

1108

La complexité de la notion de dépollution du point de vue des notaires

De juriste à technicien de l'environnement, il n'y a qu'un pas... que le notaire a franchi. La dépollution est une notion complexe, étroitement liée à celle de compatibilité avec le ou les usages futurs du terrain. Après avoir identifié tous les intervenants à l'opération de dépollution, bien souvent plus nombreux que les parties à l'acte, c'est lui qui va démêler l'écheveau des réglementations applicables, clarifier les obligations de chacun et s'assurer de la prise en compte des intérêts en présence. Il se doit également de bien connaître les outils de gestion de la remise en état des sites pollués, afin de pouvoir rédiger des clauses précises et cohérentes.



Étude rédigée par :

Xavier Lièvre,
notaire

et Florence Muller,
juriste-consultante, Office 14
Pyramides Notaires

1. De la dépollution à la notion de risques et de compatibilité avec l'usage

1 - La dépollution est une notion complexe, avant tout technique, qui implique pour le notaire d'avoir une connaissance transversale et pluridisciplinaire de la problématique pollution.

Il faut d'abord replacer la pollution dans le contexte de la remise en état d'un site pollué. La pollution en elle-même peut ne pas être problématique. Elle ne le devient que s'il existe une voie de transfert, telle que l'eau, l'air ou le sol, vers une cible, l'homme par exemple et qu'elle présente, par conséquent, un risque. L'évaluation de ce risque se fera alors en considération d'un ou plusieurs usages, actuels ou futurs.

2 - Le notaire doit donc garder à l'esprit qu'un terrain dépollué n'est pas un terrain exempt de pollution, mais, en réalité, un terrain impacté par une pollution résiduelle compatible avec les usages.

Ainsi, plutôt que de parler de dépollution, il convient de parler d'absence de risques et de compatibilité du terrain avec le ou les usages. C'est pourquoi la notion de remise en état est préférable à celle de dépollution.

2. Identifier les acteurs de la dépollution

3 - Lors de la vente d'un site pollué, le notaire doit tout d'abord identifier les différents intervenants pour mieux définir ensuite les obligations, les objectifs et les attentes de chacun.

Chaque cession sera différente. Le vendeur peut être simplement propriétaire, ou exploitant d'une activité polluante, soumise à la réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) ou non, ou bien encore l'ayant droit d'un ancien exploitant. Le terrain a également pu être ou peut être exploité par un locataire, exploitant ICPE ou non.

4 - Quant à l'acquéreur, il peut reprendre l'activité ou conserver sur le site un usage de même sensibilité, tout comme il peut complètement changer les usages et décider, par exemple, de développer sur une ancienne friche industrielle un éco-quartier, destiné à accueillir des habitations, des commerces et des écoles.

5 - Le niveau de « dépollution », ou plus exactement de remise en état, exigé pourra donc considérablement varier et les obligations de chacun différer selon les réglementations qui trouveront à s'appliquer.

3. Identifier les réglementations applicables et distinguer les sphères administrative et privée

6 - Deux réglementations retiendront ici notre attention : la réglementation ICPE et celle relative aux déchets.

A. - Réglementation ICPE

7 - Qui dit ICPE, dit multitudes de questions à se poser pour le notaire :

- l'installation est-elle en cours d'exploitation ou s'agit-il d'une ancienne installation ?
- qui est l'exploitant ou le dernier exploitant ? Existe-t-il toujours et si oui, est-il solvable ?
- l'installation est-elle ou était-elle soumise à déclaration ou à autorisation ?
- une cessation d'activité avec remise en état a-t-elle eu lieu ? Pour quel(s) usage(s) ? Quand ? Le délai de prescription trentenaire

pendant lequel il peut être exigé de l'exploitant des mesures de remise en état a-t-il expiré ?

REMARQUE

→ Autant de questions qui lui permettront de savoir qui est le débiteur de l'obligation de remise en état et quelle sera l'étendue de cette obligation : la dépollution du site sera minimale pour un usage identique, mais pourra, pour un nouvel usage, plus sensible, être totalement prise en charge par l'ancien exploitant.

