire pour s'«approprier» le bien naturel en question)²³ pour que ces dégâts puissent être intégrés dans une quelconque comptabilité.

C'est cette prise en compte que le principe pollueur-payeur devrait permettre à travers un instrument économique conforme aux lois du marché. En rabattant les coûts résultant des atteintes à l'environnement dans la sphère d'un auteur particulier, à qui ces atteintes sont attribuées, on amène celui-ci à les intégrer dans son calcul économique. Ainsi, ces coûts cessent d'être supportés de manière diffuse par ceux qui ont besoin de l'élément pollué (la collectivité ou une partie d'entre elle) qui retirent de ce fait cette «subvention»²⁴ au pollueur. Celui-ci doit alors agir selon les lois du marché et sera amené à prendre des mesures en vue de minimiser ses coûts. Il fera de l'environnement un usage économique comme de tous les autres moyens de production²⁵.

La méthode utilisée ne permet naturellement pas d'intégrer tous les coûts, encore moins les inconvénients de nature morale ou immatérielle, non chiffrables, qui résultent des atteintes à

²² Tel est le cas pour les accidents écologiques dont certains ont des effets comparables à des catastrophes naturelles (Schweizerische Handelszeitung du 17 mars 1988 p. 7, ou l'accident dit «de Schweizerhalle»); mais les coûts sont également calculables pour des pollutions plus diffuses: voir notamment l'étude réalisée par BASLER ET PARTNER, Zürich, octobre 1986, sur les conséquences économiques du dépérissement des forêts.

²³ OCDE, p. 50; BRAUNSCHWEIG, op. cit., p. 38, 39 et ss, 49; pour un exemple caractéristique de ce problème, voir l'ATF 90 II 417 dans lequel toute indemnité a été refusée aux cantons riverains d'une rivière polluée: «Peu importe que la faune piscicole soit une richesse latente, comme l'affirment les demandeurs. Pour qu'une atteinte à cette richesse crée un dommage proprement dit, il faut qu'elle se traduise par une diminution du patrimoine. Or, à défaut de violation d'un droit de propriété et en l'absence d'un manque à gagner, le patrimoine des demandeurs ne s'est pas réduit à concurrence de la contre-valeur des poissons détruits.» (p. 425).

²⁴ Sur cet aspect du problème voir OCDE, p. 39 à 42, 49.

²⁵ Sur ce mécanisme, voir BINSWANGER, Verursacherprinzip und Umweltschutz, Jahrbuch für Umweltschutz 1973, p. 31 et ss; OCDE, p. 39 et ss; MÜLLER-STAHEL, SUR, p. 569 et ss; RAUSCH, op cit., p. 225 et ss; REHBINDER, Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, Berlin 1973, p. 51 et ss.

l'environnement ²⁶. Elle suppose tout d'abord que les atteintes en question puissent être rattachées à un «émetteur» déterminé et qu'elles soient mesurables d'une façon ou d'une autre. Elles doivent ensuite pouvoir être «payées» soit par le calcul des coûts d'*élimination* des conséquences fâcheuses de l'émission nuisible, soit par la mise à la charge de l'émetteur de mesures techniques destinées à *prévenir* l'émission ²⁷. La meilleure combinaison de ces deux systèmes peut être déterminée par un calcul économique classique qui révèle immédiatement les limites du principe dans l'optique de la sauvegarde de l'environnement: l'élimination à 100 % de l'atteinte entraîne le plus souvent des coûts économiquement insupportables (voire illimités) et sera donc toujours écartée au profit d'un raisonnable compromis d'une propreté toute relative ²⁸.

Si l'on appliquait strictement le principe pollueur-payeur, on devrait faire supporter aux divers pollueurs l'ensemble des coûts de la lutte anti-pollution au prorata de leur responsabilité. Or ceux-ci incluent des coûts administratifs, le coût des structures de mesure et de contrôle, le coût de la recherche en cette matière, un ensemble de coûts qui, de fait, restent presque toujours à charge de la collectivité ²⁹. La détermination exacte des charges qui peuvent être imputées au pollueur pose donc une limite supplémentaire à l'efficacité du principe.

Des difficultés résultent également de la nécessité d'identifier les sources de pollution (l'émetteur), compte tenu notamment des effets d'accumulation et de combinaison des atteintes, de l'existence de seuils et de synergies ³⁰. Malgré toutes ces limites (certains seront tentés de dire «à cause» de ces limites) le principe demeure le principal instrument d'internalisation des coûts en matière de protection de l'environnement et le seul qui soit d'un usage quasi-universel ³¹.

²⁶ Voir notamment BINSWANGER, JUS 1973, p. 33 et ss; pour une comparaison avec le contrôle quantitatif direct, OCDE, p. 55 et ss; ég. REHBINDER, op. cit., p. 21 et ss qui insiste sur le fait que les coûts sociaux ne comprennent pas la totalité des dommages à l'environnement et qu'aucun automatisme ne permet l'intégration totale de la sauvegarde de l'environnement.

²⁷ BINSWANGER, JUS 1973, p. 31.

²⁸ Ibid., et p. 36; sur le «niveau optimal de pollution»: OCDE, p. 45 et ss; ég. MÜLLER-STAHLE, SUR, p. 551.

²⁹ OCDE, p. 25.

³⁰ Ibid., p. 24; BINSWANGER, JUS 1973, p. 33-34.

³¹ Il répond non seulement à un critère d'efficacité, mais également à des considérations d'équité: OCDE, p. 23, 36; sur son importance dans ce sens, voir ég. REHBINDER, Allgemeines Umweltrecht, in: Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 1982, p. 95 et ss.

3. *La traduction juridique du principe pollueur-payeur*

L'article 2 LPE pose comme principe que «celui qui est à l'origine d'une mesure prescrite par la présente loi doit en supporter les frais». Les mesures en question sont évidemment celles destinées à lutter contre les atteintes à l'environnement conformément au but défini par l'article 1 LPE, soit la protection des hommes, des animaux et des plantes, de leur biocénose et de leurs biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodantes ainsi que la conservation de la fertilité du sol. Cette définition du principe pollueur-payeur³² correspond à une conception tout à fait «classique», mais délibérément limitée³³. Elle se réfère à des coûts auparavant supportés par la collectivité afin de supprimer, soit les effets, soit les sources de pollution, coûts que l'on estime justifiés de faire assumer désormais par le pollueur. Il s'agit, en gros de trois catégories de coûts³⁴: ceux des mesures de *prévention de la pollution* (Vermeidungskosten), ceux de *réparation des conséquences de la pollution* (Beseitigungskosten) et, dans certains cas, ceux résultant de la nécessité de *compenser les inconvénients permanents et inévitables* résultant de la pollution (Duldungskosten). Les instruments juridiques qui permettent de faire passer ces coûts de la collectivité au pollueur sont généralement de nature administrative.

C'est l'intervention de l'Etat qui permet d'imposer au pollueur l'internalisation des coûts sociaux que son activité suscite. Cette intervention peut revêtir différentes formes:

- a) perception d'une *taxe ou d'une redevance publique* présumée incitative³⁵;

³² Dit aussi «principe de causalité»: Message du Conseil fédéral du 31 octobre 1979, p. 31.

³³ Message, p. 31; sur le caractère limité de cette conception, voir PRIEUR, op. cit., p. 171; ég. REHBINDER, op. cit., p. 28; au nombre de ces limites en droit suisse, on compte celles qui résultent du principe de la proportionnalité qui contribuent à définir le niveau optimum de pollution; sur la controverse relative à l'application de ce principe (d'ailleurs incontesté) voir le Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil National 1982, p. 332 et ss, Conseil des Etats 1983, p. 254 et ss; sur sa portée, voir SCHRADE, Kommentar LPE, ad art. 11, N 29 et ss, p. 18 et ss.

³⁴ RAUSCH, op. cit., p. 225 et ss, 227–8.

³⁵ Les taxes d'incitation sont des prélèvements fiscaux qui ne sont pas perçus en premier lieu pour leur rendement, mais pour influencer le comportement du contribuable: VALLENDER, DEP 1988, p. 68; «La redevance consiste à faire payer au pollueur un montant proportionnel à la quantité de pollution rejetée...»: OCDE, p. 31; voir ég. MÜLLER-STAEHEL, SUR, p. 565.

- b) *mesures d'incitation directe* (subventions, allègements fiscaux, etc.)³⁶;
- c) octroi de «*droits de pollution*» négociables³⁷;
- d) *exécution par équivalent* des mesures de protection de l'environnement³⁸.

La *taxe ou redevance d'incitation* est souvent présentée comme le moyen le plus simple et le plus équitable d'internaliser les coûts³⁹. Elle est parfois critiquée comme une contrepartie non avouée d'une concession perpétuelle de polluer.

Les *incitations directes par subventions ou allègements fiscaux* ont mauvaise presse surtout pour des motifs d'équité. Elles sont en outre généralement considérées comme peu efficaces dans ce domaine⁴⁰. Aussi n'est-il pas nécessaire de les examiner davantage dans ce contexte.

Les «*droits de pollution négociables*» jouissent du prestige exotique des institutions américaines mais n'ont pas été systématisés en dehors des Etats-Unis. Ils supposent la fixation préalable de normes de pollution limites pour une région et l'octroi d'autorisations administratives négociables à l'intérieur de ces limites. Leur condition préalable est que le marché soit compétitif, que l'information soit disponible pour tous les acteurs économiques et que ceux-ci soient identifiables⁴¹.

³⁶ OCDE, p. 42; é.g. MÜLLER-STAHLE, SUR, p. 567; certains auteurs ne les comptent pas au nombre des mesures découlant du principe pollueur-payeur: REHBINDER, op. cit., p. 40; DUREN, Le pollueur-payeur, Revue du Marché Commun 1987, p. 145 et ss.

³⁷ OCDE, p. 45.

³⁸ Sur la portée de cette institution pour la protection de l'environnement: KRENGER, Zivilrechtliche Haftung und öffentlich-rechtliche Kostenaufgabe im Bereich des Umweltschutzes, DEP 1988, p. 190 et ss; sur les problèmes qu'elle suscite, ROUILLER, L'exécution anticipée d'une obligation par équivalent, Mélanges Grisel, p. 591 et ss.

³⁹ OCDE, p. 31 et ss; l'hostilité virulente à laquelle elle se heurte parfois pourrait être un indice de son efficacité; sur les motifs pour lesquels on y a renoncé lors de l'élaboration de la LPE, voir Message, p. 27-8; é.g. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil National 1982, p. 342; pour plus de détails, voir le rapport de langue allemande chap. 2.1.1. et 3.6.

⁴⁰ Pour un examen détaillé voir OCDE, p. 28 et ss; é.g. rapport de langue allemande chap. 3.7.

⁴¹ OCDE, p. 30 et ss; à ces conditions on peut envisager, par divers systèmes, la création de certificats ou «droits de polluer» que les entreprises concernées pourraient acheter ou vendre librement dans le cadre d'une «bourse des droits de pollution». Diverses techniques furent successivement développées aux Etats-Unis jusqu'à la politique dite des «bulles» (Bubble Policy)

L'exécution par équivalent bénéficie d'un certain respect en Suisse depuis son introduction dans la loi sur la protection des eaux⁴². Elle a trouvé une place modeste dans la LPE à l'article 59⁴³. A la différence des redevances et des droits de pollution négociables qui supposent la fixation de montants forfaitaires, elle permet d'imputer à un pollueur déterminé la totalité des coûts qu'il occasionne⁴⁴.

Toutes ces institutions «classiques» qui constituent les moyens les plus usuels d'appliquer le principe pollueur-payeur se distinguent par leur nature administrative d'une réglementation de la *responsabilité du pollueur*. Il est ainsi clair que le principe posé par l'article 2 LPE n'est pas le fondement d'une responsabilité civile⁴⁵. Toutefois, le pollueur auquel s'adresse la loi est également celui qui est susceptible d'encourir une telle responsabilité. C'est ainsi que le «pollueur» se définit soit par une *activité* le plus souvent l'exploitation d'une entreprise, qualifiée ou non de dangereuse, ou la mise en circulation de produits, mais aussi leur utilisation) soit par une *situation* particulière (généralement celle de propriétaire d'une installation, d'un fonds, voire d'un véhicule, ou de titulaire d'une autorisation)⁴⁶. De même, l'exécution par équivalent a toujours lieu aux frais d'un «perturbateur» qui, soit «par comportement», c'est-à-dire par ses actes ou ses omissions, provoque un événement contraire à l'ordre public, soit «par situation» est tenu de remettre une chose dans un état conforme au droit, en vertu des liens

admise par l'Agence de protection de l'environnement dès 1979 (voir notamment EPA, Report of the Bubble Concept Task Force, Washington 1978; EPA, Materials on the Bubble Policy and its Use with Emission Reduction Banking, Washington 1981; é.g. LIROFF, Reforming Air Pollution Regulation: the Toil and Trouble of EPA's Bubble, The Conservation Foundation, Washington 1986): les «bulles» constituent l'unité géographique à l'intérieur de laquelle les droits sont négociables. Le canton de Bâle Campagne a envisagé un système analogue dans le cadre de son projet de loi sur la protection de l'environnement: Tages-Anzeiger du 22 février 1989, p. 7; rapport de langue allemande, chap. 2-3.

⁴² KRENGER, DEP 1988, p. 190 et ss; ROUILLER, Mélanges Grisel, p. 596 et ss; é.g. JAR 1988, p. 406 et ss; ATF 101 Ib 410, 102 Ib 203, 113 Ib 236, 114 Ib 44; ZBl 1987, p. 301 et ss.

⁴³ L'article 59 a été introduit dans la loi par les chambres; sur sa portée voir MATTER, Kommentar LPE, ad art. 59, N 9 et ss, p. 3 et ss.

⁴⁴ Quant à l'identité du pollueur et à la répartition des frais en cas de pluralité de responsables, voir la jurisprudence citée ci-dessus note 42, en particulier les ATF 101 Ib 417, 102 Ib 209, 113 Ib 237, 114 Ib 50.

⁴⁵ RAUSCH, Kommentar LPE, ad art. 2, N 25, p. 10.

⁴⁶ Ibid., p. 5-6.

particuliers qu'il a avec cette chose (généralement ceux de propriétaire ou de possesseur)⁴⁷.

D'une façon plus générale, une définition large du principe pollueur-payeur implique qu'on y inclue le responsable civil d'une pollution. «Le principe pollueur-payeur implique que les coûts de prévention, de réparation, éventuellement de compensation des atteintes à l'environnement, au sens large, ne soient pas supportés par le lésé, respectivement par la collectivité, mais bien par celui qui les cause»⁴⁸. Il s'agit au départ d'une idée de responsabilité⁴⁹, et le recours aux règles de la responsabilité civile est bien la première façon de renvoyer ainsi les coûts à l'expéditeur. Ce ne sont pas des considérations intrinsèques au principe qui expliquent le rôle prépondérant des instruments administratifs d'application et il serait hâtif de déduire de ce rôle une nature différente du principe par rapport aux normes de responsabilité⁵⁰.

En réalité ce sont des considérations qui tiennent à la fois au caractère général et diffus des atteintes à l'environnement, au caractère collectif des dommages causés, comme des auteurs, et aux difficultés qui résultent des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, qui expliquent l'importance attribuée aux instruments de droit administratif. L'argument selon lequel le champ d'application des deux types de normes se distinguerait par l'illicéité des actes visés par la responsabilité, par opposition aux actes licites visés par le principe pollueur-payeur, ne pourrait être admis comme critère décisif que si l'on excluait des coûts visés par le principe pollueur-payeur ceux de réparation et de compensation pour les atteintes inévitables, ainsi que ceux de remise en état des lieux après une pollution accidentelle⁵¹. De même, l'exécution par équivalent intervient le plus souvent dans des cas où l'activité visée a produit des effets illicites⁵².

⁴⁷ ROUILLER, *Mélanges Grisel*, p. 598; sur la qualité de perturbateur voir ég. THÜRER, *Das Störerprinzip im Polizeirecht*, RDS 1983 I 463 et ss.

⁴⁸ RAUSCH, *op. cit.*, p. 225-6; PRIEUR, *op. cit.*, p. 170-1.

⁴⁹ DUREN, *Revue du Marché Commun* 1987, p. 144.

⁵⁰ REHBINDER, *op. cit.*, p. 161 et ss souligne, à l'encontre de certaines critiques, l'intérêt des normes de responsabilité, au moins comme mesures complémentaires à des interventions de droit public.

⁵¹ La responsabilité civile apparaît notamment comme un moyen de concrétiser le principe pollueur-payeur dans le cadre des pollutions accidentelles. Dans un tel cas, on tend le plus souvent à canaliser la responsabilité sur les exploitants de certaines installations considérées comme particulièrement dangereuses (énergie nucléaire, transport d'hydrocarbures, activités minières).

⁵² RAUSCH, *op. cit.*, p. 227; KRENGER, *DEP* 1988, p. 198.

Enfin, il est rare qu'une action, même préventive, fondée sur le principe de l'internalisation des coûts, ne suppose pas préalablement au moins une menace à un bien juridiquement protégé, et la seule idée que l'activité visée a entraîné un coût pour la collectivité suppose au préalable une atteinte, soit à la santé, soit à la propriété d'un nombre déterminé ou indéterminé de personnes.

De même que l'intervention administrative, les mécanismes de la responsabilité permettront l'internalisation de certains coûts. Dans la plupart des cas ce seront les *coûts de réparation* ou de *compensation* lorsque l'atteinte ne peut être supprimée. Mais, des mesures de prévention ne sont pas exclues, notamment lorsqu'on se fonde sur le droit de propriété qui permet des actions en prévention et en cessation du trouble.

II. Le principe pollueur-payeur dans le cadre du droit de l'environnement

On désigne par le terme «droit de l'environnement» un ensemble de normes de diverses natures regroupées en fonction de leur but: protéger l'environnement. Cette définition, basée sur un critère finaliste, est généralement préférée à une perspective purement objective qui verrait dans le droit de l'environnement l'ensemble des règles existantes en matière d'environnement⁵³. Le droit de l'environnement est dès lors conçu en fonction d'un résultat: n'en font partie que des normes qui ont pour but la protection de la nature et des ressources, la lutte contre la pollution et les nuisances, voire, plus généralement, l'amélioration de la «qualité de la vie»⁵⁴. De façon plus globale encore, certains auteurs définissent le droit de l'environnement comme l'ensemble des normes qui ont pour but d'harmoniser le fonctionnement de la société avec les règles de la nature⁵⁵. Même si ces définitions peuvent paraître ambitieuses au regard de normes de droit positif qui semblent plus aptes à réparer les dégâts qu'à mettre la société en harmonie avec la nature⁵⁶, la finalité qui est à la base de ce regroupement est bien celle des réglementations les plus récentes en cette matière⁵⁷.

⁵³ PRIEUR, op. cit., p. 12; RAUSCH, op. cit., p. 20; ég. REHBINDER, Allgemeines Umweltrecht, p. 83 et ss.

⁵⁴ RAUSCH, op. cit., p. 14: «In dieser Sicht ist die Bewältigung der Umweltprobleme nicht primär eine Aufgabe des Rechts. Eine wirksame Gesetzgebung scheint vielmehr eine gewandelte Einstellung des Menschen zur Natur vorauszusetzen. Andererseits erschöpft sich die Aufgabe des Rechts aber keineswegs darin, das in der ethischen Dimension Erreichte zu sanktionieren. Ganz abgesehen davon, daß das Recht seinerseits die ethischen Anschauungen prägt, ist hier auf das Phänomen hinzuweisen, daß, so paradox dies zunächst klingen mag, sich ein ethischer Fortschritt oft erst mit dem Übergang von der Freiwilligkeit zur Rechtsverbindlichkeit vollziehen läßt.»

⁵⁵ Ibid., p. 19.

⁵⁶ MÜLLER-STAHLE, SUR, p. 544 et ss, 546.

⁵⁷ Message du Conseil fédéral du 31 octobre 1979, p. 7.

En raison de cette finalité, le droit de l'environnement est dominé par certains principes, dictés sans doute par un souci d'efficacité, mais qui permettent également d'opérer la distinction entre les normes qui *traitent* simplement de l'environnement (ou de l'un des éléments qui le composent) et celles qui *contribueraient réellement à sa sauvegarde*. Trois d'entre eux jouent un rôle primordial: le principe de *la prévention*⁵⁸, celui de *l'appréciation globale des atteintes*⁵⁹ et le *principe pollueur-payeur*. Par souci de cohérence, on s'efforcera de donner au principe pollueur-payeur une portée compatible avec les deux autres principes.

1. Le principe pollueur-payeur dans la législation sur l'environnement

L'article 2 LPE pose un principe, mais ne contient ni le fondement d'une responsabilité, ni une indication des mesures qui peuvent être mises à charge du pollueur. Son application est automatique et implicite dans tous les cas où la LPE elle-même impose des mesures de lutte contre la pollution à la source. Tel est le cas, par exemple, lorsque la loi impose l'adoption de mesures de protection contre les catastrophes (art. 10 LPE) ou d'assainissement (art. 16 LPE), lorsque des limites d'immissions sont fixées (art. 12 LPE, art. 35 LPE), de même que dans le cadre du contrôle autonome des substances (art. 26 LPE) ou de l'obligation de recycler les déchets (art. 30 LPE)⁶⁰. Elle paraît l'être également pour le financement des mesures que doit prendre la collectivité dans le cadre de la LPE: mesures d'assainissement, notamment en cas d'urgence (art. 16 al. 4 LPE) ou lorsque les valeurs d'immissions ne peuvent être respectées (art. 25 LPE)⁶¹, tâches des cantons en matière de neutralisation et d'élimination des déchets (art. 31 LPE)⁶².

