

Les clauses environnementales

Inf. 16

En matière environnementale, l'extension de la responsabilité des rédacteurs d'actes couplée à celle du champ contractuel invite à une vigilance accrue des notaires lors de la rédaction des contrats.



Anne-Hélène Garnier,
notaire à Paris, Oudot Notaires

1. En matière environnementale, les évolutions législatives et réglementaires de la dernière décennie induisent une extension progressive de la responsabilité des rédacteurs d'actes et en particulier des notaires. Cette circonstance s'accompagne d'une extension parallèle du champ contractuel liée à l'avènement progressif d'un véritable droit des sites et sols pollués dont les interactions avec le droit de l'urbanisme vont croissant.

La combinaison de ces deux tendances invite à une vigilance accrue des rédacteurs de contrat.

UNE EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ DU RÉDACTEUR D'ACTE ET DU NOTAIRE

2. La responsabilité des rédacteurs d'actes se trouve accrue du fait d'une part de l'extension du champ des sources de responsabilité en matière environnementale et d'autre part, du mouvement de désengagement de l'administration en matière de procédure de cessation d'activité soumise à autorisation ou enregistrement au titre des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

Liée à l'extension du champ des responsabilités en matière environnementale

Démultiplication des sources de responsabilité face aux obligations légales

3. Ces responsabilités trouvent leur origine dans les différentes obligations d'information

dont le nombre et la nature n'a cessé d'augmenter au cours de la dernière décennie.

4. Outre l'obligation générale d'information incombant au vendeur (*C. civ. art. 1112-1*), la loi Alur a modifié l'article L 514-20 du Code de l'environnement applicable en matière de vente d'immeuble abritant des ICPE soumises à autorisation ou enregistrement. En permettant une mise en œuvre des sanctions dans un délai de deux ans à compter de la découverte de pollution, cet article incite à procéder à des audits de détection de la pollution des sols en amont afin d'assurer une information complète de l'acquéreur sur l'état des sols à la date d'acquisition.

5. Parallèlement la loi Alur instaure, avec l'article L125-7 du Code de l'environnement une obligation d'information spécifique en matière de vente de terrains ayant fait l'objet d'un classement en secteur d'information sur les sols (SIS).

6. Les sanctions de ces obligations sont aujourd'hui drastiques puisqu'elles peuvent entraîner la nullité des actes passés en violation de leurs dispositions ou une réfaction du prix d'acquisition, outre l'ensemble des actions indemnitaires pouvant être intentées sur le fondement de l'article 1240 du Code civil applicable en matière de

responsabilité délictuelle et les actions de droit commun au titre de la garantie des vices cachés (*C. civ. art. 1641*) et des vices du consentement (*C. civ. art. 1137 pour le dol et C. civ. art. 1132 pour l'erreur*).

Conséquences nombreuses pour les praticiens

7. Les conséquences pour les praticiens sont nombreuses puisqu'elles nécessitent, de manière désormais banalisée, de procéder à des investigations poussées dans un objectif d'exhaustivité.

8. Cet exercice de recherche approfondie, dorénavant familier des praticiens, s'accompagne le plus souvent de la nécessaire analyse de la hiérarchie des responsabilités en matière environnementale afin de procéder in fine à une

qualification juridique des responsabilités et des risques éventuels.

9. La qualité du vendeur, de l'acquéreur et des précédents propriétaires et exploitants doivent ainsi être examinées

et qualifiées, les sources d'informations croisées (mairie, préfecture, Basol, Basias, Casias, Géorisques, etc.) et l'intervention de bureaux d'étude environnementaux habilités à produire des rapports historiques et, si nécessaire, à prélever et analyser des échantillons du sol et sous-sol des biens, préconisée pour approfondir la

|| *Ces responsabilités trouvent leur origine dans différentes obligations d'information*

||

connaissance des biens dont la mutation est envisagée en annexant leurs conclusions aux actes notariés.

10. Le terrain objet de la vente doit faire lui-même l'objet d'un exercice de qualification en application de l'article L 514-20 du Code de l'environnement qui passe un nouveau cap en impliquant pour la mise en œuvre sereine et efficace de cette disposition de procéder à une qualification juridique de sa destination environnementale permettant l'évaluation d'une éventuelle impropriété à destination contractuelle consécutive à la décou-

verte de pollution. Destination environnementale a priori distincte et non assimilable à la destination urbanistique et dont les conséquences sur les procédures de réhabilitation et d'usage futur sont potentiellement extrêmement lourdes dans l'hypothèse où le contrat serait défaillant à cet égard, soit par absence de qualification, soit par une qualification réalisée à mauvais escient.

11. L'obligation d'information de l'article L 125-7 du Code de l'environnement sanctionne également l'impropriété à destination contractuelle des biens mais aussi, à défaut, l'impropriété à l'usage au sens de l'article L 556-1 a du Code de l'environnement, créant ainsi une passerelle entre les deux notions en matière de SIS.

Rédaction qui sécurise les parties dans l'avenir

12. Les rédacteurs d'acte qui se sont longtemps concentrés sur le passé à travers des périodes d'audit de plus en plus précises et exigeantes doivent ainsi aujourd'hui de surcroît organiser la sécurité des parties pour l'avenir.

13. L'horizon temporel du rédacteur d'acte s'allonge ainsi et sa responsabilité avec. Deux axes principaux de ce nouvel horizon temporel se dégagent : d'une part le souhait ardent d'assurer une traçabilité de la situation environnementale du sol susceptible de constituer une preuve des sources de pollution éventuelle de nature à écarter

toute responsabilité, notamment en cas de migration de pollution, et d'autre part la nécessité d'assurer l'efficacité des clauses d'exonération de responsabilité et de garantie en matière environnementale et en particulier d'exonération de la garantie des vices cachés.

14. Garantir l'effectivité des clauses d'exonération de garantie dans un espace temporel à moyen et long terme devient un enjeu dans un environnement juridique où l'aggravation des obligations d'information, et donc de la nécessité de connaître,

entraîne mécaniquement une augmentation de la responsabilité des acteurs impliqués. La tendance législative, à l'œuvre depuis de nombreuses années, couronne ainsi le fait que la connaissance rend responsable. Qu'il s'agisse de l'auteur de la pollution, de l'exploitant ou producteur de déchet, du détenteur ou du successeur au titre d'une ICPE ou à titre subsidiaire du propriétaire s'il est avéré qu'il ait fait preuve de négligence.

15. Par suite, assurer l'effectivité de toutes les clauses organisant la responsabilité en matière environnementale dans le temps nécessite une précision rédactionnelle drastique et la revue de nombreuses questions. Ainsi la qualification de la destination du terrain d'assiette au regard de l'article L 514-20 du Code de l'environnement et a fortiori de l'article L 125-7 du même Code doit-elle se rapprocher de la notion d'usage citée à titre subsidiaire aux termes de ce dernier ? Ou, au contraire, se rapprocher d'une définition urbanistique proche du Code de l'urbanisme ? Ou bien d'une notion intermédiaire sui generis ? Et la réponse à ces questions doit-elle être la même pour tous les dossiers ou le praticien se doit-il d'adapter la rédaction à chaque cas spécifique et en fonction des besoins de sécurité juridique inhérents à la transaction envisagée ?

16. De même la mise en œuvre de l'article L 512-18 du Code de l'environnement, relatives aux ICPE soumises à garantie financière, nécessite d'analyser la notion de

changement notable d'exploitation afin de déterminer si oui ou non un état de la pollution des sols mis à jour doit être produit est annexé à l'acte.

Liée au désengagement de l'administration en matière de procédure de cessation d'activités ICPE

17. Le renforcement des différentes obligations en matière légale et réglementaire s'accompagne par ailleurs d'un mouvement de désengagement de l'administration en matière de contrôle des procédures de cessation d'activité applicables aux ICPE aggravant ainsi la responsabilité des rédacteurs d'actes.

18. La loi d'accélération et de simplification de l'action publique dite « Asap » et l'un de ses décrets d'application (*Loi 2020-1525 du 7-7-202 ; Décret 2021-1096 du 19-8-2021*) ont instauré, depuis le 1^{er} juin 2022, une nouvelle procédure de cessation d'activité marquée par un double retrait du rôle de l'administration en amont d'une part, puisque l'administration n'aura plus à valider les mesures de réhabilitation proposées par le pétitionnaire de la cessation d'activité, et en aval d'autre part, puisque l'administration ne sera plus tenue de procéder au contrôle de la bonne réalisation des mesures de réhabilitation.

19. En déléguant ces compétences en amont et en aval du processus de cessation d'activité, la loi Asap accroît la responsabilité des rédacteurs d'actes à plusieurs titres.

Compétence des bureaux d'étude à vérifier

20. L'article 57 de la loi Asap oblige tout exploitant à faire attester par une entreprise certifiée des actions de remise en état du site, de la pertinence des mesures de réhabilitation envisagées, et enfin de leur mise en œuvre. Trois bureaux d'étude certifiés en matière de sites et sols pollués (ou a minima deux, les étapes une et deux pouvant être réalisées par la même entreprise) sont ainsi appelés à intervenir dans le processus de cessation d'activité pour attester des mesures de mise en sécurité tout d'abord, puis pour attester que le mémoire de réhabilitation est conforme à l'usage futur envisagé et enfin pour confirmer que les travaux de réhabilitation ont été réalisés conformément au

mémoire de réhabilitation et à tout arrêté préfectoral éventuel, l'administration ne procédant plus à un procès-verbal de récolement en fin de travaux.

21. Les textes ayant prévu l'intervention de bureaux d'étude qualifiés, la première responsabilité des rédacteurs d'actes

consistera donc en une vigilance toute particulière sur la compétence professionnelle des acteurs nommés par les parties pour les processus de cessation d'activité. Risque de se poser à cet égard des sujets de conflit d'intérêts notamment entre les entreprises aptes à réaliser des travaux et celles qui en attestent la conformité. Là encore le rédacteur d'acte devra procéder à une opération d'analyse et de qualification éventuelle avant de prendre une décision aboutissant à un conseil auprès des parties.

Compréhension plus fine et technique des outils à utiliser

22. La suppression de l'intervention de l'administration en tant que tiers arbitre et juge de paix implique par ailleurs l'organisation de processus contractuels de contrôle offrant des gages de probité équivalente. Le recours à des facultés de contrôle et de commentaires contradictoires semble à cet égard essentiel pour assurer la transparence et l'efficacité de tout processus de réhabilitation dans le contexte d'une cession ou en préparation de cette dernière.

23. La création de ces processus requiert une description détaillée des différentes étapes de l'opération de réhabilitation et une bonne compréhension de sa modélisation (notions de sources, cibles, voies de transfert, bilan coûts/avantages) et des outils nécessaires à sa mise en œuvre (EQRS, IEM, plan de gestion, ARR, etc.).

24. Les praticiens sont donc amenés progressivement à une connaissance technique de plus en plus fine et détaillée de notions techniques en matière de pollution des sols nécessaire à la mise en œuvre de processus autrefois validés par la seule puissance publique.

// Les praticiens sont amenés progressivement à une connaissance technique de plus en plus fine

Rapprochement des modalités rédactionnelles des situations de cessation d'activité ICPE et hors ICPE

25. À cet égard l'analyse de la situation environnementale des transactions immobilières a longtemps été dominée par un clivage majeur, à savoir celui des sites soumis à la réglementation des ICPE et de ceux n'en relevant pas.

26. Aujourd'hui force est de constater que cette dichotomie toujours valable perd néanmoins de sa force, le droit des ICPE et les procédures de réhabilitation des sols pollués rejoignant incidemment la pratique préexistante en matière de dépollution de sites non soumis au régime des ICPE pour lesquels une compétence rédactionnelle accrue des rédacteurs d'actes était requise compte tenu de la plus grande liberté du champ contractuel.

27. Parallèlement, le droit des sites et sols pollués se dote d'un corpus légal et réglementaire de plus en plus contraignant réduisant à l'inverse le champ de la liberté contractuelle en la matière et augmentant les normes et contraintes incontournables, rapprochant encore la pratique rédactionnelle de ces deux catégories.

UNE EXTENSION INÉXORABLE DU CHAMP CONTRACTUEL EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

28. Outre ces convergences, force est de constater que les évolutions légales et réglementaires conduisent à une extension du champ contractuel sous le double mouvement de l'avènement progressif d'un véritable droit des sites et sols pollués et de la création d'interactions toujours plus grandes avec le droit de l'urbanisme.

Liée à l'avènement d'un véritable droit des sites et sols pollués complémentaire du droit des ICPE

29. Ce courant législatif et réglementaire initié par la loi Alur puis développé aux termes de la loi Asap en 2020 et enfin consacré par la loi Climat et Résilience

(Loi 2021-1104 du 22-8-2021) s'est construit progressivement sous l'impulsion notamment du droit européen.

Consécration législative de la protection des sols

30. Ce courant législatif et réglementaire complète la logique de remise en état des sites du régime des ICPE, d'une logique d'absence d'atteinte à l'environnement.

31. L'article L 161-1 du Code de l'environnement considère ainsi la notion de dommages causés à l'environnement à travers la notion de détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement qui créent un risque d'atteinte grave à la santé humaine du fait de la contamination des sols d'une part, et /ou d'autre part affectent gravement l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux.

32. À cette logique s'est ajoutée celle de vouloir remédier à certaines situations passées bien au-delà de la seule notion de remise en état, propre au droit des ICPE.

33. Ainsi le rapport d'information au Sénat présenté lors des débats relatifs à la Loi Climat et Résilience évoque-t-il les pollutions industrielles et minières dont il convient « d'assumer les responsabilités » et « réparer les erreurs du passé ». Ce rapport précise qu'à la différence de l'air et de l'eau dont la protection fait l'objet d'un arsenal juridique sophistiqué, les sols, trop souvent envisagés par le seul prisme du droit de la propriété, sont restés les parents pauvres de notre législation.

34. L'article L 241-1 du Code de l'environnement, créé par la Loi Climat et Résilience, dispose ainsi que la politique nationale de prévention et de gestion des sites et sols pollués (SSP) vise à prévenir et réduire la pollution des sols et des sous-sols et à assurer la gestion des pollutions existantes. Outre la prévention, le premier alinéa de cet article évoque la remédiation des pollutions.

35. Cet article précise par ailleurs que la prévention et la remédiation de la pollution des sols comprennent des mesures destinées à atténuer les effets des processus de dégradation des sols, remettre en état et assainir les sols dégradés de manière à leur restituer un niveau de fonctionnalité au

moins compatible avec les intérêts mentionnés à l'article L 511-1 du Code de l'environnement au regard de leur utilisation effective et de leur utilisation future autorisée.

36. La loi Climat et Résilience instaure par ailleurs un délit de pollution (*C. envir. art. L 231-1 et L 231-2*).

37. Enfin, l'article L 556-3 du Code de l'environnement prévoit, en cas de pollution ou de risques de pollution des sols présentant des risques pour la santé, la sécurité publique et l'environnement au regard de l'usage pris en compte, que l'autorité titulaire du pouvoir de police peut mettre en demeure le responsable de réaliser les travaux nécessaires et à défaut la possibilité d'une exécution d'office au frais du responsable de ces travaux.

38. L'ensemble de ces éléments invite à une vigilance renforcée des rédacteurs d'actes qui doivent désormais tenir compte de ces nouvelles règles pour assurer la sécurité juridique de leurs contrats.

Mise en œuvre à géométrie variable des processus de cessation d'activité des ICPE

39. La loi Alur en introduisant la procédure du tiers demandeur (*C. envir. art. L 512-21*) a initié un mouvement de scission entre l'exploitant et le responsable de la remise en état des sites ICPE ouvrant la voie à une professionnalisation de la réhabilitation des SSP.

40. La procédure de tiers demandeur nécessite pour sa mise en œuvre une rédaction extrêmement détaillée, tant sur la temporalité du processus administratif et des autorisations à obtenir que des conséquences éventuelles d'un refus du préfet ou d'une annulation de l'arrêté autorisant le processus de tiers demandeur. Le champ contractuel devient alors déterminant pour la mise en place du processus administratif légal et le contrat devient le support décisif de la procédure réglementaire.

41. La loi Asap a par ailleurs introduit la possibilité, pour les cessations d'activité déclarées à compter du 1^{er} juin 2022, de transférer l'autorisation de substitution d'un tiers demandeur à un autre tiers demandeur intéressé en cours d'opération sans avoir

à réitérer l'ensemble de la procédure administrative (*C. envir. art. L 512-21*). Cette procédure simplifiée peut également être organisée par le contrat s'il est envisagé d'y recourir.

42. Enfin, parler du champ de l'extension contractuelle de la cessation d'activité ICPE implique d'évoquer une pratique assez fréquente consistant pour le dernier titulaire d'une ICPE à conserver facialement, la plupart du temps pour une question de communication et de sauvegarde des risques réputationnels, la responsabilité administrative de la remise en état tout en transférant à maxima les responsabilités y afférentes sur un tiers comme l'aurait fait le recours au processus de tiers demandeur.

43. Ce paradoxe du « dernier exploitant responsable mais pas trop quand même » nécessite une habileté rédactionnelle importante afin de ne pas brouiller les rapports de droits légaux existants vis-à-vis de l'administration et les rapports de droits strictement contractuels opposables aux seules parties.

44. La difficulté fondamentale de cet exercice consiste à distinguer suivant la nature et la source de la pollution l'entité qui en sera responsable d'un point de vue contractuel et la plupart du temps donc financier.

Liée à la démultiplication des interactions entre le droit des sols et le droit de l'urbanisme

45. Parallèlement, les passerelles entre le droit des sols et le droit de l'urbanisme vont croissant.

Les prises en considération de l'usage environnemental par le droit de l'urbanisme

46. En introduisant l'article L 556-1 dans le Code de l'environnement, la loi Alur encadre les modalités de changement d'usage, à l'initiative d'un maître de l'ouvrage, d'un terrain ayant fait l'objet d'un processus antérieur de mise à l'arrêt définitif. Le maître de

l'ouvrage définit dans cette hypothèse les mesures de gestion de la pollution des sols au regard du nouvel usage projeté et fait attester par un bureau d'étude certifié dans le domaine des SSP de cette prise en compte dans son projet de construction. Cette attestation est jointe au dossier de demande de permis de construire ou d'aménager.

47. De la même manière les SIS créés par la loi Alur ayant donné naissance à l'article L 125-6 du Code de l'environnement sont annexés au PLU. L'article L 556-2 du Code de l'environnement prévoit, pour tout projet de construction ou de lotissement situé en SIS, le dépôt d'une attestation d'un bureau d'étude certifié garantissant la réalisation et la prise en compte dans la conception du projet du classement du site en SIS. Ce document doit être joint à tout dossier de permis de construire ou d'aménager.

48. Un décret pris en application de la loi Asap, modifie, quant à lui, la détermination de l'usage futur en cas de mise à l'arrêt d'une ICPE (*Décret 2021-1096*

du 19-8-2021). L'ancien article R 512-39-2 du Code de l'environnement prévoyait qu'à défaut d'accord entre le maire et l'exploitant, l'usage futur demeurerait identique à celui de la dernière période d'exploitation.

49. À compter du 1^{er} juin 2022, et pour les cessations d'activité relatives à un arrêté préfectoral ICPE n'ayant pas prévu l'usage postérieur à la cessation d'activité, l'article R 512-39-2 du Code de l'environnement prévoit qu'en cas de désaccord sur l'usage futur le maire peut transmettre au préfet un mémoire sur une éventuelle incompatibilité manifeste de l'usage avec l'usage futur de la zone et des terrains voisins tel qu'il résulte des documents d'urbanisme. Ce mémoire comprend une ou plusieurs propositions de type d'usage pour le site. Le préfet dispose à cet égard de la capacité de se prononcer sur la compatibilité entre l'usage futur et les documents d'urbanisme et peut fixer ce nouvel usage futur.

50. Aux termes de ces différents exemples, la capacité de construire régie par le droit de

||
La procédure de tiers demandeur nécessite pour sa mise en œuvre une rédaction extrêmement détaillée

||

l'urbanisme se trouve clairement limitée par la situation environnementale du terrain.

La loi Climat et Résilience consacre part ailleurs l'objectif de zéro artificialisation nette (ZAN)

51. Sous l'influence de la réglementation européenne, la loi Climat et Résilience consacre le principe de la zéro artificialisation nette et celui de la renaturation des sols. La loi précise que la notion d'artificialisation nette correspond au solde de l'artificialisation et de la renaturation des sols constatée sur un périmètre sur une période donnée. La mise en œuvre de cet objectif est définie par le nouvel article L 101-2-1 du Code de l'environnement.

52. L'objectif temporel assigné par la loi est l'année 2050, date à laquelle le « zéro artificialisation nette » des sols doit être atteint. Cet objectif législatif constitue désormais un

objectif majeur en matière d'urbanisme. Ainsi l'article L 4251-1 du CGCT dispose-t-il que le schéma régional d'aménagement et de développement durable et d'égalité des territoires (Srdet) doit fixer des objectifs à moyen et long terme de lutte contre l'artificialisation. L'atteinte des objectifs poursuivis nécessite une modification en cascade des documents d'urbanisme dans un calendrier contraint (Padduc, Scot, PLU). Le lien entre le droit de la protection des sols et le droit de l'urbanisme est ainsi consacré à travers un objectif de maîtrise de l'étalement urbain, de sa qualité et de préservation et restauration de la biodiversité et de la nature.

53. Jusqu'alors la politique nationale relative aux SSP avait pour objet de prévoir des méthodes d'évaluation de la dépollution des sites et d'organiser le cas échéant leur réhabilitation. L'enjeu était d'adapter des usages des milieux en fonction de leur état

sans viser obligatoirement une dépollution systématique. Il s'agissait d'un principe de gestion du risque selon l'usage plutôt que d'un attachement à un niveau de pollution intrinsèque. Force est de constater que les évolutions législatives récentes semblent initier une mutation de cette philosophie dont la portée potentielle ne peut pas être ignorée par les rédacteurs de contrats.

Conclusion

L'évolution du droit des sols vers une plus grande proximité avec le droit de l'urbanisme doit inciter les rédacteurs de contrats à une vigilance accrue lors des phases d'audit de terrain d'une part, et sur la portée rédactionnelle de leurs actes dans le temps, d'autre part. Cette tendance, couplée à une extension du champ contractuel en matière environnementale, invite les praticiens, selon la formule proposée par le 118^e Congrès des notaires de France, à une « ingénierie notariale » accrue.

