

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3177/2008-DT

ATA/451/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juillet 2011

dans la cause

D_____

représenté par Me Cyril Aellen, avocat

contre

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

et

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE

EN FAIT

1. Le 24 février 2005, la régie X_____, a commandé à la société Z_____ (ci-après : Z_____), 39'000 litres de mazout pour la citerne de l'immeuble sis _____, à Genève.

2. Lors d'une livraison de mazout effectuée le 11 mars 2005 par Monsieur M_____, du combustible s'est échappé de cette installation.

Une quantité d'environ 1'760 litres de mazout a ainsi pollué le sol, le contaminant sur une surface d'environ 30 m² jusqu'à une profondeur de 4 m. Des travaux d'excavation et d'assainissement ont été effectués par diverses entreprises mandatées par la direction générale de l'eau du département de l'intérieur, de l'agriculture et de l'environnement, intégrée depuis au département de l'intérieur et de la mobilité (ci-après : le département).

3. M. M_____ a été auditionné par le département le 23 mars 2005.

Il avait dû procéder à la livraison de 19'000 litres, selon le bon de commande émis le 24 février 2005. L'installation à livrer était une citerne enterrée de 40'000 litres équipée d'un système de détection de fuites du type vacuum. En arrivant sur place, après avoir trouvé l'installation à l'arrière de l'immeuble, il avait activé la minuterie du système vacuum implanté dans la chaufferie, pour permettre le remplissage. Il avait ouvert suffisamment longtemps (5 minutes 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. Il avait contrôlé le niveau maximal autorisé (38'000 litres) et jaugé un niveau de mazout déjà présent dans la citerne correspondant à un solde de 12'000 litres. Il avait refermé le bouchon du tube de jauge et programmé la livraison de 18'000 litres de mazout. Il n'avait pas jaugé à nouveau la citerne après avoir livré les premiers 500 à 1'000 litres et surveillé par intermittence la citerne ainsi que le compteur du camion. Il suspectait qu'un « pochon d'air » dans le tube de jauge soit à l'origine de son erreur de jaugeage. Il reconnaissait ne pas avoir connecté la sonde électro-optique.

4. L'installation avait fait l'objet d'une révision par D_____ (ci-après : D_____) en date du 27 mai 2003.

5. Le 17 mars 2005, sur mandat du département, l'entreprise S_____ a effectué une révision de l'installation afin d'identifier d'éventuels dysfonctionnements techniques.

Le rapport établi le 31 mars 2005 relève les défauts suivants :

La jauge-règle étalonnée à 95 % était correctement graduée de 1'000 litres en 1'000 litres. Le tube-guide intérieur de la jauge comportait un perçage insuffisant, 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 79 mm². La section permettant l'équilibre de la pression atmosphérique était dans ce cas neuf fois inférieure à celle requise par les « règles de la technique pour systèmes de détection des fuites pour réservoirs et conduites à simple paroi » éditées par le centre suisse d'électrotechnique et de microtechnique S.A. le 5 septembre 1996 (ci-après : règles de la technique CSEM). Selon ces prescriptions, « le tube-guide pour la jauge-règle devait présenter jusqu'au-dessus du niveau du liquide maximal autorisé plusieurs ouvertures destinées à l'égalisation des pressions (trous, fentes, ouvertures et croix, et similaires) dont la section totale devait s'élever à au moins 1,5 fois la section du tube ».

Le contrôle de la sonde électro-optique n'avait pas révélé de dysfonctionnement, en revanche sa position de réglage était 77 mm trop haut à partir de l'intérieur de la citerne.

6. Le 19 avril 2005, Monsieur W_____, inspecteur au service de la protection des eaux, a établi un rapport d'intervention sur la base du document précité et du procès-verbal d'audition du livreur.

Comme cause de la pollution, était retenu le fait que le livreur avait enfreint certaines exigences de la directive intitulée : « procédure obligatoire à respecter par les chauffeurs-livreurs lors du remplissage de réservoirs (mazout, essence, produits chimiques) », de juin 2003.