⁵⁸ Message, p. 29.

⁵⁹ Ibid., p. 30.

⁶⁰ RAUSCH, Kommentar LPE, ad. art. 2, N 18, p. 6; la loi précise les cas où une obligation du même genre est imposée non pas au pollueur mais à la victime des atteintes: art. 20 al. 2 et 25 al. 3 LPE, par exemple.

⁶¹ Ibid., N 19–20, p. 7–8.

⁶² Des émoluments peuvent être perçus pour les autorisations, mesures de contrôle et prestations spéciales dans ce domaine conformément à l'art. 48 LPE, une mesure d'application du principe pollueur-payeur à distinguer des taxes d'incitation expressément refusées par le législateur: RAUSCH, Kommentar LPE, ad. art. 2, N 20, p. 8; BRUNNER, Kommentar LPE, ad art. 48, N 6 et ss, p. 3 et ss; rapport de langue allemande chap. 3.1.3.1.

L'article 59 LPE constitue un cas particulier d'exécution par équivalent. Celle-ci se définit comme l'ensemble des actes par lesquels les agents de l'Etat (ou des tiers désignés par lui) remplissent une obligation à la place d'un obligé et à ses frais⁶³. L'exécution par équivalent est l'un des instruments d'application caractéristique du principe pollueur-payeur. A cet égard toutefois, l'article 59 LPE en serait une version affaiblie, si l'on compare son texte à l'article 2 LPE, puisque les frais visés par cette disposition «peuvent» seulement être mis à la charge du pollueur alors que l'article 2, s'il souffre des exceptions expressément prévues par la loi, ne comporterait aucun pouvoir d'appréciation dans l'attribution des coûts⁶⁴. La rédaction de l'article 59 LPE est en revanche semblable à celle de l'article 8 LPEP, la disposition reine en la matière.

En Suisse, l'exécution par équivalent paraît être un instrument privilégié de concrétisation du principe pollueur-payeur. Outre l'article 8 LPEP, qui permet de mettre les frais occasionnés par les mesures que les autorités prennent pour éviter une pollution des eaux ou y remédier à la charge de ceux qui en sont la cause⁶⁵, on peut également mentionner l'article 47 de la loi sur les forêts⁶⁶, l'article 50 de la loi sur la pêche⁶⁷, l'article 4 de la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire⁶⁸ et l'article 47 al. 1 de la loi sur les installations de transport par conduites⁶⁹.

⁶³ GRISEL, op. cit., p. 638.

⁶⁴ RAUSCH, Kommentar LPE, art. 2, N 20, p. 8; voir ég. le rapport en langue allemande, chap. 3.1.3.2.

⁶⁵ On distinguera ces mesures de la tâche générale d'épuration des eaux qui est à la charge de la collectivité publique: RAUSCH, Kommentar LPE, ad. art. 2, N 22, p. 9.

⁶⁶ Les mesures imposées par l'autorité non exécutées dans les délais voulus ou les plantations rendues nécessaires par un acte illégal ou une négligence peuvent être prises en charge par les cantons aux frais de ceux qui ont l'obligation de les faire; en revanche, pour les dégâts causés aux forêts par la pollution de l'air, c'est un financement par la Confédération qui a été prévu (arrêté fédéral du 3 mai 1984).

⁶⁷ «Celui qui, illicitement, met en péril les poissons, les écrevisses ou les organismes leur servant de pâture, est tenu de supporter les frais occasionnés par les mesures prises.»

⁶⁸ «Le coût des mesures prises par l'autorité compétente pour écarter ou réduire un danger nucléaire imminent peut être mis à charge de l'exploitant de l'installation nucléaire ou du détenteur de l'autorisation de transport.»

⁶⁹ L'art. 47 de la loi sur les installations de transport par conduites permet de faire exécuter certaines mesures aux frais de la personne qui a été préalablement mise en demeure de les exécuter par une décision de l'autorité; voir également KRENGER, DEP 188, p. 196 et ss, ainsi que les autres cas d'exécution par équivalent mentionnés par GRISEL, op. cit., p. 640.

Le droit de l'environnement ne contient que très peu de dispositions sur la responsabilité qui puissent être considérées comme des mises en œuvre du principe pollueur-payeur. En fonction de la finalité de ce droit, on ne devrait retenir ici que les normes de responsabilité traitant l'environnement (ou certains de ses composants) comme un bien digne de protection en soi⁷⁰. Dans cette optique on mentionnera les dispositions sur la protection des eaux, soit l'article 36 LPEP et l'article 49 de la loi sur la pêche⁷¹ et celles concernant la *responsabilité civile en matière nucléaire*⁷².

2. Le principe pollueur-payeur et le principe de prévention

Le principe de prévention est l'un des principes de base de la loi sur la protection de l'environnement. Il résulte de la considération qu'il est plus coûteux et plus compliqué de réparer les dommages causés à l'environnement ou d'assainir les entreprises sources de nuisances que de prévenir ces dernières. En outre, il s'avère que dans certains cas la remise dans l'état antérieur est totalement impossible. Aussi l'essentiel de la législation sur

⁷⁰ L'application des normes conçues pour la protection d'autres biens sera examinée au chapitre III, p. 466 et ss.

⁷¹ Aux termes de l'article 36 LPEP, «celui dont l'entreprise ou les installations polluent les eaux ou qui les pollue par ses actes ou ses omissions, est responsable du dommage qui en résulte». On vise aussi bien le pollueur par «situation» que le pollueur par «comportement», mais dans les deux cas le bien protégé est l'eau et la responsabilité n'est pas liée à un risque spécifique de l'entreprise ou de l'installation considérée. Le dommage visé est toutefois celui que subissent d'autres éléments que l'eau elle-même qui, sauf circonstances exceptionnelles, n'appartient pas au lésé. En outre, afin d'éviter que cette absence de propriété n'exonère le pollueur de toute responsabilité pour la destruction de la faune aquatique, l'art. 49 de la loi sur la pêche définit d'autres dommages que ceux visés par la loi sur les eaux, soit notamment ceux qui résultent de la mise en danger de poissons, d'écrevisses et d'organismes qui leur servent de pâture; l'article 51 précise en outre que pour calculer le montant du dommage, «il y a lieu de tenir compte notamment a) de la diminution de la capacité de rendement piscicole des eaux affectées; b) des dépenses engagées afin de rétablir dans la mesure du possible l'état antérieur au dommage causé; c) des complications et pertes de temps occasionnées par le dommage».

⁷² L'exploitant d'une installation nucléaire répond de manière illimitée, solidairement avec le propriétaire, des dommages causés par des substances nucléaires se trouvant dans son installation (art. 3 de la loi); les responsables ne peuvent se libérer qu'en prouvant que le lésé a causé le dommage intentionnellement ou par sa négligence grave.

l'environnement consiste-t-elle dans la définition des mesures qui doivent être prises afin d'empêcher que certaines activités ne s'avèrent nuisibles pour l'environnement ou pour certains de ses composants⁷³. Mais c'est avant tout dans l'exigence de l'étude d'impact (art. 9 LPE) que se concrétise le souci de prévention du législateur⁷⁴.

On peut distinguer dans les mesures d'application du principe de prévention, deux grandes catégories: celles qui visent les atteintes abstraites à l'environnement et celles qui visent des atteintes concrètes. Au nombre des premières on compte avant tout les mesures de planification, mais également celles qui agissent sur les mécanismes de prix. Les autres mesures, notamment celles qui interviennent dans le cadre de demandes d'autorisation (étude d'impact, expertises diverses) et l'exécution par équivalent appartiennent à la seconde catégorie⁷⁵. Le principe pollueur-payeur en tant que méthode d'internalisation des coûts constituerait ainsi une mesure de prévention générale. Toutefois, les mesures préventives ne sont pas toutes conformes au principe pollueur-payeur. En matière d'aménagement, les coûts sont très largement supportés par la collectivité (que ce soit par la mise à disposition d'infrastructures ou par l'octroi

⁷³ Message du Conseil fédéral du 31 octobre 1979, p. 31; RAUSCH Kommentar LPE, ad art. 1, N 18 et ss, p. 7 et ss; on relèvera en particulier le titre 2 de la loi, sur la limitation des nuisances, les articles 21 et ss concernant les constructions dans les zones de nuisances, les valeurs de planification et les exigences quant aux zones à bâtir, ainsi que le contrôle autonome prévu aux articles 26 à 28 LPE; é.g. REHBINDER, Allgemeines Umweltrecht, p. 37 et ss.

⁷⁴ JUNGO, op. cit., notamment p. 11 et les références citées; voir également les mesures et expertises prévues par l'article 3^{bis} de la loi fédérale sur la police des eaux du 22 juin 1877, les conditions d'utilisation des cours d'eau prévues aux articles 21 et ss de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916, les expertises prévues en matière de centrales nucléaires prévues aux articles 7 de la loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique du 23 décembre 1959 et 6 de l'arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique du 6 octobre 1978; é.g. les motifs de refus de concession prévus à l'art. 3 de la loi sur les installations de transports par conduites du 4 octobre 1963. Dans la législation antérieure à la LPE la volonté de donner une priorité à la prévention est moins perceptible. On peut relever des éléments précurseurs de l'étude d'impact dans la mise à l'inventaire prévue par la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, ainsi que dans les expertises prévues par cette loi dans le cadre des tâches accomplies par la Confédération (art. 5 et ss de la loi) ou les interdictions de récolte et de cueillette de cette même loi, mais surtout l'interdiction générale de défricher prévue par la loi sur la protection des forêts du 11 octobre 1902 (art. 31).

⁷⁵ Voir sur ce point MÜLLER-STÄHEL, SUR, p. 557 et ss.

d'indemnités pour expropriation matérielle⁷⁶), voire de ceux qui sont menacés d'une atteinte⁷⁷.

Dans le cas des menaces concrètes à l'environnement, le principe pollueur-payeur se combine moins souvent avec le principe de prévention. On le considère comme applicable avant tout à des mesures de réparation et non à des mesures de prévention. Toutefois, en matière d'exécution par équivalent, des mesures de prévention peuvent être mises à la charge du pollueur⁷⁸. Dans ce domaine, il s'agit surtout d'assurer la réalisation des mesures nécessaires à prévenir une atteinte imminente (art. 8 LPEP, 59 LPE).

Quant aux règles sur la responsabilité, elles sont parfois considérées comme peu adaptées à la prévention des dommages⁷⁹. Son rôle est essentiellement indirect, dans la mesure où elle contribue à l'internalisation des coûts et donc à la réalisation des mesures nécessaires pour réduire ces coûts. L'article 679 CCS présente en revanche des caractéristiques qui lui permettent de jouer un véritable rôle de prévention. Dans cette optique, il constitue l'une des plus anciennes règles de protection de l'environnement, en protégeant à tous égards l'intégrité de la propriété voisine⁸⁰. Le voisin lésé ou menacé d'un dommage peut en effet réclamer outre les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus, la cessation du trouble résultant des excès du propriétaire. Il s'agit d'une part de la réalisation de mesures techniques de nature à limiter le trouble⁸¹, et d'autre part de la cessation de l'exploitation ou de l'interdiction d'édifier une installation de nature à produire les excès redoutés⁸².

La contribution du principe pollueur-payeur à la prévention des dommages réside en fin de compte dans sa fonction économique d'intégration des coûts sociaux. En soi, toutefois, ce principe n'a pas une fonction auxiliaire par rapport à celui de

⁷⁶ Art. 5 al. 2 LAT; MÜLLER-STÄHEL, SUR, p. 563.

⁷⁷ Voir les cas mentionnés par RAUSCH, Kommentar LPE, ad art. 2, N 19, p. 7.

⁷⁸ Il faut entendre ici par pollueur tout perturbateur de l'ordre public au sens de la jurisprudence: ROUILLER, Mélanges Grisel, p. 597 et ss; THÜRER, RDS 1983 I 474 et ss, ainsi que la doctrine citée par ces deux auteurs.

⁷⁹ YUNG, Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, in: Etudes et articles, Genève 1971, p. 415.

⁸⁰ Voir ci-dessous ch. III, 1), a), (aa), p. 470.

⁸¹ Le juge déterminera les mesures qui doivent être prises pour éviter les troubles futurs: ATF 111 II 445.

⁸² Ces mesures ne sont toutefois admises que si le résultat ne peut être obtenu d'une façon moins contraignante voir notamment MEIER-HAYOZ, Sachenrechtlicher Immissionsschutz, in: SUR, p. 425 et ss.

prévention, mais bien un rôle complémentaire. Le principe de prévention détermine le moment et la nature de l'intervention nécessaire; le principe pollueur-payeur indiquera, indépendamment du moment de l'intervention, la personne ou la collectivité qui a la charge de son coût.

3. Le principe pollueur-payeur et l'appréciation globale des atteintes

L'importance de cet élément dans la législation sur l'environnement apparaît surtout avec le projet de loi sur la protection de l'environnement. Les législations antérieures ne s'en soucient que de façon très limitée. On peut toutefois voir une amorce de prise en compte de ce principe dans la protection accordée à des biotopes en tant que tels⁸³. Dans la LPE, l'importance de l'appréciation globale des atteintes est mise en évidence et concrétisée de plusieurs façons:

a) Un biotope est une portion de l'espace où l'ensemble des facteurs physiques et chimiques de l'environnement reste sensiblement constant ou subit des variations périodiques⁸⁴. Il sert généralement de support à des animaux et à des végétaux dans une communauté biotique dite également biocénose. L'homme en fait partie et dépend, comme les animaux et les plantes, de l'air, de l'eau et du sol qui s'y trouvent. «La protection de l'environnement implique donc une appréciation globale de ces biocénoses, le respect de leur interdépendance mutuelle et la sauvegarde de toutes leurs bases vitales»⁸⁵.

b) L'article 8 LPE précise que «les atteintes seront évaluées isolément, collectivement et dans leur action conjointe». Ce second aspect de l'appréciation globale des atteintes est essentiel dans la mesure où il permet de prendre en compte les effets d'accumulation, de concentration et de synergie qui carac-

⁸³ La LAT mentionne le problème de la prise en compte des nuisances dans leur ensemble à l'article 3 alinéa 4 c; la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1^{er} juillet 1966 contenait quelques dispositions limitées sur les biotopes, en particulier la protection des végétations ripuaires (art. 21), qui ont été renforcées par l'article 66 LPE; la loi sur la pêche du 14 décembre 1973 protège également les biotopes et mentionne au nombre des dommages réprimés par l'article 49, le fait de compromettre l'existence de poissons, d'écrevisses ou d'organismes qui leur servent de pâture.

⁸⁴ Vocabulaire de l'environnement, ad «Biotope».

⁸⁵ Message du 31 octobre 1979, p. 30.

térissent presque tous les problèmes de pollution⁸⁶. L'article 8 joue un rôle primordial pour la définition des valeurs d'immissions en matière d'hygiène de l'air, mais également en ce qui concerne la pollution du sol⁸⁷.

Il est en particulier destiné à s'appliquer dans le cadre de l'étude d'impact exigée par l'article 9 LPE. Celui-ci est donc un instrument privilégié non seulement pour l'application du principe de prévention mais également pour l'appréciation globale des atteintes.

c) Les deux aspects de l'appréciation globale des atteintes qui viennent d'être examinés, mettent en évidence certaines difficultés d'application du principe pollueur-payeur lorsque l'on entend faire assumer au pollueur le coût réel de sa pollution, soit dans le cadre d'une exécution par équivalent, soit en application des normes de responsabilité. Sauf en cas de pollution accidentelle⁸⁸, les atteintes ne produisent le plus souvent leurs effets nuisibles que dans leur action conjointe, ce qui suppose souvent la présence de plusieurs pollueurs simultanés ou échelonnés dans le temps. D'autre part, l'introduction d'un déséquilibre dans une communauté biotique suffit à créer un «état antérieur» qui rendra difficile l'appréciation des responsabilités⁸⁹. En pratique, le législateur essaiera de prendre en compte cette pluralité de causes par la solidarité des responsables, mais aussi par la désignation d'un pollueur sur lequel la responsabilité sera concentrée⁹⁰.

⁸⁶ RAUSCH, *Kommentar LPE*, ad art. 8, N 2, p. 1-2.

⁸⁷ *Ibid.*, ad art. 8, N 4 et ss, p. 2-3; les problèmes liés à la pollution du sol sont particulièrement délicats puisqu'on y retrouve séparément ou combinés bon nombre de polluants de l'air et des eaux, et qu'il s'y accumule, en outre, des substances destinées à y être répandues qui s'y concentrent de façon nuisible.

⁸⁸ Ce sont les cas de pollution accidentelle qui ont donné lieu à la plupart des jurisprudences relatives à l'exécution par équivalent (ci-dessus, note 42).

⁸⁹ Cette question particulièrement délicate en matière de pollution du sol et de gestion des déchets a parfois conduit le législateur à instaurer des responsabilités solidaires (ainsi aux Etats-Unis, le par. 107 CERCLA concernant les exploitants successifs de décharges); sur les limites des normes juridiques dans ce domaine, voir notamment le rapport de M.-A. HERMITTE à la Commission des Communautés: Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature, in: *L'homme, la nature et le droit*, p. 238 et ss, 245.

⁹⁰ Tel est le cas pour l'exploitant d'une centrale nucléaire selon l'art. 3 al. 1 de la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire; pour tenir compte de l'importance du risque on complétera parfois ces systèmes par la création de fonds d'indemnisation publics ou privés; ainsi, l'art. 15 LRCN; sur les problèmes généraux relatifs à ces fonds, voir RÉMOND-GUILLOU, *Les fonds d'indemnisation (collectivisation du risque)*, in: *Droit de l'environne-*

4. *La détermination du pollueur*

Le pollueur, on l'a vu, est celui qui dégrade directement ou indirectement l'environnement ou qui crée des conditions aboutissant à sa dégradation. Il ne s'agit pas nécessairement de l'auteur d'un acte illicite, pas plus que la pollution n'est toujours accidentelle, c'est-à-dire involontaire⁹¹. Lorsque la pollution résulte d'un processus à long terme, et lorsqu'elle est le résultat d'une activité licite, la détermination de l'identité du pollueur sera parfois délicate. D'une part la dégradation de l'environnement résultera le plus souvent de l'accumulation de quantités limitées de polluants émises par des pollueurs divers, d'autre part la rencontre de différents types de polluants peut susciter des atteintes plus graves que les effets de chaque polluant ne pouvaient le laisser prévoir avec une certaine précision⁹². Dans de nombreux cas on se trouvera donc en présence d'une pluralité de pollueurs, l'activité de chacun d'entre eux étant l'une des conditions nécessaires pour que l'effet dommageable se produise. Le législateur va le plus souvent être amené à désigner l'un ou l'autre, voire l'ensemble, des pollueurs possibles comme le «responsable» qui sera tenu soit de prendre des mesures appropriées, soit d'assumer les divers coûts liés à la pollution. C'est

ment marin, Paris 1988, p. 305 et ss; voir ég. OCDE, p. 24-5; REHBINDER, op. cit., p. 29 et ss.

⁹¹ Voir ci-dessus chap. I, 1), p. 443; REHBINDER, *ibid.*, p. 28.

⁹² Un exemple particulièrement frappant de cette situation est donné par la pollution de l'air avec les possibilités de combinaisons entre les polluants de l'air eux-mêmes (SO₂ et NO_x) et les possibilités de combinaisons avec des polluants se trouvant dans le sol: voir à ce sujet l'Etude du problème des précipitations acides en Suisse de l'EPFL (MAYSTRE, TRIPET, WIEDERKEHR, 1983, notamment p. 10, 19 et ss); ég. Dépérissement des forêts et pollution de l'air, Publications du Département fédéral de l'intérieur, Berne 1984, p. 48 et ss; si l'on connaît assez bien les problèmes de la pollution des eaux douces notamment par les phosphates et les métaux lourds (le cas du Léman par exemple a donné lieu à des études suivies de la Commission internationale pour la protection des eaux du Léman contre la pollution), les mécanismes qui aboutissent à la dégradation du milieu maritime par l'accumulation des pollutions, voire à la mise en péril de la faune maritime de certaines régions ne sont pas encore aussi clairement identifiés (voir par exemple les inquiétudes suscitées par la pollution de la Mer du Nord en juin 1988: Die Weltwoche 9.6.88, p. 35, Schweizerische Handelszeitung 9.6.88, p. 3); de même, les mécanismes de réaction d'organismes non visés par des pesticides, soit par destruction involontaire, soit par prolifération incontrôlée (voir à ce sujet LUTZENBERGER, Récoltes et parasites, le poison est-il la réponse? RJE 1987, p. 133 et ss, notamment 139 et ss), ég. REHBINDER, op. cit., p. 166; KÜCHLER, Haftpflichtrecht, SUR, p. 436.

sur la personne qui exerce une activité supposée particulièrement dangereuse pour l'environnement que se concentreront les injonctions du législateur soit pour lui imposer certaines obligations administratives, soit pour lui imposer une certaine responsabilité.

a) Le risque spécifique pour l'environnement est généralement lié soit à l'*exploitation d'une installation*, soit à la *fabrication ou à la diffusion de produits*. Le fonctionnement de l'installation peut être dangereux soit par les *procédés* qu'il met en œuvre, soit par la production de *déchets* eux-mêmes polluants. La question des déchets est toutefois généralement abordée en soi, compte tenu de l'importance du problème et des moyens mis en œuvre pour leur neutralisation ou élimination. Pour les pollutions accidentelles, la désignation d'un responsable principal, le plus souvent en la personne de l'exploitant d'une entreprise industrielle paraît indiscutée⁹³. On perçoit ici clairement que le «risque» n'est généralement aux yeux du législateur que le risque d'accident. De plus en plus, il en va de même pour la mise en circulation de produits dangereux⁹⁴.