8 - Il faudra alors tenir compte des impératifs de la procédure de remise en état, des délais supplémentaires éventuels qui en résulteront et lorsque l'exploitant n'est pas le propriétaire vendeur, de l'intervention d'un tiers dans la cession du site.

B. - Déchets

9 - Si des déchets sont présents sur le site, le notaire doit également identifier le débiteur de l'obligation d'élimination. La réglementation prévoit que c'est leur producteur ou leur détenteur et la jurisprudence, à titre subsidiaire et sous certaines conditions, que cela peut être le propriétaire du terrain. En pratique, les choses ne sont pas simples.

10 - En présence d'une ICPE en cours d'exploitation ou de cessation d'activité, la problématique « déchets » sera réglée par la réglementation ICPE. Hors ICPE, plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Les déchets entreposés sur le terrain ou enfouis peuvent résulter de l'exploitation passée d'une activité, classée ICPE ou non, dont l'exploitant peut ne plus exister, ou de l'exploitation d'une activité actuelle, éventuellement par un ou plusieurs locataires ou sous-locataires.

11 - Si l'élimination de déchets entreposés, tels que des pneumatiques ou des fûts, est plus aisée à mettre en œuvre et à encadrer au moment d'une vente, ou lors d'un bail, problématique qui sera abordée cet après-midi, le sort des terres polluées est plus délicat. Celles-ci ne deviennent des déchets qu'une fois qu'elles ont été excavées, et par conséquent le plus souvent après la vente. Qui en est alors le détenteur ? Leur producteur, très certainement. Encore faut-il qu'il soit connu, qu'il existe toujours et qu'il soit solvable. Et surtout que l'origine de la pollution ait pu être établie avec certitude. À défaut, ce sera leur détenteur, mais qui est-il ? L'ancien propriétaire, l'ancien locataire, le locataire actuel dont l'activité est totalement étrangère à la pollution ou le propriétaire du terrain ? Si l'on considère qu'il s'agit du propriétaire du terrain, la responsabilité de l'acquéreur pourrait être recherchée après la vente, notamment s'il a été négligent et a participé à l'abandon des déchets. Or, comment ne pas considérer qu'il ne l'a pas été si, au moment où il est devenu propriétaire, il n'a rien exigé de son vendeur, ni agi pour obtenir leur élimination de leur producteur ou détenteur ? Voici donc une question assez complexe à laquelle le notaire doit faire face lors de la cession d'un site et qu'il se doit d'appréhender et d'anticiper.

12 - Rappelons également qu'il s'agit là aussi d'une police administrative, dont les pouvoirs sont détenus par le maire, ou en cas de carence de ce dernier par le préfet, et qu'à défaut de mise en demeure de l'Administration, elle n'a pas vocation à s'appliquer au moment de la vente pour résoudre la problématique pollution du terrain à remettre en état.

13 - Le notaire doit donc faire la part des choses et distinguer ce qui relève de la sphère administrative et de la volonté des parties, la sphère privée. Il a alors un rôle de médiateur devant non seulement expliquer quelles sont les obligations de chacun et leurs limites, mais aussi négocier la prise en charge de ce qui ne serait pas traité par l'une ou l'autre de ces réglementations.

4. Comprendre la notion d'usage

14 - Une fois le contexte factuel et réglementaire posé, reste l'épineuse question de l'usage. C'est une notion bien connue des notaires, mais qui peut être trompeuse car en matière de pollution, la notion d'usage est bien différente de celle des codes de la construction et de l'habitation ou de l'urbanisme.

15 - La notion d'usage se définit, selon le ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, comme l'emploi ou l'utilisation d'un bien meuble ou immeuble ou d'un milieu pour satisfaire un besoin, une fonction ou un service.

Il s'agit donc d'une notion bien plus large qui a vocation à recouvrir une pluralité d'usages réels et concrets.

Ainsi, là où certains usages ne seront considérés que comme l'accessoire d'un usage principal d'après le Code de la construction et de l'habitation, les usages de parking ou de jardins potagers par exemple, seront, dans le cadre de la politique nationale de gestion des sites pollués, des usages à part entière.

16 - La notion d'usage s'inscrit donc pour un site pollué à réhabiliter dans la globalité d'un projet de construction, de sorte que chaque scénario d'exposition puisse être pris en compte lorsqu'il s'agira de définir le niveau de risque de l'éventuelle pollution résiduelle pour les futurs usagers du site réhabilité.

17 - La notion d'usage est également essentielle en présence d'une ICPE, la remise en état du site se faisant soit pour un usage comparable à la dernière période d'exploitation lorsque l'installation était soumise à déclaration, soit pour un nouvel usage, conjointement déterminé par l'exploitant, le propriétaire du terrain et le maire, si l'installation était soumise à autorisation.

L'usage conditionne donc le niveau de « dépollution » du terrain.

5. Comprendre les outils de gestion de la remise en état des sites pollués

18 - Pour encadrer la dépollution d'un site, il faut aussi bien connaître et comprendre les outils de gestion de la remise en état que sont le plan de gestion (PG), l'évaluation quantitative des risques sanitaires (EQRS) et l'analyse des risques résiduels (ARR).

A. - Le plan de gestion

19 - La réhabilitation d'un site pollué passe par la mise en place, dès la conception du projet de réaménagement, d'un plan de gestion, processus évolutif devant prendre en considération tous les futurs usages du site.

20 - Il doit permettre d'identifier les différentes options de gestion pertinentes du site, de les valider, puis de les contrôler dans le temps

B. - L'évaluation quantitative des risques sanitaires et l'analyse des risques résiduels

21 - Lorsque les caractéristiques du plan de gestion ne permettent pas de supprimer toutes les sources de pollution ou tout contact possible entre les pollutions et les personnes, alors les risques sanitaires potentiels liés aux expositions résiduelles doivent être évalués.

22 - L'analyse des risques résiduels est l'outil dédié à cet effet. Il s'agit d'une évaluation quantitative des risques sanitaires menée sur les expositions résiduelles qui prend en compte l'ensemble des mesures de gestion du projet et les scénarii d'usages futurs du site. L'EQRS est quant à elle une méthode de calcul qui permet d'estimer les risques pour la santé auxquels est soumise une population exposée à une pollution particulière d'origine industrielle ou naturelle.

23 - Concrètement, dans le contexte d'une vente, c'est donc après les premiers travaux de terrassement, réalisés par l'acquéreur, que tout va se jouer. On pourra alors s'assurer de la nature et de l'étendue de la pollution résiduelle identifiée avant les travaux, mais aussi éventuellement mettre à jour une nouvelle pollution, jusqu'alors non révélée, et dont il faudra tenir compte pour évaluer les risques.

24 - L'EQRS et l'ARR ne pourront donc valablement être réalisées qu'après cette phase et après la vente. Ainsi, l'engagement de délivrer, au jour de la vente, un terrain compatible avec le ou les usage(s) du site est, le plus souvent, dénué de sens et de logique, cette compatibilité ne pouvant, avant les travaux de terrassement, ne faire que l'objet d'EQRS et ARR prédictives, établies sur la base des résultats d'analyses effectués à partir des sondages réalisés en amont de l'opération de construction.

6. Difficulté d'interprétation autour de la notion de compatibilité avec les usages

25 - La compatibilité d'un terrain répond-elle à toutes les problématiques posées par la dépollution ? Non, car la dépollution revêt concrètement deux aspects : l'excavation et le traitement des terres polluées nécessaires à la réalisation du projet de l'acquéreur d'une part, et la compatibilité de la pollution résiduelle éventuelle avec les usages d'autre part.

26 - Contrairement à ce qu'il est couramment pensé en pratique, la délivrance d'une EQRS conduisant à la compatibilité du terrain avec les usages, si elle est bien évidemment essentielle, ne règle pas le sort des terres excavées.

27 - En effet, l'EQRS part du postulat que les terres au droit des bâtiments seront excavées. Dans l'hypothèse où elles auraient été polluées, ces sources de pollution éliminées ne seront pas prises en compte dans les calculs de risques liés à la pollution résiduelle, et c'est bien logique. Si l'excavation de ces terres polluées au droit des futurs bâtiments est donc le préalable à tout calcul de risques, elle ne fait pas partie des mesures préconisées par l'EQRS et devant être mises en œuvre pour rendre le terrain compatible. Dès lors, l'EQRS pourra conclure à la compatibilité du terrain, sans imposer au vendeur, qui aurait pris l'engagement de délivrer un terrain compatible, d'éliminer ces dernières.

28 - Or, c'est bien là que se situe tout l'enjeu de la « dépollution » lors de la cession d'un terrain. La pollution est principalement située dans les remblais et les premiers mètres de terre, ceux précisément qui seront excavés pour les besoins du projet de construction. Certes, les travaux de terrassement incombent à l'acquéreur, mais la donne n'est pas la même lorsqu'il s'agit d'envoyer en installation de stockage de déchets non dangereux ou dangereux des tonnes de terres que l'on pensait initialement pouvoir envoyer en installation de stockage de déchets inertes !

29 - *Quid* alors ? Selon nous, l'engagement du vendeur de délivrer un terrain compatible implique qu'il assume également le surcoût lié à l'envoi en décharge spécialisée des terres excavées au droit des futurs bâtiments. Ces excavations sont en effet le préalable nécessaire à l'établissement de l'EQRS. Toutefois, même si cela va de soi, le sujet ne manque pas d'ambiguïté et de subtilité. Il vaut mieux, dès lors, écrire noir sur blanc ce que la logique, le bon sens et la bonne foi imposent !

30 - L'autre problème fréquemment rencontré est celui des mesures constructives, telles que le cuvelage, l'utilisation de pieux spéciaux ou la surventilation des locaux en sous-sol, qui, elles, sont imposées par l'EQRS pour garantir la compatibilité du terrain avec les usages. Ces mesures n'existent qu'en raison de l'existence d'une pollution résiduelle, qui, sans elles, serait incompatible avec les usages. Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de dépollution, elles doivent néanmoins être prises en compte et intégrées dans l'obligation de remise en état. Ainsi, le vendeur qui s'est engagé à délivrer un terrain compatible avec l'usage doit-il, selon nous, également assumer le coût de ces mesures spécifiques.

REMARQUE

→ Le notaire ne doit donc pas veiller qu'à la compatibilité du terrain, mais aussi à la gestion des terres excavées et rédiger des clauses suffisamment précises pour qu'aucune ambiguïté ne puisse exister. Le meilleur conseil que l'on puisse donner en ce domaine est d'être transparent.

7. Rédiger des clauses cohérentes et concrètement applicables

31 - La rédaction d'une clause sur la dépollution du terrain s'avère être un art délicat. L'imprécision n'est pas permise, pas plus que l'énoncé de grands principes trop éloignés de la réalité de l'opération. Chaque étape de la réhabilitation doit être envisagée et détaillée, les rôles et les obligations de chacun définis.

Le plus délicat à gérer est l'après-vente. C'est seulement là que la pollution réelle sera connue, qu'il faudra gérer les terres excavées et que les EQRS pourront être valablement réalisées.

34 - Il conviendra donc souvent de mettre en place un phasage et d'organiser la prise en charge par le vendeur de travaux qui nécessairement ne pourront être réalisés que par l'acquéreur. Désignation de bureau d'études compétents, avis, expertises, contre-expertises, délais devront être savamment orchestrés pour que la dépollution puisse se dérouler sans accroc.

1111

L'enjeu des conventions de jouissance

La problématique pollution n'affecte pas que la vente. Toute mise à disposition d'un terrain génère un risque, dès lors que l'activité potentiellement polluante n'est pas exercée par le bailleur et qu'il n'a pas de pouvoir de contrôle et de direction sur celle-ci. Il s'expose, en fin de bail, à retrouver un terrain pollué ou sur lequel des déchets auront été entreposés et abandonnés. *Quid* alors de sa responsabilité ? Le bailleur doit adopter une attitude active et être vigilant dès la conclusion du bail, tout au long de son exécution et anticiper l'après. La problématique sera la même en cas de cession d'un immeuble loué, de bail ou de cession de fonds de commerce.



Étude rédigée par :

Xavier Lièvre,
notaire

et Florence Muller,
juriste-consultante, Office 14
Pyramides Notaires

période d'exploitation et les mesures de remise en état pourront être assez limitées. Dans le cas d'une installation soumise à autorisation, la remise en état dépendra de l'usage futur retenu, pour rappel, en concertation avec le bailleur et le maire de la commune.

1. Diversité de situations

1 - Le propriétaire bailleur peut se retrouver face à un locataire dont l'activité est soumise à la réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). La situation est alors plutôt favorable, puisque le locataire exploitant aura l'obligation de remettre le site en l'état et, si l'installation est soumise à autorisation, il devra fournir à l'Administration des garanties financières en vue de cette remise en état. Toutefois, là aussi, la notion d'usage est à prendre en compte.

2 - Ainsi, si l'installation est simplement soumise à déclaration, la remise en état se fera pour un usage comparable à la dernière

3 - En outre, dans l'hypothèse d'une succession d'exploitant, le locataire pourrait légitimement refuser de procéder à certaines opérations de dépollution, arguant de ce que son activité n'est pas à l'origine de la pollution constatée. Si la preuve peut être relativement difficile à apporter dans le cas d'une même activité exercée successivement par plusieurs locataires, il sera assez aisé pour le locataire qui exploite une blanchisserie de prouver qu'il n'est pas à l'origine de la pollution aux hydrocarbures identifiée à proximité de l'ancienne cuve enterrée de liquides inflammables exploitée par la station-service l'ayant précédé.

Dans ce cas, seule une partie de la remise en état sera effectuée par le locataire et il ne restera plus au bailleur qu'à prendre en charge les autres mesures de remise en état.

4 - L'activité du locataire peut également ne pas être soumise à la réglementation ICPE, tout simplement parce que les seuils fixés

par chaque rubrique ne sont pas atteints. Pour autant, son activité n'en sera pas moins polluante et en fin de bail, le bailleur ne pourra compter que sur le contrat le liant à son locataire et éventuellement la réglementation des déchets pour obtenir la « dépollution » du site.

2. Quelles précautions prendre ?

5 - Il faudrait déjà mettre à la charge du preneur une obligation d'information sur l'activité qu'il entend exercer et notamment sur ses processus industriels ou sa soumission à la réglementation ICPE. Cette obligation doit exister tout au long du bail. Le preneur doit fournir tous les documents échangés avec l'Administration, afin que le bailleur puisse avoir une connaissance réelle de l'activité exercée et des risques qu'elle pourrait générer. Il appartient également à ce dernier, en cours de bail, de vérifier que l'activité est exploitée conformément à la réglementation, et notamment que le locataire a mis en œuvre les mesures de mise en conformité prescrites.

Notons qu'indépendamment de tout impact sur les sols, la suspension de son activité suite à une non-conformité peut avoir un impact financier remettant en cause le versement des loyers au bailleur.

REMARQUE

→ Il ne saurait donc être question de conclure un bail sans avoir mesuré le risque pollution lié à l'activité que le locataire entend exercer, ni avoir en conséquence encadré les risques générés par cette activité. Cela implique selon nous d'établir un état des lieux environnemental à l'entrée et à la sortie du bail, voire un diagnostic pollution dans les cas les plus à risque.

6 - Il convient de noter que l'exigence de remise en état n'est pas la même au titre de l'article 1730 du Code civil et de la réglementation des ICPE. Certains preneurs ont ainsi essayé, peut-être à juste titre d'ailleurs, d'obtenir une indemnité pour les améliorations apportées au bien du fait de la remise en état imposée par l'Administration. L'hypothèse est celle où le preneur a restitué un terrain moins pollué qu'au jour où il en a pris possession. Le juge a cependant considéré que cette remise en état relevait d'une obligation légale distincte et ne relevait pas des améliorations apportées par le preneur ouvrant droit à indemnité.

Le bailleur pourra également exiger la production d'une garantie financière en vue de la remise en état du site. On pourrait ainsi imaginer étendre l'objet de la caution garantissant le paiement des loyers à la remise en état en fin de bail.

7 - Les clauses relatives à la remise en état doivent être suffisamment précises et prévoir expressément le démantèlement des équipements en superstructure comme en infrastructure. L'exemple d'une station-service est assez révélateur. En effet, outre les postes de distribution et l'éventuelle aire de lavage en surface, les cuves et canalisations enterrées doivent faire l'objet de la plus grande attention. Non seulement, les cuves doivent être inertées, mais, si l'activité n'est pas poursuivie, leur enlèvement, ainsi que celui des

canalisations, et l'excavation des terres éventuellement souillées, devront être exigés du locataire, sous peine pour le bailleur de devoir en assumer les coûts lors d'une vente ultérieure.

8 - Surtout, à la lumière de la jurisprudence récente, une clause sur le sort des déchets devra systématiquement être insérée dans les baux. L'état des lieux d'entrée devra bien entendu clairement indiquer que les biens ne comprennent aucun déchet.

Le locataire devra s'engager à procéder, avant son départ, à l'évacuation et à l'élimination des déchets résultant de son exploitation et il devra être prévu que le locataire conservera, même après avoir quitté les lieux, la qualité de producteur desdits déchets, et par conséquent la responsabilité de leur élimination.

3. Responsabilité du bailleur propriétaire du terrain, devenu détenteur de déchets abandonnés

9 - Depuis 2011, le juge administratif, tout comme le juge judiciaire, ont été saisis de cette question et peu à peu, le principe d'une responsabilité subsidiaire du propriétaire d'un terrain s'est imposé.

10 - En l'état actuel du droit positif, il convient de considérer que « si, en l'absence de tout producteur ou tout autre détenteur connu de déchets, le propriétaire du terrain sur lequel ont été entreposés ces déchets peut être regardé comme leur détenteur au sens de l'article L. 541-2 du Code de l'environnement, notamment s'il a fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur son terrain, et être de ce fait assujéti à l'obligation d'éliminer ces déchets : « la responsabilité du propriétaire au titre de la police des déchets, qui peut être recherchée s'il apparaît que tout autre détenteur de ces déchets est inconnu ou a disparu, ne revêt qu'un caractère subsidiaire par rapport à celle encourue par le producteur ou les autres détenteurs de ces déchets ».

Si le principe est clair, sa mise en œuvre n'est pas si évidente. Quid des notions de négligence et de complaisance ?

11 - Aucun critère précis ne permet aujourd'hui de définir ce qu'il faut entendre par négligence et il est certain que l'appréciation se fera au cas par cas, en fonction des débiteurs identifiés et surtout solvables.

Ainsi, le propriétaire qui, lors de l'état des lieux de restitution du terrain, n'exige pas le retrait de tous les déchets entreposés n'est-il pas fautif ? Quant à celui qui donne à bail son terrain pour l'exploitation d'une activité, ICPE ou non, sans prévoir de façon spécifique une obligation pour le preneur d'éliminer tous les déchets en fin de bail, n'est-il pas négligent ?

12 - À l'issue du bail, le propriétaire bailleur ne doit en aucun cas rester inactif face à un locataire qui abandonnerait sur son site des déchets et, le cas échéant, le poursuivre judiciairement.

Il doit prouver que tant lors de la conclusion qu'à la fin du bail, il a tout mis en œuvre pour qu'aucun déchet ne soit abandonné sur son terrain.

4. Le bail vert : un moyen de lutte contre les risques liés aux sites pollués ?

13 - Le bail vert est-il un moyen de lutte contre les risques liés aux sites pollués ?

Telle n'a pas été la volonté du législateur. Issue de la loi *Grenelle 2*, l'annexe environnementale ne concerne que les baux portant sur des locaux à usage de bureaux ou de commerce et a pour principal objet la performance énergétique et environnementale du bâtiment et non la gestion des impacts de l'activité sur l'environnement au sens large et notamment sur les sols.

L'annexe environnementale se présente avant tout comme un engagement commun de mieux faire. Il s'agit dans un premier temps d'identifier certains points faibles du bâtiment ou des locaux loués puis de définir des axes d'amélioration. Liberté est laissée aux parties d'élargir le champ de cette annexe environnementale. Pourquoi ne pas y organiser la remise en état du site ?

14 - En l'état actuel de la réglementation, et eu égard, d'une part, à l'absence de sanction spécifique, et, d'autre part, aux enjeux que présentent les problématiques pollution, il semble préférable d'intégrer dans le bail lui-même toutes ces questions.