RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1286/2006-DT **ATA/596/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 14 novembre 2006

dans la cause

M_____ S.A.
représentée par Me Michel Bergmann, avocat

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE DE CONSTRUCTIONS

et

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE

EN FAIT

1. Le 24 février 2005, la régie C_____a commandé à la société M_____ S.A. (ci-après : M_____), 39'000 litres de mazout pour la citerne de l'immeuble sis _____, rue des Délices, à Genève.

2. La société a procédé à la livraison du combustible en deux étapes. Une première livraison de 18'000 litres a eu lieu le 25 février 2005 et une seconde le 11 mars 2005.

   Au cours de cette dernière opération, réalisée par M. P_____, chauffeur-livreur de la société, un débordement de mazout s'est produit.

3. La police de la protection des eaux (ci-après : PPE) rattachée au département de l'intérieur, de l'agriculture et de l'environnement (devenu depuis lors le département du territoire, ci-après : DT ou le département) est intervenue sur les lieux, le jour même.

4. Selon le rapport de la PPE daté du 19 avril 2005, une quantité d'environ 1'760 litres de mazout avait débordé. Bien qu'il n'y ait pas eu de pollution des eaux, le sol a été contaminé sur une surface d'environ 30 m2 et jusqu'à 4 m de profondeur. Des travaux d'excavation et d'assainissement ont dû être effectués par diverses entreprises mandatées par le DT.

5. a. Interrogé par la PPE le jour de l'incident, M. P_____ a notamment indiqué :

   - avoir ouvert suffisamment longtemps (5 min. environ) le tube de jauge et l'orifice de remplissage pour laisser tomber le vacuum et permettre le rétablissement des niveaux liquides dans la citerne, durant le déroulement du tuyau de remplissage ;

   - avoir contrôlé le niveau maximal autorisé (38'000 litres) et jaugé un niveau de mazout se trouvant dans la citerne correspondant à un solde de 12'000 litres ;

   - ne pas avoir connecté l'intercepteur de remplissage (sonde électro-optique) avant la livraison ;

   - avoir programmé la quantité de 18'000 litres de mazout au compteur du camion et débuté la livraison ;

   - ne pas avoir jaugé à nouveau la citerne après avoir livré les premiers 500 à 1'000 litres ;

- avoir surveillé par intermittence la citerne et le compteur du camion durant la livraison, jusqu'à un volume de dépotage de 8'800 litres, moment après lequel en se rendant vers la citerne, il découvre le débordement par l'évent et stoppe la livraison ;

b. La citerne était enterrée, sa contenance était de 40'000 litres (100%) mais son volume utile de 38'000 litres (95%). Elle était équipée d'un système de détection de fuites du type vacuum. L'installation avait fait l'objet d'une révision par l'entreprise de révision D_____ S.A. en date du 27 mai 2003.

c. Pour les besoins de l'enquête menée par la PPE, la citerne a été révisée le 17 mars 2005 par l'entreprise S_____S.A., afin d'identifier d'éventuels dysfonctionnements techniques. Il a été constaté que :

- la jauge règle étalonnée à 95% correspondait au volume de 38'000 litres et était correctement graduée ;

- le contrôle de la sonde électro-optique n'a pas révélé de dysfonctionnement, en revanche sa position de réglage était fausse car positionnée 77 mm trop haut à partir de l'intérieur de la citerne ;

- le tube guide intérieur de la jauge comportait un perçage insuffisant de 10 mm de diamètre ce qui empêchait un équilibre rapide de la pression atmosphérique à l'intérieur du réservoir (…), le tube guide de 25 mm de diamètre présentait une section de 491 mm2 et un trou de perçage de 10 mm de diamètre, soit une section de 79 mm2. La section permettant l'équilibre de la pression atmosphérique était dans ce cas 9 fois inférieure à celle requise par les prescriptions soit 736 mm2.

d. Le rapport révélait que la différence de mesures du volume du mazout présent dans la citerne le jour de la seconde livraison, entre celle effectuée manuellement par le chauffeur-livreur (12'000 litres) et celle relevée sur le détecteur Vaprotec installé en chaufferie (32'000 litres) était due à un problème technique sur le tube guide de jaugeage.

e. Selon la PPE, les causes de la pollution provenaient du fait que le chauffeur-livreur avait :

- jaugé un solde de 12'000 litres de mazout dans la citerne au lieu d'un volume réel dépassant vraisemblablement les 32'000 litres en raison des défauts techniques liés à l'installation et éventuellement pour n'avoir pas suffisamment attendu que l'équilibre de pression atmosphérique se rétablisse ;