En pratique l'entreprise peut être à l'origine d'atteintes diverses à l'environnement, soit comme *propriétaire* d'immeubles ou d'installations, soit comme *utilisatrice de procédés* de fabrication polluants, soit comme *productrice* de substances, produits ou déchets polluants soit enfin en transportant ces mêmes substances, produits ou déchets. Or, même si dans certains de ces cas, la pollution sera le résultat d'un acte involontaire, dans beaucoup d'autres, la pollution est inhérente à l'activité (notamment pour les déchets et pour les procédés de fabrication).

Actuellement, les déchets sont le principal type de «produits» dont on admet qu'ils peuvent causer des dommages considérables en dehors de tout accident. Il en résulte une concentration de nombreuses obligations, voire de la responsabilité sur le détenteur des déchets⁹⁵. On peut voir une évolution analogue dans l'article 26 alinéa 2 LPE qui désigne le fabricant ou

⁹³ Art. 3 de la LRCN, art. 33 de la LITC; ég. sur le plan européen, art. 3 de la directive du Conseil des Communautés du 24 juin 1982 concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles (directive de Seveso); REHBINDER, op. cit., p. 100 et ss.

⁹⁴ Ainsi, par exemple, l'art. 4 de la directive du Conseil des Communautés du 24 juin 1982.

⁹⁵ Dans ce sens: DUREN, Revue du Marché Commun 1987, p. 146; aux Etats-Unis, voir le CERCLA (1980) par. 107 (USC par. 9601).

l'importeur comme responsable du contrôle autonome des *produits polluants* mis en circulation⁹⁶.

b) Le responsable ainsi désigné par la loi dispose, selon les cas de certains recours. Ainsi, lorsque des tiers (ou des lésés) ont causé le dommage de manière intentionnelle⁹⁷. L'existence d'un danger particulier lié à l'installation ou aux produits ne supprime en effet pas la responsabilité de celui qui a directement causé un dommage par ses agissements. On retrouve ici une distinction importante pour le droit de l'environnement entre le «perturbateur par comportement» et le «perturbateur par situation»⁹⁸. Dans les deux cas, la responsabilité du perturbateur peut être engagée pour un même acte ou pour une série d'actes qui ont contribué au trouble⁹⁹.

En matière de responsabilité, une distinction s'opérera entre le responsable *exploitant* une installation dangereuse ou ayant mis en circulation des produits ou déchets dangereux d'une part et, d'autre part, le *propriétaire* du fonds sur lequel s'exerce l'activité dangereuse. Une solidarité peut être expressément prévue par la loi ou résulter des circonstances¹⁰⁰.

c) La concentration de la responsabilité sur un «pollueur» désigné par la loi est caractéristique d'une conception de la responsabilité pour risques. Elle s'applique généralement à des activités bien déterminées (énergie nucléaire, transport d'hydrocarbures, activités minières), dans des domaines où les risques d'accidents sont particulièrement élevés. Il en va de

⁹⁶ Sur la portée de cette disposition, notamment sur la «responsabilité» qu'elle implique, voir WINZELER, Kommentar LPE, ad. art. 26, notamment N 6, p. 5, et N 142 et ss., p. 60 et ss.

⁹⁷ Art. 5 et 6 LRCN.

⁹⁸ GRISEL, op. cit., p. 600–1: «Le perturbateur par comportement crée un dommage ou un risque contrairement aux obligations de police soit par son comportement, soit par celui de personnes dont il est responsable... Est appelé perturbateur par situation le détenteur des choses qui menacent par elles-mêmes de porter atteinte à un intérêt de police et d'où le dommage ou le risque est issu.»

⁹⁹ Sur le partage des responsabilités dans de telles situations, voir notamment ATF 102 Ib 203; 114 Ib 44.

¹⁰⁰ L'art. 33 de la loi sur les installations de transport par conduites prévoit expressément que «si l'installation n'appartient pas à l'exploitant, le propriétaire répond solidairement»; dans le cadre de l'art. 679 CCS, les propriétaires d'un fonds peuvent être responsables au même titre que l'exploitant d'une installation située sur ce fonds s'ils ont contribué à causer le dommage en exerçant leur maîtrise de fait sur le fonds. Le Tribunal fédéral l'a admis pour des communes qui avaient mis leurs parcelles à disposition d'une usine pour lui permettre de se débarrasser des eaux usées provenant de son exploitation: JT 1978 I 607.

même en matière de déchets industriels. La conception n'est pas fondamentalement différente dans l'article 679 CCS, l'exploitation du fonds jouant ici le rôle de l'activité dangereuse.

Cette conception de la responsabilité se distingue clairement de l'organisation de la responsabilité plus directement inspirée de l'acte illicite qui résulte par exemple de l'article 36 LPEP¹⁰¹. Dans ce cas, seule est envisagée la responsabilité de celui qui a effectivement causé la pollution, par ses actes. Elle ne suppose ni une activité particulièrement dangereuse, ni l'utilisation de produits en soi dangereux: seul le résultat est pris en considération. En cas de pluralité de pollueurs, les règles ordinaires de la solidarité seront applicables, aucun d'entre eux n'étant désigné a priori comme devant supporter une responsabilité particulière.

¹⁰¹ LOREZ-WIEGAND, op. cit., p. 10 et ss; OFTINGER, Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, RSJ 1972, p. 101 et ss.

III. Le principe pollueur-payeur en tant que source de responsabilité

Dans la mesure où le principe pollueur-payeur est un instrument d'internalisation des coûts sociaux, tous les instruments juridiques, y compris la responsabilité civile, qui permettent de parvenir à ce résultat constituent des concrétisations de ce principe¹⁰². Le but d'internalisation des coûts sociaux est réalisé dès l'instant où ceux-ci sont intégrés dans le calcul des coûts d'un acteur économique, généralement le producteur d'un bien. Le principe pollueur-payeur a toutefois pris dans la législation sur l'environnement une importance qui dépasse cette fonction économique dont les limites sont souvent soulignées¹⁰³. Il est un moyen de réaliser les objectifs du droit de l'environnement et, au-delà, de réaliser une politique de l'environnement axée sur la conservation des ressources. Dans cette optique, il postule moins l'intégration systématique et égalitaire des coûts sociaux que la *responsabilité* du «pollueur» (soit celui qui impose d'une façon ou d'une autre une charge à l'environnement) pour la prévention, l'élimination ou la compensation des atteintes que son activité fait subir à la collectivité¹⁰⁴. La charge à l'environnement ne se définit alors pas seulement en termes de coûts mais également en fonction de critères de qualité. Par son activité, le pollueur provoque une détérioration de cette qualité et doit répondre à l'égard de la collectivité comme des tiers des conséquences de cette dégradation. Il s'agit donc en tout premier lieu d'une idée de responsabilité¹⁰⁵.

¹⁰² REHBINDER, op.cit., p.21 et ss, (ég.164–5), qui souligne les limites de la théorie des coûts sociaux en matière de protection de l'environnement (coûts qu'il définit par la différence entre les coûts intégrés dans le calcul économique du producteur et l'ensemble des coûts économiques intégrés dans un bien).

¹⁰³ Ibid., p.27–8.

¹⁰⁴ Ibid., p.28.

¹⁰⁵ «Réclamer l'application de ce principe revient à dire que souvent les responsables d'une pollution n'assument pas les conséquences de leurs

L'utilisation de la responsabilité comme moyen de réaliser le principe pollueur-payeur correspond donc à un mécanisme économique et à un but de protection de l'environnement ¹⁰⁶. En revanche, il est plus difficile d'apprécier la portée pratique de la responsabilité dans ce domaine, compte tenu des controverses qui portent sur la réalité de son effet préventif. L'évolution paraît être nettement au scepticisme ¹⁰⁷. D'autre part, pour de motifs qui tiennent à la difficulté d'appliquer certaines des conditions de la responsabilité au dommage causé à l'environnement, des coûts qui devraient être supportés par celui qui est à l'origine de la pollution restent à la charge de la collectivité ou des lésés ¹⁰⁸. D'une façon générale, l'examen des conditions d'application de la responsabilité suscite d'autant plus de problèmes que l'on s'éloigne du cas le plus souvent envisagé par la doctrine d'une pollution accidentelle attribuable au fonctionnement inadéquat d'une installation pour se rapprocher de

actes... En poursuivant le raisonnement, on entrevoit que certains bénéfices, apparus au bilan, auraient pour origine une sorte d'«enrichissement sans cause». Ces bénéfices indus proviennent du fait que l'entreprise n'a pas tenu compte des dommages causés soit à la collectivité, soit à des individus qui n'ont pas eu les moyens juridiques ou l'opportunité leur permettant de réclamer des dommages-intérêts. Ainsi apparaît la notion d'un bénéfice «malhonnête» par opposition au bénéfice provenant du travail, de l'ingéniosité et de la bonne gestion»: DUREN, *Revue du Marché Commun* 1987, p. 144; «Il faut noter que le problème de la répartition du coût, autant qu'à l'efficacité, fait appel à l'équité: chacun doit prendre à sa charge le dommage qu'il provoque... Quoique non économique en soi, l'exigence d'équité doit être considérée, et il semble universellement admis qu'elle constitue également un critère de décisions»: OCDE p.23; ég. REHBINDER, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁶ Ibid., p. 162, et la littérature citée; ég. MÜLLER-STAHEL, *SUR*, p. 582.

¹⁰⁷ Relativement convaincu de l'effet préventif, KÜCHLER (*SUR*, p. 431, qui signale toutefois des opinions divergeantes) ainsi que STARK in: *Umweltschutz und Versicherung* (*SUR*, p. 452 et ss), auparavant beaucoup plus négatif (*Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, *RDS* 1967 II 119); RAUSCH (*op. cit.*, p. 208 et, *Technologie und Gesetzgebung*, *RDS* 1971 I 92) est plus sceptique; négatif: KELLER, *Haftpflicht und Versicherung in der Wertordnung des technischen Zeitalters*, in: *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts*, Zürich 1969, p. 111.

¹⁰⁸ KÜCHLER, *SUR*, p. 430 et ss; RAUSCH, *op. cit.*, p. 208 et ss; STARK, *RDS* 1967 I 130 et ss conclut implicitement à une lacune dans ce domaine en estimant nécessaire un renversement du fardeau de la preuve; en revanche, KELLER (*Die Haftung für Umweltschädigungen*, *Revue suisse des assurances* 1975/76 p. 129 et ss) est entièrement satisfait du régime général de la responsabilité: «Ich entsinne mich keines Falles, in welchem sich ein moralisch haftbarer Umweltschädiger, der einen konkreten Schaden verursachte, wegen des Ungenügens unserer Haftungsordnung und entgegen dem Gerechtigkeitsgefühl zu retten vermochte» (p. 166).

la pollution qui résulte du fonctionnement normal d'une installation ou de l'usage conforme d'un produit ¹⁰⁹.

1. Type de dangers et fondement de la responsabilité

La première distinction s'opère dans ce domaine entre les atteintes qui résultent des accidents et celles liées au fonctionnement ordinaire des activités humaines. Actuellement, ces dernières prennent une importance de plus en plus grande par rapport aux accidents, fussent-ils spectaculaires, car les effets des pollutions dans la durée commencent à se manifester ¹¹⁰. Or les accidents ont joué un rôle primordial dans l'analyse des conditions de la responsabilité dans ce domaine ¹¹¹, alors qu'ils ne sont souvent que des phénomènes marginaux emplifiant çà et là les effets destructeurs latents d'une activité qu'ils perturbent momentanément.

Le législateur a d'ailleurs pris conscience de cette évolution puisque la loi sur la protection de l'environnement vise, à l'exception de l'article 10 consacré aux catastrophes, essentielle-

¹⁰⁹ Des difficultés d'application existent même en cas de responsabilité pour risques, telle qu'elle est prévue pour des activités particulièrement dangereuses pour l'environnement: voir sur cette question REHBINDER, *op. cit.*, p. 163 et ss; dans ce cas également, les normes taillées sur le modèle du risque d'accident, doivent souvent être adaptées à la réalité des pollutions quotidiennes.

¹¹⁰ Ainsi, parmi les menaces à la survie humaine recensées par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, ni les conséquences nuisibles de la combustion des fossiles (pluies acides, effet de serre), ni les atteintes à la couche d'ozone, ni les grossières méthodes d'évacuation des déchets qui demeurent la règle, ni la désertification ou l'appauvrissement des espèces et de leur substance génétiques ne sont des «accidents»: CMED, *op. cit.*, p. 39 et ss; é.g. *Time Magazine* du 2 janvier 1989, p. 20 à 32 concernant les conséquences de la destruction des forêts tropicales et des espèces sauvages, les modifications climatiques, l'usage des sprays, la montée des déchets.

¹¹¹ Selon certaines analyses, les risques, caractéristiques de la société industrielle, dont l'incertitude est déterminée et calculable et qui se réalisent sous forme d'accidents, devraient être distingués des incertitudes de la société post-industrielle qui se matérialisent par des «catastrophes artificielles» et par une mise en danger de la société par elle-même dans sa globalité et dans son avenir; d'où une normalisation du danger qui deviendrait partie intégrante du fonctionnement de la société actuelle (BECK, *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt 1988, notamment p. 117 et ss).

ment le fonctionnement «normal» des activités humaines¹¹². Dans l'examen des normes sur la responsabilité, cette dualité des atteintes devra être prise en considération car l'application des diverses normes du droit positif pourra s'avérer différente selon que l'on considère l'une ou l'autre de ces hypothèses¹¹³.

Dans les deux cas, la responsabilité du pollueur peut être engagée sur la base des normes générales en cette matière:

a) Une responsabilité particulière s'applique lorsque les atteintes peuvent résulter de l'*usage d'un immeuble*. La responsabilité découlera ici de l'application des articles 679 et 684 CCS ou 58 CO.

b) Lorsque les dangers pour l'environnement sont en rapport avec l'*exploitation d'une entreprise*, on envisagera, outre les cas visés ci-dessus sous a), d'une part les règles spécifiques traitant des risques inhérents à certaines activités et d'autre part les règles générales de l'article 41 CO.

c) Les dangers liés à la *mise en circulation et à l'utilisation de certains produits* ne font pas l'objet de réglementations particulières. L'article 41 CO est ici la seule source de responsabilité, sauf lorsque le danger résulte du transport de ces produits, soit par véhicules, soit par conduites.

d) Les dangers résultant de l'*existence de déchets* sont le plus souvent en rapport avec l'exploitation d'une entreprise ou l'usage de certains produits. La responsabilité peut résulter ici aussi bien de l'article 41 CO que de l'article 679 CCS et des dispositions relatives au transport de produits dangereux. Le rôle important joué par les déchets dans les atteintes à l'envi-

¹¹² Ainsi, l'article 9 sur l'étude d'impact impose-t-il de prévoir les nuisances ordinaires, notamment celles qui subsisteront après la prise de certaines mesures de protection; la réglementation sur l'isolation acoustique des immeubles (art. 20, 21) et les constructions en zone de bruit (art. 22 et ss) supposent le caractère inévitable et toléré d'une certaine dose de bruit; l'article 26 sur le contrôle autonome vise des substances dont l'usage même conforme à leur nature et aux prescriptions du fabricant peut s'avérer nuisible.

¹¹³ Cela concerne également la responsabilité pour risques prévue par certaines normes de droit de l'environnement qui constitue une «autorisation de mise en danger et d'atteinte assortie d'un devoir de compensation» (REHBINDER, op. cit. p. 164) et présente le plus souvent les caractéristiques d'une responsabilité pour pollution accidentelle, c'est-à-dire non intentionnelle; pour les émissions de substances polluantes continues, on n'admet le caractère accidentel que si la pollution est contraire à l'attente de l'exploitant ou de l'utilisateur et dépasse le niveau d'émission toléré par la loi ou envisagé par les spécifications techniques (par exemple, fuite de réservoir ou de conduite d'hydrocarbures ou de gaz).

ronnement justifie qu'on les considère de façon plus approfondie, de même que le bruit, une forme de nuisance proche du déchet.

e) Deux dispositions spécifiques, en rapport plus direct avec la protection de l'environnement, méritent une mention spéciale: la *loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire*, responsabilité pour risques liés aux dangers particuliers que présente la radioactivité, et les dispositions sur la *responsabilité en cas de pollution des eaux* qui se définit par rapport à un milieu particulier jugé digne d'une protection spéciale. Parmi les responsabilités pour risques, on mentionnera également celles relatives au transport de produits ou de déchets dangereux.

a) *Atteintes à l'environnement résultant de l'usage d'un immeuble*

C'est dans ce domaine que l'on trouve la réglementation la plus complète sur la responsabilité pour les atteintes portées à l'environnement. Elle vise aussi bien les pollutions accidentelles que les pollutions permanentes résultant d'une activité licite. Elle est fondée sur deux types de normes: l'article 679 CCS qui sanctionne les excès du propriétaire interdits par l'article 684 CCS et l'article 58 CO qui institue une responsabilité particulière pour les défauts de construction ou d'entretien des bâtiments.

aa) Articles 679 et 684 CCS

L'article 684 CCS pose en principe que le propriétaire doit s'abstenir, dans l'exercice de son droit spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de tout excès au détriment du voisinage. L'article 679 CCS qui en est le bras armé, permet à celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit de demander la *cessation du trouble*, la *remise des choses en état* ou des *mesures destinées à écarter le danger*, le tout sans préjudice de dommages-intérêts. Conçus comme des dispositions destinées à protéger la propriété en tant que telle, les articles 679 et 684 CCS ont de ce fait une importance primordiale en matière de responsabilité pour les atteintes à l'environnement qui ont un rapport étroit avec l'existence d'un fonds¹¹⁴. Ils ont été souvent appliqués à des

¹¹⁴ Sur l'origine de ces dispositions, voir notamment, MEIER-HAYOZ, SUR, p. 406; le même: Technische Entwicklung und Fortbildung des privatrecht-

pollutions caractérisées (empoisonnement des eaux, émanations nocives d'entreprises industrielles, bruit)¹¹⁵.

L'article 679 CCS instaure, selon le Tribunal fédéral, «une responsabilité objective, causale, indépendante de la faute, dans le domaine du droit de voisinage»¹¹⁶. La notion de voisin est large. Elle comprend le propriétaire ainsi que le titulaire d'un autre droit réel, les fermiers et locataires qui subissent un préjudice du fait que le propriétaire, le fermier ou le locataire ou titulaire d'un autre droit réel sur un autre fonds excède son droit de propriété. On appréciera la notion de voisin en fonction de l'ensemble des circonstances car elle n'est pas restreinte aux fonds contigus ou sis dans un périmètre déterminé¹¹⁷. Il suffit que l'excès sanctionné résulte de l'usage ou de l'exploitation du fonds. Il devrait en découler que les occupants successifs du fonds polluant sont tous responsables du dommage causé au fonds voisin lorsque l'excès se poursuit pendant plusieurs années.

Alors que le cercle des responsables a été étendu par la jurisprudence, le texte de loi ne visant que le propriétaire, le cercle des bénéficiaires ou personnes ayant la qualité pour agir a été restreint. La loi permet en effet à «celui qui est atteint ou menacé d'un dommage...» d'intenter une action en cessation du trouble, en dommages-intérêts ou en prévention du dommage. Or la doctrine et la jurisprudence n'admettent que la qualité pour agir de ceux qui ont avec le fonds une relation «qui ne soit pas uniquement fortuite et momentanée»¹¹⁸. L'action en responsabilité n'appartient dès lors qu'à celui qui est entravé dans l'utilisation, la jouissance ou l'exploitation d'un fonds voisin (même si ce voisinage est pris dans une acception large). On peut se demander si cette restriction purement jurisprudentielle se justifie encore (si ce n'est pour exclure le passant) face à l'évolution des connaissances en matière de diffusion des pollutions.

La même responsabilité incombe à la collectivité publique pour un usage contraire au droit (abusif) du domaine public¹¹⁹, avec, toutefois, des restrictions aux possibilités d'action lorsque

lichen Immissionsschutzes, Festschrift zum Zentenarium des schweizerischen Juristenvereins 1861–1961, p. 35 et ss.

¹¹⁵ Voir notamment les ATF 83 II 384; 88 II 10; 91 II 183; 104 II 15 (JT 1978 I 599); 109 II 305.

¹¹⁶ ATF 109 II 308.

¹¹⁷ Ibid., p. 309.

¹¹⁸ JT 1978 I 603.

¹¹⁹ ATF 91 II 183 (JT 1966 p. 156).

l'auteur du dommage agit dans l'intérêt public: le lésé ne peut que réclamer une indemnité pour expropriation de ses droits ¹²⁰.

L'avantage principal du système découlant des articles 679 et 684 CCS réside dans la possibilité de faire assumer au pollueur propriétaire du fonds voisin les coûts de prévention du dommage en exigeant la suppression de sa cause sur le fonds qui en est à l'origine ¹²¹. Dans la mesure où les prestations qui peuvent être exigées du pollueur vont au-delà de la définition stricte du dommage admis par les autres dispositions sur la responsabilité ¹²², l'article 679 CCS réalise, plus que toute autre disposition, le principe pollueur-payeur. En outre, l'article 679 CCS permet d'aller au-delà de la prise en charge de mesures protectrices ou de la réparation des dommages puisqu'il permet une action en cessation totale du trouble. Certes, cette solution est considérée comme l'ultima ratio et ne pourrait être ordonnée que si aucune autre solution n'est envisageable ¹²³. Cette possibilité est toutefois le complément nécessaire pour faire assumer au pollueur l'ensemble des coûts en rapport avec le caractère nuisible d'une activité ¹²⁴. Elle est complétée en cela par une action en prévention qui peut aboutir à la modification d'un projet mais également à son abandon ¹²⁵.

