

Sites et sols pollués : dégager des financements et clarifier les responsabilités (1)

**Traitement trop tardif,
arsenal juridique inadapté,
la remise en état
des sols pollués
aboutit souvent à
des impasses.
Propositions pour
y remédier.**

par **Pierre Lubek**
Inspecteur général des Finances

Appréhender le phénomène de pollution des sols présente des difficultés spécifiques. Le facteur temps joue un rôle essentiel dans son apparition, sa diffusion, et sa rémanence, à une échelle qui dépasse souvent celle des activités humaines ; le mélange du minéral et du biologique et la constitution physico-chimique du sol donnent à ce milieu une vie propre et l'animent de réactions peu prévisibles ; la toxicité des pollutions ne peut efficacement se définir dans l'absolu, comme pour l'eau et l'air, mais

relativement à l'usage actuel et futur du sol ; l'ampleur des risques n'est pas fonction de la taille des installations, mais de la nature de leurs activités, de sorte que de bien modestes entreprises peuvent causer des dégâts qu'elles sont hors d'état d'assumer ; enfin, leur caractère souvent chronique banalise les pollutions des sols, tandis que leur mode de constitution, par accumulation, les rend peu perceptibles.

De ces caractéristiques naissent les problèmes essentiels :

Or, rien n'impose aujourd'hui aux entreprises ni aux groupes de prendre en temps réel la mesure du passif environnemental du sol pour le traiter, comme tout passif, au niveau de l'information financière et comptable, et dégager, pour la remise en état des sites, les fonds nécessaires.

ne s'imposant pas d'emblée avec évidence, la question de l'état des sols n'est posée qu'en fin de vie des sites et, souvent, des entreprises elles-mêmes, si ce n'est bien plus tard encore ; c'est-à-dire à un moment où elle est devenue insoluble, soit par absence de ressources, l'arrêt de l'activité ayant tari les recettes, soit parce que les sociétés exploitantes elles-mêmes, responsables de la pollution, ont souvent déjà disparu ou ont connu des mutations qui les rendent

méconnaissables et les mettent juridiquement à l'abri. Or, rien n'impose aujourd'hui aux entreprises ni aux groupes de prendre en temps réel la mesure du passif environnemental du sol pour le traiter, comme tout passif, au niveau de l'information financière et comptable, et dégager, pour la remise en état des sites, les fonds nécessaires. Aucun droit des groupes ne vient encore atténuer l'étanchéité des responsabilités des personnes morales.

Surtout, la loi de 1976 sur les installations classées se révèle inadaptée au traitement tardif, et donc en pratique habituel, des problèmes de pollution des sols : le seul responsable désigné (article 23) est l'exploitant, lequel a toutes chances d'avoir disparu. Sollicitant le sens de l'article 1 de ce texte, qui n'évoque les « installations détenues » que pour les inclure dans son champ, et jouant sur la parenté de cette loi avec celle de 1975 sur les déchets, qui établit la responsabilité du « détenteur », l'administration, confortée par une série d'arrêts surprenants initiée par la Cour administrative d'appel de Lyon

(arrêt *Zoegger* du 10 juin 1997), contrairement à la jurisprudence pourtant fixée quatre mois auparavant par le Conseil d'Etat (arrêts *SCI Les Peupliers* ou *Wattelez* du 21 février 1997), a construit une théorie de la « substitution légale » du propriétaire, en sa qualité de détenteur, en l'absence d'exploitant solvable.

Armés de ce *vademecum* juridiquement très contestable, les préfets engagent l'Etat dans de lourds contentieux, d'abord à l'encontre de l'exploitant, le plus souvent représenté par un liquidateur judiciaire - qui n'en peut mais -, puis à l'encontre du propriétaire du sol. Mais, faute d'un exploitant prêt à s'exécuter, le site a toutes chances, après d'infructueuses procédures, d'être reconnu « orphelin » et traité d'office (d'ailleurs *a*

minima) par l'Ademe, qui éprouve ensuite les plus grandes difficultés à se retourner, devant le juge civil, vers les « responsables ». Ajoutons que les liquidateurs sont conduits à rejeter les créances de remise en état des sols qui leur sont notifiées trop tardivement par l'Etat pour être incluses dans la « masse »,

sans pour autant admettre qu'elles puissent relever des charges courantes de la liquidation, payables par priorité. Ainsi, récusés à un titre ou à un autre, les frais de réhabilitation tombent dans cette zone incertaine du droit où la loi de 1976 sur les installations classées, mise en œuvre par le préfet, et celle de 1985 sur les procédures collectives, appliquée par le liquidateur, se croisent en s'ignorant.

Pour que les pollutions d'aujourd'hui ne se transforment pas en impasses financières demain, pour démêler l'écheveau des responsabilités et pour sortir les procédures publiques des ornières où elles s'enlisent, nos propositions s'articulent selon trois axes.

Anticiper et développer la prévention

D'abord il est fondamental d'anticiper, d'inciter à la prévention, et d'intégrer la gestion des passifs environnementaux des sols dans le cycle de production des entreprises, au lieu de les considérer et de les traiter comme des problèmes surgissant *ex nihilo* de « l'après-exploitation ». Nous propo-

Récusés à un titre ou à un autre, les frais de réhabilitation tombent dans cette zone incertaine du droit où la loi de 1976 sur les installations classées, mise en œuvre par le préfet, et celle de 1985 sur les procédures collectives, appliquée par le liquidateur, se croisent en s'ignorant.

sons d'adopter six mesures en ce sens.

✓ Imposer aux sociétés cotées, par la voie d'une adjonction à l'Instruction de la COB, de mentionner dans leurs rapports annuels sociaux et consolidés, leur appréciation sur l'état des risques encourus du fait de la réglementation environnementale relative aux sols, et de donner toutes indications utiles dans l'Annexe aux comptes ; cette contrainte d'information menant progressivement à l'inscription des passifs environnementaux dans les comptes des entreprises à mesure de leur apparition et de leur évaluation.

✓ Favoriser une démarche de management environnemental des groupes les conduisant à s'engager sur des objectifs et des chartes publiées, constituant, notamment au plan comptable, autant de *constructive obligations*, et à progresser dans la voie de la certification (ISO ou Eco-audit) de leurs sites, permettant à l'administration de mieux cerner les risques en fonction d'un *rating* environnemental, de s'assurer que les engagements pris sont respectés par les entreprises, en prenant appui, en cas de difficultés, sur les politiques de groupe ainsi affichées.

✓ Inciter à la généralisation de la pratique systématique et périodique d'études simpli-

fiées des risques, selon la méthodologie mise au point par le ministère de l'Environnement, pour que l'entreprise connaisse à intervalles rapprochés l'état de ses sols, et puisse sécuriser au plan fiscal la constitution de provisions en vue de réaliser des travaux ; à cette fin, rénover les arrêtés préfectoraux pour favoriser une démarche d'autocontrôle, et mettre en place des procédures adaptées d'aides financières pour les PMI, visant à faciliter la conduite des études de sols dans cette catégorie d'entreprises, à faible surface financière mais à hauts risques.

✓ Inciter les différents acteurs administratifs locaux à mieux coopérer entre eux, notamment pour mieux apprécier la capacité financière des entreprises à assumer les risques de leur activité, en vue de faire appel, chaque fois que nécessaire, à l'engagement de soutien explicite des mairies, et pour repérer les installations « pirates » qui devraient être classées et surveillées.

✓ Rendre obligatoire la souscription d'une assurance « responsabilité civile pollution » pour toute installation classée. Parce qu'elle débute par une évaluation des risques, qui oblige à poser les questions de

prévention, et parce que le mode de fixation des primes en fonction des risques potentiels pousse à réduire ceux-ci pour minorer celles-là, l'assurance, avant même de produire ses effets réparateurs en cas de sinistre, joue déjà son rôle en termes préventifs ; en mutualisant des risques qui, par leur ampleur, ne peuvent être assumés au niveau de l'entreprise elle-même, l'assurance appliquée à l'échelle de la collectivité des installations classées le principe « pollueur-payeur », qui, sans avoir de portée philosophique ou morale au plan individuel, doit inspirer la réponse équitable au besoin de réparation des pollutions sans mettre à contribution ceux qui ne s'y exposent pas.

✓ Autoriser la mise en place d'un dispositif « d'assurance-épargne-pollution » à base de capitalisation, permettant aux entreprises de constituer une épargne défiscalisée mobilisable pour faire face à leurs obligations de remise en état des sols, même déjà pollués et non susceptibles d'être couverts par l'assurance dommages ; géré par un assureur ou un banquier, un tel contrat désignerait l'Etat en qualité de bénéficiaire, empêchant les sommes investies de retomber dans le patrimoine social en cas de liquidation judiciaire, et

autorisant le préfet à commander les travaux nécessaires sur les fonds correspondants ; un tel compte d'épargne pourrait être constitué au niveau des groupes au bénéfice de leurs filiales ; en cas d'excédent d'épargne constituée par rapport aux besoins, une fraction demeurerait acquise à l'Etat, le solde revenant, après taxation, à l'entreprise ou à ses actionnaires ; un tel système se substituerait aux actuelles « garanties financières » pour les exploitations de carrières, de décharges, ou d'entreprises à haut risque (dites « Seveso ») dont la gestion dans la durée s'avère très délicate.

Clarifier le droit applicable

Le second axe consiste à clarifier le droit applicable, dans lequel même les ténors du barreau ont perdu leurs repères. Il s'agit de combler les lacunes de la loi de 1976 au regard de la responsabilité de remise en état des sites ; de clarifier le statut du passif environnemental en cas de procédure collective ; enfin, de mieux définir le niveau d'exigence des objectifs de dépollution.

✓ En matière de responsable, la loi de 1976 ne connaît que l'exploitant. La formulation de

l'arrêt *Zoegger* précité, selon laquelle « à défaut d'exploitant présent et solvable » le détenteur peut être recherché par substitution, construit, sans base légale ni même jurisprudentielle (le Conseil d'Etat ayant pris une position contraire), un système de responsabilité qui ouvre une insécurité majeure sur les transactions immobilières portant sur les sols industriels.

La loi devrait donc préciser la situation du propriétaire. Mais elle devrait également donner une définition élargie de l'exploitant, pour couvrir les cas, fort nombreux, où l'installation est à l'arrêt depuis longtemps, et où, du fait des restructurations industrielles, il s'agit de savoir *qui* est devenu l'ancien exploitant. Enfin, les obligations de remise en état devraient s'imposer aussi à l'actionnaire qui déborde de son rôle et se comporte en exploitant de fait.

En conséquence, nous suggérons que la loi de 1976 soit complétée pour établir les identités possibles du « responsable » susceptible d'être visé par les mesures de police administrative qu'elle édicte.

Le « responsable » devrait être :

✓ en phase d'activité de l'installation polluante : *l'exploitant en titre ou l'exploitant de fait*, ce

dernier terme visant tant l'exploitant sans titre régulier que l'actionnaire s'immisçant dans la gestion ;

✓ après la fermeture de l'installation : *l'ancien exploitant en titre ou l'ancien exploitant de fait* ; en cas de disparition de cette personne morale par absorption, *la société absorbante* ; par fusion, *l'entité nouvelle fusionnée* ; par scission, *la personne morale ayant repris la branche d'activité dont relevait l'exploitation classée* ; le « droit de suite » ainsi décrit serait transmissible au gré des restructurations successives, sans limitation du nombre de générations ; si les personnes physiques ou morales ainsi visées ont disparu ou sont insolvables, la responsabilité reviendrait au *propriétaire « impliqué »* ; par ce terme, nous entendons le propriétaire ayant donné le site à bail à l'exploitant pendant la période précédant l'arrêt de l'installation, et le propriétaire ayant acquis le site après l'arrêt de l'installation, mais qui, informé de la pollution existante, a réalisé de ce fait une transaction à un coût sensiblement inférieur au prix du marché.

✓ après la fermeture du site, mais à titre principal et non plus subsidiaire, le *propriétaire responsable*, défini comme celui qui en changerait la destination consécutivement à une modification du plan d'occu-

pation des sols (POS), elle-même postérieure à l'arrêt de l'installation, et aussi le propriétaire ayant acquis, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, un terrain grevé d'une contrainte permanente de surveillance.

Les propriétaires ou détenteurs n'entrant pas dans ces catégories seraient présumés « innocents ». A *contrario*, cette définition engagerait la responsabilité des collectivités locales rachetant pour le franc symbolique des terrains pollués avec l'intention de les faire réhabiliter aux frais de l'Etat. Parallèlement, l'Etat ne devrait engager des frais de dépollution d'un terrain privé que sous bénéfice d'une convention engageant le propriétaire à le rembourser sur le produit de sa vente ou de sa valorisation ultérieure.

✓ Le constat a montré une incroyable lacune de la loi : après avoir obtenu une autorisation d'exploiter une installation classée, notamment au vu de sa « *capacité technique et financière* » à conduire son projet, le titulaire peut sans contrainte céder le site, et l'autorisation avec, à un repreneur de son choix, même incapable et impécunieux. Organiser le passage d'un site pollué dans une structure désargentée devient un jeu d'enfant pour qui veut échapper à ses obligations. Pour l'interdire, il suffit de pré-

voir que l'autorisation ne vaut que pour le titulaire à qui elle a été décernée.

Cette limitation devrait concerner également toute modification significative du statut juridique ou de l'actionariat d'une personne morale titulaire d'une autorisation.

Ainsi, les transferts de sites même entre sociétés d'un même groupe devraient faire l'objet d'une autorisation formelle, empêchant de loger, dans une coquille juridique sans surface, les sites à problèmes

à la veille de leur fermeture. Il en irait de même, *a fortiori*, en cas de restructurations industrielles conduisant le site à changer de groupe de rattachement.

✓ Un axe majeur de nos propositions est de cesser de faire de la problématique de la pollution des sols une affaire de l'*après*-exploitation, pour qu'elle devienne une préoccupation permanente de l'*entreprise en exploitation*. Sous cet angle, en cas de liquidation judiciaire, on doit considérer que le passif de remise en état du sol est nécessairement né *avant* le jugement, même s'il ne prend formellement corps, en tant que titre de créance, qu'*après*. Seule, d'ailleurs, son inclusion dans la « masse »

régie par l'article 50 de la loi de 1985 sur les procédures collectives permet à l'Etat de garder ses chances de bénéficier d'un appel en comblement de passif visant un actionnaire qui se serait comporté en gestionnaire de fait.

Par contre, l'impossibilité pratique de produire des créances

au liquidateur dans le délai légal de deux mois crée une situation absurde, qu'il faut réformer. L'article 50 de la loi devrait donc être aménagé, pour préciser que l'évalua-

tion des créances nées de passifs environnementaux pourrait être donnée à titre provisoire, et dans le délai d'un an, sans préjudice du règlement par priorité, au titre de l'article 40, des mesures d'urgence nécessaires à la mise en sécurité du site.

✓ L'ampleur de l'incertitude sur ce qui peut être prescrit à une entreprise en matière de remise en état d'un site reste considérable, et accrue du fait que l'Etat peut toujours y revenir : après s'être plié à de premières demandes, l'ancien exploitant n'est pas à l'abri, des années ou des décennies plus tard, de devoir recommencer, ne serait-ce que si le site change d'affectation et que le niveau de dépollution

atteint précédemment n'est, de ce fait, plus le bon.

Nous proposons que le droit applicable soit sur ce point rectifié, et qu'un principe simple guide à la fois l'administration et les industriels quant au niveau de remise en état relevant de leur responsabilité : la dépollution exigible devrait être adaptée à l'utilisation du site pour un des usages prévus, pour ce site, par le plan d'occupation des sols (POS) *en vigueur* au moment où l'installation était encore en exploitation.

Dépollué à ce niveau, le site pourrait être cédé. Il appartiendrait ensuite à tout acquéreur, immédiat ou ultérieur, devenant en ce cas *propriétaire responsable*, d'endosser les conséquences, en dépollution complémentaire à assurer, de tout changement ultérieur d'affectation du site qu'il déciderait suite à une modification du POS.

Faire évoluer certains concepts législatifs

Conçue comme une loi de police administrative excluant, par nature, toute participation volontaire de l'Etat à la réhabilitation des sites pollués, la loi

de 1976 pourrait, au delà des clarifications qui précèdent, laisser un espace à une démarche de partenariat, dans une vision élargie d'aménagement du territoire.

✓ Les entreprises estimeraient normal de recevoir un quitus après s'être acquittées des travaux prescrits. Qu'une sorte d'épée de Damoclès soit suspendue au dessus de leurs bilans, pouvant les conduire de manière aussi récurrente qu'imprévisible à remuer, encore et encore, le sol qu'elles-mêmes ou un ancêtre ont un jour pollué, leur paraît inacceptable. Il n'y a pas de Sisyphe heureux.

Passer de notre proposition sur le niveau de dépollution à un quitus complet ne nous paraît pour autant pas possible. La prescription initiale de travaux peut n'avoir pas tout prévu, même pour un usage donné du sol ; les réalisations, même conformes, peuvent s'avérer insuffisantes pour atteindre l'objectif de dépollution visé ; enfin, le degré d'exigences de notre société quant à la sécurité sanitaire s'accroît. Ainsi, la responsabilité de l'entreprise polluante devrait demeurer sans limite dans le temps pour ces seuls cas. Toutefois, il serait légitime, si les exigences sanitaires et le progrès des connaissances conduisent

l'Etat à décider que le niveau de dépollution précédemment visé n'est, à usage inchangé, plus adapté, que l'administration accepte une certaine forme de partage des coûts.

Bien entendu, aucune atténuation de responsabilité ne vaudrait pour l'exploitant ne se conformant pas à la réglementation, quelles que soient les évolutions du POS et de l'usage du site depuis sa fermeture.

✓ La prescription pour le passé suggérée par le Medef, consistant à considérer que toute pollution produite avant que l'Etat n'ait fixé les règles par la loi de 1976 devrait être l'affaire de la collectivité, n'est pas envisageable. Rien ne justifierait qu'un industriel qui a pollué hier, qui pollue aujourd'hui, et qui polluera demain, soit amnistié pour la fraction de sa pollution relevant du passé. Néanmoins, le sujet des friches héritées du passé n'est peut-être pas d'une ampleur considérable, en raison des phénomènes naturels de stabilisation, voire de résorption spontanée, des pollutions très anciennes, qu'il s'agit surtout, dans certains cas, de ne pas réveiller par des travaux malvenus. Nous proposons, en conséquence, d'adopter la position suivante : pour les installations qui ont cessé leur

activité antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1976, et indépendamment de l'affectation donnée au terrain d'assiette (friche conservée par l'entreprise ou ses successeurs, cession pour aménagement, lotissement, etc.), une période de vérité serait ouverte par la loi pour 10 ans. Pendant cette période, les anciens exploitants ou les « responsables » définis *supra* déclareraient les sites en cause et signaleraient les risques potentiels de pollution résultant de l'activité passée. Les Drire seraient chargées de définir pour chaque cas, en fonction des résultats de l'analyse des risques et de l'affectation actuelle ou envisagée des sols, si des investigations et travaux sont nécessaires, ou si des restrictions d'usages non édictées à ce jour doivent l'être. Un partage du coût des travaux serait retenu, à condition que les industriels s'engagent dans le cycle des bonnes pratiques pour les sites qu'ils exploitent actuellement.

A l'issue de cette période de vérité, la loi de 1976 (aménagée comme proposé) reprendrait tous ses droits. En clair, ceux qui choisiraient de ne pas valider l'abcès, en cachant le passé industriel dont ils ont

hérité et les risques attachés, le feraient en prenant leur pleine responsabilité.

✓ Enfin, nous suggérons que soit ouverte par la loi la possibilité, pour l'Etat, de conclure avec les entreprises des conventions dans le domaine des sols pollués, et que celles-ci, sans annihiler ni même amoindrir le pouvoir de réglementer par voie d'autorité à l'encontre des cocontractants, permettent à l'Etat d'en suspendre l'exercice tant que le partenaire respecte à la lettre ses engagements négociés. Un aménagement législatif est à cet effet nécessaire car, dans le cadre de la loi de 1976, aucune convention ne saurait avoir de valeur juridique.

Une première forme, atténuée, serait que l'Etat puisse valider des accords contractuels prenant la forme de « tours de tables » par lesquels la situation d'un site serait définie, tant pour ce qui concerne son utilisation que les contributions financières des différentes parties prenantes au projet (ancien exploitant du site, collectivité territoriale, société d'aménagement, promoteur privé...) recouvrant aussi bien la dépollution que

l'aménagement ou la construction. Le pas suivant serait que l'Etat puisse être lui-même partie prenante à de tels arrangements et apporter sa contribution financière, dans le cadre d'une opération globale revêtant un intérêt collectif, par exemple en termes d'aménagement urbain, de reconquête des friches de centre ville ou de réhabilitation de quartiers défavorisés de banlieues.

Ainsi, la dépollution des sols pourrait-elle être intégrée dans une approche élargie d'aménagement de l'espace, cohérente avec le souci de développement durable.

Note

(1) Cet article présente les principales propositions d'un rapport (disponible sur le site internet ministériel : www.environnement.gouv.fr) rédigé à la demande des pouvoirs publics par l'auteur, en collaboration avec Jean-Pierre Hugon, ingénieur général des Mines.