- omis de brancher, avant d'effectuer la livraison, le câble sur l'intercepteur de remplissage (sonde électro-optique) de la citerne, mais mis hors service ce dispositif de sécurité en le branchant directement au camion ;

- omis de jauger à nouveau le niveau de mazout dans la citerne après avoir livré les premiers 500 à 1000 litres de mazout, mais programmé une livraison unique de 18'000 litres à la pompe du camion ;

- le non branchement du dispositif anti-débordement n'avait pas permis d'arrêter la pompe de dépotage du camion afin d'éviter le surremplissage de la citerne, ce qui a entraîné le débordement de mazout par l'évent de la citerne et une pollution du sol par infiltration dans le terrain naturel.

f. La PPE concluait que la cause "principale" du débordement de la citerne et de la pollution était due exclusivement au non branchement du câble sur l'intercepteur de remplissage (sonde électro-optique) de la citerne par le chauffeur-livreur, préalablement à la livraison. Aucune cause technique directe ne pouvait être avancée pour expliquer le débordement et la pollution du sol.

6. En date du 27 juin 2005, le département a adressé à D_____S.A. un courrier la mettant en demeure de remettre en conformité l'installation litigieuse, courrier qu'il a assorti d'un avertissement formel.

7. Le 21 avril 2005, le DT a adressé à M_____ le projet de rapport de la PPE en l'invitant à lui faire part de ses observations.

8. Le 9 mai 2005, l'entreprise a répondu au département. Elle soulignait les défauts de la citerne et invoquait la responsabilité du propriétaire de l'installation, celle de D_____S.A. et de T_____, partenaire contractuel du propriétaire de la citerne.

9. Par décision du 14 juillet 2005, le département a infligé à M. P_____ une amende administrative de CHF 500.-. Il a mis à la charge de M_____ les frais d'intervention s'élevant à CHF 4'950.- ainsi que les factures des dépens occasionnés par l'incident sans les chiffrer.

Le DT a retenu que lors de la livraison de mazout, le chauffeur-livreur n'avait pas observé plusieurs des exigences prévues au point 4 de la directive cantonale de juin 2003 sur la procédure obligatoire à respecter par les chauffeurs-livreurs lors du remplissage de réservoirs. L'expertise technique de la citerne effectuée dans le cadre de l'enquête avait révélé une non-conformité au niveau du tube guide intérieur de la jauge, soit un sous-dimensionnement de l'orifice d'équilibrage de la pression atmosphérique à l'intérieur du réservoir, élément qui avait pu induire en erreur le chauffeur-livreur lors du jaugeage initial du solde de mazout présent dans la citerne. D_____S.A., dont l'enquête avait permis d'établir qu'elle était responsable de cette malfaçon, faisait l'objet d'une

procédure distincte. Les manquements de M. P_____ constituaient toutefois la cause exclusive et directe du débordement de plus de 1'700 litres de mazout dans le terrain naturel, engendrant par infiltration une pollution du sous-sol de la parcelle.

10. Par acte du 15 août 2005, M_____ a recouru contre la décision précitée auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : la commission de recours). Elle concluait à son annulation, reprenant en substance l'argumentation développée devant le département.

11. Le 23 novembre 2005, le DT a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision.

12. Les parties, entendues le 24 novembre 2005 par la commission de recours, ont campé sur leur position. Le DT a relevé ne pas avoir tenu compte, en fixant le montant de l'amende, d'une précédente sanction déjà infligée à l'entreprise recourante.

13. Le 27 février 2006, la commission de recours a déclaré irrecevable le recours en tant qu'il portait sur la condamnation de M. P_____ à une amende administrative de CHF 500.-. Elle l'a rejeté en ce qu'il contestait que les frais d'intervention de CHF 4'950.- étaient à la charge de la recourante et confirmé la décision sur ce point. Elle a, enfin, admis le recours visant le chiffre du dispositif de la décision du département prescrivant que la recourante devait honorer les factures des dépens occasionnés par cet incident dans la mesure où, si le dossier contenait des factures manifestement en relation de causalité avec la pollution engendrée par l'activité de l'entreprise comme celle de l'usine des Cheneviers ou de l'entreprise Guimet S.A. du 6 avril 2005, on ignorait pour quelles raisons les travaux entrepris par l'entreprise Zschokke, pour une somme de près de CHF 100'000.-, s'étaient avérés nécessaires et/ou devaient être considérés comme en lien de causalité avec la pollution et être dès lors mis à la charge de l'entreprise. Il appartenait au DT d'établir un décompte précis des sommes dues en relation de causalité avec l'événement considéré.

14. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 7 avril 2006, M_____ a contesté la décision de la commission de recours qu'elle avait reçue le 8 mars 2006 et conclut principalement à son annulation. Elle sollicitait d'une part, l'apport de la procédure engagée contre D_____ S.A. et d'autre part, l'ouverture d'enquêtes afin de déterminer la part de responsabilité de toutes les parties concernées ce qui permettrait de prendre une nouvelle décision répartissant équitablement les frais d'intervention et d'assainissement entre les responsables, étant précisé que si elle-même devait être tenue de participer aux frais litigieux, seuls pourraient entrer en considération, les frais dont l'autorité aurait démontré dans une décision sujette à recours qu'ils étaient en relation de causalité avec l'incident.

La recourante reprochait à la commission de recours de ne pas avoir examiné la question de savoir si le débordement de la citerne était dû à l'omission reprochée à son employé, celle-ci n'étant, selon elle, pas en relation de causalité naturelle avec le débordement du combustible. En effet, si la révision de la citerne avait été correctement effectuée par D_____ S.A., la jauge aurait fonctionné et le débordement n'aurait pas eu lieu. En outre, dès lors que la sonde avait également été mal installée, il n'était pas établi que si ce dispositif avait été utilisé par le livreur, il aurait permis d'éviter le débordement.

La commission de recours avait méconnu le principe de causalité qui lui imposait de procéder à une répartition des frais entre les divers responsables et exclu une responsabilité solidaire de ceux-ci. En particulier, la société T_____ devait être tenue pour responsable du fait de M_____, en application de l'article 101 de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220) puisque la commande de mazout avait été adressée par la C_____(ci-après : C_____) à T_____, qui avait mis en œuvre la recourante. Le propriétaire de la citerne et la régie devaient également être tenus pour responsables.

Enfin, l'autorité avait violé son droit d'être entendue en refusant d'entrer en matière sur la proposition de son assurance d'organiser une réunion visant à aboutir à une clé de répartition des frais.

15. En date du 15 mai 2006, le département a déposé ses observations. Il conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision de la commission de recours en tant qu'elle condamne M. P_____ à une amende de CHF 500.- et qu'elle met les frais d'intervention par CHF 4'950.- ainsi que l'ensemble des autres frais à la charge de M_____.

L'enquête de la PPE avait permis d'établir que le non-respect par le chauffeur-livreur de la procédure de livraison était la seule cause du débordement litigieux et par conséquent des frais qui en avaient découlé.

Concernant la citerne, le rapport du 29 mars 2005 avait révélé au niveau du guide intérieur de la jauge un sous-dimensionnement de l'orifice d'équilibrage, ayant pour conséquence de ralentir l'équilibrage de la pression atmosphérique à l'intérieur du réservoir. Bien qu'ayant pu induire le livreur en erreur, cet élément n'était pas prépondérant. S'agissant du dispositif d'anti-débordement, il était en parfait état de marche. Seule sa position de réglage était positionnée 77mm trop haut à partir de l'intérieur de la citerne. Or, cette particularité aurait eu pour unique conséquence de déclencher l'arrêt de la livraison un peu plus tardivement et n'aurait en aucun cas pu, à elle seule, provoquer un débordement. Ces deux défaillances n'étaient ainsi pas en lien de causalité avec l'incident.

Le département avait pris à l'encontre de D_____ S.A. une décision en proportion avec l'omission commise par cette dernière. Cette décision était définitive.

Les frais devaient être mis à la charge du perturbateur par comportement. Le seul perturbateur était le chauffeur-livreur de la recourante qui avait violé son devoir de diligence. La recourante en sa qualité d'employeur était donc tenue de supporter les frais d'intervention et de remise en état en application de l'article 55 CO.

Ni la C_____, ni le propriétaire de l'installation ne pouvaient être considérés comme perturbateurs par situation dès lors que la régie avait fait procéder régulièrement à la révision de la citerne.

D_____ S.A. ne pouvait pas non plus être tenue pour perturbatrice par comportement, les défauts décelés sur la citerne n'étant pas à l'origine du débordement.

L'intervention de la PPE ainsi que le temps et les contrôles effectués dans le cadre de cette pollution constituaient un contrôle extraordinaire au sens de l'article 40 du règlement d'exécution de la loi sur les eaux du 15 mars 2006 fixant les émoluments perçus pour les contrôle d'assainissement relevant de la protection des eaux (L 2 05.01).