L'article 684 CCS ne repose pas sur une interdiction de principe des atteintes mais bien sur une large liberté du propriétaire dans l'usage de son fonds même lorsque cela comporte des effets dommageables sur le fonds voisin. Seuls les excès sont interdits.

¹²⁰ Voir notamment ATF 106 Ib 244.

¹²¹ ATF 107 II 134 (JT 1982 p. 464 et ss); quant à la remise en état du fonds lésé et aux mesures de prévention que le propriétaire de ce dernier peut être amené à prendre lui-même, elles paraissent englobées dans la notion de dommages-intérêts ce qui impliquerait des solutions différentes en matière de prescription; toutefois, lorsqu'il y a atteinte directe à la substance du fonds, le propriétaire bénéficie également de l'article 641 alinéa 2 CCS, action réelle négatoire imprescriptible: voir sur ces questions ATF 81 II 446 et ss, 111 II 24 (JT 1986 p. 164), et sur la portée générale de l'article 641 en matière de protection de l'environnement MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 641, N 62, p. 254; ATF 61 II 329, 99 II 28, 100 II 124 et 103 II 96.

¹²² Pour la définition du dommage, voir chap. III, 2), b), p. 409 et ss.

¹²³ Sur cette question voir MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 679, N 120 et ss; le même, SUR, p. 426 et la jurisprudence citée, ainsi que: Mélanges pour le centenaire de la SSJ, p. 45.

¹²⁴ On pourra évoquer dans ce contexte les coûts de démantèlement des centrales nucléaires qui constituent un élément important en rapport avec l'exploitation de ces centrales (sur cette question voir RAUSCH, Schweizerisches Atomenergiegesetz, Zürich 1980, p. 165 et ss).

¹²⁵ MEIER-HAYOZ, SUR, p. 426 et ss; Berner Kommentar, N 215 et ss, p. 236-7.

Il appartient donc au lésé d'établir *l'existence d'un excès ou d'un danger imminent* pour son fonds ainsi que les conséquences dommageables qui en résulteraient. La détermination de cette notion constitue le point délicat de ces dispositions. Il n'est pas nécessaire que le trouble soit à proprement parler, domma-geable, il peut être seulement incommodant ¹²⁶. Outre les immissions corporelles on tiendra également compte des éléments immatériels ¹²⁷. L'excès sera défini par rapport à l'usage local, la situation des immeubles et leur nature et en fonction des «impressions d'un homme normal» ¹²⁸. Jusqu'ici le Tribunal fédéral ne s'estimait pas tenu de tolérer une immission excessive parce qu'elle correspondait aux normes de la zone définie par le droit public ¹²⁹. On peut se demander si cette indépendance résistera à la création d'un système complexe de valeurs limites, dans le cadre de la législation sur la protection de l'environnement ¹³⁰.

Si la définition de la zone ne lie pas le juge, notamment en cas d'augmentation des immissions existantes ¹³¹, elle joue un rôle important dans l'appréciation des conditions locales ¹³². Abstraction faite de la définition des zones, l'usage local est déterminant pour la définition de l'excès. Apprécié *in concreto*, il pourrait aboutir à justifier des pollutions résultant de l'activité ordinaire du pollueur lorsque celle-ci n'apparaît pas d'emblée

¹²⁶ MEIER-HAYOZ, SUR p. 416 et la jurisprudence citée.

¹²⁷ ATF 42 II 452; 84 II 85 (JT 1958 p. 258); MEIER-HAYOZ, SUR, p. 409; sous réserve toutefois des immissions dites négatives (MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 684, N 50 et ss; SUR, p. 412; STEINAUER, Le droit au soleil, in: L'homme dans son environnement, Fribourg 1980, p. 259).

¹²⁸ MEIER-HAYOZ, SUR, p. 416 et ss et les arrêts cités.

¹²⁹ Ibid., p. 419-20; JT 1958, p. 199.

¹³⁰ MEIER-HAYOZ, (Mélanges, p. 54 et ss); les mesures de droit public sont surtout importantes en présence de pollutions résultant de sources multiples avec effet cumulatif, alors que la protection du droit privé et l'appréciation concrète de l'excès assurent un complément nécessaire à la mise en œuvre de la protection de l'environnement lorsque la volonté de la collectivité publique fait défaut (p. 56).

¹³¹ ATF 83 II 384 (JT 1958 p. 199); les immissions préexistantes à la venue du voisin n'excluent pas l'application des art. 679 et 684 CCS: MEIER-HAYOZ, SUR, p. 423; MERZ, Fluglärm bekämpfung in der Praxis, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, p. 196-7.

¹³² STARK, Außervertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, N 803 et ss p. 164; selon MEIER-HAYOZ (SUR, p. 419-20), les cantons peuvent renforcer la protection octroyée par l'article 684 CCS en fixant des exigences plus strictes pour certaines nuisances (ég. Berner Kommentar, ad art. 684, N 111 et ss, p. 207 et ss); les critères de droit public sont en outre analogues à ceux qui définissent l'excès (DEP 1989, p. 32).

insupportable pour un «homme normal»¹³³ et se déroule dans une zone où une telle activité est usuelle, voire préconisée par la loi. En revanche l'existence de nuisances déjà excessives, même justifiées par un intérêt public (en particulier la présence de routes), ne saurait justifier l'addition de nouvelles nuisances¹³⁴.

L'autorisation administrative n'est pas davantage un critère déterminant pour apprécier l'excès¹³⁵. Les normes limites d'émissions ne sauraient donc être traitées comme des «autorisations de polluer» qui excluraient l'existence d'un excès au-dessous de ces limites. En revanche on peut se demander dans quelle mesure ces normes influenceront le choix entre les sanctions prévues par l'article 679 CCS, et en particulier la possibilité de s'opposer à une installation polluante qui ne dépasserait pas les valeurs limites (action en prévention du trouble)¹³⁶ ou d'exiger des mesures de protection allant au-delà de celles exigibles dans le cadre des valeurs de droit public (action en réduction du trouble)¹³⁷. Seule demeurerait réservée dans tous

¹³³ La caractéristique de certaines pollutions, notamment chimiques, dont les effets se manifestent indirectement et à long terme, est précisément de ne pas apparaître d'emblée comme une atteinte grave à un élément précis de l'environnement; voir notamment sur ce point le numéro spécial de la RJE 1987 consacré aux pesticides en droit comparé: LUTZENBERGER, p. 133 et ss, ainsi que les exemples cités par FINDLEY et JÜRGENSMEIER, La législation sur les pesticides aux Etats-Unis, p. 179 et ss, 190.

¹³⁴ On songera en particulier aux pollutions résultant de l'usage de pesticides et engrais en zone agricole lorsqu'ils ont des effets à long terme sur les fonds voisins (ci-dessus note 133) et à la pollution de l'air par les chauffages à combustibles fossiles; en revanche l'intérêt économique du pollueur ne sera pas pris en compte: MEIER-HAYOZ, SUR, p. 420; Berner Kommentar, N 129 et ss, p. 212 et ss; sur l'addition de nuisances, voir MERZ, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, p. 198 et ss.

¹³⁵ Cette conclusion s'impose si l'on considère les critères développés par le Tribunal fédéral sur les règlements de zone (ci-dessus note 131) et, surtout, l'extension jurisprudentielle des principes de l'article 679 CCS au cas des «excès inévitables» en particulier dans le cadre des chantiers de construction (voir sur cette question TERCIER, Construction et protection contre les nuisances, in: L'homme dans son environnement, p. 281 et ss, 301-2; ATF 114 II 332).

¹³⁶ Les valeurs limites ne peuvent dans la plupart des cas tenir compte des effets à long terme dus à l'accumulation ou à la synergie; elles supposent en outre en tout cas que la source de nuisance est admise. Le voisin aurait donc un intérêt particulier à invoquer les normes sur le voisinage pour faire valoir ses arguments en faveur d'une interdiction de l'activité.

¹³⁷ On touche ici à l'incidence du principe de proportionnalité sur l'application de l'article 679 CCS: le problème de la nécessité technique (inexistence de techniques plus efficaces) ou économique (qui présentent sur ce point une différence de degré et non de nature) a joué un rôle important dans la

les cas la possibilité de demander des dommages-intérêts¹³⁸. A la différence du droit public qui n'attache aucune conséquence particulière aux atteintes inférieures aux valeurs limites les plus basses, le système des articles 679 et 684 CCS permet d'imposer une obligation de réparation même pour ce qui est considéré comme «inévitables» ou qui ne peut être empêché pour des raisons techniques, économiques ou d'intérêt public¹³⁹. De ce point de vue, le caractère complémentaire de la responsabilité par rapport aux normes de droit public dans l'application du principe pollueur-payeur apparaît clairement.

bb) Article 58 CO

L'article 58 CO instaure une responsabilité objective à charge du propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage pour les dommages causés par les vices de construction ou les défauts d'entretien. Cette responsabilité résulte de considérations d'équité, la réalisation du dommage supposant le plus souvent un manque de diligence. Le propriétaire ne bénéficie pas d'une preuve libératoire, même lorsque le dommage est dû à la faute d'un tiers ou au hasard¹⁴⁰. De même que pour les articles 679 et 684 CCS, la responsabilité est ici liée à l'existence d'un immeuble, source de dommage. Les ouvrages au sens de cette disposition ne sauraient être des choses mobilières¹⁴¹. A la

réglementation de droit public sur les nuisances (voir SCHRADE, *Kommentar LPE*, ad art. 11, N 8, p. 5) jusqu'à susciter l'introduction d'une disposition spéciale à l'article 11 alinéa 2 LPE (sur sa portée, voir SCHRADE, *ibid.*, N. 30, p. 19 et ss).

¹³⁸ Cette possibilité existe même pour les excès dits «inévitables» et pour ceux justifiés par l'intérêt public, qui ne peuvent donner lieu qu'à expropriation: TERCIER, *op. cit.*, p. 302 et ss et la jurisprudence et la doctrine citée; MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, ad art. 679, N 148 et ss, ad art. 684, N 220 et ss, p. 238 et ss et N 244 et ss, p. 244 et ss.

¹³⁹ MEIER-HAYOZ, *SUR*, p. 427; TERCIER, *op. cit.*, p. 303; ATF 111 Ib 15 (JT 1987 p. 631) et 233 (JT 1987 p. 642); 94 I 286 (JT 1969 p. 390); 93 I 295 (JT 1968 p. 511); 91 II 100 (JT 1965 p. 590); 83 II 538 (JT 1958 p. 515).

¹⁴⁰ Sur la portée et les conditions de cette responsabilité voir DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, Berne 1975, par. 12 p. 119 et ss; STARK, *op. cit.*, N 702 et ss, p. 145 et ss; OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1*, Zürich 1987, par. 19, p. 162 et ss; KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, 4. Aufl., Bern 1979, p. 139 et ss.

¹⁴¹ DESCHENAUX/TERCIER, *op. cit.*, p. 123; STARK, *op. cit.*, N 707 et ss, p. 146–7; sur l'exigence de stabilité de l'ouvrage OFTINGER/STARK, *op. cit.*, N 40 et ss, p. 188 et ss.

différence cependant des dispositions du code civil, l'immeuble doit avoir subi une modification de la main de l'homme pour pouvoir être source de responsabilité ¹⁴².

Bon nombre de sources de pollution peuvent entrer en considération pour l'application de l'article 58 CO. Dès l'instant où les atteintes sont liées à une exploitation ¹⁴³ ayant des installations fixes son application peut être concomitante à celle de l'article 679 ¹⁴⁴. A la différence de cette disposition l'article 58 CO, s'il ne suppose pas de faute de l'auteur, suppose toutefois un défaut de conception ou d'entretien de l'ouvrage, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il ne s'applique qu'aux pollutions accidentelles. Celles qui résultent de l'activité ordinaire d'une installation, et qui peuvent constituer également des excès du droit de propriété, ne seront toutefois prises en compte ici que si elles découlent de l'omission des mesures nécessaires pour les prévenir ou du mauvais entretien de l'installation ¹⁴⁵. La responsabilité pourra alors être engagée au-delà de ce que permet

¹⁴² DESCHENAUX/TERCIER, *op. cit.*, p. 123; OFTINGER/STARK, *op. cit.*, N 44 et ss, p. 191 et ss: c'est ainsi que les pistes de ski ne sont pas, sauf exceptions, des ouvrages, ni les arbres même si le défaut d'entretien de ceux-ci peut donner lieu à responsabilité (on réserve le cas où c'est le mode de plantation de l'arbre qui présente un défaut: STARK, *op. cit.*, N 716, p. 148; KELLER, *op. cit.*, p. 146); par opposition, les dispositions sur les rapports de voisinage peuvent donner lieu à responsabilité pour des empiètements qui ne sont dus qu'à des phénomènes naturels: voir art. 687, 689 CCS.

¹⁴³ Lorsque l'exploitant n'est pas propriétaire du bâtiment ou de l'installation, c'est le propriétaire et non l'exploitant qui pourra être mis en cause; le cercle des responsables est donc plus restreint que pour l'article 679 CCS: DESCHENAUX/TERCIER, p. 121; STARK, *op. cit.*, N 752 et ss, p. 155 et ss; KELLER, *op. cit.*, p. 141 et ss; ATF 91 II 281, dans lequel toutefois les principes posés paraissaient aller dans le sens d'une extension à celui qui est effectivement en mesure d'assurer l'entretien de l'ouvrage (p. 284).

¹⁴⁴ Sur les rapports entre les deux dispositions voir MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, ad art. 679, N 20 et ss, p. 352 et ss; OFTINGER/STARK, *op. cit.*, N 15 et ss, p. 170 et ss; KELLER, *op. cit.*, p. 141; ATF 91 II 474 (JT 1966, p. 551).

¹⁴⁵ «Pour juger si un ouvrage souffre d'un vice de construction, il faut se référer au but qui lui est assigné, car il n'a pas à être adapté à un usage contraire à sa destination... Le propriétaire n'est certes pas tenu de prendre des mesures de précaution contre n'importe quel risque; il doit seulement parer au danger qui résulte de la nature et de l'emploi normal de l'ouvrage...» (ATF 106 II 210). Il n'y aura responsabilité que si les mesures d'entretien nécessaires pouvaient raisonnablement être exigées, en tenant compte aussi de leur coût (STARK, *op. cit.*, N 745, p. 153); la violation d'un devoir de diligence est sous-entendue (OFTINGER/STARK, *op. cit.*, N 62, p. 198 et ss); é.g. KELLER, *op. cit.*, p. 148 et ss; voir é.g. les remarques de STARK concernant la pollution des eaux que l'on peut étendre aux autres pollutions; RDS 1967 II 122.

l'article 679 CCS, par exemple lorsque les victimes ne font pas partie du voisinage (passants, travailleurs ou clients d'une entreprise voisine)¹⁴⁶.

Comme pour les dispositions protégeant le voisinage, l'existence d'une autorisation et d'un contrôle administratif (ou le fait que l'ouvrage soit d'utilité publique) ne constituent pas en soi des motifs d'exemption¹⁴⁷. Toutefois, cette question pourra s'avérer délicate lorsque une autorité administrative aura défini les mesures de protection et d'entretien que l'on peut raisonnablement exiger du propriétaire en vertu du principe de la proportionnalité, lorsque les mesures techniques auront été définies par la loi (ainsi, dans le cadre des ordonnances d'application de la LPE) ou lorsqu'une étude d'impact aura précédé la construction¹⁴⁸.

S'il est probable qu'une telle approbation ne suffira pas lorsqu'un défaut de conception ou de construction aura entraîné un accident, cette solution aura peut-être plus de peine

¹⁴⁶ Le propriétaire doit prendre en considération également les risques qu'il fait courir au public, voire à des tiers qui sont entrés en contact avec l'ouvrage de façon illicite (OFTINGER/STARK, op. cit., N 70, p. 203 qui mettent cette obligation en relation avec celle de prendre les mesures nécessaires en cas de création d'un état de fait dangereux: p. 204 et les références citées).

¹⁴⁷ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 127; STARK, op. cit., N 746 et ss, p. 153; OFTINGER/STARK, op. cit., N 75 et ss, p. 207 et ss qui se réfèrent également à l'insuffisance des mesures usuelles ainsi qu'à l'incidence des règles de nature technique.

¹⁴⁸ Voir notamment les critères de l'ATF 106 II 210 (ci-dessus note 145); sur la notion de «Zumutbarkeit» (proportionnalité économique à laquelle doivent correspondre les mesures) voir notamment KELLER, op. cit., p. 149 et ss; «Le coût des mesures à prendre doit demeurer dans un rapport supportable avec le besoin de protection des usagers et du public ainsi qu'avec le but et l'utilité de l'ouvrage. A tout le moins le propriétaire doit-il signaler les dangers» (DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 127). Le cas échéant, toutefois, le propriétaire qui ne peut pour des raisons techniques ou financières prendre les mesures nécessaires à éviter des dangers prévisibles devrait mettre l'ouvrage «hors circulation» (OFTINGER/STARK, op. cit., N 79, p. 209): cette obligation pourrait-elle aller jusqu'à la mise hors service d'une installation polluante? D'autres questions peuvent se poser lorsque, par exemple, des plans contre les catastrophes conformes à l'art. 10 LPE ont été adoptés ou lorsque des mesures d'assainissement ont été ordonnées conformément à l'art. 16 LPE, ou encore lorsque, dans le cadre de l'art. 9 LPE, une partie des mesures envisagées par l'étude d'impact ont été écartées soit à cause de leur coût soit parce que, selon un calcul de probabilité, un accident de cette nature était par trop improbable? Si des nuisances se produisent néanmoins, peut-on admettre une conception défectueuse de l'installation?

à s'imposer lorsque la pollution résulte de l'usage régulier de l'installation.

L'article 58 CO est complété par l'*article 59 CO* prévoyant des mesures préventives. Cette disposition devrait permettre, en cas de menace de pollution provenant de l'installation d'autrui, une action tendant à des mesures «nécessaires pour écarter le danger». Si de telles mesures ont été accordées en présence d'un dommage qui menaçait de se reproduire, il ne semble pas que l'article 59 CO ait été jamais invoqué de façon réellement préventive¹⁴⁹. Son interprétation restrictive est sans doute de nature à lui faire préférer les mesures en prévention ou en cessation du trouble de l'article 679 CCS, la personne menacée appartenant le plus souvent au voisinage¹⁵⁰.

b) Atteintes à l'environnement résultant d'une activité polluante

Mis à part les cas de responsabilité pour risques ayant fait l'objet d'une réglementation spécifique exclusive (ci-dessous ad litt. e), les activités polluantes, qu'elles soient privées, agricoles ou industrielles, sont soumises aux dispositions générales sur la responsabilité aquilienne des articles 41 et ss CO. Une distinction devra toutefois être opérée entre les activités qui supposent des installations fixes et celles qui consistent dans le transport de marchandises ou de personnes.

aa) Activité polluante se déroulant dans des installations fixes

Tel est le cas pour la plupart des activités industrielles, mais également pour l'agriculture et un certain nombre d'activités de loisirs qui impliquent soit l'usage de produits pouvant s'avérer polluants (jardinage, entretien de terrains de sport)¹⁵¹, soit des

¹⁴⁹ Le Tribunal fédéral a admis l'application de cette disposition lorsqu'un dommage causé par un ouvrage défectueux menaçait de se reproduire (ATF 100 II 142) mais, sans que les motifs de cette restriction s'imposent à l'évidence, il a restreint l'application de l'art. 59 aux mesures d'*urgence* en cas de dommage imminent (ATF 98 II 324).

¹⁵⁰ Le problème demeure posé pour les «usagers» du voisinage d'une entreprise polluante comme les travailleurs d'une entreprise ou les élèves d'une école voisine.

¹⁵¹ Pour les loisirs en rapport avec le milieu aquatique on envisagera avant tout le risque de pollution de l'eau (ci-dessous litt. e); pour les dangers liés à l'usage de produits spécifiques, voir litt. c), p. 485.

émissions de bruit, soit des rejets nocifs (combustion d'hydrocarbures, notamment). Dans tous ces cas, l'existence d'un fonds, d'un bâtiment, d'un ouvrage est inhérente à l'activité. Dès lors les articles 679 CCS et 58 CO s'appliquent à l'exclusion de la responsabilité aquilienne¹⁵². Il est d'ailleurs peu probable que le lésé recourt à l'article 41 CO s'il peut se mettre au bénéfice des conditions plus avantageuses des articles 679 CCS et 58 CO qui instaurent une responsabilité sans faute¹⁵³. La responsabilité fondée sur l'article 41 CO ne pourrait être envisagée que dans l'hypothèse où l'une des conditions d'application des dispositions spéciales ferait défaut¹⁵⁴. On peut ainsi l'envisager pour un état de fait relevant de l'article 58 CO lorsque l'on recherche le propriétaire antérieur d'un ouvrage défectueux¹⁵⁵ pour des dommages résultant d'une pollution à long terme, si l'art. 679 CCS n'est pas applicable.