Premièrement, « pour des défauts techniques liés à l'installation et éventuellement pour n'avoir pas suffisamment attendu que l'équilibre de pression atmosphérique se rétablisse, M. M_____ avait jaugé un solde de 12'000 litres de mazout présent dans la citerne au lieu d'un volume réel dépassant vraisemblablement les 32'000 litres ». Deuxièmement, il avait « omis de brancher avant d'effectuer la livraison le câble sur l'intercepteur de remplissage (sonde électro-optique) de la citerne mais avait mis hors service ce dispositif de sécurité en le branchant directement au camion ». Troisièmement, il avait « omis de jauger à nouveau le niveau de mazout dans la citerne après avoir livré les premiers 500 à 1'000 litres de mazout, mais avait programmé une livraison unique de 18'000 litres à la pompe du camion ».

En conclusion, l'inspecteur retenait que « la cause principale du débordement de la citerne et de la pollution demeurait exclusivement le non branchement du câble sur l'intercepteur de remplissage (sonde électro-optique) de la citerne par le livreur. Aucune cause technique directe ne pouvait être avancée pour expliquer le débordement et la pollution des sols ».

7. Dans ce contexte, le 27 juin 2005, le département a adressé un avertissement formel à D_____, en la prévenant que tout manquement ultérieur constaté ferait l'objet d'une sanction. Deux non-conformités de l'installation, à savoir les défauts présentés par le tube-guide intérieur de la jauge et la position erronée du dispositif anti-débordement, auraient dû être relevés lors de la dernière révision effectuée par cette entreprise. D_____ avait manqué aux art. 16 al. 2 let. e et 17 al. 1 let. b de l'ordonnance fédérale du 1^{er} juillet 1998 sur la protection des eaux contre les liquides pouvant les polluer (OPEL – RS 814.202). Le département renonçait toutefois à prononcer une amende administrative, mais impartissait à D_____ un délai au 30 septembre 2005 pour remettre en conformité l'installation litigieuse.

Ce courrier, envoyé par pli recommandé, ne faisait pas mention d'une voie de droit.

En outre, l'OPEL a été abrogée le 1^{er} janvier 2007.

8. Par décision du 14 juillet 2005, le département a infligé une amende administrative de CHF 500.- à M. M_____ et mis à la charge de Z_____ l'entier des frais d'intervention s'élevant à CHF 4'950.-, ainsi que les factures des dépens occasionnés par l'incident.
9. Sur recours de Z_____, le Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), a « renvoyé la cause au département afin qu'il respecte le droit d'être entendu 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 » par arrêt du 14 novembre 2006. Selon le résultat de ses investigations, le département devait également vérifier si les mesures prises étaient adéquates (ATA/596/2006 du 14 novembre 2006).

Le département n'avait pas examiné les différentes responsabilités pouvant entrer en ligne de compte et, partant, avait excédé son pouvoir d'appréciation en violation du droit fédéral.

10. Compte tenu de cet arrêt, le département a indiqué avoir « ouvert le droit d'être entendu » à l'égard de Y_____, X_____, pour le propriétaire de l'immeuble et pour elle-même, et Z_____. Par courrier du 8 décembre 2006, il a invité D_____, ainsi que les autres parties citées, à lui faire part de leurs observations.

Dans sa réponse du 29 janvier 2007, D_____ a exposé que la procédure de livraison n'avait pas été respectée et qu'il semblait impossible de jaugeer 12'000 litres sur 32'000 litres, même avec un problème technique. La livraison avait été faite sans la sonde anti-débordement, ce qui était totalement irresponsable. Sa propre responsabilité n'était pas engagée.

11. Sans procéder à d'autres actes d'instruction, le département a infligé une amende de CHF 500.- à D_____ par décision du 30 octobre 2007. Les frais d'intervention et d'assainissement liés à l'incident du 11 mars 2005 ont alors été mis à la charge de D_____ et Z_____, à hauteur de CHF 81'380.- pour la première et de CHF 122'070.- pour la seconde.

Ni la régie, ni le propriétaire des lieux ne pouvaient être considérés comme responsables, dès lors qu'ils avaient fait procéder régulièrement à la révision de l'installation, respectant ainsi leur devoir de diligence et les exigences légales. En revanche, D_____ et Z_____ devaient être considérées comme perturbatrices par comportement. D_____ avait omis de relever des anomalies lors de sa dernière révision. En cela, elle avait pu induire en erreur le chauffeur-livreur au moment du jaugeage initial du solde de mazout. Pour sa part, ce dernier n'avait pas respecté plusieurs exigences des directives applicables en omettant de brancher l'intercepteur de remplissage et de vérifier que l'air sortait bien par le dégazeur après avoir livré les premiers 500 à 1'000 litres. La responsabilité de Z_____ était dès lors engagée et les manquements de son employé étaient principalement la cause du dommage.