Le montant de CHF 4'959.- était totalement justifié et proportionné en regard de l'intervention de la PPE.

S'agissant des autres frais, le département avait établi un décompte récapitulatif précis des frais engendrés.

16. Entendu lors de l'audience de comparution personnelle des parties le 31 mai 2006, le département a précisé que l'amende avait été infligée à M. P_____ et non à la recourante.

L'intimé ne savait pas si les travaux que devait réaliser D_____ S.A savaient été effectués. Cela étant, la régie de l'immeuble avait manifesté son intention de "passer au gaz" et la citerne de l'immeuble était restée à l'extérieur, depuis mars 2005. Pour le surplus, le département s'était engagé à produire le dossier de D_____ S.A.

Il avait chiffré le montant total des interventions nécessaires à CHF 101'986.-, conformément à son courrier du 26 avril 2006. Dans ce décompte figurait le déplacement de la citerne, exécuté par Zschokke, rendu nécessaire pour accéder aux terres souillées qui se trouvaient sous l'installation.

La révision des citernes était obligatoire tous les dix ans. D_____S.A. avait effectué son contrôle le 27 mai 2003 sans détecter les problèmes relatifs à la jauge et à la fausseté de la position de réglage du contrôle de la sonde. Ces défectuosités avaient motivé l'avertissement qui lui avait été adressé. Le propriétaire avait fait procéder régulièrement aux contrôles auxquels il était tenu et n'était ainsi pas responsable.

Le 8 mars 2006, le DT avait constaté que la jauge avait disparu. La veille, il avait fait prendre des photos qui révélaient les défauts de ladite jauge et il en avait informé M_____.

Si dans le courrier qu'il avait adressé à l'assurance de la recourante, celle-ci avait pu penser que plusieurs parties seraient impliquées, tel n'avait finalement pas été le cas puisque le département avait considéré que la recourante était l'unique responsable.

17. En date du 14 juin 2006, le département a transmis au Tribunal administratif le dossier de D_____S.A. ainsi que celui de M_____ relatif à une pollution au mazout survenue à la route de K_____, le 31 décembre 2004.

18. Le 31 juillet 2006, la recourante a répliqué.

Préalablement à la décision du département du 14 juillet 2005, M_____ disposait de deux factures émises par Zschokke pour un total de CHF 93'698,49, TVA comprise.

Le 13 avril 2006, le DT lui avait adressé un décompte précis laissant apparaître un total de CHF 85'896,30 pour les seuls travaux de Zschokke.

Le 26 avril 2006, le département lui avait communiqué le montant des travaux effectués par Guimet Fils S.A. pour la somme de CHF 4'089,30 et par les SIG pour un montant de CHF 101'986,70, sans pour autant lui fournir les factures. Le montant total y compris les travaux de Zschokke s'élevait ainsi à CHF 191'972,30.

Selon la recourante, le montant de ces frais était surfait. Elle les estimait quant à elle à CHF 50'000.- au total.

La C_____ avait décidé de changer son installation et d'abandonner le mazout en faveur du gaz. La recourante n'entendait ainsi pas supporter des frais à la charge du propriétaire.

La manière dont le département avait traité le dossier de D_____ S.A. consacrait une inégalité de traitement.

Quant à la pollution survenue en 2004, elle n'avait aucun rapport avec la présente procédure.

La recourante produisait en outre des pièces relatives à la formation de son chauffeur-livreur, M. P_____.

Enfin, elle sollicitait toutes pièces utiles relative à la classification du site comprenant la citerne litigieuse et l'apport des factures relatives aux travaux entrepris par Guimet Fils S.A. ainsi que par les SIG.

Elle persistait pour le surplus dans ses conclusions.

19. Le 31 août 2006, le département a dupliqué et produit des pièces complémentaires dont les factures requises. Le montant des frais de CHF 101'986.- protocolé lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 31 mai 2006 ne concernait que les prestations fournies par les SIG.

Le total des frais d'assainissement s'élevait donc à CHF 198'500,40 TTC.

Les montants figurant dans le décompte du 26 avril 2006 concernant les interventions de Zschokke, étaient exprimés hors TVA.

Aucun travail superflu n'avait été requis ou effectué. Le département produisait en outre un avis du service cantonal de géologie du 16 mars 2005 indiquant les caractéristiques géologiques du terrain, les risques de pollution ainsi que les mesures à prendre pour l'assainir. Le site litigieux se trouvait en zone de protection B, zone à l'aplomb de laquelle il y avait des nappes d'eaux souterraines principales du domaine public qui devaient être protégées des risques de pollution.