Même si on ne l'envisage que de façon restreinte, l'application de l'article 41 CO présente un intérêt dans la mesure où les problèmes qu'elle pose ont une portée très générale. En outre il s'agit de la source générale subsidiaire de responsabilité qui s'applique en l'absence de réglementation spécifique¹⁵⁶. Elle suppose la réalisation de quatre conditions: existence d'un *acte illicite*, d'une *faute* et d'un *dommage*, *rapport de causalité* naturelle et adéquate entre le dommage et l'acte illicite¹⁵⁷. On peut considérer que deux d'entre elles sont les conditions générales de toute responsabilité: le dommage et le rapport de causalité, alors que les deux autres sont plus spécifiques de la responsabilité aquilienne¹⁵⁸ ou même que seule l'exigence d'une faute caractérise cette responsabilité. Un certain nombre de condi-

¹⁵² Pour l'art. 679 CCS, voir MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 679, N 12, p. 351; d'un autre avis, KELLER, op. cit., p. 160, sur la base d'un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 91 II 189–90) qui paraît admettre l'application concomitante, bien que sans examiner en l'espèce les conditions d'application de l'art. 41 CO; pour l'art. 58 CO, voir OFTINGER/STARK, op. cit., par. 19, N 21 et ss, p. 174.

¹⁵³ KELLER, op. cit., p. 160.

¹⁵⁴ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 679, N 13, p. 351; OFTINGER/STARK, op. cit., N 22, p. 174.

¹⁵⁵ OFTINGER/STARK, op. cit., N 26, p. 177; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 121.

¹⁵⁶ Sur les conditions générales d'application de l'art. 41 CO, voir STARK, op. cit., par. 6, N 439 et ss, p. 99 et ss, et les auteurs cités; OFTINGER/STARK, op. cit., par. 16, p. 2 et ss.

¹⁵⁷ STARK, op. cit., N 440, p. 99 et les auteurs cités.

¹⁵⁸ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 68.

tions préalables des responsabilités spéciales (excès, risques, défauts) prennent en effet, dans l'analyse des autres dispositions applicables, la place de l'acte illicite dans l'analyse de l'article 41 CO. C'est en outre l'exigence d'une faute qui va susciter des difficultés particulières dans la plupart des cas de pollution, dans la mesure où les manquements incriminés concernent des actions complexes, de longue durée, se produisant à l'intérieur d'entreprises ou dans le cadre d'activités organisées¹⁵⁹. Si l'on excepte ce point, l'analyse des conditions d'application de l'article 41 CO aux pollutions met en évidence l'ensemble des problèmes généraux que pose la responsabilité pour atteintes à l'environnement. Il se justifie donc de reprendre cette question en détail dans une optique plus globale (ci-dessous ad ch. 2).

bb) La pollution résultant du transport de marchandises

L'actualité se charge avec fréquence de rappeler que le transport de marchandises comporte des risques nombreux pour l'environnement. Dans les catégories des *risques d'accidents*, la combinaison gagnante est sans doute le transport maritime joint aux hydrocarbures¹⁶⁰, mais les transports terrestres fournissent également quelques exemples de pollution réussie¹⁶¹. Il ne semble pas en revanche que les dommages résultant de l'usage normal des véhicules ait jamais donné lieu à responsabilité¹⁶². De ce point de vue, on peut se demander si les véhicules en fonctionnement normal ne sont pas assimilés à des installations pour les nuisances qu'ils causent. Si cette assimilation est

¹⁵⁹ Il existe sur ce point une similitude avec les problèmes que pose la responsabilité du fait des produits: PETITPIERRE, La responsabilité du fait des produits, Genève 1974, p. 134 et ss.

¹⁶⁰ Parmi les plus célèbres bateaux-pollueurs, le Zoé Colocotroni (voir sur cette affaire RÉMOND-GOUILLOU, Le prix de la nature, in: L'homme, la nature et le droit, p. 208 et ss; ég. Recueil Dalloz, 1982, 5^e cahier), le Torrey Canyon, l'Amocco Cadix, le World-Mead (voir sur ces affaires, BONASSIES, La responsabilité pour pollution en droit maritime, in: Droit de l'environnement marin, p. 291 et ss); plus récemment, l'accident survenu en mars 1989 en Alaska à l'Exxon Valdez.

¹⁶¹ Voir de façon générale, sur la pollution des eaux, OFTINGER, RSJ 1972, p. 104, ég. ZBl 1987, p. 301 et ss; ATF 105 Ib 262.

¹⁶² Au nombre de ceux-ci, on compte la pollution de l'air par les résidus de combustion d'hydrocarbures, mais également la pollution de l'eau et du sol par les métaux lourds contenus dans les gaz d'échappement des véhicules, ainsi que la pollution des eaux par les bateaux à moteur. Enfin, le bruit est à compter également au nombre de ces pollutions.

refusée en ce qui concerne l'application de l'article 679 CCS qui suppose un immeuble¹⁶³ et dans le cadre de l'article 58 CO qui exige une installation fixée au sol, elle est admise pour les dispositions sur la pollution des eaux sauf exceptions figurant à l'article 36, alinéa 6 LPEP¹⁶⁴. Toute distinction dans ce domaine perd toutefois son intérêt si les dispositions spéciales sur la responsabilité des détenteurs de véhicules et exploitants d'entreprises de transport s'appliquent à tous les dommages causés par un véhicule en marche y compris ceux qui résultent du caractère nuisible de leur cargaison ou de leur carburant.

En ce qui concerne les véhicules automobiles, l'article 58 LCR prévoit une responsabilité causale du détenteur de véhicule pour les dommages causés aux personnes ou aux biens de tiers, en rapport avec l'emploi de ce véhicule. Cette responsabilité est conçue en fonction du danger particulier que crée le véhicule. Son emploi est dès lors considéré comme à l'origine du dommage et la cause de ce dernier réside dans une manifestation concrète de ce danger¹⁶⁵, en particulier de celui lié à sa *vitesse de déplacement*¹⁶⁶. La responsabilité du détenteur pour les *pollutions résultant d'accidents* ne devrait à cet égard pas faire de doute¹⁶⁷. Bien que niée dans l'ATF 82 II 46, dans lequel le contenu d'un camion s'était écoulé sur la route et avait gelé, provoquant un accident du véhicule suivant, la responsabilité du détenteur pour les dommages résultant d'un épandage de la cargaison sans accident routier devraient être admise, notamment en matière de pollution des eaux. L'article 36 alinéa 6 LPEP réserve en effet l'application de la LCR pour les pollutions des eaux résultant de faits qui tombent «sous le coup» de cette loi. Cela pourrait ne viser que les accidents, laissant

¹⁶³ L'application par analogie de l'art. 679 CCS au détenteur d'un véhicule, admise par une jurisprudence cantonale en 1940, a fait l'objet d'une réprobation générale: voir WIDMER, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, RSJB 1974, p. 289 et ss; ég. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 679, N 37, p. 357.

¹⁶⁴ OFTINGER, RSJ 1972, p. 104; LOREZ-WIEGAND, op. cit., p. 70 et ss.

¹⁶⁵ OFTINGER/STARK, op. cit., Bd. II/2, Zürich 1989, par. 25, p. 148 et ss.

¹⁶⁶ ATF 82 II 46.

¹⁶⁷ La nécessité d'augmenter l'assurance responsabilité civile en cas de transport de marchandises dangereuses (art. 25 de l'ordonnance relative au transport des marchandises dangereuses par route (*SDR*) implique une responsabilité générale pour les dangers relatifs à la marchandise; le risque de déversement d'une substance polluante en cas d'accident est sans doute l'un des risques découlant de l'emploi d'un véhicule avec ses dangers spécifiques: KELLER, op. cit., p. 234; STARK RDS 1967 II 133 note 56 (par opposition à la pollution normale du véhicule) et p. 155.

l'article 36 LPEP s'appliquer aux autres pollutions¹⁶⁸. Mais l'ordonnance relative au transport des marchandises dangereuses qui ne constitue qu'une mesure d'application de la LCR porte également sur les mesures à prendre lors de transvasages de liquide entre véhicules et, de façon très générale, sur le risque d'«épandage». Il est donc plus probable qu'il faille considérer le renvoi de l'article 36 alinéa 6 LPEP comme impliquant la conviction du législateur que la responsabilité du détenteur de véhicules était engagée chaque fois que l'emploi d'un véhicule entraînait une pollution des eaux. Les termes de l'article 58 LCR n'impliquent toutefois pas qu'il se limite à la pollution des eaux et les atteintes au sol ou aux cultures voisines des routes devraient également être visées par cette disposition.

Les dommages causés par un emploi normal du véhicule seraient donc couverts par l'article 58 LCR dans la mesure où c'est le fait d'avoir *transporté* une substance qui est à l'origine de la pollution. En revanche, l'application de cette disposition, liée aux risques du déplacement et de la vitesse, à *ceux inhérents à la combustion d'hydrocarbures*, c'est-à-dire aux déchets rejetés par le fonctionnement du moteur ou à son bruit, ne paraît pas avoir été envisagée¹⁶⁹.

Les mêmes remarques peuvent être faites pour les autres responsabilités liées à l'emploi de véhicules, soit celles du transporteur aérien et celles de l'exploitant de chemins de fer, même si les normes ne sont pas identiques¹⁷⁰. Il s'agit de responsabilités pour risques¹⁷¹ dans lesquels les *risques spécifiques* sont ceux liés au *déplacement rapide d'une masse*¹⁷². Dès l'instant où l'un de

¹⁶⁸ Voir ATF 105 Ib 262.

¹⁶⁹ Un argument dans ce sens pourrait résulter du fait que la LCR ne se préoccupe pas seulement des risques liés aux «mouvements» du véhicule mais également des effets nuisibles ou incommodants qui résultent de l'emploi du véhicule (art. 8 al. 2 LCR); (voir sur l'importance de la LCR dans ce domaine RAUSCH, op. cit., p. 46 et ss); la conception généralement admise est toutefois que la réalisation du risque visé par l'article 58 LCR est une *condition de la responsabilité* et que ce risque est uniquement celui provenant de l'«autopropulsion rapide d'un véhicule» (DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., par. 15, p. 153).

¹⁷⁰ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., par. 16, p. 161 et ss; par. 17, p. 174 et ss; KELLER, op. cit., p. 186 et ss; 213 et ss; ég. MÜLLER, Ansprüche aus Fluglärmmmissionen in der Umgebung von Flughäfen in der Schweiz, Bern 1971, en particulier p. 99 et ss.

¹⁷¹ Sur les caractéristiques communes des responsabilités pour risques, voir STARK, N 950 et ss, p. 196 et ss; ég. GASSMAN-BURDIN, Energiehaftung, Zürich 1988, p. 34 et ss.

¹⁷² KELLER, op. cit., p. 213.

ces risques se réalise, la responsabilité de celui qui le crée est engagée même s'il a pris toutes les précautions raisonnables en rapport avec son activité.

Les responsabilités pour risque sont toujours expressément prévues par le législateur et liées à un risque déterminé, défini par la loi ¹⁷³. Un tel risque a été identifié dans le transport par conduites d'hydrocarbures et de gaz. La responsabilité est liée à l'exploitation ainsi qu'au défaut ou à la manipulation défectueuse de telles conduites (art. 33 al. 1 LITC). Elle concerne aussi bien le fonctionnement normal des conduites que l'accident. Bien que le risque défini comporte l'idée sous-jacente que le déplacement du liquide ou du gaz crée des dangers particuliers, on se trouve en fait dans une situation plus proche de la responsabilité pour le fonctionnement d'une installation fixe ¹⁷⁴, la conduite de gaz ou d'hydrocarbures présentant des caractéristiques de fixité proches de celles exigées pour l'application de l'article 58 CO. La responsabilité est toutefois engagée même en l'absence de défauts dès l'instant où le préjudice résulte de la réalisation du risque spécifique, soit le transport de combustibles et de carburants dont la masse ¹⁷⁵ et les propriétés (caractère inflammable, mais aussi polluant) ¹⁷⁶ sont de nature à provoquer d'importants dégâts ¹⁷⁷. Les conditions d'exonération sont restreintes ¹⁷⁸.

La responsabilité de l'exploitant (ou du propriétaire) d'installations de transport par conduites est très proche de celle de l'exploitant d'une centrale nucléaire (ci-dessous litt. e). Il s'agit d'activités dangereuses à la fois pour les personnes et pour l'environnement. Il ne semble toutefois pas que le législateur ait réellement envisagé ce dernier comme pouvant être la «victime» directe d'une atteinte dans le cadre de la LITC. En effet, l'art. 33 al. 1 ne définit les dommages que par rapport aux individus touchés: mort, atteintes à la santé, dommages matériels (c'est-à-dire aux biens ayant fait l'objet d'appropriation). Une

¹⁷³ STARK, op. cit., N 952 p. 196.

¹⁷⁴ DESCHENAUX et TERCIER rappellent d'ailleurs que c'est l'article 58 CO qui s'appliquait, avant l'entrée en vigueur de la LITC: op. cit., p. 180, par. 17.

¹⁷⁵ Les petites conduites ne sont pas visées par la loi: art. 1 al. 2 a; KELLER, op. cit., p. 267.

¹⁷⁶ Ibid., p. 266.

¹⁷⁷ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 181–2, par. 17; KELLER, op. cit., p. 266.

¹⁷⁸ Art. 33 al. 2: «l'exploitant ou le propriétaire est libéré de sa responsabilité civile s'il prouve que le dommage a été causé par des cataclysmes naturels de caractère exceptionnel, par des faits de guerre ou par une faute grave du lésé, sans aucune faute de sa part ni d'une personne dont il répond».

définition nouvelle du dommage, qui attribue plus de poids aux atteintes à l'environnement, modifierait toutefois également le «dommage matériel» prévu par cette disposition ¹⁷⁹.

La différence entre les responsabilités découlant de la LRCN et de la LITC résulte moins de la distinction entre transport et exploitation que de considérations tenant à l'origine du danger. La LRCN met l'accent sur le caractère dangereux des substances produites par l'exploitation (substances radioactives), qui suffit à justifier la responsabilité objective (le transport crée simplement un risque supplémentaire lié comme on l'a vu au déplacement d'une certaine masse). La LITC reste en revanche à la frontière de deux risques: elle tient compte du caractère dangereux du produit, mais sa seule détention ou extraction ne paraît pas justifier une responsabilité objective; il faut en outre des installations de transport, ce qui suppose que c'est un certain type de manipulation qui crée le danger visé par la loi ¹⁸⁰.

Ainsi, la responsabilité peut-elle glisser progressivement du risque lié au transport d'un produit à celui qui résulte de sa manipulation, voire de sa seule existence. Une responsabilité pour risque peut être fondée sur plusieurs risques ou, plutôt, sur une combinaison de risques. Si la réalisation du risque spécifiquement visé par la loi est une condition de l'application de la norme de responsabilité, cette imprécision dans la définition du risque peut nuire à l'efficacité de la norme ¹⁸¹, notamment dans son application à la pollution résultant d'activités ordinaires ¹⁸².

¹⁷⁹ La LRCN paraît viser plus large en ne qualifiant pas le dommage, mais n'échappe pas aux restrictions inhérentes à sa définition puisqu'elle se réfère au CO pour l'étendue de la réparation (ég. ch. III.2, b), p. 497).

¹⁸⁰ Le stockage de tels produits présente également des risques spécifiques qui sont partiellement pris en compte par l'art. 33 LITC puisque celui-ci prévoit une responsabilité pour les défauts ou la manipulation défectueuse d'une installation de transport «qui n'est pas en exploitation»; voir en outre, sur l'ensemble des problèmes de transport et de production, dans l'optique du principe pollueur-payeur, REHBINDER, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸¹ Sur la nécessité d'un risque bien défini par opposition à une responsabilité générale pour risque, voir STARK, RDS 1967 II 159 et ss; le même, *op. cit.*, N 960 a et ss, p. 197 et ss.

¹⁸² Il est caractéristique que, dans son analyse d'une responsabilité générale pour risque, STARK (RDS 1967 II 160 et ss) parle toujours d'«accident» pour la réalisation du risque, tout en précisant que la condition préalable de son analyse est l'acceptation par la société d'un certain nombre d'activités en soi dangereuses (p. 163 et ss); on rejoint ici l'opinion de BECK selon laquelle la société post-industrielle a «normalisé» le danger, notamment le danger pour l'environnement (*op. cit.*, p. 26, 120 et ss, 123).

c) Atteintes à l'environnement résultant de la mise en circulation et de l'utilisation de produits polluants

Le produit polluant n'est qu'un cas particulier du produit «dangereux» qui peut fonder la responsabilité du fabricant (ou de celui qui le met en circulation) d'un produit, ou celle de son utilisateur. Dans cette mesure, la responsabilité du pollueur ne sera qu'un cas d'application de la responsabilité du fait des produits¹⁸³. Il met toutefois en évidence un aspect particulier de cette question: l'existence de produits dangereux non défectueux¹⁸⁴. Cet aspect du problème est connu dans la responsabilité du fait des produits, mais parfois exclu de son champ d'examen car celle-ci ne constituerait pas une responsabilité pour risques mais bien pour l'existence d'un défaut imputable à la conception ou aux méthodes de fabrication du produit, voire à une utilisation inappropriée. Toutefois, la limite est difficile à tracer si le défaut d'avertissement est compté parmi les défauts susceptibles de fonder la responsabilité et s'il comprend l'obligation d'indiquer les précautions nécessaires à la manipulation de certains produits en fonction de leur nature même, lorsque l'utilisation appropriée est relativement complexe¹⁸⁵. Si les hydrocarbures, par exemple, ne sont en soi pas des produits défectueux, leurs effets sur la faune et la flore sont indiscutablement néfastes. De même, les engrais, même très «naturels» lorsqu'ils échappent à leurs fosses ou aux surfaces agricoles pour parvenir dans les eaux publiques. En matière de pollution, la notion de produit «dangereux» dépasse donc celle du produit défectueux, comme la notion de pollution dépasse celle de l'accident polluant.

On rencontrera néanmoins les mêmes problèmes dans l'application des dispositions sur la responsabilité aquilienne aux produits polluants qu'aux produits défectueux, en particulier

¹⁸³ Voir sur ce problème en général, PETITPIERRE, op. cit., notamment p. 11 et ss, 127 et ss pour le droit suisse ainsi que la doctrine citée: malgré une identification désormais indiscutable du problème, il n'a pas encore trouvé de solution spécifique en droit suisse.

¹⁸⁴ On considère généralement comme défectueux un produit présentant une propriété dangereuse qui «si elle était connue et appréciée comme telle par l'acquéreur ou l'utilisateur et par le distributeur honnête, entraînerait le refus du premier de l'accepter (ou de s'en servir), la renonciation du second à le mettre dans le commerce» (ibid., p. 18); sur les catégories de produits défectueux, ibid., p. 20 et ss.

¹⁸⁵ Ibid., p. 21 et les auteurs cités; on rejoint ici le risque résultant du fonctionnement d'installations particulières où ces manipulations ont lieu.

dans la recherche de la faute. En l'absence de normes découlant des risques particuliers de certaines activités, c'est cette responsabilité qui s'appliquera dans les deux cas ¹⁸⁶. Cependant, à la différence des produits défectueux, dont la diffusion et l'utilisation ne constituent un acte illicite que si elle aboutit à une atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou à la propriété, le produit polluant est *en principe* banni de la circulation. L'article 26 LPE prévoit en effet une interdiction de mettre dans le commerce des substances «à des fins telles, que même si elles sont utilisées conformément aux prescriptions, ces substances, leur dérivés ou déchets puissent menacer l'homme ou son environnement». L'ordonnance sur les substances dangereuses pour l'environnement du 9 juin 1986 (Osubst) précise en outre que les dispositions sur l'usage des substances polluantes, ont pour but «(a) de protéger l'homme, les animaux et les plantes, leurs biotopes et leurs biocénoses, ainsi que le sol... (b) de limiter préventivement la pollution due aux substances dangereuses pour l'environnement» (art. 1 Osubst). Elle a défini un devoir général de diligence en faveur de l'environnement ¹⁸⁷, et, à travers le contrôle autonome imposé à tout fabricant (art. 26 al. 2 LPE), l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement des substances produites et des objets mis en circulation ¹⁸⁸. L'atteinte à l'environnement résultant de la diffusion d'un produit dangereux est donc en soi un acte illicite. Le milieu protégé est l'environnement lui-même, indépendamment de l'existence d'un droit de

¹⁸⁶ Ibid., p. 133 et ss; é.g. STARK (RDS 1967 II 140 et ss); pour les problèmes liés à la faute voir ci-dessous ad ch. III.2), d); sur les difficultés de définition des produits dangereux pour l'environnement, voir en droit allemand, REHBINDER, Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikalien), in: Grundzüge des Umweltrechts, p. 463.

¹⁸⁷ «Quiconque fait usage de substances, produits ou objets, doit veiller à ce qu'ils ne présentent pas de dangers pour l'environnement ou, par le biais de celui-ci, pour l'homme. Ce devoir s'applique également à la manipulation des déchets qui en résultent» (art. 9, al. 1 Osubst).

¹⁸⁸ Sur la portée du contrôle autonome prévu par l'art. 26 al. 2 LPE, voir WINZELER, Kommentar LPE, ad art. 26, N 142, p. 60 et ss; sur les éléments qui constituent des dangers devant être appréciés dans le cadre du contrôle autonome, le même, N 110 et ss, p. 48 et ss; les art. 12 et ss Osubst précisent d'autre part la nature des contrôles qui doivent être effectuées pour les substances nouvelles ou existantes, les produits et les objets; d'une façon générale, sur la nécessité d'«études d'impact» relatives aux produits, voir GROTHE-SENF, Umweltverträglichkeitsprüfung im Warentest, Bern/Frankfurt am Main 1989, p. 33 et ss, notamment 36 et ss; pour le contenu d'une telle étude d'impact et les différentes phases d'appréciation: p. 40 sur la phase de production, p. 45 sur la phase d'utilisation, p. 47 sur la phase d'élimination.

propriété, c'est-à-dire non pas en tant que bien appartenant à un lésé, mais comme élément digne de protection en soi ¹⁸⁹.