En cas de pluralité de perturbateurs, les frais devaient être répartis selon la part de responsabilité. En l'occurrence, la clé de répartition fixée selon les éléments de faits et la jurisprudence était de 60 % à l'égard de Z_____ et de 40 % pour D_____.

12. Le 5 décembre 2007, D_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après: la commission), devenue le 1^{er} janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative, puis, dès le 1^{er} janvier 2011, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre cette décision en concluant à son annulation.

La décision du département du 27 juin 2005 prononçait un avertissement à son encontre pour violation de l'OPEL. Cette décision n'ayant pas fait l'objet d'un recours, elle était devenue définitive et exécutoire. Elle ne pouvait pas être révoquée, les conditions à cette fin n'étant pas remplies.

Les coûts résultant des mesures prises devaient être mis à la charge de celui qui avait provoqué les interventions. Il ressortait clairement de la procédure que le débordement du mazout était exclusivement causé par l'erreur de jaugeage faite en déterminant le solde de mazout et par l'omission du branchement de l'intercepteur de remplissage (sonde électro-optique), mettant ainsi hors service le dispositif de sécurité.

Le perçage insuffisant de 19 mm de diamètre que comportait le tube-guide intérieur ne pouvait être la cause de l'erreur de jaugeage effectuée par l'employé de Z_____. Lors de son audition, celui-là avait déclaré qu'il soupçonnait qu'un pochon d'air contenu dans le tube de jaugeage soit la cause de son erreur.

De même, l'erreur de position de 77 mm de la sonde électro-optique n'avait joué strictement aucun rôle dans le débordement de mazout.

Les responsabilités avaient été arbitrairement réparties sans aucun fondement.

Une expertise devait être ordonnée, permettant de déterminer si la fausse position de réglage de la sonde avait joué un rôle dans le débordement, si le perçage insuffisant du tube-guide intérieur de la jauge était la cause de l'erreur de jaugeage effectuée par l'employé de Z_____ et si cette erreur avait joué un rôle dans le débordement.

13. Le 1^{er} février 2008, le département a fait part de ses observations. A la suite de l'arrêt du Tribunal administratif, il avait rendu une nouvelle décision, après avoir donné à toutes les parties la possibilité de faire valoir leur droit d'être entendu.

Lors de sa première décision, il avait vraisemblablement fait preuve de trop d'indulgence à l'égard de D_____ et de son défaut de diligence. La répartition des frais était proportionnée et équitable en regard des manquements respectifs.

14. Par courrier déposé le 25 février 2008, D_____ a persisté dans ses conclusions, ce qu'elle a confirmé lors de l'audience du 28 février 2008 par-devant la commission. A cette occasion, le département a indiqué que le pourcentage de responsabilité avait été fixé sur la base de précédents judiciaires.

15. En date du 28 juillet 2008, la commission a partiellement admis le recours. La décision devait être annulée en tant qu'elle infligeait une nouvelle sanction à D_____. La reconnaissance de la responsabilité de D_____ devait être confirmée. La répartition des responsabilités devait cependant être à nouveau fixée, car le pourcentage retenu ne ressortait d'aucun élément concret.

L'avertissement donné à D_____ le 25 juin 2007 par le département avait acquis force de chose jugée. Selon le principe *ne bis in idem*, le comportement de D_____, déjà sanctionné, ne pouvait faire l'objet d'une nouvelle sanction pour les mêmes faits. L'amende devait être annulée.

L'arrêt du Tribunal administratif impliquait qu'il y ait un autre perturbateur par comportement. Le département n'avait pas pu procéder à d'autres investigations en raison du temps écoulé et du fait que les rapports de la police de la protection des eaux et les auditions effectués à l'époque étaient complètes.

La répartition des responsabilités ne ressortait ni de la décision ni des pièces figurant au dossier et le département n'étayait pas sa décision. Elle était arbitraire.