Concernant l'entreprise D_____ S.A., le département persistait dans son argumentation.

20. Le 6 septembre 2006, le juge en charge du dossier invitait le DT à expliquer les raisons pour lesquelles le montant de la TVA s'élevant à CHF 6'628,10 sur la facture de Zschokke ne figurait pas dans le décompte du 26 avril 2006.

21. Le département a répondu le 13 septembre 2006 qu'il s'agissait d'une erreur.

22. Le 29 septembre 2006, la recourante s'est prononcée sur les pièces produites par le département. Les factures des SIG et de Guimet Fils S.A. étaient prescrites et celle de Zschokke était surfaite compte tenu de la faible importance du débordement, de la petite surface touchée, du peu de perméabilité du terrain et du faible risque de pollution des eaux .

22. En date du 2 octobre 2006, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Conformément à l'article 6 alinéa 1 de la loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LFEaux- RS 814.20), il est interdit d'introduire directement ou indirectement dans une eau des substances de nature à la polluer ; l'infiltration de telles substances est également interdite.

3. Les frais provoqués par des mesures que les autorités prennent pour empêcher une atteinte imminente, ainsi que pour en déterminer l'existence et y remédier, peuvent être mis à la charge de ceux qui en sont la cause (art. 59 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1993 - LPE - RS 814.01).

4. L'article 54 LFEaux prévoit que les coûts résultant de telles mesures sont à la charge de celui qui a provoqué ces interventions. Cette disposition concrétise le principe de la causalité - ancré à l'article 3a LFEaux selon lequel chacun doit s'employer à empêcher toute atteinte nuisible aux eaux en y mettant la diligence qu'exigent les circonstances.

5. a. Dans sa jurisprudence relative à l'article 8 de l'ancienne loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution, du 8 octobre 1971 (LPEP), dont les principes valent également pour l'application de l'article 54 LFEaux (cf. E. BETRIX, Les coûts d'intervention- difficultés de mise en œuvre, in DEP 1995 p. 370), le Tribunal fédéral a recouru aux notions de perturbateur par comportement et de perturbateur par situation pour désigner les personnes qui sont la cause des mesures de sécurité et qui doivent en supporter les conséquences financières.

Le perturbateur par situation est une personne à qui il incombe de remettre une chose dans un état conforme à l'ordre public, en raison de ses liens avec cette chose, généralement parce qu'elle en dispose ou en jouit comme propriétaire ou possesseur. Il s'agit avant tout du propriétaire, mais il peut s'agir aussi du locataire, du fermier, de l'administrateur ou du mandataire. Le critère déterminant est ainsi le pouvoir de disposition qui permet à celui qui la détient de maintenir la chose dans un état conforme à la réglementation en vigueur ou d'éliminer la source du danger (ATF 114 Ib 44 consid.2c/aa p. 50 = JdT 1990 I 482). Il ne suffit cependant pas, pour que le perturbateur soit appelé à rembourser des frais occasionnés par des mesures de sécurité, que sa situation ou son comportement soit en relation de causalité avec la menace ou l'atteinte qui a nécessité ces mesures ; il faut en outre que le lien de causalité soit immédiat, c'est-à-dire que la

cause elle-même ait franchi les limites du danger ; des causes plus lointaines et seulement indirectes n'entrent pas en ligne de compte.

Le perturbateur par comportement est une personne dont les actes ou les omissions, ou ceux des tiers qui dépendent d'elle, ont provoqué l'atteinte, étant précisé qu'une omission ne peut entraîner une responsabilité que s'il existe une obligation juridique d'agir pour sauvegarder la sécurité et l'ordre.

Le perturbateur par comportement est donc celui qui a causé directement le danger ou l'atteinte ; pour qu'il y ait perturbateur par situation, il faut que la chose elle-même ait constitué directement la source de ce danger ou de cette atteinte (Arrêt du Tribunal fédéral 1A.286/1997 du 24 juin 1998 ; ATF 119 Ib 492 ; 118 Ib 407 ; ATA/603/2005 du 16 août 2005 ; C. ROUILLER, L'exécution anticipée d'une obligation par équivalent in : Mélanges GRISEL, 1983, p. 598).

b. L'article 54 LFEaux ne fixe aucun critère dans le choix des débiteurs des frais des mesures nécessaires à l'élimination d'une situation contraire au droit. En cas de pluralité de perturbateurs, l'autorité ne peut pas mettre l'intégralité des frais d'intervention à la charge du perturbateur de son choix, mais doit au contraire les répercuter sur l'ensemble des perturbateurs selon la part de responsabilité de chacun d'eux dans la survenance du dommage, par une application analogique des principes contenus aux articles 50 alinéa 2 et 51 alinéa 2 CO (ATF 102 Ib 203 consid. 5c p. 210 ; 101 Ib 410 consid. 6 p. 417 ; ZBl 92/1991 p. 212 consid. 6a p. 216 ; arrêt du 15 juin 1994 dans la cause K. AG contre Conseil d'Etat du canton de Zurich, in DEP 1994 p. 501 ; C. ROUILLER op. cit. p. 591 ; E. BETRIX, op. cit., p. 385 ; cf. également H W. STUTZ / M. CUMMINS, Die Sanierung von Altlasten, Zurich 1996, p. 125 ; S. FUHRER, Die Haftung für Umweltschäden und deren Versicherung, BJM 1992 p. 240/241). Il y a lieu de distinguer selon le titre auquel intervient le perturbateur et le rôle que son action ou son omission a joué dans la survenance du dommage; dans cette perspective, l'autorité s'adressera en premier lieu au perturbateur par comportement qui s'est rendu coupable d'une faute et en dernier recours au perturbateur par situation qui répond en principe même en l'absence de toute faute (ATF 102 Ib 203 consid. 5c p. 210 ; 101 Ib 410 consid. 6 p. 420 ; ZBl 92/1991 p. 212 consid. 6 p. 216 ; ZBl 88/1987 p. 301 consid. 3 p. 305 ; cf. art. 32d al. 2 LPE et H. W. STUTZ, Die Kostentragung der Sanierung - Art. 32d USG, in DEP 1997 p. 774).

c. Dans l'application de ces principes, l'autorité jouit d'un certain pouvoir d'appréciation (ZHl 83/1982 p. 541 consid. 4d p. 546 ; E. BETRIX, op. cit., p. 384) ; elle peut également recourir à des considérations d'équité et prendre en compte la situation économique des intéressés dans la répartition des frais (ZHl 88/1987 p. 301 consid. 3 p. 305 ; ZB1 83/1982 p. 541 consid. 4e et 5 in fine p. 546 ; voir cependant les critiques adressées sur ce point à la jurisprudence par M. BUDLIGER, Zur Kostenverteilung bei Altlastensanierung mit mehreren Verursachern, in DEP 1997 p. 306).

6. La recourante conteste que les manquements reprochés à son employé soient en relation de causalité avec la pollution survenue le 11 mars 2005 et soient propres à engager sa responsabilité exclusive.

7. a. L'article 14 alinéa 3 de l'ordonnance fédérale sur la protection des eaux contre les liquides pouvant les polluer du 1er juillet 1998 (OPEL - RS 814.2002) dispose que quiconque remplit un réservoir d'entreposage doit prendre en particulier les mesures suivantes : déterminer la quantité maximale de liquide qui peut être transvasée dans le réservoir (let. a) ; surveiller personnellement le remplissage (let. b) ; interrompre manuellement l'opération au plus tard lorsque le liquide atteint le niveau de remplissage maximum admissible (let. c), et si le réservoir est équipé d'une sonde de limiteur de remplissage, raccorder celle-ci à l'organe de commande du véhicule-citerne ; le remplissage est interdit si l'organe de commande signale un dérangement (let. d).

b. La directive cantonale de juin 2003 précise la procédure obligatoire à respecter par les chauffeurs-livreurs lors du remplissage de réservoirs.

8. a. En omettant de brancher la sonde anti-débordement, l'employé de la recourante qui bénéficiait pourtant de la formation appropriée pour ce type de profession n'a pas respecté l'article 14 alinéa 3 lettre d OPEL précité. Partant, celui-ci n'a pas satisfait à la diligence requise. Si le dispositif anti-débordement avait été branché, la livraison de mazout aurait été interrompue prévenant ainsi le débordement. Il existe dès lors bien une relation de causalité entre le remplissage de la citerne en violation des dispositions légales et le débordement. Par son omission, le chauffeur-livreur a directement contribué à la survenance du dommage, et c'est à juste titre qu'il a été qualifié de perturbateur par comportement. Par voie de conséquence, la recourante doit être tenue pour responsable, en sa qualité d'employeur, du fait de son auxiliaire en application de l'article 101 CO et son recours rejeté sur ce point.

b. Il n'est pas contesté que le chauffeur-livreur n'a pas jaugé à nouveau le niveau de mazout de la citerne après avoir livré les premiers 500 à 1'000 litres de mazout. Cela étant, conformément à la jurisprudence déjà citée (Arrêt du Tribunal fédéral du 24 juin 1998), cette omission ne saurait être prise en considération dès lors qu'elle n'est pas prévue par l'OPEL, ni même par la directive précitée.