La responsabilité pour les effets négatifs des produits polluants peut être liée à l'activité d'une entreprise ou d'une installation particulière, voire à leur transport. En ce qui concerne les activités qui s'exercent dans des installations fixes, on se réfère à la responsabilité résultant des articles 679 CCS, 58 CO ou à la responsabilité pour risques liés à l'exploitation de certaines entreprises. La responsabilité pour les moyens de transport est également réservée (art. 2 al. 4 Osubst). Néanmoins, l'interdiction de principe de l'article 26 LPE s'applique aussi, bien entendu, pour le transport des substances polluantes de sorte que si le risque spécifique du transport n'est pas réalisé, on peut envisager l'application de l'article 41 CO à l'état de fait dangereux créé par la violation de l'article 26 LPE.

d) Atteintes à l'environnement résultant de la production, de l'entreposage ou de l'élimination des déchets

La place à part qu'occupent les déchets dans la législation sur l'environnement ¹⁹⁰ s'explique par leur rôle particulièrement polluant. La plus grande partie des pollutions dues à des installations (notamment industrielles) résulte en fait de l'expulsion de déchets (résidus de combustion dans l'air, rejet d'eaux usées contenant des substances inutilisables ou transformées en cours de production) ¹⁹¹. En outre, lorsque les déchets ne sont pas

¹⁸⁹ Sur l'importance du milieu naturel en tant qu'objet de protection dans le cadre de l'article 26 LPE, voir WINZELER, Kommentar LPE, ad. art. 26, N 14 et ss, p. 8 et ss; cette protection s'applique non seulement aux éléments constitutifs de l'environnement mais également à ce dernier en tant que système: N 14 et ss, p. 8 et ss et surtout N 87 et ss, p. 38 et ss sur les écosystèmes.

¹⁹⁰ Art. 30 à 32 LPE, ordonnance sur les mouvements de déchets spéciaux du 12 novembre 1986 (ODS) mais également toute la législation concernant la pollution de l'air, qui traite en pratique des résidus de combustion et une bonne partie de la législation sur la pollution des eaux; sur l'importance du sujet en général, voir: Le Droit et la pratique du traitement des déchets, DEP 1988, p. 93 et ss, notamment les articles de HAERING, Fakten und Gedanken zur Abfallproblematik, p. 94 et ss, et FAHRNI, L'ordonnance sur le traitement des déchets en tant que transposition des lignes directrices pour la gestion des déchets en Suisse, p. 120 et ss.

¹⁹¹ Voir notamment les exemples donnés par la CMED, op. cit., p. 249 et ss; sur le caractère inévitable de certains déchets industriels, voir TOBLER, Le traitement des déchets du point de vue d'une entreprise industrielle, DEP 1988, p. 144.

rejetés directement dans le milieu naturel, ils créent un problème particulièrement difficile d'élimination partout où leur nature artificielle ou leur quantité exclut une intégration dans les processus naturels (recyclage spontané, absorption ou neutralisation). Une des caractéristiques des déchets, surtout industriels, par rapport aux produits dont ils sont issus est souvent leur concentration particulièrement forte en substances polluantes. Leur entreposage suffit alors à en faire une source de pollution (infiltrations dans le sol, dans les eaux, empoisonnement des animaux, destruction de la flore, émanations pestilentielles diverses). Quant au stade ultime de leur transformation, l'incinération, loin d'être un feu purificateur, elle est à l'origine d'une nouvelle pollution de l'air résultant de l'activité industrielle particulière de certaines installations, soit, la destruction et la transformation partielle des déchets ¹⁹².

Les installations industrielles ne sont pas les seules sources de déchets polluants. Bon nombre d'appareils d'usage quotidien, à commencer par les véhicules automobiles, sont des pollueurs par rejets de déchets gazeux ou liquides. Le bruit est en outre un sous-produit de nombreuses activités humaines que l'on peut traiter comme un déchet dans la mesure où il ne constitue en rien la prestation recherchée par l'utilisateur de l'instrument bruyant ¹⁹³.

Malgré leur importance et leur spécificité, les nuisances en rapport avec les déchets ne font pas l'objet de normes de responsabilité particulières ¹⁹⁴. L'«effet Seveso» a, certes, abouti à l'introduction dans la législation de dispositions sur les déchets mais les articles dit de Seveso contenus dans la LPE ne portent que sur des *restrictions administratives au transport* des déchets et des sanctions pénales en cas de disposition non autorisée de

¹⁹² Le système actuel d'élimination des déchets consiste plutôt en une transformation de la nature des pollutions qui sont ainsi déplacées dans l'espace et dans le temps qu'en une «élimination» proprement dite: si les usines d'incinération des ordures sont très largement des installations de transformation des polluants solides en polluants gazeux, les stations d'épuration des eaux contribuent à ce processus en transformant des polluants liquides en polluants plus ou moins solides sous forme de boues d'épuration.

¹⁹³ Voir OFTINGER, *Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts*, Zürich 1956, et: *Lärmbekämpfung*, SUR, p. 271 et ss.

¹⁹⁴ Sur l'application du principe pollueur-payeur dans ce cas, voir FREIBURGH-AUS, *Le droit fédéral applicable au traitement des déchets*, DEP 1988, p. 104 et ss.

déchets dangereux¹⁹⁵. La responsabilité tant du producteur que de l'entreprenant et du transporteur de déchets sera donc réglée de la même façon que pour tout autre produit, et celle des installations d'élimination des déchets comme pour n'importe quelle installation industrielle. On gardera à l'esprit que l'excès au sens des articles 679 et 684 CCS peut consister dans l'envoi (volontaire ou involontaire) de déchets, y compris le bruit¹⁹⁶ sur le fonds d'autrui, que les risques liés à une activité particulièrement dangereuse peuvent également consister dans la création de déchets dangereux (par exemple, déchets nucléaires) et que pour l'application de l'article 26 LPE, les déchets sont également pris en compte.

Plus que toute autre forme de pollution, celles en rapport avec les déchets impliquent une pluralité de pollueurs. Si dans certains cas (par exemple le transport, ou les déchets nucléaires) la responsabilité peut être momentanément ou définitivement concentrée sur un pollueur désigné par la loi, le plus souvent plusieurs «pollueurs-payeurs» peuvent être envisagés tout au long de la vie d'un produit générateur de déchets. En outre, les risques découlant des déchets sont également liés à leur accumulation et à leur dégradation dans le temps (processus chimique à l'intérieur de décharges, ou au contact de l'air, du sol et de l'eau, en particulier en présence d'infiltrations)¹⁹⁷. Ils coexistent avec ceux résultant de l'utilisation du produit qui est, ou sera, à l'origine du déchet polluant¹⁹⁸. Si une responsabilité spécifique était envisagée, la désignation d'un payeur dans la chaîne des pollueurs possibles constituerait dans ce cas non seulement une commodité pour une application efficace du principe pollueur-payeur, mais également, selon que la responsabilité est concentrée sur un des premiers stades de production ou sur l'entreprise

¹⁹⁵ Sur ces dispositions, voir FREIBURGHaus, DEP 1988, p. 108 et ss; la notion de «déchets dangereux» (sous-entendu pour l'environnement) peut paraître un pléonasme car si l'on excepte les déchets organiques compostables ou directement utilisables comme matière première, tous les déchets sont susceptibles d'altérer l'environnement; le législateur vise manifestement ici des déchets présentant un degré particulier de periculosité, dit aussi déchets «spéciaux».

¹⁹⁶ Voir les exemples cités par KELLER, op. cit., p. 172, ainsi que MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad art. 684, N 155 et ss, en particulier, pour le bruit, N 168–175.

¹⁹⁷ Sur les mécanismes d'accumulation et de synergie dans la pollution de l'air, voir ci-dessus p. 462, note 92.

¹⁹⁸ Sur les problèmes spécifiques aux produits chimiques, voir TOBLER, DEP 1988, p. 143 et ss.

chargée de l'élimination, une application plus ou moins efficace du principe de prévention.

e) Les responsabilités pour «risques» à l'environnement

L'avant-projet de loi sur la protection de l'environnement du 18 décembre 1983, prévoyait une responsabilité pour risques à l'environnement présentée sous forme de variantes. Si l'on excepte le renvoi à l'article 41 CO (variante III), les solutions envisagées correspondaient schématiquement à deux modèles: la responsabilité pour risques (variante II) et la responsabilité pour atteintes à l'environnement (variante I). Ni le projet de 1979, ni la version finale de la loi n'ont repris ces propositions¹⁹⁹ de sorte qu'il est vain d'exposer ici les avantages et inconvénients des textes proposés²⁰⁰. On peut en revanche examiner la portée de deux législations correspondant à ces modèles qui sont actuellement en vigueur:

aa) La responsabilité pour risques: loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire

La LRCN du 18 mars 1983 remplace les articles 12 et ss de la loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique qui prévoyait déjà une responsabilité causale conçue en fonction des risques particuliers de l'énergie nucléaire²⁰¹. Elle s'applique aussi bien aux dommages causés par des installations nucléaires que par le transport de substances nucléaires (art. 1 al. 1 LRCN). C'est l'exploitant qui répond de façon illimitée des dommages causés par des substances nucléaires se trouvant dans (art. 3 al. 1 LRCN) ou provenant de son installation (art. 3 al. 2 LRCN). Il ne peut se libérer que si le lésé a causé le dommage intentionnellement (art. 5 al. 1 LRCN) ou, le cas échéant, partiellement, s'il prouve une négligence du lésé (art. 5 al. 2 LRCN).

¹⁹⁹ Les propositions allant dans ce sens ont été rejetées par le Parlement: Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1982, p. 480 et ss (sur la référence aux solutions proposées par le droit existant, notamment les art. 679 CCS et 58 CO: p. 481, intervention De Capitani).

²⁰⁰ Pour un exposé critique, voir KELLER, Die Haftung für Umweltschädigungen, RSA 1974, p. 161 et ss.

²⁰¹ RAUSCH, Atomenergierecht, p. 219 et ss; pour GASSMANN-BURDIN (op. cit., 134 et ss) il s'agit d'un mélange de responsabilité et d'assurance obligatoire.

Le dommage auquel s'applique la loi, se définit selon les principes du droit des obligations à l'exception de l'article 44 alinéa 2 CO (réduction des dommages-intérêts pour le débiteur exposé à la gêne) (art. 7 al. 1 LRCN). Il comprend toutefois expressément le coût des mesures de prévention²⁰². L'atteinte à l'environnement sera donc prise en compte comme une atteinte patrimoniale²⁰³. La condition première de la responsabilité consiste dans la réalisation du danger spécifique lié aux caractéristiques des substances nucléaires (notamment la radioactivité, la toxicité, les risques d'explosion: art. 2 al. 1 a LRCN).

*La responsabilité pour risques nucléaires*²⁰⁴ permet ainsi d'intégrer les coûts externes (notamment certains coûts de prévention) dans le calcul économique de l'exploitant de centrales. Ils le sont même à tel point que des mesures ont été prises pour faire face à l'ampleur insupportable de ces coûts en cas de catastrophe. La responsabilité est en effet complétée par un système d'assurances privées et publiques (art. 11 et 12 LRCN) et par la création d'un fonds spécial pour dommages nucléaires (art. 14 et 15 LRCN).

Ses limites résident surtout dans la nécessité d'une définition préalable du danger²⁰⁵. Elle se distingue en cela de la responsabilité pour création d'un état de fait dangereux fondée sur l'article 41 CO²⁰⁶ mais aussi d'une véritable responsabilité pour acte de pollution telle qu'elle résulte notamment de l'article 36 LPEP. En revanche, il n'est pas nécessaire que le danger se soit concrétisé par un accident, des rejets radioactifs provenant du

²⁰² «Par dommages d'origine nucléaire, on entend: ... (b) le dommage, à l'exception du gain manqué, qui survient par suite des mesures ordonnées ou recommandées par les autorités afin d'écarter ou de réduire un danger nucléaire imminent» (art. 2 al. 1 LRCN); on peut toutefois se demander si cette disposition vise réellement un dommage subi par un tiers ou si elle permet une exécution par équivalent.

²⁰³ Voir ci-dessous ad ch. III. 2), b), p. 497.

²⁰⁴ A laquelle on peut assimiler sur ce point, la responsabilité découlant de la LITC, ci-dessus, p. 483; voir également la responsabilité de l'exploitant d'une installation électrique: DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 172.

²⁰⁵ C'est là que réside l'obstacle principal à une généralisation de la responsabilité pour risques: voir le débat à l'assemblée annuelle de la SSJ 1967 (RDS 1967 II 742 et ss) et les rapports présentés par STARK (RDS 1967 II 157) et GILLIARD (Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS 1967 II 193 et ss) ainsi que WIDMER, Gefahren des Gefahrensatzes, RSJB 1970, p. 289 et ss.

²⁰⁶ Voir ci-dessous ad ch. III., 2) a), p. 495; OFTINGER/STARK, op. cit., Bd. II/2, Zürich 1989, par. 24, N 21, p. 9.

fonctionnement normal d'une centrale pouvant également entraîner la responsabilité.

bb) La responsabilité pour résultat illicite: la loi sur la protection des eaux

Aux termes de l'article 36 LPEP, celui dont l'entreprise ou les installations polluent les eaux ou qui les pollue par ses actes ou ses omissions, est responsable du dommage qui en résulte. Il n'est libéré que s'il prouve la force majeure ou la faute grave du lésé ou d'un tiers. Il s'agit d'une responsabilité causale, aggravée du fait qu'aucun manquement à la diligence n'est exigé. En revanche, il ne s'agit pas d'une responsabilité pour risques, mais bien d'une responsabilité conçue en fonction d'un résultat illicite²⁰⁷. L'eau apparaît comme un milieu protégé en soi. On n'en déduira toutefois pas que le dommage consiste dans la seule dégradation de la qualité de l'eau, soit par rapport à ses divers usages rendus impossibles, soit en tant qu'altération des propriétés physiques, chimiques et biologiques de l'eau (art. 2 LPEP). La pollution est ici l'acte illicite; le dommage, lui, consiste dans une atteinte portée à des personnes ou à des biens autres que l'eau²⁰⁸, sauf pour les dommages particuliers prévus par l'article 51 de la loi sur la pêche.

Peu importe pour l'application de l'article 36 LPEP que l'activité de l'auteur ait comporté ou non des risques particuliers pour l'eau. Peu importe également qu'en présence de tels risques, il ait pris ou non des précautions particulières. Enfin, peu importe que la pollution soit accidentelle ou résulte de son activité normale.

Le caractère stricte de cette responsabilité *découle* semble-t-il de considérations de prévention²⁰⁹. La responsabilité pour activité dangereuse suppose d'autre part, en soi, la tolérance de cette activité en dépit de ses inconvénients²¹⁰. Le but de l'article 36 LPEP est en revanche de n'admettre la pollution sous aucun prétexte, fût-il celui d'une activité utile. Vu le caractère vital de

²⁰⁷ Sur la nature et les conditions de cette responsabilité, voir en particulier OFTINGER, RSJ 1972, p. 101 et ss; LOREZ-WIEGAND, op. cit., p. 3 et ss; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., par. 17, p. 183 et ss; OFTINGER/STARK, op. cit., par. 23, p. 476 et ss; KELLER, op. cit., p. 270 et ss.

²⁰⁸ LOREZ-WIEGAND, op. cit., p. 46 et ss.

²⁰⁹ BENDEL, Gewässerschutz, SUR, p. 239.

²¹⁰ STARK, RDS 1967 II 163 et ss; OFTINGER/STARK, Bd. II/2, N 22, p. 9; LOREZ-WIEGAND, op. cit., p. 5.

l'eau pour l'homme, les animaux et les plantes, aucune installation ne devrait être autorisée si elle comporte inévitablement le risque d'une pollution des eaux²¹¹. De ce point de vue, l'article 36 LPEP constitue un cas d'application clair du principe pollueur-payeur. Encore suppose-t-il qu'un «paiement» intervienne c'est-à-dire que le coût de la pollution constitue réellement un dommage (voir ci-dessous p. 497).

2. Les conditions de la responsabilité et les problèmes de l'environnement

La responsabilité ordinaire de l'article 41 CO suppose la réalisation de quatre conditions dont trois se retrouvent plus ou moins dans les autres formes de responsabilité. En examinant chacune de ces conditions au regard des actes constitutifs d'une atteinte à l'environnement, on réalise les obstacles qui peuvent empêcher la responsabilité civile de jouer pleinement son rôle dans l'application du principe pollueur-payeur.

a) L'acte illicite²¹²

On se trouve en présence d'un acte illicite lorsque son auteur viole une norme de comportement destinée à protéger le bien atteint²¹³. Cela comprend non seulement la violation d'une injonction claire en faveur du bien en question, mais également l'atteinte à un droit subjectif absolu et la création d'un état de fait dangereux sans avoir pris les mesures nécessaires pour éviter qu'il en résulte un dommage.

aa) Atteinte à un droit subjectif

Les droits subjectifs absolus dont la lésion constitue un acte illicite sont ceux de la personnalité, la vie, l'intégrité corporelle et la propriété. L'atteinte à l'environnement pourra constituer un acte illicite dans ce sens si elle a pour conséquence une

²¹¹ LOREZ-WIEGAND, op. cit. p. 5.

²¹² Sur cette notion: DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., par. 6, p. 69 et ss; KELLER, op. cit., p. 68 et ss; OFTINGER/STARK, op. cit., par. 16, p. 16 et ss.

²¹³ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 72; GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich, 1989, ad art. 41, p. 80 et ss pour des exemples d'actes illicites.

atteinte à la santé de l'homme, mais c'est alors ce dernier élément qui est pertinent. Lorsqu'un élément de l'environnement fait l'objet d'appropriation, sa destruction ou détérioration constituera une atteinte à la propriété. Les éléments non susceptibles d'appropriation, les choses sans maître, échappent donc par nature à cette protection²¹⁴.

La garantie d'un environnement sain même si elle est un élément indispensable à la vie ne fait pas partie des droits de la personnalité au sens de l'art. 28 CCS, bien qu'une telle hypothèse ait été envisagée²¹⁵.

L'individu ne peut donc, par un élargissement de sa sphère privée aux conditions matérielles qui assurent sa survie, exiger la réparation des inconvénients que lui cause le pollueur.

bb) La violation d'une injonction de l'ordre juridique destinée à protéger l'environnement

Pour que la violation d'une injonction de l'ordre juridique fonde la responsabilité prévue par l'article 41 CO, il faut que cette injonction vise à protéger le bien qui a subi une atteinte²¹⁶. On examinera donc ici l'hypothèse de normes visant à protéger l'environnement ou l'une de ses composantes. L'article 14 LPEP qui interdit la pollution de l'eau, joint à l'article 23, constitue un cas clair de norme visant à protéger un élément de l'environnement. Avec l'entrée en vigueur de la loi sur la protection de l'environnement et de ses ordonnances d'application, le législateur a explicitement ou implicitement interdit un nombre important de comportements de nature à nuire à l'environnement.

Ainsi toutes les valeurs limites fixées pour les émissions polluantes peuvent-elles être comptées au nombre des injonctions de ce type pour les pollutions qui consisteraient en un dépassement de ces normes²¹⁷.

²¹⁴ Sur les choses sans maître et les limites de l'appropriation, voir RÉMOND-GUILLOUD, in: *L'Homme, la nature et le droit*, p. 222 et ss, 226; ég. l'avis des partisans d'un «droit à l'existence» de la nature, in: LEIMBACHER, op. cit., p. 117 et ss.

²¹⁵ MÜLLER-STAHEL, SUR, p. 583 et les auteurs cités; ég. LEIMBACHER, (op. cit., p. 109 et ss) sur une protection analogue à celle de la vie et de la santé.

²¹⁶ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit. p. 73; OFTINGER/STARK, op. cit., par. 16, p. 35–6; DESCHENAUX, in: *Recueil offert au TF*, p. 414 et ss.

²¹⁷ Art. 11, 14, 15 LPE; si les valeurs limites tracent ainsi les frontières de l'illicéité, qu'en est-il en revanche des valeurs d'alarme de l'art. 19 LPE?

De telles valeurs n'existent toutefois pas pour tous les composants de l'environnement, notamment pour le sol ni, de façon globale, pour les biotopes. En outre, l'environnement constitue un système dont les mécanismes peuvent être troublés sans que ses composants soient détruits. L'existence d'une éventuelle injonction protégeant l'environnement doit donc être recherchée en dehors du seul système de protection de ses composantes.

On a vu que l'article 26 LPE vise expressément à protéger l'environnement dans son ensemble contre les effets nuisibles des substances, produits et déchets polluants. Sa portée est très large puisqu'il est difficile d'imaginer une pollution sans apport de substances, produits ou déchets, et que l'objet protégé comprend outre l'homme, comme individu et comme espèce, l'environnement dans tous ses composants et ses mécanismes²¹⁸. Son but premier est de définir une conception générale pour la répartition des tâches de contrôle des produits polluants: la responsabilité en incombe en premier lieu aux acteurs économiques, subsidiairement seulement à l'Etat²¹⁹. Ce faisant, toutefois, le législateur indique clairement que ce contrôle doit aboutir à écarter toute menace de pollution de l'environnement. Il ne s'agit donc pas d'une simple distribution de compétences mais bien d'une norme de comportement à l'usage de ceux qui seraient amenés à mettre en circulation des substances polluantes. Ce caractère d'injonction générale apparaît d'autant plus clairement si l'on considère l'ensemble du droit de l'environnement, dont la LPE devrait combler les lacunes, dans l'optique du mandat constitutionnel de l'article 24^{septies} CF²²⁰.