16. Le 5 septembre 2008, D_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision du 28 juillet 2008 de la commission en concluant à son annulation et à celle de la décision du 30 octobre 2007 du département. Cela fait, le Tribunal

administratif devait ordonner au département de dire et constater qu'elle n'avait aucune responsabilité dans l'incident ayant provoqué la pollution au mazout du 11 mars 2005. Elle concluait aussi à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Subsidiairement, le dossier devait être renvoyé au département pour qu'une expertise contradictoire soit effectuée afin de déterminer si la fausse position de réglage de la sonde électro-optique avait joué un rôle dans le débordement de mazout, si le perçage insuffisant de 19 mm de diamètre du tube-guide intérieur de la jauge était la cause de l'erreur de jaugeage effectuée par l'employé de Z_____ et si cette erreur avait un lien avec le débordement.

Sa responsabilité ne pouvait être engagée, aucun élément probant dans le dossier ne démontrant que l'erreur de jaugeage découlait d'une défectuosité de la jauge.

La décision infondée violait également l'obligation de motivation et les règles en matière de révocation des décisions.

Pour le surplus, D_____ a développé les arguments déjà soulevés devant la commission.

17. Le 9 septembre 2008, la commission a déposé son dossier.
18. Le département a déposé ses observations le 13 octobre 2008, en concluant au rejet du recours et à la confirmation de sa décision de répartition des frais d'intervention et d'assainissement.

A la suite de l'arrêt du Tribunal administratif du 14 novembre 2006, il avait « ouvert le droit d'être entendu » à l'égard de Y_____, X_____, pour le propriétaire de l'immeuble pour D_____ et Z_____.

Les deux défaillances constatées sur la citerne qu'il avait relevées dans son courrier du 14 juillet 2005 (recte : 27 juin 2005) avaient pu influencer l'issue de la livraison et du débordement. Il était difficile d'estimer dans quelle proportion. Les deux responsables devaient supporter une part de responsabilité en proportion avec la faute commise.

Aucune décision concernant la responsabilité de D_____ n'avait été rendue avant celle litigieuse. Les développements concernant la révocation n'étaient dès lors pas pertinents.

19. Une audience de comparution personnelle a eu lieu le 15 décembre 2008. Le département a alors déclaré qu'il n'avait pas accompli d'actes d'instruction complémentaires à la suite du renvoi du Tribunal administratif. Le dossier instruit en 2005 était complet. Le droit d'être entendu avait été ouvert à toutes les parties potentiellement intéressées. En définitive, deux responsables avaient été retenues

comme perturbatrices par comportement. Deux erreurs avaient été imputées à D_____ Un lien de causalité entre le comportement fautif et le dommage causé avait été retenu, ainsi qu'une répartition fondée sur divers exemples de jurisprudence dans lesquels la responsabilité du livreur était concurrente à celle d'autres intervenants. Il y avait en général plus de deux responsables et, dans ces cas, la responsabilité du livreur était de l'ordre de 70 %.

Le représentant de D_____ a exposé que l'erreur concernant le mauvais placement du dispositif anti-débordement ne pouvait avoir un débordement pour conséquence. Si la sonde avait été branchée, il n'y aurait pas eu de débordement, même avec ce défaut. Le département a dit admettre ce fait.

Concernant les perforations destinées à permettre de rétablir l'échange gazeux en cas de surpression, elles n'avaient pas joué un rôle important. Selon le débit utilisé pour le remplissage, même si les trous avaient été plus grands, cela n'aurait rien changé au résultat. L'employé avait certainement rempli avec un débit de 800 litres minutes. Vraisemblablement, il n'avait pas du tout jaugé la citerne avec la réglette.

Le représentant du département a contesté le fait que la dimension des trous n'ait pas eu d'incidence sur le jaugeage incorrect.

Le représentant de D_____ a expliqué qu'un livreur devait jauger avec la réglette puis calculer le solde à livrer. Il devait ensuite brancher l'intercepteur et programmer la livraison du camion en deux phases. Il devait ordonner la livraison de 500 à 1'000 litres, puis contrôler que l'évent fonctionne, et ensuite compléter la livraison, non sans avoir à nouveau jaugé la quantité de fuel se trouvant dans la citerne avec la réglette. La question de la taille des trous avait son importance dans la première opération. Le livreur avait indiqué avoir effectué la première opération, mais pas la deuxième vérification avant de compléter la livraison. Comme 1'700 litres de mazout s'étaient écoulés, cela impliquait que le livreur n'avait pas surveillé sa livraison. Il avait branché le tuyau et était parti. Cela signifiait deux minutes d'absence de réaction.