9. La recourante soutient que la mauvaise exécution de la révision de la citerne effectuée par D_____ S.A., laissant subsister des défauts sur le tube de jaugeage et le dispositif anti-débordement sont à l'origine du débordement et que par conséquent, cette société doit être tenue pour responsable du dommage, de même que la régie de l'immeuble, le propriétaire de la citerne et de Total.

Selon le rapport de la PPE, le dispositif anti-débordement était en parfait état de marche ; toutefois sa position était fausse, soit 77mm trop haut à partir de

l'intérieur de la citerne. Quant à la jauge permettant de déterminer le solde du mazout à l'intérieur de la citerne, elle ne fonctionnait pas selon les prescriptions en vigueur.

L'autorité intimée n'a pas estimé que ces éléments pouvaient être de nature à engager la responsabilité du réviseur de l'installation, du propriétaire, voire d'autres tiers.

La jurisprudence impose à l'autorité de ne pas se limiter, dans la désignation des responsables, aux seuls acteurs actuels, présents au moment du dommage. Bien au contraire, elle se doit d'examiner si certaines des causes immédiates du dommage ne résultent pas de comportements antérieurs (E. BETRIX, op. cit., p. 387).

10. a. L'article 5 OPEL dispose que les propriétaires d'installations doivent veiller à prendre des mesures de protection garantissant la prévention des fuites. Ils doivent veiller en particulier à ce que les réservoirs avec conduite de remplissage soient équipés de dispositifs de jaugeage et de dispositifs contre le surremplissage (let. b).

b. Ils doivent également veiller à ce que leurs installations soient régulièrement contrôlées afin que les défauts, en particulier les fuites, soient détectés et corrigés (art. 13 let. a OPEL) ;

c. Les propriétaires d'installations d'entreposage soumises à autorisation doivent veiller à ce qu'une entreprise de révision définie à l'article 17 OPEL contrôle le fonctionnement et l'étanchéité de ces dernières tous les dix ans au moins. La révision comprend notamment un contrôle du fonctionnement pour les dispositifs compensateurs de pression et les sondes de limiteur de remplissage (art. 16 let. e OPEL).

11. a. Le danger potentiel de l'installation à l'origine de la pollution peut, selon son intensité, constituer un élément de nature à apprécier plus sévèrement la responsabilité du perturbateur par situation (cf. ZHl 83/1982 p. 541 consid. 5 p. 547) ou, au contraire, à l'atténuer, voire même à renoncer à toute participation de sa part aux frais d'intervention lorsque le rôle de celle-ci dans la survenance du dommage est tout à fait marginal (cf. ZHl 88/1987 p. 301 consid. 3 p. 305 ; E. BETRIX, op. cit., p. 386).

b. Dans l'arrêt précité rendu le 24 juin 1998, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause au Tribunal administratif qui avait retenu la responsabilité exclusive de la société de livraison de mazout dont le livreur avait provoqué le débordement de 1'482 litres de mazout en omettant de brancher la sonde de limiteur de remplissage et en utilisant une bouche de remplissage dont le tuyau qui alimentait une ancienne citerne évacuée avait été coupé au ras du mur sans être obturé et

omis d'examiner le danger potentiel de l'installation. Le danger de pollution des eaux que représentait l'installation de la société X n'était pas insignifiant au point de reléguer à l'arrière-plan le rôle joué par celle-ci dans la survenance du dommage par rapport à la faute commise par le chauffeur de la recourante et d'exclure la responsabilité du propriétaire des lieux ou de tierces personnes.

c. Le Tribunal correctionnel de Lausanne a condamné le 24 août 1995, un chauffeur-livreur qui avait provoqué un débordement de mazout en violation de l'article 10 PEL. Le Tribunal a relevé que lors du remplissage, le livreur ne devait pas se fier à la sonde et compter sur son déclenchement pour se dispenser de procéder aux contrôles. Précisément, la sonde de sécurité pouvait être défectueuse de sorte que les devoirs du chauffeur-livreur restaient prioritaires.