Si une telle injonction générale existe en droit suisse, sa portée mérite une définition plus précise. Tant l'article 26 LPE que les normes limitant la charge polluante à l'environnement se réfèrent aux menaces et non à la réalisation d'un dommage. Elles diffèrent en cela des normes instituant des responsabilités dites pour risques (art. 58 LCR, 33 LITC, 3 LRCN) qui, comme la jurisprudence sur la création d'un état de fait dangereux, n'entraînent un devoir de réparation que lorsque le risque redouté s'est traduit par une atteinte à un bien juridiquement

²¹⁸ Voir WINZELER, Kommentar LPF, ad. art. 26, p. 6 et ss.

²¹⁹ Ibid., N 2, p. 3.

²²⁰ Message du 31 octobre 1979, p. 7 et ss.

protégé²²¹. Dans les responsabilités pour risques, la création du risque n'est donc pas vraiment l'équivalent de l'acte illicite de la responsabilité aquilienne, mais plutôt une sorte de *ratio legis*. En revanche, dans le système qui protège la propriété comme telle (art. 679 CCS) ou celui de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (art. 58–59 CO), la création d'un danger plus ou moins imminent fait expressément partie des états de faits interdits et peut donner lieu à indemnisation immédiate à travers les mesures protectrices de la victime potentielle. A la différence des responsabilités dites pour risques, la loi mentionne la *menace elle-même* comme un acte susceptible de fonder la responsabilité. On touche ici également à la définition du dommage. Le coût des mesures tendant à écarter un danger serait dans cette optique assimilable au dommage dont l'indemnisation incombe aux responsables civils²²². Toutefois, la définition du dommage dépend de la nature de l'atteinte et du bien protégé. Dans la protection de la propriété, comme dans la loi sur la protection de l'environnement, la menace que l'on fait peser sur le bien protégé est déjà, en soi, proscrite (art. 14 litt. a, 26 LPE). *La norme protectrice serait donc dans ce cas, une norme interdisant vraiment la création d'un danger (une menace) et non l'atteinte effective au bien protégé.*

cc) L'existence de faits justificatifs

L'acte illicite peut avoir des motifs légitimes, en particulier l'exercice d'un droit privé de son auteur²²³. Tel est le cas pour les immissions du propriétaire d'un fonds qui ne sont pas considérées comme excessives. De même, l'exercice d'une activité économique sur un fonds conformément à sa destination doit-elle être tolérée par les voisins même si elle comporte certains inconvénients. En matière de pollution, on se trouvera souvent en présence d'un tel exercice. L'activité industrielle notamment

²²¹ Voir la jurisprudence sur la création d'un état de fait dangereux sans avoir pris les précautions nécessaires pour éviter qu'il en découle un dommage in: GAUCH/AEPLI/CASANOVA, ad. art. 41, p. 83; é.g. OFTINGER/STARK, op. cit., par. 16, N 26 et ss, p. 11 et ss.

²²² OFTINGER/STARK, op. cit., par. 16, N 64, p. 24; sur la question du dommage, voir ci-dessous ad. ch. III., 2 b), p. 497 et ss.

²²³ DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 74–5; OFTINGER/STARK, op. cit., par. 16, N 224 et ss, p. 71 et ss; TERCIER, in: L'homme dans son environnement, p. 301.

aura le plus souvent fait l'objet d'une autorisation administrative, l'usage de produits toxiques ou d'appareils polluants sera légitimé par le contrôle exercé par une autorité, le cas échéant par un certificat de conformité résultant d'une expertise de type.

En principe, l'autorisation administrative ne peut supprimer l'illicéité de l'atteinte, ni même l'existence d'une mise en danger. Si l'autorisation administrative peut justifier l'activité industrielle, elle ne légitime pas les excès au sens de l'article 684 CCS qui restent interdits. Tout au plus pourra-t-on prendre en considération cet élément dans l'appréciation du caractère excessif²²⁴. Dans le cadre d'une responsabilité causale pour risque, ces éléments ne peuvent empêcher la responsabilité, puisque celle-ci suppose préalablement l'acceptation par l'autorité de l'existence du risque²²⁵. Lorsque l'atteinte est clairement définie comme illicite en soi, comme dans la responsabilité pour pollution des eaux²²⁶, cette question ne devrait pas être prise en compte. Elle devrait donc en tout état être renvoyée à l'appréciation de la faute lorsque celle-ci est le fondement de la responsabilité (ci-dessous, p. 504).

b) *Le dommage*

Le principe pollueur-payeur correspond au souci de faire supporter à certaines activités l'ensemble des coûts qu'elles engendrent. En matière de responsabilité, ces coûts apparaissent sous forme de dommages. Il s'agit donc de déterminer si la définition du dommage généralement admise en matière de responsabilité, permet de prendre en compte l'ensemble des coûts découlant de la pollution. La notion de dommage ne diffère pas selon que l'on considère la responsabilité découlant de l'article 41 CO ou la plupart des responsabilités spéciales, qu'elles soient causales ordinaires ou pour risques. Il s'agit d'une diminution involontaire du patrimoine du lésé qui s'apprécie en considérant la différence entre ce patrimoine avant et après l'inter-

²²⁴ Voir notamment MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, ad.art. 684, N 111 et ss, p. 207 et ss; TERCIER, *ibid.*, p. 302.

²²⁵ Ainsi, l'exploitation d'une centrale nucléaire suppose-t-elle toujours une autorisation préalable pour laquelle l'administration examine les mesures prises afin d'éviter les pollutions radioactives. *En même temps*, le législateur a prévu une responsabilité pour la survenance d'une telle pollution dans une installation pourtant autorisée; selon certains, on pourrait se demander s'il ne s'agit pas dès lors d'une responsabilité particulière pour acte licite (OFTINGER/STARK, *op. cit.*, par. 16, N 187, p. 60).

²²⁶ LOREZ-WIEGAND, *op. cit.*, p. 6-7; OFTINGER, RSJ 1972, p. 102.

vention de l'acte dommageable²²⁷. Lorsque l'on examine si cette notion permet d'englober l'ensemble des coûts externes de la pollution ou si elle aboutit à laisser une partie de ces coûts à la charge du lésé ou de la collectivité publique, des lacunes apparaissent d'emblée de deux points de vue: d'une part en ce qui concerne la dégradation de la qualité de l'environnement, d'autre part pour la compensation des mesures de prévention.

aa) Dégradation de la qualité de l'environnement

Ce type de «dommage» met en évidence deux problèmes qui n'ont reçu qu'une solution partielle en matière de dommage à l'environnement: l'existence d'un lésé et l'estimation du milieu naturel. Ils ne sont d'ailleurs pas mieux résolus dans le cadre des responsabilités spécifiques en matière de pollution que dans le cadre des règles générales sur la responsabilité. C'est ainsi que, sauf pour la destruction des poissons (art. 49 à 52 de la loi sur la pêche) le législateur n'a pas assorti l'article 36 LPEP d'une définition du dommage qui permette l'intervention d'un lésé dans une procédure en responsabilité pour pollution des eaux, si aucun autre bien que l'eau elle-même n'a été atteint. Cette faiblesse est corrigée par l'article 8 LPEP prévoyant l'exécution de mesures de prévention et de remise en état par les collectivités publiques aux frais du pollueur.

La nature particulière de l'environnement et des éléments qui le constituent, notamment l'eau et l'air, à la fois *res nullius* et bien collectifs, partiellement appropriables mais souvent au prix d'une diminution de qualité²²⁸, à la fois juxtaposition d'éléments et mécanismes d'interaction entre eux, fait de leur destruction une perte pour chacun qui n'est un dommage pour personne²²⁹. Certes la collectivité est lésée ce qui explique le rôle

²²⁷ Sur la notion de dommage, voir GAUCH/AEPLI/CASANOVA, op.cit., ad art. 41 p. 84; DESCHENAUX/TERCIER, op.cit., par. 3, p. 49; OFTINGER/STARK, op.cit., par. 16, N 17 et ss, p. 7 et la doctrine citée.

²²⁸ RÉMOND-GOUILLOUD, in: L'homme, la nature et le droit, p. 226 et ss.

²²⁹ «L'expression «dommage ou préjudice écologique»... désigne d'une part une véritable perte, une véritable diminution objective et quantifiable de valeur; en cela, elle correspond bien au sens traditionnel du mot dommage. Elle désigne d'autre part, une réalité beaucoup moins facile à cerner et que nous choisirons de nommer «risques collectifs». Il s'agit alors de traduire l'idée qu'une activité ou un événement considéré produisent des transformations dans l'environnement, transformations que l'on ne connaît pas précisément mais dont on suppose qu'elles peuvent avoir des conséquences

prépondérant des instruments de droit public en droit de l'environnement mais les individus subissent également une perte de jouissance qu'il leur appartiendrait de faire valoir. L'atteinte à l'environnement touche en outre également les générations futures²³⁰. En fait, elle affecte trop de personnes et de façons trop diverses pour qu'on puisse compter uniquement sur l'action étatique pour opérer une équitable répartition des coûts et des charges effectives²³¹. On voit dès lors poindre la menace de l'action populaire qui suscite un repli immédiat sur les règles sûres du droit de propriété: la réparation ne peut porter que sur un dommage *patrimonial* causé à la *propriété*, et toute autre possibilité passerait soit par la désignation d'un «tuteur de la nature»²³², soit par un élargissement de la notion de dommage à la perte de jouissance d'éléments immatériels (qualité de l'environnement traduit par sa diversité, sa valeur esthétique, le fonctionnement régulier des cycles naturels, la pluralité des espèces, etc...), gardant sous contrôle le cercle des lésés poten-

negatives, sans que l'on sache précisément lesquelles, ni quelle sera leur ampleur»: MARTIN, La réparation du préjudice écologique, in: Droit de l'environnement marin, p. 320; ég. L'indemnisation des dommages écologiques, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, Publications de l'OCDE, Paris 1981, p. 45; PRIEUR (op. cit., p. 1038-9) définit le dommage écologique par son caractère irréversible, ses effets cumulatifs, notamment dans les chaînes alimentaires, ses effets à grande distance et son caractère collectif et diffus.

²³⁰ KÜCHLER, SUR, p. 452-3; de même, on prendra en compte la préoccupation de prévenir l'appauvrissement des espèces qui représente un danger pour l'héritage génétique de l'humanité (voir à ce sujet le commentaire de SAX sur l'arrêt américain dit du «Snail Darter»: Le petit poisson contre le grand barrage devant la Cour suprême des Etats-Unis, RJE 1978, p. 368 et ss); cette préoccupation pour les droits de personnes qui ne sont pas directement touchées par un acte illicite peut être rapprochée de l'extension des ayant-droits en matière d'indemnité pour tort moral: voir notamment STARK, op. cit., N 188 a à d, p. 47-48; sur les droits de la nature elle-même et les thèses qui s'y rattachent, voir LEIMBACHER, op. cit., notamment p. 117 et ss.

²³¹ Pour les «enjeux majeurs», voir MARTIN, in: Droit de l'environnement marin, p. 321 et ss; RÉMOND-GOUILLOU in: Droit de l'environnement marin, p. 314 et ss; ég. les conclusions d'E. DU PONTAVICE et de P. CORDIER: L'indemnisation des dommages dits indirects en matière de pollution, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, p. 33; on relèvera enfin les problèmes posés par l'activité polluante de l'Etat lui-même.

²³² RÉMOND-GOUILLOU, in: L'homme, la nature et le droit, p. 215 et ss; ég. les systèmes auxquels se réfèrent KÜCHLER (SUR, p. 434) et PONTAVICE/CORDIER (in: L'indemnisation des dommages dus à la pollution, p. 33 et ss); un tuteur serait également nécessaire si l'on conférait des «droits» à la nature (LEIMBACHER, op. cit. p. 38 et ss).

tiels²³³. On se trouve alors dans une situation proche de la reconnaissance du «droit à un environnement sain» comme *droit de la personnalité*. Une telle reconnaissance doit cependant s'accompagner d'une évolution relative à l'évaluation du dommage.

bb) Dommage et mesures de prévention

Le mode d'évaluation du dommage est ici décisif non seulement pour rendre praticable un système de responsabilité protégeant un bien, l'environnement, dont on a vu le caractère complexe, mais également pour donner à cette responsabilité sa portée réelle dans le cadre du principe pollueur-payeur²³⁴. Le dommage qui doit être compensé n'est pas seulement celui résultant de la destruction d'un élément de propriété, qui ne suscite dans ce contexte aucun problème, mais il doit comprendre également les coûts de prévention et de remise en état²³⁵.

Rien ne devrait s'opposer à cette prise en compte si l'on se fonde sur les principes généraux qui postulent une compensation *totale*²³⁶ du dommage. En matière de responsabilité du propriétaire foncier, la possibilité d'exiger la réalisation de mesures préventives comme l'indemnisation pour la remise en état ne font pas de doute, mais dans le premier cas, il s'agit davantage de la cessation du trouble que de la réparation du

²³³ Ces éléments se distinguent de la valeur d'affection (STARK, op. cit. N 144, p. 38) ou de satisfaction purement intellectuelles; l'exemple de la pêche montre qu'un élément non patrimonial (la qualité du milieu aquatique comme telle) peut être «utile» au sens économique du terme (MARTIN, in: Droit de l'environnement marin, p. 322 et l'exemple des boues rouges rejetées près des côtes corses, ainsi que les considérations du Tribunal américain dans l'affaire du Snail Darter: RJE 1978, p. 372).

²³⁴ MARTIN, in: Droit de l'environnement marin, p. 326 et ss.

²³⁵ Dans l'affaire du Zoé Colocotroni, la Cour américaine saisie d'une demande de Porto Rico et de son agence pour l'environnement relative à la destruction par une nappe de pétrole d'une mangrove, forêt marécageuse déserte et sans valeur commerciale calcula l'indemnité en se fondant sur le coût prévisible d'une remise en état raisonnable; comme le relève MARTIN (Le droit de l'environnement marin, p. 324 et ss; 327) «la mutation est essentielle: il ne s'agit plus de réparer des pertes impossibles à mesurer sérieusement; il s'agit d'admettre qu'une intervention sur le milieu atteint est nécessaire pour réduire le risque collectif en reconstituant les conditions de son fonctionnement: c'est cette intervention qui est qualifiée de dommage»; RÉMOND-GOULLAUD, in: L'homme, la nature et le droit, p. 208 et ss.

²³⁶ OFTINGER/STARK, op. cit., p. 7 et ss; STARK, op. cit., N 153 et ss, p. 40 et ss et les auteurs cités.

dommage. Dans la mesure où les actions fondées sur l'article 41 CO et les diverses responsabilités causales ne comportent pas expressément l'action en cessation de trouble, on pourra soit conclure à une volonté d'exclusion du législateur (que rien ne fait apparaître), soit admettre que ces mesures sont implicites *lorsque l'atteinte se manifeste de façon permanente et durable par une diminution de qualité de la chose*. Ce serait rendre illusoire l'indemnisation de la victime d'une fuite radioactive que de limiter les dommages-intérêts à la perte déjà subie, si les fuites persistent. La suppression des fuites, même si elle s'effectue sur la propriété du pollueur et non du lésé, devrait être incluse dans la notion même de dommage, de préférence à une évaluation approximative des dommages futurs²³⁷. L'attitude que l'on adoptera à l'égard de cette question dépend en fin de compte du but assigné à la réparation: établir un bilan stricte du patrimoine de la victime avant et après l'événement dommageable ou rétablir autant que possible la situation de cette dernière telle qu'elle était avant l'acte illicite (c'est-à-dire, tout compte fait, faire cesser l'illicéité)²³⁸. Le dommage écologique consiste toujours, avant tout, dans la création d'un déséquilibre dans les mécanismes naturels; le rétablissement de leur bon fonctionnement est donc la seule forme de réparation intégrale.

c) Le rapport de causalité

Pour donner lieu à une responsabilité, l'acte illicite doit être dans un rapport de causalité à la fois naturel et adéquat avec le dommage subi. Il n'en va pas autrement pour le dommage causé à l'environnement. Toutefois la détermination concrète du lien de causalité en matière d'atteinte à l'environnement, est rendue difficile par la complexité des phénomènes environnementaux,

²³⁷ Sur l'évaluation des dommages futurs, voir notamment DESCHENAUX/TERCIER, op. cit. par. 3, p. 52; le problème est manifeste en matière de bruit: voir MERZ, op. cit., p. 199 et ss; OFTINGER, Les armes juridiques dans la lutte contre le bruit, JT 1960, p. 469; ég. ATF 81 II 447.

²³⁸ Ce choix laisse encore ouvertes certaines questions, notamment celle du dommage «indirect» (PONTAVICE/CORDIER, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, p. 7 et 8); sur cette notion voir STARK, op. cit., N 158 et ss, p. 41 et ss; sur le dommage pris en compte dans le cadre du rapport de causalité et les problèmes de délimitation qu'il pose voir DESCHENAUX, Normes et causalité en responsabilité civile, in: Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975, p. 426 et ss.

l'importance et l'ampleur des effets indirects et, à long terme des effets cumulatifs et synergiques, qui se produisent dans la plupart des mécanismes écologiques.

Les problèmes délicats posés par l'existence ou la rupture du rapport de causalité tiennent le plus souvent à la notion de causalité adéquate et à la chaîne des événements dommageables découlant d'un même acte illicite²³⁹. En matière d'environnement toutefois, c'est moins l'existence même du rapport de causalité que sa preuve qui suscite des difficultés. En effet, la pluralité des causes qui caractérise souvent les phénomènes de pollution, n'exclut pas l'admission d'une causalité naturelle ou adéquate²⁴⁰. De même, l'écoulement du temps entre la pollution et la manifestation du dommage²⁴¹. Mais ils rendent le fardeau de la preuve particulièrement lourd lorsque la pollution est le résultat de phénomènes chimiques complexes (pluies acides, effets de pesticides sélectifs) ou combinés avec des phénomènes naturels (cycle de l'ozone, décomposition de produits sous l'effet de la chaleur ou oxygénation) ou encore lorsque les caprices de la météorologie font apparaître le dommage là où l'on ne l'attendait pas²⁴². Le rapport de causalité porte dans ce cas non seulement sur l'action polluante d'une substance ou d'un produit déterminé, mais également sur sa provenance (cheminée d'usine ou pot d'échappement)²⁴³. Bien que la stricte répartition du fardeau de la preuve ait été tempérée

²³⁹ DESCHENAUX, in: Recueil offert au Tribunal fédéral, p.408; pour une critique de la théorie de la causalité adéquate, DESCHENAUX/TERCIER, op.cit., par.4, p.63; OFTINGER/STARK, op.cit., Bd II/1, par.16, p.14 et ss, ainsi que que la doctrine citée.

²⁴⁰ KÜCHLER, SUR, p.442; ég. ATF 81 II 444.

²⁴¹ Ibid.; ATF 57 II 41; pour les dommages se manifestant dans les générations futures, le recours à des fonds spéciaux peut être envisagé: KÜCHLER, SUR, p.443.

²⁴² Ainsi, l'épandage de pesticides a-t-il souvent donné lieu à la destruction d'insectes qui n'étaient nullement visés ou à des atteintes à des cultures plus fragiles: voir notamment les abeilles belges in: RJE 1987, p.152; également les problèmes liés à la diffusion naturelle de phénomènes biologiques ou physiques artificiellement induits tels que la radioactivité que l'on a vu voyager dans l'affaire de Tchernobyl ou les modifications génétiques dont on ignore la reproductibilité; PRIEUR considère ces caractéristiques, notamment le caractère diffus comme une spécificité du dommage écologique par opposition à la définition ordinaire: op.cit., p.1039.

²⁴³ Pour BECK la multiplication des obstacles sur la voie des lésés est un indice de l'inadéquation fondamentale du droit de la responsabilité hérité du 19^e siècle à la société post-industrielle, mais aussi une sorte de faiblesse intrinsèque du principe pollueur-payeur (op.cit., p.213 et ss, 218); voir ég. PRIEUR, op.cit., p.1044.

et que l'on se contente parfois d'une simple vraisemblance²⁴⁴, l'origine de la pollution ne résulte pas toujours de la nature des choses ou de la survenance même du dommage, sauf peut-être en cas d'accident²⁴⁵. Cette difficulté existe également dans les responsabilités pour risque dans la mesure où la pollution n'apparaît pas toujours, d'entrée de cause, comme la conséquence de la réalisation du risque. Aussi, la solution généralement proposée consiste-t-elle dans la création de présomptions liées, soit à la nature de certains produits, soit à certains types d'activités²⁴⁶. Pratiquement, ce type de présomptions pourrait souvent être une création jurisprudentielle, notamment lorsque les risques liés à l'usage d'un produit, sont génériquement connus (pesticides, substances radioactives) ou lorsque plusieurs exploitants d'installations dangereuses peuvent être pris en compte sans que la nature exacte des effets nocifs puisse être déterminée. Ainsi, le Tribunal fédéral admet-il une vraisemblance suffisante dans le cas où il est simplement possible qu'un accident soit la cause d'un dommage²⁴⁷. De même, peut-on envisager qu'une cause possible soit retenue si aucune autre plus vraisemblable ne peut être démontrée par le pollueur²⁴⁸ ou si elle est constitutive d'un risque spécifique²⁴⁹. Il ne s'agit en fin de compte que d'alléger la preuve par des indices qui permettent d'inférer l'existence du lien de causalité.

²⁴⁴ ATF 90 II 233; RAUSCH, op.cit. p.210; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1969, Bd I, p.43; sur la preuve *prima facie* dans le cadre de l'art. 58 CO, STARK, op. cit., N87 et ss, p. 213-4.

²⁴⁵ On peut comparer à cet égard RAUSCH, op.cit., p.210 et les exemples cités par STARK pour les produits dangereux (RDS 1967 II 140-1) qui sont presque tous des accidents ou des produits dont le caractère dangereux a été établi par expertise.

²⁴⁶ Même STARK qui refuse en principe l'introduction de nouvelles responsabilités pour risque, préconise cette solution pour les cas de pollution de l'eau et de l'air (RDS 1967 II 130 et ss).

²⁴⁷ ATF 90 II 233; de même, pour l'application des dispositions pénales sur la pollution des eaux, a-t-il admis que la façon dont la pollution avait eu lieu «est au fond sans importance» dès l'instant où l'on trouve la substance polluante chez le pollueur et dans les canalisations: JT 1977 IV 17; il suffit que la substance «soit de nature à...» produire l'effet polluant: ATF 91 II 190.

²⁴⁸ Voir la jurisprudence française dans ce sens chez MARTIN, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, p.42; cette démarche est compatible avec les principes admis en droit suisse (OFTINGER, Bd I, p.63) et avec la notion même de causalité adéquate qui consiste en une détermination de probabilités (DESCHENAUX, in: Recueil offert au Tribunal fédéral, p.408).

²⁴⁹ MARTIN, in: Droit de l'environnement marin, p.329.

d) La faute

Les raisons pour lesquelles les responsabilités spécifiques du droit de l'environnement sont toujours de nature causale, devraient apparaître à l'évidence²⁵⁰. Le rôle important que jouent les entreprises dans ce domaine suffit à mettre en évidence les difficultés auxquelles on se heurte: l'utilisation de procédés de fabrication polluants, la fabrication de produits ou de déchets polluants qui sont ensuite commercialisés, le transport de produits ou de déchets polluants sont des activités qui mettent en œuvre une organisation. L'application de l'article 41 CO entraîne dans ce cas celle de l'article 55 CO avec la difficulté d'identifier l'auxiliaire responsable et la facilité résultant de la preuve libératoire, sans compter les problèmes d'identification de l'acte fautif²⁵¹.

Si les difficultés liées à la nécessité d'établir l'existence d'une faute ont pu être relativisées dans des cas de pollution accidentelle²⁵², elles apparaissent clairement en cas de pollution relevant du fonctionnement normal d'une entreprise. On imagine la perplexité des agriculteurs de Martigny s'ils avaient dû établir l'existence d'une telle faute pour les émanations de fluor de l'usine d'aluminium voisine²⁵³. On se heurte ici au principal obstacle à l'efficacité des normes découlant de la responsabilité aquilienne en matière d'environnement. Le fait que l'acte illicite (et en particulier la violation de l'art. 26 LPE) consiste souvent dans la création d'un état de fait dangereux ou d'une menace

²⁵⁰ Ainsi, lorsque STARK refuse d'envisager une responsabilité objective pour la pollution des eaux, il invoque l'existence de la responsabilité objective de l'art. 679 CCS (RDS 1967 II 123 et ss) tout en soulignant les difficultés de preuve (p. 121 et pour la pollution de l'air, p. 133 et ss); de même KELLER, RSA 1974, p. 160; voir également RAUSCH, Technologie und Gesetzgebung, RDS, 1971 I 89 ss, 93; KÜCHLER, SUR, p. 445; MARTIN, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, p. 40.

²⁵¹ Les problèmes relatifs à l'application de l'art. 55 CO dans ce contexte ont été soulignés tout au long de la discussion de la SSJ sur l'unification du droit de la responsabilité (RDS 1967 II p. 754 et ss) par JÄGGI (p. 756), WEITNAUER (p. 765), SPOENDLIN (p. 807); voir ég. WIDMER (Braucht die Schweiz eine Produkthaftung? in: Rechtsentwicklung in der Produkthaftung, Wien 1981, p. 113 et ss) sur la notion d'«Organisationshaftung», GASSMANN-BURDIN, op. cit., p. 28 et ss, et les remarques de LOREZ-WIEGAND (op. cit., p. 12 et ss) qui indiquent clairement que la rigueur de l'art. 36 LPEP (justifiée par l'importance pour la société du bien protégé) réside précisément dans l'absence d'obligation de rechercher l'origine de la pollution.

²⁵² Voir STARK, RDS 1967 II 143, qui n'envisage de toute façon pas de responsabilité du pollueur ordinaire.

²⁵³ ATF 109 II 305.

dont la réalisation devrait suffire à établir l'existence d'un manquement chez son auteur, ne suffit pas à corriger entièrement cette faiblesse²⁵⁴.

C'est néanmoins dans cette direction qu'une évolution devrait se dessiner. De même l'existence croissante de normes de droit public imposant des mesures de précaution pour toutes sortes d'activités menaçant l'environnement peut-elle faciliter la tâche du lésé²⁵⁵.

Dans ce cas également le fardeau de la preuve est décisif. Il n'appartient pas au lésé d'aller voir dans l'entreprise si tout s'y est passé régulièrement ou si des fautes ou négligences ont été commises. De même que pour la causalité, une utilisation souple des indices et de l'apparence *prima facie* s'impose comme nécessaire. On se heurte toutefois ici à nouveau au problème du droit administratif comme élément justificatif du comportement du pollueur. L'autorisation d'exploiter une entreprise suppose l'acceptation par l'autorité de certains risques liés à son fonctionnement, même s'il est excessif d'en déduire une véritable autorisation de polluer²⁵⁶. Dans une responsabilité pour risque, cet élément est intégré, puisqu'elle est automatique si le risque, même accepté, se réalise. En revanche, il paraît difficilement compatible avec la définition de la faute²⁵⁷ que celle-ci puisse être admise lorsqu'un risque accepté par l'autorité se produit dans le fonctionnement ordinaire de l'entreprise. De même, la nature des mesures de précaution qui seront prises en compte pour l'appréciation de la faute dépendra souvent de considérations techniques, mais aussi de l'acceptabilité du

²⁵⁴ Sur la responsabilité pour création d'un état de fait dangereux dans ce contexte, voir STARK, RDS 1967 II 143, (pour qui cela équivaut à un renversement du fardeau de la preuve), WIDMER, RSJB 1970, p. 307 et ss; ce dernier critique en outre la tendance à admettre la faute à travers l'affirmation que des mesures de précaution auraient pu être prises, la seule surveillance du dommage démontrant qu'elles ne l'ont pas été: Standortbestimmung und Haftpflichtrecht, RSJB 1974, p. 319.

²⁵⁵ KÜCHLER, SUR, p. 445; Keller, RSA 197, p. 167.

²⁵⁶ Voir notamment les mesures visés par l'art. 10 LPE; ég. MARTIN, in: Indemnisation des dommages dus à la pollution, p. 42 et ss, qui relève également que l'indemnisation elle-même peut être considérée comme l'achat d'un «droit de nuire» (p. 47); voir aussi l'avis de STARK (RDS 1967 II 110) sur la conséquence de cette prise en compte, soit la création d'une responsabilité pour risque.

²⁵⁷ Sur cette définition, voir DESCHENAUX/TERCIER, op.cit., par. 7, p. 78; STARK, N 446 et ss, p. 101 et ss; KELLER, p. 74 et ss; OFTINGER, par. 5, p. 123 et ss.

risque pour l'autorité²⁵⁸. Celle-ci va ainsi, involontairement, blanchir le pollueur au regard de la responsabilité civile, opérant par là un transfert des coûts du pollueur au pollué.

La notion de faute est encore très largement empreinte de réprobation morale²⁵⁹ et l'argumentation favorable ou défavorable à la responsabilité pour risque est souvent influencée par cette conception²⁶⁰. Si le but de la responsabilité pour faute est de punir²⁶¹ ou de faire sentir par un sacrifice le poids de la réprobation sociale, tout aménagement du fardeau de la preuve (fût-ce par l'admission facilitée d'indices) suscitera un sentiment d'injustice. En revanche, si l'on considère que la responsabilité est un instrument de répartition des coûts collectifs à l'intérieur de la société, on verra moins d'objections morales à demander à celui qui aurait pu, par son action, influencer l'existence de ces coûts, soit d'établir que son activité ne les a en réalité pas influencés, soit d'en accepter la charge²⁶².

e) La pluralité des pollueurs

Du fait de leur action à long terme, de leur caractère diffus et de la multiplicité des mécanismes naturels, les atteintes à l'environnement résultent dans de très nombreux cas de l'action de plusieurs pollueurs. On relèvera en particulier certaines situations typiques dans lesquelles une application cohérente du principe pollueur-payeur devrait amener à mettre en cause une pluralité d'auteurs:

²⁵⁸ C'est la notion de proportionnalité que l'on trouve notamment à l'art. 11 al. 2 LPE: voir SCHRADE, Kommentar LPE, ad art. 11, N 21 et ss, p. 13 et ss; é.g. TERCIER, in: L'homme dans son environnement, p. 303.

²⁵⁹ YUNG, Etudes et articles, p. 423.

²⁶⁰ Voir les remarques de WIDMER, RSJB 1974, p. 320, sur la sagesse *a posteriori*.

²⁶¹ Ce qui devrait être le fait du droit pénal seul: YUNG, Etudes et articles, p. 415.

²⁶² Dans cette optique, l'application du principe *res ipsa loquitur* ne suscite aucune répulsion intellectuelle: elle n'est pas un plus mauvais critère de répartition des coûts que le système «pas vu, pas pris» qui résulte d'une recherche stricte de la faute; de même, il ne s'agira plus comme le déplore WIDMER (RSJB 1974, p. 321) de faire répondre le malheureux *homo diligens* (selon les termes du même in: RSJB 1970, p. 306) des conséquences de sa seule existence, mais seulement de le faire payer pour ses frais d'entretien; é.g. GASSMANN-BURDIN (op.cit., p. 23 et ss, 43 et ss) sur l'utilisation de moyens qui augmentent les capacités humaines.

- la contribution de plusieurs pollueurs, chacun en quantité limitée, à un même type de pollution (exemple: pollution de l'eau par les phosphates),
- la contribution de plusieurs pollueurs à un même type de pollution par des produits ayant une action conjuguée (exemple: pollution de l'air par la combustion d'hydrocarbures, de gaz ou de charbon);
- la contribution successive de plusieurs à la dégradation de l'environnement par la mise en œuvre de processus d'accumulation ou de processus physico-chimiques incontrôlables (dégradation de certaines substances dans le sol, dans les décharges, cycle de l'ozone).

Les conséquences d'un accident peuvent en outre être aggravées par l'état de dégradation antérieure de l'environnement (exemple: pollution par des hydrocarbures d'un cours d'eau dans lequel se déversaient des égouts).

Si la pluralité des responsables est à l'origine de bien des difficultés en matière de prévention de la pollution, elle ne paraît pas susciter de problèmes particuliers pour l'application des normes sur la solidarité²⁶³. En principe, la présence de plusieurs pollueurs n'en exonère aucun de sa responsabilité. La responsabilité peut être fondée à la fois sur la mise en circulation d'un produit dangereux et sur son utilisation ou son transport, ou encore sur le défaut d'une installation et sur la responsabilité du propriétaire du fonds²⁶⁴. Elle peut s'appliquer à la fois à une entreprise privée et à une collectivité publique²⁶⁵. Il arrive cependant que le nombre des pollueurs possible et la complexité des interactions rendent difficile l'établissement du lien de causalité²⁶⁶. Les difficultés rencontrées peuvent aussi résulter

²⁶³ KÜCHLER, SUR, p. 443–4; les cas évoqués par OFTINGER pour la pollution des eaux (RSJ 1972, p. 108) ne diffèrent pas de ce qui peut se produire pour d'autres formes de pollution; de même, la combinaison des sources de pollution dans l'ATF 91 II 183 n'a pas constitué un obstacle à la reconnaissance d'une responsabilité et n'en constituerait certainement pas un pour la pollution de l'air ou du sol. On considérera également comme un problème non spécifique celui que pose l'organisation interne des entreprises qui comprennent plusieurs entités juridiques: la responsabilité des sociétés membres d'un groupe peut, le cas échéant, être mise en cause (voir, pour les Etats-Unis, Liability of Parent Corporation for Hazardous Waste Clean up and Damages, Harvard Law Review 1986, vol. 99, p. 986 et ss).

²⁶⁴ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar ad art. 679, N 20 et ss, p. 352 et ss.

²⁶⁵ Voir le cas de la collectivité propriétaire de canalisations mise en cause dans l'ATF 91 II 183, sur la base de l'art. 684 CCS, en présence d'une pollution émanant d'entreprises voisines.

²⁶⁶ KÜCHLER, SUR, p. 444; THIEM, Les fonds d'indemnisation des dommages

de la faible portée de chaque pollution et des effets de cumul²⁶⁷ ou encore de la durée des atteintes²⁶⁸. C'est pour ce genre de situation que l'on a imaginé la création de fonds d'indemnisation alimentés par ceux dont les activités créent certains risques. L'exigence de solidarité (au sens social du terme) prend le pas sur celle de responsabilité. Toutefois, à la différence de certaines formes d'assurance obligatoire, les fonds d'indemnisation sont des cas typiques d'application du principe pollueur-payeur en présence de pollueurs multiples, puisque ceux qui les alimentent sont des pollueurs potentiels²⁶⁹.

causés à l'environnement, in: *Indemnisation des dommages dus à la pollution*, p. 148-9; PRIEUR, *op. cit.*, p. 1044-5.

²⁶⁷ RAUSCH, *op. cit.*, p. 201, qui relève que même au regard des articles 679 et 684 CCS, on peut avoir une pollution sérieuse résultant d'immissions dont chacune ne constitue pas un excès.

²⁶⁸ Ainsi, la durée de latence du dommage résultant d'une pollution radioactive justifie-t-elle la création d'institutions spéciales: voir RAUSCH, *Atome-nergierecht*, p. 233; sur le problème des délais: HERMITTE, *Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature*, in: *L'homme, la nature et le droit*, p. 266 et ss; ég. GUINCHARD, *La réparation et l'assurance des dommages provenant d'accidents nucléaires liés au fonctionnement des centrales nucléaires*, in: *Les centrales nucléaires et l'environnement*, Paris 1982, p. 148-9.

²⁶⁹ THIEM, in: *Indemnisation des dommages dus à la pollution*, p. 150 et ss; RÉMOND-GOUILLOU, in: *Droit de l'environnement marin*, p. 305 et ss; au chapitre de la collectivisation relative de certains risques, on comptera également les présomptions de solidarité que suggère STARK: *RDS* 1967 II 130-1; sur les effets des assurances dans ce domaine: le même, *SUR*, p. 454 et ss.

IV. Conclusion

Si la responsabilité a un rôle à jouer dans l'application du principe pollueur-payeur, la réalité et la portée de ce rôle dépendront des conditions dans lesquelles cette responsabilité pourra être mise en cause. Dans la mesure où les réglementations sur la responsabilité ne sont pas toujours conçues en fonction de cet objectif, mais comportent également des considérations de protection des victimes, de réprobation morale, d'opportunité économique, elle ne se prêtent pas toujours à cette répartition des charges de la pollution. Il serait néanmoins faux de croire que l'objectif d'internalisation des coûts est incompatible avec de telles considérations. Un certain nombre de dispositions sur la responsabilité permettent de réaliser cet objectif et leur efficacité dans cette optique pourrait être améliorée par des aménagements de leurs modalités d'application. Il n'est donc pas inhérent à la matière que le droit public soit le seul instrument d'application du principe pollueur-payeur²⁷⁰.

Sans rouvrir le débat sur la généralisation de la responsabilité pour risques, qui a eu lieu en 1967 à l'assemblée annuelle de la SSJ²⁷¹, on doit constater que c'est bien l'idée du risque que comporte l'activité humaine pour l'environnement qui constitue l'élément décisif pour l'attribution d'une responsabilité particulière au pollueur. Toutefois, le mécanisme de la responsabilité pour risques telle qu'elle est actuellement conçue, présente certains inconvénients pour l'application du principe pollueur-payeur. La nécessité de définir le risque dont la réalisa-

²⁷⁰ Qu'en revanche la société tende à rejeter la responsabilité comme élément permettant d'influencer profondément son propre fonctionnement est une question plus générale à laquelle l'observation de la mécanique juridique ne permet pas seule de répondre: voir BECK, *op. cit.*, p. 256 et ss.

²⁷¹ Débat qui portait déjà sur des problèmes de pollution et a fait apparaître une certaine inquiétude des rapporteurs et intervenants à l'égard de la responsabilité basée uniquement sur le risque; voir particulièrement le rapport de STARK, RDS 1967 II 157 et ss.

tion conditionne l'exercice du droit entraîne nécessairement la juxtaposition de risques divers de natures diverses et la détermination préalable d'activités «à risque» et d'activités «sans risques»²⁷². Mais, au terme d'un examen des activités qui affectent l'environnement, en retrouvera-t-on qui soient «sans risques», passé un certain degré d'intensité? En réalité dans un souci de protéger l'environnement et les ressources, on doit se préoccuper *des risques que courent ces derniers et non du risque que font courir certaines activités*. Le caractère global du bien protégé et, partant, de la protection nécessaire²⁷³ devrait faire exclure la juxtaposition de responsabilités pour risques traditionnelles. Telle est notamment la conception de l'article 36 LPEP qui, comme on l'a souvent dit, ne constitue pas juridiquement une responsabilité pour risque.

L'examen de cette disposition, de ses forces et de ses faiblesses, (notamment en matière de définition du dommage) permet de déterminer les quelques conditions nécessaires d'une responsabilité qui mette réellement en œuvre le principe pollueur-payeur:

1. Le bien juridiquement protégé doit être nettement défini comme l'environnement ou l'un de ses composants, avec toutes ses caractéristiques et mécanismes écologiques.
2. La définition du dommage doit prendre en compte la dégradation de la qualité de l'environnement y compris celle qui ne se manifeste qu'ultérieurement mais qui est connue comme potentialité, ce qui implique que les mesures de prévention d'une atteinte et de remise en état en fassent partie²⁷⁴.
3. La répartition du fardeau de la preuve, tant en matière de causalité que de faute, doit être suffisamment souple pour que celui qui subit l'atteinte ne se heurte pas à la barrière de faits uniquement connus du pollueur (nature et caractéristiques des produits ou substances polluantes, nature et portée des mesures de précaution prises), et ne doive pas

²⁷² Voir ég. les réserves de STARK, RDS 1967 II p. 159 et ss.

²⁷³ MÜLLER-STAHLE, SUR, p. 548 et ss.

²⁷⁴ L'action en prévention ou en cessation de trouble peut être le cas échéant l'instrument de procédure qui permet d'obtenir un tel résultat si elle se juxtapose à l'action en dommages-intérêts. On se trouve dans une situation analogue à celle résultant de l'art. 679 CCS.

pénétrer dans la sphère personnelle du pollueur pour en établir l'existence et en tirer un droit ²⁷⁵.

4. Dans une large mesure on peut douter de l'opportunité d'exiger une faute puisque la prise en charge d'un coût ne doit pas nécessairement impliquer une appréciation qualitative de l'attitude de celui qui l'assume. Là où cette exigence est maintenue (application de l'art. 41 CO), la faute apparaîtra souvent comme l'absence de prise en compte des précautions particulières que la sauvegarde du milieu vital devrait exiger de chacun ²⁷⁶. L'ambiguïté de la faute dans ce contexte résulte du fait que l'on suppose socialement répréhensible une attitude qui est en réalité socialement tolérée et approuvée, tant la pollution est inhérente à des activités humaines jugées positives. Le juriste s'évertue dès lors à trouver une faute là où l'observateur ne voit que normalité ²⁷⁷.

Le droit positif contient un certain nombre de règles qui permettent de réaliser le résultat voulu par le principe pollueur-payeur, mais leur efficacité dans cette optique dépend également d'une volonté d'orienter la responsabilité dans ce sens et de l'aménagement de conditions d'exercice du droit qui ne le privent pas d'une partie de sa portée. Même si le résultat final est comparable, il peut toutefois paraître incohérent que la responsabilité du pollueur soit soumise à des normes différentes selon que le polluant d'abord aérien retombe dans l'eau ou sur le sol. Dans un souci de cohérence, la responsabilité du pollueur aurait donc sa place également dans la législation sur l'environnement à travers une norme générale fondant une responsabilité causale.

²⁷⁵ C'est, il est vrai, un objectif de toute norme de procédure que les parties ne soient jamais tenues de prouver que ce qui est à leur portée; voir les remarques de STARK sur cette question (RDS 1967 II 154, pour une comparaison avec le droit américain, et 168 et ss); é.g. MÜLLER-STAHEL, SUR, p. 582-3.

²⁷⁶ Dans le même sens, la conclusion que tire STARK de la jurisprudence sur la création d'un état de fait dangereux (RDS 1967 II 169-170).

²⁷⁷ La responsabilité pour risque est à cet égard plus cohérente puisqu'elle suppose comme préalable la tolérance du risque: Stark, RDS 1967 II 163.