Le représentant du département a précisé qu'il s'agissait de la première livraison au tuyau du livreur, que celui-ci n'avait pas respecté les procédures contenues dans les directives cantonales et ne connaissait pas ce genre d'installation. Le tube-jauge devait être percé d'un nombre suffisant de trous représentant une section équivalant à 1,5 fois la section du tube. En revanche, il était vrai que, lors de la première opération de jaugeage, l'indication donnée au livreur ne pouvait pas être fautive dans la mesure où deux semaines s'étaient écoulées depuis la dernière livraison et que l'équilibre avait eu largement le temps de se refaire.

Rien n'avait pu être établi concernant cette jauge puisque l'interrupteur de remplissage n'avait pas été branché par le livreur. Le tube-guide avait disparu après

les travaux et la citerne elle-même avait été excavée et ferrillée. Une expertise technique apparaissait difficile à réaliser.

Le représentant de D_____ a précisé que la citerne, équipée d'un tube non-conforme, était en place depuis vingt ans. Aucun autre incident n'avait eu lieu.

20. a. Le 8 mai 2009, Monsieur L_____, technicien dans la révision de citernes de l'entreprise S_____ a été entendu en qualité de témoin. Titulaire d'un brevet fédéral de contrôle de citernes et d'entretien de citernes il travaillait dans l'entreprise depuis vingt ans. Il était intervenu le jour de l'incident pour vider la citerne et la nettoyer. Il avait examiné les différentes parties de l'installation à la demande du département pour voir si elles étaient conformes aux directives de travail. Il avait rédigé le rapport du 29 mars 2005 avec Monsieur R_____, son supérieur.

Le livreur devait effectuer les démarches suivantes : désactiver une pompe à vide pendant la durée du remplissage afin de désactiver l'alarme ; ouvrir le bouchon de jauge-règle qui se situait à côté de l'origine de remplissage et qui fermait hermétiquement la jauge. Cette opération permettait à l'air de rentrer dans la citerne pour que le volume gazeux se trouvant à l'intérieur de la citerne revienne au niveau du volume gazeux de la pression atmosphérique. Par ce rééquilibrage des pressions, lorsque l'on ouvrait le bouchon, il se produisait systématiquement un bruit de bourdonnement caractéristique sur lequel le livreur se basait. Ce bruit était causé par le volume d'air qui s'engouffrait dans la citerne. Il n'y avait jamais de surpression à ce moment-là. Pour le livreur, lorsque ce bourdonnement s'arrêtait, cela signifiait que la citerne était équilibrée. C'était à ce moment-là que l'on pouvait jauger de manière sûre en sortant la règle de jauge graduée. Cette mesure permettait de calculer le volume utile, soit le solde des 95 % de contenance de la citerne. Une fois ces opérations effectuées, le livreur devait brancher son tuyau et la sonde électro-optique. Cette sonde intervenait si le livreur s'était trompé dans son calcul et remplissait trop la citerne. Si le livreur effectuait toutes ces opérations, il n'y avait pas de problèmes. Après que la livraison ait débuté, il devait encore intervenir en arrêtant sa livraison, après une quantité de 1'000 litres environ, et jauger à nouveau. A ce moment, l'on se trouvait dans une situation de surpression. L'air contenu dans la citerne sortait de celle-ci. Le livreur devait contrôler si la quantité livrée correspondait à celle contenue dans la citerne, selon ce qu'indiquait la jauge-règle. Le livreur devait rester sur place pour contrôler que tout se passe bien. Cette procédure résultait des directives cantonales sur les livraisons qui avaient été adaptées en 1999, puis en 2003. Il n'y avait pas de directives concernant le débit à respecter.

Lors de son examen, il avait constaté une déficience dans la conception du guide de la jauge-règle, soit un perçage insuffisant. Le fait de n'avoir percé que deux trous de rééquilibrage ralentissait celui-ci, mais ne l'empêchait pas. Le bourdonnement durait plus longtemps dans ce cas. Dans les directives figurait le temps d'attente pour l'égalisation des pressions. Si une citerne était pleine, le bourdonnement devait être très court. La carence de trous résultait d'une erreur

d'installation. Lors de chaque révision, le réviseur devait vérifier les ouvertures pratiquées dans le guide-jauge et remédier aux défauts. Il ne voyait pas comment le réservoir avait pu déborder, même avec les trous insuffisants. Il y avait une possibilité que le camion ait présenté un défaut.