d. Dans un arrêt non publié du 15 décembre 1983, le Tribunal fédéral a confirmé la répartition des responsabilités effectuée par le Tribunal administratif du canton d'Argovie à la suite d'un débordement de mazout, lequel mettait en cause l'entreprise de livraison de mazout, le chauffeur, le propriétaire et le concierge de l'immeuble. Le concierge, qui avait indiqué à tort au chauffeur que la citerne était vide, était responsable à raison de 5%, le chauffeur qui n'avait pas jaugé la citerne ni branché le système anti-débordement ainsi que l'entreprise assumaient au total le 70% du dommage et, enfin, le propriétaire de l'immeuble le 25%, le sol du local n'étant pas étanche (ATA/600/1997 du 7 octobre 1997).

12. Pour donner suite à la commande formulée par la régie, la seconde livraison devait porter sur 18'000 litres de mazout. La citerne en question avait une contenance de 38'000 litres utiles, soit 95% de son volume. Or, le solde du combustible restant dans la citerne était en réalité de 32'000 litres au lieu des 12'000 litres mesurés par le chauffeur-livreur. La quantité à livrer ne pouvait ainsi excéder 6'000 litres.

Le rapport de la PPE révèle que la différence de mesures du volume du mazout présent dans la citerne le jour de la seconde livraison, entre celle qui a été effectuée par le chauffeur-livreur manuellement (12'000 litres) et celle relevée sur le détecteur Vaprotec installé eu chaufferie (32'000 litres) résultait du problème technique sur le tube guide de jaugeage que D_____ S.A n'avait pas signalé. Le département a d'ailleurs admis que cet élément avait pu induire en erreur le chauffeur-livreur lors du jaugeage initial du solde de mazout présent dans la citerne.

Bien que le dispositif anti-débordement ait été en état de marche, sa position de réglage était positionnée 77mm trop haut à partir de l'intérieur de la citerne ce qui aurait eu pour conséquence s'il avait été branché, que l'interruption de la livraison aurait eu lieu plus tardivement.

13. Le danger potentiel de pollution des eaux que représentait l'installation ne saurait être considéré comme insignifiant, puisque la jauge en place ne pouvait pas permettre à l'employé de se conformer à son obligation première consistant à déterminer la quantité maximale de liquide qui peut être transvasée dans le réservoir (art. 14 al. 3 let. a OPEL précité). Or, cet élément est particulièrement important en cas de panne éventuelle du dispositif anti-débordement.

Quant à la sonde anti-débordement mal positionnée, il est clairement dit qu'elle aurait déclenché l'arrêt de la livraison un "peu plus tardivement" (sic). Rien n'indique si dans l'hypothèse où le dispositif aurait été correctement branché si un débordement, même de faible importance, aurait pu avoir lieu.

Ces éléments auraient dû être examinés par les intimés.

Ceux-ci ont donc excédé leur pouvoir d'appréciation et, partant, violé le droit fédéral en retenant la responsabilité exclusive de la recourante dans le cadre de la pollution survenue le 11 mars 2005.

14. La cause devra être renvoyée au département afin qu'il respecte le droit d'être entendues des différentes parties concernées et détermine la part de responsabilité du propriétaire de l'installation litigieuse, de l'entreprise de révision voire celle d'autres intervenants dans la survenance du dommage. Selon le résultat de ses investigations, le département devra vérifier si les mesures prises sont adéquates et proportionnées, enfin chiffrer et répartir en conséquences les frais d'intervention.

15. Pour les raisons qui précèdent, les autres griefs de la recourante souffriront de ne pas être traités vu l'issue du litige.

16. Le recours est par conséquent partiellement admis.

Un émolument de CHF 1'000.-. sera mis à la charge du département. Un émolument de CHF 1'000.- sera également mis à la charge de la recourante. Une indemnité de CHF 2'000.- à la charge de l'Etat sera accordée à la recourante qui obtient partiellement gain de cause (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 avril 2006 par M_____ S.A. contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 27 février 2006 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision de la commission de recours en matière de constructions du 27 février 2006 dans le sens des considérants ;

renvoie le dossier au département pour complément d'instruction et pour nouvelle décision au sens des considérants ;

met à la charge du département du territoire un émolument de CHF 1'000.- ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à la recourante une indemnité de CHF 2'000.- à la charge de l'Etat ;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par-devant le Tribunal fédéral ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14 ; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Michel Bergmann, avocat de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière de constructions ainsi qu'au département du territoire.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :