

MAYLIS DESROUSSEAUX - LE DROIT APPLIQUE AUX SOLS POLLUÉS

Je vais vous parler aujourd'hui de la question de la prise en compte par le droit des phénomènes de la pollution des sols. Et cette intervention visera à relever les évolutions récentes qui ont eu lieu notamment de la loi ALUR de 2014 mais également celles qui sont toujours attendues et vous évoquez plutôt la loi biodiversité. On fera un petit aparté sur la loi biodiversité même si elle ne concerne pas directement la pollution des sols mais les sols en tant que tels.

Avant toute chose je vais me permettre un petit état des lieux en matière de prise en compte des sols par le droit. Et bien, on peut entendre de plus en plus des voix qui s'élèvent pour dénoncer l'absence de prise en compte du sol par le droit et finalement ce constat contraste avec l'omniprésence du sol dans le droit. Si on est un peu malin on regarde le droit de propriété mais vous me direz « le sol est bien le support du droit de propriété ». Vous regardez le droit de l'urbanisme « mais le droit de l'urbanisme répartit bien l'affectation des activités sur le sol, sur le territoire ». Vous regardez le droit rural, « le droit rural s'intéresse bien à la pratique agricole sur le sol » donc finalement quelqu'un s'est amusé à compter plus de 600 occurrences du mot sol dans les différents codes dans le droit français en général.

Mais, est-ce que l'on parle bien du sol quand on dit sol en droit. Et c'est là que le bât blesse puisque l'on n'a pas de définition pédologique du sol dans le droit français et finalement ce que l'on observe c'est que le sol est pris en compte en tant que surface essentiellement et non pas en tant que matière, en tant que milieu. Si on regarde dans le code de l'environnement, on ouvre le code de l'environnement, il y a un livre sur la protection des milieux physiques. Si on regarde quels milieux physiques sont pris en compte par le code de l'environnement et bien il y a la qualité de l'eau, la qualité de l'air et ensuite les espaces naturels et les espèces protégées. Le sol lui, il est bien dans le code de l'environnement mais sous le chapitre pollution et nuisance. Il est n'est pas considéré comme un milieu physique.

Donc à partir de là, comment est-ce qu'on pourrait avoir des règles de protections adéquates qui correspondent à la prise en compte d'une qualité des sols et c'est pour cela que, finalement, le sol est moins bien protégé parce que l'eau a un statut, le statut de la qualité. Ce qui veut dire de ce statut va découler un régime. C'est-à-dire un ensemble de règles cohérentes qui vont tendre toutes vers le même objectif peu importe l'usage. Le sol n'a pas le statut de qualité donc pas de règles cohérentes qui vont régir les activités voire interdire les activités en fonction de la qualité du sol.

On a toutefois d'importantes évolutions et surtout des évolutions à venir. Petit aparté sur la loi biodiversité, si vous voulez rigoler 5 minutes vous allez lire les débats qui ont eu lieu au sénat, il y a quinze jours sachant que la loi est aujourd'hui en ce moment devant l'assemblée nationale pour son deuxième passage. Je fais partie d'un club parlementaire, une sorte de lobby des sols et nous avons réussi à faire porter un amendement pour la protection des sols dans la loi biodiversité. Et bien cela a été à l'assemblée et au sénat « Mais vous n'y pensez pas. Vous voulez mettre les sols à l'article L 110-1 du code de l'environnement cela voulait dire parmi les éléments de l'environnement dont la protection est d'intérêt général. Vous parliez toute à l'heure le sol bien commun c'était un peu l'idée sous-jacente et cela a été une levée de bouclier. Grosso modo, qu'est-ce que cela veut dire ? Si vous êtes pour la protection des sols, vous êtes contre les agriculteurs, vous êtes contre le droit de propriété,

vous êtes un bolchévique. C'est l'image politique que l'on a du sol aujourd'hui et c'est pour ça que l'on n'a toujours pas notre sol dans le code de l'environnement. L'évolution on peut espérer, je pense que là pour la loi biodiversité ce n'est pas la peine d'y penser. Ce qu'on peut espérer ce sera peut-être prochainement un texte propre au sol qui construise un régime propre.

Alors qu'elle est la perception de la pollution ? On l'a dit depuis ce matin, il n'y a pas vraiment de définition du sol pollué et on va s'intéresser à savoir quel est le seuil, quelle est l'approche du droit de cette pollution et surtout est-ce que le droit opère une distinction entre un sol pollué et un sol polluant. On verra ce qui intéresse surtout les pouvoirs publics dans la pollution du sol. Est-ce que cette pollution a des impacts. Si elle n'en a pas tout de suite, c'est moins grave. Ensuite, on verra de toute manière que la loi ALUR a apporté une amélioration conséquente en matière d'informations sur la pollution des sols à destination de la population en générale et plus seulement à destination des potentiels acquéreurs ou porteurs de projets d'un sol pollué. Et enfin, ce sera la troisième partie de mon intervention. Ce sera une rapide présentation du cas d'étude sur lequel je travaille actuellement à Marseille. Donc, ce sera l'analyse du site de l'Escalette qui est un ancien site industriel dans le parc national des Calanques et qui est fortement pollué par des pollutions industrielles historiques.

1 La perception par le droit par la pollution

Donc on n'a pas de définition à proprement parlé de la pollution des sols et si on veut avoir quand même des indications, vous pourrez aller de l'article L 556-1 du code de l'environnement et suivant qui s'intéressent aux sites et sols pollués pas de définitions non plus. On peut toutefois se tourner vers le droit de l'Union Européenne qui nous donne une définition assez générale de la pollution qui est l'introduction directe ou indirecte par l'activité humaine de substances, de vibrations, de chaleurs ou de bruits dans l'air, l'eau ou le sol susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité de l'environnement, d'entraîner des détériorations des biens matériels, une détérioration ou une entrave à l'agrément de l'environnement ou d'autres utilisations légitimes de ce dernier.

La deuxième partie de cette définition est importante car d'un côté vous avez l'introduction directe ou indirecte d'éléments mais ensuite susceptible de causer des effets. Donc pas d'effets, pas de pollutions. Elle est là toute la question. Et le problème c'est quand on mesure un effet. On le mesure en générale par un référentiel anthropique et souvent cela va être le référentiel à la santé humaine. Donc si il y a un effet sur l'environnement mais que l'environnement en question c'est le sol en tant que tel dans son fonctionnement en tant qu'écosystème bien souvent on ne va pas s'en apercevoir. Donc on aura une absence de mesure. Cas particulier de la pollution diffuse. C'est encore plus extrême puisque comme c'est très difficile de parfois identifier la source d'une pollution diffuse. Et bien c'est un phénomène de pollution qui a été explicitement exclu du régime de responsabilité environnemental. Parce qu'en droit pour engager la responsabilité de quelqu'un il faut un dommage et un fait générateur du dommage. Et entre ce dommage et ce fait générateur, il faut un lien de causalité directe. Le lien de causalité directe étant très difficile à établir dans cette hypothèse-là. La pollution diffuse ne peut pas entraîner la responsabilité d'un exploitant par exemple. Mais si on remonte un peu dans l'histoire de la construction de ce droit on s'aperçoit qu'en réalité c'est parce que les Etats-Unis quelques années avant nous avaient mis au point un régime assez contraignant de ce point de vue-là, sur la question des assurances, la prise en compte de la pollution diffuse et que c'était assez dangereux finalement puisque ça permettait de remonter la chaîne de responsabilité un peu trop facilement.

Le problème qu'on peut avoir sur cette question de prise en compte des effets d'une pollution c'est que le régime de la dépollution du coup va dépendre du coup de l'usage qui est projeté sur le sol. La question se pose particulièrement dans le cadre de mon étude qui est sur un parc national. Qu'en est-il quand il n'y a pas d'usage ? Pas d'agriculture, pas d'industrie, pas d'habitation. Simplement dans ces cas un usage récréatif.

Pour la petite histoire la photo est particulièrement intéressante avec les panneaux « danger, sol pollué ». Ce sont des panneaux qui ont été posés en 2005, à la suite d'une étude réalisée par l'INVS qui avait montré qu'il y avait des risques sanitaires. Donc sur certaines plages marseillaises, les panneaux ne sont pas restés plus d'un mois. Ils ont été systématiquement arrachés. C'est dommage. La sociologue est partie. Dans le déni de la pollution, c'est assez intéressant, la population ne voulait pas qu'on indique la pollution.

Maintenant, est-ce que l'on pourrait avoir l'idée d'un sol polluant ?

Si on regarde par exemple le cadre du régime des zones vulnérables aux nitrates. Et bien au fait la zone est considérée comme vulnérable lorsque le sol a une capacité de rétention du polluant qui est trop faible et que donc, il va avoir un effet sur l'eau. Là on va considérer que cette fois-ci que c'est le sol qui n'est pas assez bon pour retenir suffisamment la pollution et que cela va avoir un effet sur l'eau donc là on va identifier la zone donc cela va être une prise en compte toujours négative du sol. Par exemple en droit civil, si votre sol bouge et que votre construction se fissure on va considérer qu'il y a un vice du sol parce que il ne correspond pas à la qualité d'usage que vous avez projeté sur lui.

Une chercheuse avait proposé une définition de la pollution du sol qui me plaît beaucoup : qu'un sol peut-être dit pollué « lorsque, saturé, il a dépassé sa capacité d'auto régénération »

Là on avait tout de suite une proposition de définition beaucoup plus en adéquation avec ce que l'on peut attendre de la pédologie et ensuite dans un second temps on aurait pu le considérer comme polluant lorsque cette pollution exerce un effet extérieur et cela serait une proposition d'évolution juridique qui serait sacrément intéressante.

Les avancées de la loi ALUR. Aujourd'hui on a le droit ou on aura bientôt le droit d'en savoir un plus sur l'état de la pollution des sols. C'est toujours un peu dommage parce qu'on se rend compte que le droit en France a une faible capacité d'anticipation. On voit qu'il est très difficile de restaurer un sol. Seulement on a toujours tendance à prendre les actions en aval. Le droit en matière de sol est beaucoup plus fourni pour ce qui est de la remise en état que pour la prévention et la pollution.

Mais qu'est-ce que l'on peut faire du coup, une fois que le sol est pollué et qu'une fois que potentiellement on ne peut pas le restaurer. Et bien, on peut au moins le dire et informer la population. Avant l'obligation d'information sur les sites et les sols pollués, elle concernait seulement les acquéreurs. Vous pouviez avoir une annulation devant les juridictions judiciaires (vice du contrat) parce que l'on découvrait que votre sol était pollué.

Egalement, vous aviez une obligation d'information dans le cadre du régime des installations classées. Aujourd'hui l'information est potentiellement à destination du public. On aura bientôt, ce sera en 2019, des secteurs d'informations sur les sols qui seront d'abord répartis par communes puis par départements et ces secteurs d'informations sur les sols seront ensuite annexés au plan local d'urbanisme.

Potentiellement, ils auront un impact sur le choix, sur la répartition des usages sur un territoire. Alors c'est très intéressant sur la question de la prise en compte de la qualité des sols par le droit de l'urbanisme, il y a un projet de recherche qui a été mené déjà à Aix en Provence avec Catherine Keller et Marie-Laure Lambert pour savoir comment le droit de l'urbanisme pouvait avant de décider de la répartition des activités sur son territoire prendre en compte cette qualité des sols. Elles avaient établi différents critères de qualités notamment par exemple la présence de nappes souterraines, pour dire, « et bien non cette parcelle-là, même si elle n'est pas destinée si il n'y a pas d'usage agricole dessus et bien on ne va pas forcément l'urbaniser parce que la qualité du sol est telle que sur le territoire c'est la seule et il faut la conserver comme cela ».

Alors pour revenir sur les secteurs d'informations sur les sols, les modalités d'élaborations sont les suivantes : elles se feront à l'échelle départementale. Le préfet arrêtera une liste de communes concernées. Et ce sont les communes qui feront remonter les renseignements aux départements. La deadline est pour 2019. Le décret est paru en octobre 2015, et il est assez libre quant aux critères de pollution des sols. On n'a pas de définitions sur ce que l'on doit considérer comme un sol pollué et donc comme on n'a pas non plus de définitions juridiques et bien c'est assez flou. On aurait pu se poser la question de savoir si par exemple les territoires agricoles en agriculture intensive pouvaient faire partie de ces secteurs d'informations sur les sols. Ce ne sera certainement pas le cas. On ne peut pas considérer qu'un sol agricole est sol pollué. Encore une fois, tout dépend où on place son degré d'exigence. Quant aux modalités de présentations ce sera annexé au PLU. Mais c'est un effet assez limité. On n'aura pas une opposabilité obligatoire de ce secteur d'informations sur les sols aux documents d'urbanisme. Ce que je veux dire par là c'est que le document d'urbanisme n'a pas une obligation de prise en compte de ce secteur d'information. Donc cela n'aura pas forcément un impact sur la répartition de l'usage. Seulement avant de pouvoir exercer tel ou tel usage, il faudra que le porteur de projet se dote d'un certificat d'urbanisme qui aura été délivré par un organisme certifié. Et ce certificat aura comporté une étude de sol qui devra comprendre les éléments suivants et ça ce sera pour s'assurer de la compatibilité entre la qualité du sol et l'usage projeté donc en soi c'est un progrès. Je vous laisse lire les différents éléments qui seront contenus dans l'étude de sol. Notamment la vulnérabilité des milieux, limitation du site. Cela peut être intéressant. Après on retrouve un vieil ami : le standard du coût économiquement acceptable, qui guide l'ensemble des opérations de remise en état puisque éventuellement il y aura un plan de gestion qui sera fait c'est le dernier tiret de la liste de l'étude du sol puisque le plan de gestion sera limité par les conditions économiquement acceptable donc forcément on baisse tout de suite le degré d'exigence. Cela ne doit pas coûter trop cher, cela ne doit pas décourager le porteur de projet.

Les limites, on les a déjà évoquées. Dans ces cas oui effectivement ce que la doctrine dit de plus en plus c'est que globalement on n'aura pas de grandes découvertes. Que les communes qui ont à la charge l'élaboration de ces secteurs d'informations finalement vont se contenter des connaissances déjà disponibles et que la liste finalement n'apportera pas de nouveautés en matière de pollutions d'autant comme on l'a vu la pollution est perçue négativement donc ce n'est pas une bonne image pour une commune qui ne va donc pas s'amuser à faire à l'échelle de la parcelle des relevés pour savoir si oui ou non une pollution pour que ça figure à tout prix dans son secteur d'information.

Et il faudrait être vigilant, après je ne sais pas encore comment la jurisprudence, comment les juges vont appliquer, vont prendre en compte ces secteurs d'informations. Il ne faudra pas avoir une interprétation négative de ces secteurs d'informations à savoir tout ce qui n'est pas dans le secteur

d'informations n'est pas pollué. Ce serait ça l'effet pervers finalement de vouloir d'améliorer l'information de la population.

On va passer maintenant à la rapide présentation du site de l'Escalette vous y êtes peut-être été en vacances. Alors c'est une présentation... Le projet s'appelle SynTerCalM, c'est un projet pluridisciplinaire qui regroupe des géographes, des sociologues, des historiens, des juristes et bien sûr des écologues. Ce sont les écologues qui sont porteurs du projet initialement. Et je m'excuse par avance, c'est une présentation qui se fait normalement à deux voix avec Alma Heckenroth et qui comporte un volet scientifique, du coup je pourrai seulement évoquer brièvement les dimensions scientifiques du projet mais je dirais peut-être des bêtises, soyez vigilants.

Alors d'abord le site de l'Escalette se situe dans les calanques. C'est un territoire qui est très complexe parce qu'il a une riche biodiversité ajoutée à un très haut de taux de fréquentation. C'est un des parcs nationaux les plus fréquentés d'Europe. Vous pouvez vous imaginer le passage qu'il peut y avoir. Et donc des espèces très vulnérables et très endogènes comme l'astragale qui est protégé, qui est appelé « le coussin de belle-mère » par les gens du cru. Et vous pouvez voir sur la photo ici un reste de cheminée rampante qui est un des vestiges de l'activité industrielle.

Un territoire d'autant plus complexe qu'il doit gérer un lourd passé industriel avec des friches avec des pollutions très concentrées et très diffuses. Vous voyez, là c'est une cartographie qui a été réalisée par les géographes à partir des prélèvements des études de sols par un précédent projet. Là vous avez la répartition en plomb et en arsenic. Je ne sais pas si vous arrivez à lire les valeurs, pas trop. En gros, c'est très pollué, croyez-moi sur parole, il y aura des publications prochainement.

Et troisième degré de complexité, si on regarde d'un point de vue juridique et bien on a une multitude de couches de protection : vous avez à la fois un Parc National, un espace Natura 2000, un espace naturel sensible, et une protection des sites et des monuments naturels.

Et il faut donc gérer au milieu de tout cela des scories, vous voyez là, la grosse tâche noire ici. C'est un crassier de plomb et il y en a plusieurs sur Il y en a plusieurs voilà. Et vous voyez les vestiges de l'usine de l'Escalette.

Alors comment pourrait-on gérer cette pollution à la fois diffuse et à la fois concentrée. D'abord on pourrait considérer, les scories sont prises à part et font l'objet de mesures de sécurité par l'ADEME qui depuis 2012 gère officiellement, prévoit officiellement des mesures de mise en sécurité et là le juriste peut s'interroger de savoir comment les différents éléments de la pollution vont être pris en compte. On pourrait regarder le crassier comme étant un déchet parce que un des critères du déchet : c'est d'être meuble. Donc les scories de plomb auront été déposées sur le sol ne font pas parties du sol donc à ce moment-là pourra être traitée au titre de la législation déchet. A l'inverse, toute la pollution diffuse qui est autour du site devrait être potentiellement prise en compte par exemple au titre de la législation ICPE, au titre de la législation sites et sols pollués. Mais comme on est sur des pollutions très anciennes. On est sur des sites à responsables défaillants. Du coup, il va avoir une action plus globale et l'ADEME va gérer l'ensemble de la pollution, la mise en sécurité de la pollution au titre de la circulaire sur les sites à responsable défaillant. Seulement, cette pollution, elle s'étend bien au-delà du site de l'exploitation. Vous avez vu sur la carte toute à l'heure, l'Escalette, elle est ici et la pollution elle est partout au fait. Et donc les actions ne pourront pas porter sur l'ensemble de la pollution diffuse que l'on retrouve sur les sols. Cette pollution là aujourd'hui reste non gérée, la plupart

reste non signalée. L'idée, c'était de se dire mais puisque on est dans un espace à haute valeur environnementale, est-ce que on ne pourrait pas plaider en faveur d'une application du droit des sites et sols pollués plus exigeante, abandonner le paradigme de l'usage et obliger comme seuil minimum de restauration, une restauration dite écologique pour contraster avec les opérations d'excavation avec la mise en décharges ou confinement en roche mont traditionnel dans la mesure où il y a quand même un fort impact paysager qu'il ne faut ruiner l'harmonie d'ensemble du site des calanques. Si on voulait forcer quelque part les pouvoirs publics à intervenir. De quelles armes pourrait-on disposer ? De peu d'armes car on a bien vu que les sols étaient insuffisants. On s'est amusé à faire un petit comparatif justement avec les pays dont Franck Marot parlait ce matin qui ont des seuils de référentiels, des seuils chiffrés. Si nous nous trouvons par exemple en Belgique, et bien on regarde les teneurs en plomb qui ont été prélevés sur le site de L'Escalette et les teneurs en plomb dépassent en de nombreux points les mesures de valeurs d'intervention c'est-à-dire celles pour lesquelles une intervention est systématiquement requise. Donc là avec un cadre juridique plus performant, on aurait pu avoir la mise en œuvre d'actions plus performantes également.

Alors je vais vous passer faute de temps toutes les obligations qui peuvent incomber par exemple à un parc national mais soit dit en passant le sol fait partie des éléments qui constitue le territoire d'un parc national et le sol. Et le parc national en tant qu'établissement public a quand même la mission de préserver cet élément donc est ce que l'on ne pourrait pas aller chercher du côté du parc national aussi ? Ce qui est intéressant c'est que les opérations de restauration écologiques qui font donc parti du projet de recherche, et bien, ont intégré quelques part un peu le droit puisque on retrouve aujourd'hui dans la charte du Parc National des calanques les actions de l'université d'Aix-Marseille qui sont, qui figurent au titre des actions expérimentales. On pourrait généraliser l'approche. Pourquoi ne pas pousser de plus en plus pour inclure cette restauration écologique dans l'ensemble des chartes ou dans l'ensemble de la réglementation des espaces naturels protégés. En faisant ce projet on s'est rendu compte qu'il y avait énormément d'espaces naturels en France qui faisaient l'objet d'une protection au titre du droit de l'environnement et qui étaient parallèlement fortement pollués. Vous avez peut-être vu récemment le documentaire sur le parc des Cévennes. C'est assez effrayant de voir la cohabitation entre la qualité de l'environnement, les espèces protégées et les taux de pollutions démentiels.

Donc on pourrait petit à petit en passant par le bas dans le processus de fabrication du droit pousser cette phytoremédiation, cette phytostabilisation.

Des contraintes se sont appliquées aux opérations, aux expériences menées par les chercheurs puisqu'ils ont cherchés à faire de la phytostabilisation avec des espèces endogènes puisque l'on est dans un parc national donc on ne peut pas importer n'importe quelles espèces. Et là il y avait un problème de disponibilités commerciales. Une fois qu'ils avaient sélectionné les espèces les plus performantes sur le site pour maintenir la pollution dans les racines. Comment on faisait pour en rechercher plus ? Donc, il y a eu un partenariat qui s'est créé avec un lycée agricole qui ont fait à base de semi et de prélèvements avec tout ça une autorisation du parc national qui font de la reproduction pour après qu'on puisse mener les opérations.

Alors, on aurait aujourd'hui une perspective d'application juridique nouvelle. Sur le parc des Calanques si on voulait encore une fois accentuer un peu plus la pression sur les pouvoirs publics et reparler un peu de cette loi de responsabilité environnementale qui a un beau jour d'août 2008 intégré dans notre

ordre juridique le concept de service écosystémique dont on parlait depuis un certain moment et qui a été aussi une initiative européenne, c'était une directive de 2004.

Et la directive de 2004 qui a créé ce régime-là. Elle prévoit le dommage qui est caractérisé par l'atteinte au service écologique du sol également par l'atteinte aux habitats protégés par la directive habitat et je voulais dit tout à l'heure on est dans un site protégé par Natura 2000. Donc potentiellement on a une atteinte aux habitats protégés. Qu'est-ce qu'on ne pourrait pas mettre en œuvre ce régime de responsabilité environnementale ? Le problème est qu'on a des limites de temporalité parce que cette loi sur la responsabilité environnementale qui a été créée en 2008. Elle exclut de son champ d'application, tous les dommages, tous les faits générateurs qui ont pu survenir avant 2007.

Donc là, notre pollution industrielle ancienne, on est complètement hors-jeu. Mais ce qu'on voudrait démontrer c'est que le maintien de la pollution, la non action contribue à la réalisation de nouveaux dommages puisque potentiellement on a une mise en danger des espèces avec le maintien de cette pollution donc là est-ce que l'on ne pourrait pas essayer de trouver une porte un peu de côté pour rentrer dans ce champs d'application sur la loi de responsabilité environnementale. Tout ça bien sûr, on en est au niveau de la recherche.

Egalement, et là la loi biodiversité va peut-être pouvoir nous aider finalement. On a une montée en puissance du concept de processus écologique. Processus écologique et également, associé au concept de solidarité écologique. Or nous, nous avons une pollution des sols qui dévale vers la mer et qui révèle cette solidarité là pour le coup de la pollution entre les écosystèmes terrestres et les écosystèmes marins puisqu'on retrouve les polluants dans les fonds marins qui viennent de l'Escalette par exemple.

Donc là on peut considérer qu'il y a une solidarité qui doit être prise en compte et que la pollution porte atteinte à l'intégrité du domaine public maritime. Le domaine public étant protégé et comme on est dans un parc national. Le président du parc national a une obligation de faire cesser les atteintes à l'intégrité du domaine public. On pourrait prendre exemple sur la pollution des côtes bretonnes suite au naufrage de l'Erica. L'épisode de pollution a été considéré comme une atteinte à l'intégrité du domaine public maritime. Alors, certes, chez nous c'est moins impressionnant, on n'a pas les oiseaux englués mais on a quand même les moules dans le plomb cela peut-être un argument, on a les moules et les oursins dans le plomb. Est-ce que c'est une atteinte à l'intégrité du domaine public ? Je pense que cela vaudrait le coup d'essayer. Et voilà pour les perspectives. On a déjà parlé de la loi biodiversité. Je vous remercie de votre attention.