Il avait également testé la sonde qui fonctionnait correctement mais n'avait pas été branchée. Elle était mal positionnée. Cette erreur n'aurait toutefois pas eu d'incidence en l'espèce, puisque la sonde se serait déclenchée avec un peu de retard, sans que cela n'ait de conséquences. Le défaut constaté pouvait dater de l'installation, voire d'un changement postérieur. Il n'était pas possible de le déterminer, car les numéros de séries n'étaient pas relevés lors des différents contrôles.

b. Monsieur J_____, réviseur de citernes, chef d'équipes de D_____, a été entendu comme témoin.

Il travaillait chez D_____ depuis dix ans. Il avait révisé la citerne du _____, le 27 mai 2003. Le rapport de révision établi sur formulaire officiel figurait au dossier. Pour effectuer la révision, la citerne avait dû être vidée. Il avait mis un nouveau joint pour le couvercle et une nouvelle sonde électronique et l'avait réglée afin qu'elle se déclenche au 95 % de la contenance de la citerne. Les autres interventions concernaient la partie brûleur. Il n'avait pas calculé si le guide de jaugeage comprenait suffisamment de trous. Il avait fait confiance à l'installateur d'origine. Il n'y avait jamais eu de problèmes sur cette installation qui avait plus de vingt ans. Aucune ligne sur le formulaire officiel de contrôle n'obligeait à ce contrôle spécifique.

Concernant l'erreur de 77 mm pour le réglage de la sonde électro-optique, il restait encore 173 mm de marge, de sorte que normalement, il n'y aurait pas pu y avoir de débordement.

Il entrait dans les fonctions du réviseur de citernes de signaler tous les défauts d'installation.

21. Le 27 août 2009, D_____ a persisté dans ses conclusions.
22. Par courrier du 9 juillet 2010, le département a confirmé qu'il n'avait rendu aucune décision postérieure à celle du 30 octobre 2007.
23. La cause a été gardée à juger, ce qui a été confirmé aux parties le 15 juin 2011.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des

compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 56A aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, dans sa teneur au 31 décembre 2010).

2. La recourante considère que le département et la commission ont violé le principe d'autorité de chose décidée, en revenant sur la décision du 27 juin 2005.

Il s'agit donc d'examiner la portée dudit courrier.

- a. Au sens de l'art. 4 al. 1 LPA sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).

En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_408/2008 du 16 juillet 2009 consid. 2 ; ATA/311/2009 du 23 juin 2009 consid. 4 ; ATA/42/2007 du 30 janvier 2007 consid. 4 ; ATA/602/2006 du 14 novembre 2006 consid. 3 ; ATA/836/2005 du 6 décembre 2005 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 2, Berne 2002, p. 214, n. 2.2.3.3 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, pp. 334-344). Ces dernières peuvent constituer des cas limites et revêtir la qualité de décisions susceptibles de recours, lorsqu'elles apparaissent comme des sanctions conditionnant ultérieurement l'adoption d'une mesure plus restrictive à l'égard du destinataire. Lorsque la mise en demeure ou l'avertissement ne possède pas un tel caractère, il n'est pas sujet à recours (ATA/644/2002 du 5 novembre 2002 consid. 3b ; ATA/241/2000 du 11 avril 2000 consid. 4 ; A. KÖLZ / I. HÄNER, *Verwaltungsverfahren und*

Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2^{ème} éd., Zurich 1998, p. 181; F. GYGI Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 136).

b. L'art. 46 al. 1 LPA prévoit que les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies ordinaires et les délais de recours. L'art. 47 LPA précise qu'une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

Selon la doctrine et la jurisprudence, ce n'est que dans l'hypothèse d'une réparation impossible que la sécurité du droit ou le respect de valeurs fondamentales impliquent l'annulabilité d'une décision viciée à la forme. Ce principe général découle des règles de la bonne foi qui, conformément à l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), imposent également des devoirs à l'autorité dans la conduite d'une procédure (ATF 123 II 231 ; 119 IV 330 consid. 1c ; 117 Ia 297 consid. 2 ; B. BOVAY, op. cit., p. 271 ; J.-F. EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, *in* : Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative, Zurich 1992, p. 228). L'inobservation des mentions dont l'art. 46 LPA exige le respect ne saurait par conséquent conduire à l'annulation de la décision attaquée si le vice qui affecte celle-ci peut être réparé, à travers le contrôle qu'exerce la chambre administrative, sans occasionner de préjudice pour les parties.

c. Le droit administratif connaît les principes de la force et de l'autorité de chose jugée ou décidée : une décision administrative prise par une autorité ou un jugement rendu par un tribunal devenus définitifs par l'écoulement du délai de recours, ou par l'absence de toute autre possibilité de recours ordinaire notamment, ne peuvent plus être remis en cause devant une autorité administrative ou judiciaire.

d. Selon un principe général du droit, l'autorité qui a pris la décision initiale peut procéder à sa révocation, sans base légale expresse, pour rétablir une situation conforme au droit.

La révocation pour rétablissement d'une situation conforme au droit peut se justifier dans deux cas : lorsqu'une irrégularité dans la décision d'origine est constatée après son entrée en force ou si une illégalité survient en raison d'une modification du droit ou des circonstances. En l'absence de tout vice, la décision n'est pas révocable sans indemnité ; elle se heurte au principe de la sécurité du droit, qui garantit la stabilité des décisions sur lesquelles les administrés fondent leur conduite. Il en va de même lorsque la loi confère à la décision d'origine la garantie des droits acquis.

En l'espèce, le courrier du 27 juin 2005 adressé par le département à la recourante ne mentionne ni voie de droit, ni délai de recours. Il ne comporte pas davantage l'intitulé de décision. Ce document contient deux éléments distincts, à savoir une renonciation du département à infliger une amende administrative, d'une

part, et la constatation d'un manquement en raison de deux non-conformités de l'installation, ainsi que la mise en demeure de la recourante d'y pallier selon les règles de l'art, d'autre part.

Sur le premier point, le département a décidé de renoncer à infliger une amende. Il n'a en revanche pris aucune disposition s'agissant du comportement de la recourante. Il s'est en effet borné à le relever sans en tirer de conséquence du point de vue de la responsabilité. Le fait que celui-ci contrevenait à deux dispositions de l'OPEL, ne constitue dès lors pas un aspect qui ne peut plus être remis en question.

Par conséquent, sans revenir sur sa renonciation d'infliger une amende administrative à la recourante, le département pouvait rendre une décision *in casu* concernant la responsabilité de celle-ci.

3. Le litige porte sur la détermination de la responsabilité de Z_____ et D_____ dans l'incident survenu le 11 mars 2005, afin de répartir les frais d'intervention et d'assainissement.
4. A titre liminaire, la commission retient dans sa décision que l'ATA/596/2006 du 14 novembre 2006 implique de rechercher un autre responsable que Z_____. Or, cet arrêt avait une portée plus limitée.

Il constatait en effet un vice formel dans la procédure suivie par le département, à savoir la violation du droit d'être entendu des différents intervenants susceptibles d'être tenus pour responsables. Le Tribunal administratif renvoyait la cause au département pour qu'il répare ce vice, sans préjuger de l'issue de la procédure.

Ainsi, la question était moins de retenir un autre responsable que de respecter le droit d'être entendu des différentes parties concernées (ATA/596/2006 précité consid. 14 en droit). En l'occurrence, force est de constater que ni la commission ni le département n'ont donné la suite qu'il convenait à l'arrêt précité, ainsi que cela est développé ci-après.

5. En matière de répartition des frais d'assainissement, les principes suivants s'appliquent.
 - a. A teneur de l'art. 54 de la loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LEaux - RS 814.20), les coûts résultant des mesures prises par l'autorité pour prévenir un danger imminent pour les eaux, pour établir un constat et pour réparer les dommages sont à la charge de celui qui a provoqué ces interventions. Selon l'art. 32d al. 1 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE - RS 814.01), celui qui est à l'origine des mesures nécessaires assume les frais d'investigation, de surveillance et d'assainissement du site pollué. L'art. 59 LPE ajoute que 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, sont mis à la charge de celui qui en est la cause.

Ces dispositions obéissent au même principe de causalité pour la répartition des frais d'assainissement (Arrêt du Tribunal fédéral 1A_277/2005 du 3 juillet 2006), soit celui du pollueur-payeur.

En revanche, ni la LPE ni la LEaux ne définissent la « personne à l'origine de l'assainissement ». La jurisprudence fédérale a largement recouru à la notion de perturbateur par situation ou par comportement. Doit être considérée comme une perturbatrice la personne qui crée un dommage ou un danger en raison de son propre comportement ou de celui d'un tiers placé sous sa responsabilité (perturbateur par comportement), mais aussi la personne qui dispose de la maîtrise effective ou juridique de la chose ayant provoqué la situation contraire à l'ordre public (perturbateur par situation).

b. En cas de pluralité de perturbateurs, la répartition des frais est ordonnée en tenant compte de toutes les circonstances objectives et subjectives, par une application analogique des principes généraux énoncés à l'art. 51 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). L'art. 32d LPE a consacré cette jurisprudence.

c. La causalité naturelle ne suffit pas à attribuer la qualité de perturbateur et donc l'obligation de payer les frais qui découlent de l'assainissement. Dans le cadre des art. 59 LPE et 54 LEaux, la jurisprudence a posé l'exigence de l'immédiateté.

L'existence d'un lien de causalité est une question de fait qui doit être tranchée en appliquant la règle du degré de vraisemblance prépondérante ; celle-là s'applique dans les cas où une preuve matérielle directe et absolue ne peut être rapportée en raison de la nature de la chose ou de l'écoulement du temps, notamment. Cette règle signifie que si le juge ne peut se fonder sur une simple possibilité il peut néanmoins considérer comme établie une causalité correspondant à une probabilité suffisante. Cette causalité naturelle n'est en revanche pas donnée lorsque d'autres circonstances que celles invoquées apparaissent prépondérantes ou font sérieusement douter du caractère déterminant de la cause invoquée (ATF 119 Ibb 334 consid. 3c p. 342 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.250/2005 du 14 décembre 2006 et les références citées).

6. Si plusieurs intervenants sont responsables en application des principes susmentionnés, une clef de répartition doit être fixée.

Une même décision doit donc être rendue concernant toutes les parties. De la part de responsabilité de l'un dépend celle de l'autre.

7. Dans ce domaine, ont qualité de partie à la procédure les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que

les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision (art. 7 LPA).

En l'espèce, il est manifeste que les droits et obligations de Z_____ seraient nécessairement touchés en cas de modification de la clef de répartition telle qu'elle a été fixée par le département. En tant que destinataire de la décision litigieuse, celle-ci a également qualité pour recourir. En dépit de ces considérations, elle n'a toutefois pas participé à la procédure devant la commission.

8. Selon l'art. 71 al. 1 LPA, l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure ; la décision leur devient dans ce cas opposable.

Le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (art. 29 al. 3 Cst. ; ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3 ; ATA/415/2008 du 26 août 2008 consid. 6a et les arrêts cités).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b ; ATA/430/2008 du 27 août 2008 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2^{ème} éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.63/2008 du 25 août 2008 consid. 2.1 et les arrêts cités) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b).

En l'espèce, la commission a été saisie d'un recours par l'une des deux destinataires de la décision querellée. L'autre partie n'a cependant pas été informée de l'ouverture de la procédure, de sorte qu'elle n'a pas pu exercer ses droits. Il s'ensuit que son droit d'être entendu a été violé.

Ce vice n'est pas réparable devant la chambre de céans. Bien que cette dernière dispose du même pouvoir d'examen que la commission, elle priverait les parties du double degré de juridiction prévu par la loi, si elle statuait d'emblée sur le fond. De

surcroît, l'atteinte en question est d'une gravité telle que l'autorité supérieure ne pourrait seule la réparer.

En conséquence, la décision de la commission sera annulée et la cause sera renvoyée au TAPI pour nouvelle décision sur la responsabilité des parties et la quotité de celle-ci, après avoir appelé en cause Z_____.

9. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du département (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 4 septembre 2008 par D_____ contre la décision du 28 juillet 2008 de la commission cantonale de recours en matière de constructions ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 28 juillet 2008 de la commission cantonale de recours en matière de constructions ;

renvoie la cause au Tribunal administratif de première instance pour nouvelle décision au sens des considérants ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge du département de l'intérieur et de la mobilité ;

alloue à D_____ une indemnité de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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 au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Cyril Aellen, avocat de la recourante, département de l'intérieur et de la mobilité, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :