

LA CONSIDERACIÓ DEL SÒL CONTAMINAT COM A RESIDU A PARTIR DE LA STJCE DE 7 DE SETEMBRE DE 2004 I LES SEVES REPERCUSSIONS EN EL DRET ALEMANY*

Aitana de la Varga Pastor**

Sumari

- I. La complexitat de determinació del concepte de residu en el dret comunitari europeu
- II. L'ampliació del concepte de residu amb la Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
- III. El dret alemany i els problemes jurídics que aquesta nova interpretació planteja
 1. El concepte de residu en el dret alemany
 2. L'abast de la Directiva europea de residus en el dret alemany
 3. Problemes jurídics que la nova interpretació del concepte de residu planteja i posicionament doctrinal
- IV. Conclusions
- V. Bibliografia

* Durant el transcurs de l'edició ha estat publicada l'estratègia temàtica de protecció del sòl a través de la comunicació COM (2006) 231 i la proposta de Directiva marc de protecció del sòl (COM [2006] 232), en l'àmbit de la Unió Europea.

** Aitana de la Varga Pastor, professora de dret administratiu de la Universitat Rovira i Virgili, av. Catalunya, 35, 43002 Tarragona; tel.: 977 558 333, fax: 977 558 378; aitana.delavarga@urv.cat. Article rebut: 13.02.2006. Avaluació: 2.03.2006. Data d'acceptació de la versió final: 25.05.2006.

I. La complexitat de determinació del concepte de residu en el dret comunitari europeu

En l'àmbit de la política ambiental de la Comunitat europea i, més concretament, en la intervenció en matèria dels residus que s'ha desenvolupat des dels anys setanta, un dels aspectes més controvertits ha estat precisament el de la definició de *residu*. Es tracta d'una qüestió que ha plantejat un debat doctrinal intens i que fins i tot ha arribat a la jurisprudència.

En l'àmbit europeu, el primer programa d'acció per a la protecció ambiental de 1973 propugnava la necessitat d'actuar de forma conjunta amb relació als residus i la seva gestió. La Directiva 75/442/CEE del Consell, de 15 de juliol de 1975, de residus, fou la que materialitzà aquesta voluntat. Es tracta de la Directiva marc sobre residus i és aquí on es fixa el concepte de residu, entre d'altres aspectes. Què han d'entendre per *residu* els diversos estats membres de la Unió?

La definició que s'hi conforma inicialment és una definició àmplia, oberta, que abasta qualsevol substància o objecte. L'única condició que s'estableix per identificar-ho com a tal és que el posseïdor o bé se'n desprengui, o bé tingui l'obligació de desprendre-se'n.¹ Per determinar quan s'origina aquesta obligació, la Directiva ens remet a les disposicions nacionals en vigor. Per tant, el primer concepte que es determina és un concepte genèric, poc restrictiu, fonamentat en dos aspectes: un d'objectiu (qualsevol substància o objecte) i un altre de subjectiu (el posseïdor que se'n desprèn) i que cada estat membre ha de determinar i concretar. Aquest és el primer pas per arribar a una harmonització en l'àmbit del tractament de residus, en què es deixa a mans dels diferents estats membres la concreció del concepte.² La primera complexitat que es desprèn del concepte de residu és precisament la poca precisió del terme. El fet de referir-se a la legislació nacional diferent dels estats membres va causar que no es considerés suficientment precisa³ i que portés a divergències considerables entre els estats

1. «... cualquier sustancia u objeto del cual se desprenda su poseedor o tenga la obligación de desprenderse en virtud de las disposiciones nacionales en vigor».

2. Kerstin, Andreas, «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», DVBl, 1992, p. 345.

3. Krämer, Ludwig diu: «In 1975, a Community definition on waste had been established. However, this definition referred back to the different national law of Member states and therefore considered not to be precise enough a EC Environmental Law», Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 324 i seg.

membres, tant pel que fa a la transposició com a l'aplicació de la directiva 75/442/CEE.⁴

La finalitat principal de la regulació de la gestió dels residus amb aquesta Directiva és essencialment la protecció de la salut humana i del medi ambient.⁵ Per assolir aquest fi, al principi, com ja hem esmentat, s'entenia que seria més efectiu que el concepte de residu el concretés cada estat membre.⁶ L'efecte no va ser el que es volia. El fet que el terme que es va establir inicialment fos tan genèric va comportar problemes de determinació i diversitat entre els estats. D'altra banda, no tots els estats van transposar la Directiva com s'havia de fer.⁷ Era necessari trobar un punt comú entre els estats, una base perquè la dispersió que hi havia fins llavors no continués existint, i així s'assolís realment una harmonització en la classificació o la determinació dels residus i, consegüentment, en el seu tractament. La solució arribà amb la creació d'un catàleg supranacional de residus que servís de guia als estats per determinar què s'inclouïa dins el concepte de residu, i no tan sols tenir en compte el que cada estat membre considerava com a residu.⁸

D'aquesta manera, l'any 1991, amb la finalitat de fer més efectiva la Directiva i de solucionar els problemes que havien sorgit fins llavors, es planteja una modificació de la Directiva 75/442/CEE, que tracta, d'alguna manera, d'assolir una base comuna més concreta quant al concepte de residu. Aquesta modificació es fa de conformitat amb algunes definicions paral·leles existents,

4. De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 237.

5. Considerant III de la Directiva 75/442/CEE. La finalitat que els estats determinin els termes de *substància* i *objecte* és prevenir la salut tant de les persones com del medi ambient dels perills que es puguin ocasionar amb els residus.

6. Es demanava al legislador nacional que no fes una referència *general* als objectes que s'havien de considerar com a residu, amb la finalitat d'assolir el fi de la Directiva. Així ho diu Kerstin, Andreas, «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», DVBl, 1992, p. 345.

7. Nicolas de Sadeleer es fa ressò d'aquest problema a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 236, i conclou que «*les interprétations divergentes et les problèmes pratiques auxquelles donnèrent lieu la première définition du concept de déchet ont conduit à une révision fondamentale de cette notion...*».

8. C. Jiménez Plaza fa referència a l'evolució del concepte de residu a escala comunitària i incideix més en el concepte italià de residu a «Una nueva clave interpretativa del concepto de residuo en el Derecho italiano: ¿Un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 207/2004, p. 151-192.

com les que estableixen l'OCDE⁹ i la Convenció de Basilea per al control de l'eliminació i el transport transfronterer de residus perillosos a la qual s'havia adherit la Comunitat Europea.¹⁰ La definició que es va establir inicialment es va reemplaçar per la nova definició a través de la Directiva 91/156/CE, del Consell, de 18 de març de 1991, que modifica la Directiva 75/442/CEE. S'exposa la necessitat de disposar d'una terminologia comuna i d'una definició de residus amb l'objectiu de fer més eficaç la gestió dels residus a la Comunitat. La modificació se centra en la introducció d'un annex on figuraran les substàncies i els objectes que es considerin com a tals. El concepte de residu a partir de llavors i fins avui es definirà de la manera següent: s'entén com a residu «*cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el anexo I¹¹ y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse*».¹² Així doncs, a partir de 1991, la Directiva estableix que hi haurà un catàleg, que no s'elaborarà fins al 1994, on figurarà tot allò que es consideri residu a efectes d'aplicació de la Directiva.¹³ No obstant això, l'existència d'aquest catàleg supranacional no implicarà que tan sols els residus que hi figurin siguin considerats com a tals. És important citar expressament l'última de les categories que s'enumeren en aquest annex, la Q16, que diu: «Tota substància, matèria o producte que no estigui inclosa a les categories an-

9. Concretament, l'annex de la decisió de l'OCDE de 27 de maig de 1988 sobre els moviments transfronterers de residus perillosos.

10. Dec. 93/98 (1993) O.J. L39/1, a Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325.

11. Destaquem, entre els diferents residus que s'hi classifiquen, els següents, per la rellevància que tenen en el supòsit que es comenta: «Q4.-*Materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado a causa del incidente en cuestión; Q15. Materias, sustancias o productos contaminados procedentes de actividades de regeneración de terrenos*».

12. De Sadeleer fa una anàlisi exhaustiva dels tres components essencials de la definició: «substàncies i objectes», «poseïdor» i «desprendre's», a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 236-261.

13. És el que es coneix com a *Catàleg europeu de residus* (CER), que es va establir per mitjà de la Decisió de la Comissió de 20 de desembre de 1993 (94/3/CE), que enumera una llista de residus de conformitat amb la lletra a de l'article 1 de la Directiva 75/442/CE del Consell, relativa als residus, per la qual s'aprova la llista de residus que pertanyen a les categories enumerades a l'annex I de la mateixa Directiva (*DOCE* núm. L 005, de 7 de gener de 1994, p. 0015-0033). Es tracta d'una nomenclatura de referència que serveix de terminologia comuna a tota la Comunitat, amb la finalitat d'augmentar l'eficàcia de les activitats de gestió de residus. Aquesta llista es revisarà periòdicament per tal d'adaptar-la al progrés científic i tècnic. La llista vigent actualment és la que es va aprovar amb la Decisió 2000/532/CE de la Comissió, de 3 de maig (*DOCE* núm. L 226, de 6 de setembre de 2000, p. 0003-0024). Actualment conté unes 650 entrades.

teriors.» Es tracta d'una clàusula general que es remet a la definició de residu en si mateixa.¹⁴ Això comporta que, sobre la base d'aquesta categoria, hi ha matèries que no estan incloses en el catàleg però, tot i així, es poden considerar un residu. Així doncs, és una dada que manifesta la voluntat de llista oberta.¹⁵ D'aquesta manera, es pot dir que la llista de residus no és ni vinculant ni exhaustiva.¹⁶

En conseqüència, l'àmbit d'aplicació de la Directiva serà molt ampli. L'únic ítem que se n'exclou són els efluentes gasosos emesos a l'atmosfera, al qual se'ls aplicaran les previsions per a la contaminació atmosfèrica. D'altra banda, aquesta Directiva no es refereix explícitament als residus nuclears, els quals estan regulats pel tractat Euratom. No obstant això, la Directiva 75/442/CE és aplicable al material radioactiu, tot i la diferència de definicions que s'estableix.¹⁷ Tanmateix, la Directiva cita expressament algunes matèries que queden fora de l'àmbit de la seva aplicació, perquè ja existeix legislació aplicable sobre la matèria i no perquè no es tracti d'un residu.¹⁸ Així doncs, les previsions de la Directiva de residus seran d'aplicació supletòria en aquells aspectes que la seva normativa específica no reguli expressament.¹⁹

Hem de tenir present també un altre aspecte de la definició, que contribueix a qualificar-la d'amplia. El propi Tribunal de Justícia de la Comunitat Eu-

14. Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325. D'altra banda, De Sadeleer fa èmfasi en aquest apartat i destaca que aquesta darrera categoria no estava prevista ni a l'annex corresponent de la Decisió de 27 de maig de 1988 de l'OCDE ni a l'annex de la Convenció de Basilea a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 239.

15. En paraules de De Sadeleer, aquesta categoria certifica el caràcter no limitador de l'annex I de la Directiva. Segons l'autor, gràcies a aquesta obertura, els estats membres haurien de poder considerar dins el concepte de residu tota substància o tot objecte que respongués als criteris de la definició comunitària a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 239.

16. De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 240.

17. Krämer, Ludwig així ho afirma i diu el següent: «*There remain differences, in particular, nuclear waste which is recyclable or recoverable is considered nuclear material and not nuclear waste, nevertheless waste. This difference of definition of waste does not exclude that Directive 74/442 is applicable to radioactive material*, a *EC Environmental Law*», Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325.

18. Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325.

19. Per a l'objecte del comentari, cal destacar les matèries següents, que en principi queden exclòses de l'àmbit d'aplicació de la llei. Aquestes són: «*b) cuando ya estén cubiertos por otra legislación: ii) los residuos resultantes de la prospección, de la extracción, del tratamiento y del almacenamiento de recursos minerales, así como de la prospección de canteras*».

ropea diu que aquest annex precisa i il·lustra aquesta definició proposant llistes de substàncies i objectes que es poden qualificar com a residus. Nogensmenys, només té caràcter indicatiu, ja que la qualificació de residu depèn sobretot del comportament del posseïdor i del significat del terme *desprendre's*.²⁰ És a dir, no es tindrà en compte tan sols que l'objecte o la substància constin a la llista.

La concreció de l'aspecte subjectiu del concepte de residu és l'altra novetat que resulta de la modificació que es va fer el 1991. Es determina que el posseïdor se'n desprengui, tingui la intenció de desprendre's o tingui l'obligació de desprendre's.²¹ Així doncs, són necessaris els dos requisits, tant que el posseïdor se'n desprengui, se'n vulgui desprendre o tingui l'obligació de fer-ho, com que es trobi en algun dels grups previstos a l'annex I de la Directiva. Ambdós requisits són acumulatius.²² Tot això complicarà el nivell de concreció del concepte de residu en l'àmbit estatal.²³

Recordem que ens trobem davant d'una Directiva marc. Aquesta categorització de «marc» és el que donarà importància al que es fixi en aquest àmbit, per exemple, el concepte de residu, ja que s'utilitzarà subsegüentment en un gran nombre de legislacions europees reguladores dels residus.²⁴

20. Vegeu, en aquest sentit, les sentències del Tribunal de Justícia de 7 de setembre de 2004, Van de Walle, C-1/03, apartat 42; de 18 de desembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, rec. p. I-7411, apartat 26; de 18 d'abril de 2002, Palin Granit et Vehmasslon kanstanterveystyön kuntayhtymän hallitus, C-9/00, rec. p. I-3533, apartat 22. La doctrina també interpreta el mateix; per exemple, Wrede, Sabine, «Kontaminiertes Boden als Abfall», NuR, 2005, p. 28; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union, Primärrechtliche Grundlagen Gemeinschaftliches Sekundärrecht*, Karl Hermanns, Colònia, 2005, p. 347 i seg.; Fluck, «Zum EG-Abfallrecht und seiner Umsetzung in Deutsches Recht», EuR 1/1994, p. 74, entre d'altres.

21. Nicolas de Sadeleer fa una anàlisi de les tres hipòtesis que aquesta nova clàusula planteja a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 245 i seg.

22. Au diu: «Beide Voraussetzungen müssen **kumulativ vorliegen**, so dass es nicht allein ausreicht, dass ein Stoff in Anhang I aufgeführt ist», a Dietrich; Au; Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften. Institutionen, Entwicklung und Ziele*, Erich Schmidt, Berlín, 2003.

23. Autors com Wrede reflecteixen que, en conseqüència, els estats, a l'hora de realitzar la transposició, difícilment poden determinar una llista o una definició tancada de residu. «*Da die Abfallrahmenrichtlinie insbesondere eine grundlegende Bestimmung des Abfallbegriffs liefert, die alle nationalen Regelwerke beeinflusst, die im weitesten Sinne den Umgang mit Abfällen betreffen, ist eine abschließende Darstellung der nationalen Umsetzung dieser Richtlinie schwer zu leisten*», NuR, 2005, p. 28.

24. Per exemple, la Directiva 91/689/CE, del Consell, de 12 de desembre, relativa als residus perillosos (DOCE núm. L 377, de 31 de desembre de 1991, p. 0020-0027) o la Directiva 94/62/CE, de 20 de desembre, relativa als envasos i residus d'envasos (DOCE núm. L 365, de 31 de desembre de 1994, p. 0010-0023).

Malgrat els esforços que el legislador ha esmerçat per concretar i delimitar el concepte de residu, avui en dia continua essent un àmbit problemàtic. Tot i la modificació duta a terme l'any 1991, la definició actual de residu encara planteja un bon nombre de qüestions.²⁵ Igualment, tot i que existeixi una definició comunitària de *residu*, les divergències entre els estats membres també estan servides.²⁶ Així mateix, el concepte obert i vague de residu, establert en l'àmbit comunitari, ha comportat també que nombrosa jurisprudència europea l'hagi hagut de concretar posteriorment.²⁷

Com apunta Krämer, és obvi que la definició de residu és una creació legal i, com a tal, està exposada a la crítica; qualsevol definició conté un element arbitrari. Si un objecte corporal és anomenat *bé, producte, substància, residu, contaminant, descàrrega* (de contaminants), *emissions* o *residu*, és una qüestió d'acord legal.²⁸ No obstant això, destaca que des del punt de vista de la protecció ambiental la qüestió important no és el nom que es dona a un objecte específic sinó la contaminació o la pol·lució que causa, l'objecte o els riscos que està causant.²⁹ D'altra banda, De Sadeleer ens fa ser conscients de les diferents accepcions que la paraula *residu* pot tenir i la manca de concreció actual. L'autor qualifica tot residu com a «inutilitzable», però ens recorda que aquest adjectiu és molt relatiu, ja que variarà segons el temps, el lloc i l'individu. D'altra banda, els residus són múltiples. D'una manera o altra, tots els sectors de la nostra societat

25. De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 236 i seg.

26. Krämer es manifesta en aquest sentit quan diu: «A pesar de la existencia de una definición comunitaria de "residuo", hay una gran divergencia entre los Estados miembros en lo que hace a este concepto, que se acrecienta por el hecho de que la decisión 94/3/CE no ha sido incorporada en el ordenamiento de todos los Estados miembros. Por otra parte, sigue provocando problemas la línea divisoria entre residuos y productos.» Krämer, Ludwig *Derecho ambiental y tratado de la comunidad europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 48 i 49.

27. Wrede, Sabine, «Kontaminiertes Boden als Abfall», NuR, 2005, p. 28. Jurisprudència sobre la matèria: STJCE, de 28 de març de 1990 – Rs. C-206/88 i 207/88 (Vessoso i Zanetti); de 10 de maig de 1995 – Rs. C-422/92 (Deutschland/Kommission); de 9 de juliol de 1992 – Rs. C-203/96 (Dusseldorp); de 25 de juny de 1997 – verbundene Rs. C-304/94 (Euro Tombesi i altres), C-330/94 (Santella), C- 342/94 (Giovanni Muzi i altres); de 19 de juny de 2003 – Rs. C- 444/00 (Mayer-Parry); EuGH, de 18 d'abril de 2002 – Rs. C- 9/00 (Palin Granit Oy i altres); d'11 de setembre de 2003 – Rs. C-114/01 (Alvesta Polarit).

28. «It is obvious that the definition of waste is a legal creation and therefore exposed to criticism; as does any definition, it contains an arbitrary element. Whether a corporal object is called good, product, substance, residue, pollutant, discharge (of pollutants), emissions or waste, is a question of legal agreement.»

29. Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 326.

de consum produeixen residus.³⁰ Aquest fet també en complica la concreció. La dispersió dels residus per l'aire, l'aigua i els sòls poden provocar el deteriorament de milions de receptors (contaminació atmosfèrica, contaminació de sòls i d'aigües subterrànies...). Per tant, el tractament d'aquests i la seva definició són de gran importància, però alhora les seves característiques dificulten la concreció de la noció de residu. De Sadeleer apunta que aquesta dificultat d'identificació s'accentua pel fet que aquesta noció es pot entendre des dos angles completament diferents. D'una banda, en funció dels components de la substància o de les característiques que presenta. D'altra banda, els residus també poden ser objecte d'un enfocament extrínsec. En aquest cas, la substància es considera residu tenint més en compte la utilització o no que se'n fa o que se'n pot fer i no pas el seu origen, la composició o les característiques físiques i químiques. Aquesta doble aproximació, inherent a la definició de residu (substancial i funcional) presenta dues dimensions que avui dia no són susceptibles de conciliació.³¹ Entorn d'aquesta problemàtica gira la discussió més rellevant respecte a la concreció del concepte de residu. La divergència sorgeix, sobretot, des de la perspectiva econòmica.

La directiva parla de «residus». En termes generals, *residu* seria allò que resta d'un tot després de sostreure'n una part o més, però en termes econòmics serien aquells materials que no es poden avaluar econòmicament ni reciclar, ja que llavors estariem parlant encara de productes, perquè tindrien un valor en el mercat. Aleshores, la discussió gira entorn de la qualificació de producte o de residu als materials que el dret comunitari europeu considera residus però que tenen rendiment econòmic. El fet de designar-los d'una manera o una altra pot portar problemes a l'hora d'aplicar la normativa existent. Per exemple, alguns països, com Alemanya, van fer distincions en la legislació nacional i declaraven que els ítems recuperables no eren residus sinó primeres matèries secundàries. El Tribunal de Justícia es va pronunciar, nou anys més tard, dient que aquesta previsió era incompatible amb la llei comunitària.³² El Tribunal va considerar

30. Nicolas de Sadeleer diu: «L'objet qui apparaît « inutilisable » à un moment donné, dans un endroit déterminé et pour une personne ne l'est pas forcément à un autre endroit, en un autre moment ou pour une autre personne», *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 234.

31. De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel·les, 1995, p. 235 i seg.

32. Cas C-422/92, Comissió contra Alemanya (1995), E.C.R. I-1097. Com diu Nicolas de Sadeleer, el Tribunal de Justícia ha confirmat que les substàncies susceptibles de reutilització econòmica

expressament que la nova definició de residu d'acord amb la redacció de la Directiva 91/156/CE no havia canviat la situació prèvia.

La protecció reforçada del medi ambient que la Directiva propugna condueix també, de manera innegable, a una interpretació àmplia del concepte de residu.³³ Així doncs, cal trobar la línia divisòria entre uns i altres. Aquesta tasca s'assigna al Tribunal de Justícia, que examina cas per cas per determinar de quin supòsit es tracta. Tanmateix, l'OCDE va publicar el 1998 una guia per facilitar la distinció entre productes i residus. Cal insistir que el concepte de residu de l'OCDE és diferent del que la Comunitat europea estableix, ja que l'OCDE considera la destinació del material com a factor decisiu en la classificació d'aquest. Per tant, la confusió continua existint i s'ha d'examinar cas per cas per considerar si estem davant d'un residu o d'un producte.³⁴ No obstant la complexitat de delimitar el concepte de residu, val a dir que, per exemple, així com els termes de la Directiva 75/442/CEE podien permetre una interpretació del concepte de residu excloent de les substàncies directament reutilitzables, la definició de la nova redacció de la Directiva 91/156/CE no sembla que autoritzi més aquesta lectura,³⁵ sobretot per la concreció de l'àmbit subjectiu que suposa.

Un altre punt de discussió en l'àmbit de la Directiva de residus és l'article 4, que estableix el mandat que les operacions de tractament de residus no han de perjudicar el medi ambient.³⁶ Segons el Tribunal de Justícia, aquesta previsió té una naturalesa política i, per tant, s'ha de materialitzar en el context de

també poden ser qualificades de residus. També ha considerat que un reglament nacional no pot adoptar una definició de la noció de residu excloent-ne els objectes i les substàncies susceptibles de reutilització econòmica, a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel-les, 1995, p. 241 i seg. Per al cas concret d'Alemanya, vegeu De Sadeleer, Nicolas, idem, p. 259.

33. De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel-les, 1995, p. 244.

34. Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 326 i seg.

35. De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel-les, 1995, p. 251.

36. «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que los residuos se gestionarán sin poner en peligro la salud del hombre y sin perjudicar al medio ambiente y, en particular:*

- *sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora;*
- *sin provocar incomodidades por el ruido o los olores;*
- *sin atentar contra los lugares y los paisajes.»*

les altres previsions de la Directiva. No obstant això, autors com Krämer opinen que l'article 4 és directament aplicable.³⁷

Una altra discussió s'enceta amb la interpretació que el Tribunal de Justícia ha fet recentment en considerar que el sòl contaminat, en un supòsit concret, també s'ha de considerar un residu.

II. L'ampliació del concepte de residu amb la Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea

En data 7 de setembre de 2004, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va dictar la sentència coneguda com a «Van de Walle». L'objecte de la sentència fou bàsicament determinar els conceptes de residu i de posseïdor del residu. La importància de la resolució és que per primer cop el Tribunal es manifesta sobre aquesta matèria de la manera següent: amplia el concepte de residu a la terra contaminada accidentalment per hidrocarburs. Segons aquesta sentència, la terra contaminada sense haver estat excavada prèviament s'ha de considerar també un residu. És a dir, la interpretació que la sentència fa del concepte de residu sembla que inclou no només els béns mobles en la definició, sinó també els béns immobles, com ho és el sòl, concretament la terra contaminada per hidrocarburs de manera accidental no excavada, per tal com l'hidrocarbur abocat no es pot separar de la terra.

La consulta a la *Court d'Appel* de Brussel·les arriba a través de Bèlgica, que demana la petició de decisió prejudicial amb referència a la interpretació de l'article 1, lletres *a*, *b* i *c* de la Directiva 75/442/CEE del Consell, de 15 de juliol de 1975, relativa als residus (DO L 194, p. 39; EE 15/01, p. 129), en la seva versió modificada per la Directiva 91/156/CEE del Consell, de 18 de març de 1991 (DO L 78, p. 32), en el marc de les actuacions seguides contra els senyors Van de Walle, Laurent i Mersch, responsables de Texaco Belgium, SA («Texaco»), i contra la pròpia Texaco («van de Walle i altres»), per un delictes d'abandonament de residus.

Com a conseqüència d'una fuga accidental d'hidrocarburs procedents d'una estació de serveis d'aquesta empresa, es contamina el subsòl. Durant el trans-

37. Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 328.

curs del procés penal, se suscita el dubte de l'abast del concepte de residu. Es pot considerar la terra contaminada un residu?³⁸

Amb relació al concepte de residu, el Tribunal conclou que els hidrocarburs vessats de manera no dolosa i que causen la contaminació de la terra i les aigües subterrànies són residus en el sentit de l'article 1, lletra *a*, de la Directiva 75/442/CEE, com també la terra contaminada per hidrocarburs, fins i tot en el supòsit que aquesta terra no hagi estat excavada.³⁹

Els fonaments d'aquesta resolució són bàsicament tres. En primer lloc, el Tribunal considera que la definició de residu que la Directiva estableix és una definició oberta i que la qualificació del residu depèn sobretot del comportament del posseïdor.⁴⁰ Per tant, el fet que el catàleg sobre residus, annexat a la Directiva actual, classifiqui al punt Q4 les *«materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado a causa del incidente en cuestión»* és tan sols un indicatiu i no permet per si mateix qualificar com a residus, en aquest cas concret, els hidrocarburs abocats accidentalment que van originar la contaminació de la terra i de les aigües subterrànies.⁴¹ És a dir, és necessari també interpretar l'acció que es demana al posseïdor del residu, «desprendre-se'n», per poder qualificar la cosa com a residu. La sentència considera que la interpretació de l'acció de «desprendre's» no ha de ser restrictiva, i ho fa tenint en compte els dos fonaments que resten. Segons el Tribunal, la interpretació que se'n faci ha de tenir en compte, d'una banda, la finalitat de la Directiva, la protecció de la salut de l'home i del medi ambient,⁴² i, de l'altra, l'article 174, apartat 2, de la Comunitat Europea, on s'estableix que la política comunitària en matèria de medi ambient ha de contribuir a assolir un nivell de protecció elevat i s'ha de basar, entre d'altres, en el principi de cautela i d'acció preventiva.

38. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, apartat 21: *«El órgano jurisdiccional nacional se pregunta si el subsuelo contaminado a consecuencia de un vertido accidental de hidrocarburos puede considerarse residuo e indica sus dudas respecto la posibilidad de considerarlo residuo en la medida en que dicha tierra no ha sido excavada ni tratada.»*

39. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia, apartat 61.

40. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia, apartat 42.

41. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia, apartat 43.

42. Considerant III de la Directiva marc 75/442/CEE, de 15 de juliol.

Conjuntament amb la interpretació de diversos articles de la Directiva,⁴³ la sentència presenta el fil argumental següent, del qual ens interessa destacar els aspectes que s'indiquen a continuació:

1. *Responsabilitat malgrat la involuntarietat.* La involuntarietat no pot eximir els hidrocarburs de la consideració de residu per atribuir-ne la responsabilitat.⁴⁴ El posseïdor d'*hidrocarburs que es vessen accidentalment* i contaminen la terra i les aigües subterrànies «es desprèn» d'aquestes substàncies, les quals, per consegüent, s'han de considerar un residu.⁴⁵ Així mateix, aquests residus es consideren perillosos.⁴⁶

2. *Necessitat de tractar el sòl contaminat com a residu per poder-lo recuperar.* La mateixa qualificació de residu, en el sentit de la Directiva, s'imposa respecte del sòl contaminat a causa de l'abocament accidental d'hidrocarburs. En efecte, en aquest cas, no són separables de la terra que han contaminat i *tan sols es poden valoritzar o eliminar si la terra esmentada també és objecte de les reparacions necessàries de descontaminació.* Per garantir aquesta recuperació, s'opta per considerar-lo un residu. Segons el Tribunal, aquesta és *l'única interpretació que garanteix el compliment dels objectius de protecció del medi ambient i de la prohibició de l'abandonament que la Directiva pretén.* En conseqüència, la sentència opina que la interpretació és conforme amb l'objectiu de la Directiva.⁴⁷

3. *Obligacions del posseïdor.* D'altra banda, la qualificació de residu de la terra contaminada pels hidrocarburs depèn de *l'obligació* que tenen les persones

43. El Tribunal té en compte també els articles i conceptes següents per interpretar el terme *desprendre's* en el cas concret que la sentència tracta. El concepte de residu de producció és considerat com a càrrega de la qual el posseïdor s'ha de desprendre; l'article 4 de la Directiva estableix: «Els estats membres han d'adoptar mesures necessàries per a garantir que els residus es valoritzin o s'eliminin sense posar en perill la salut de l'home, sense crear riscos per a l'aigua, l'aire o el sòl, ni per a la fauna i la flora, i per a prohibir l'abandonament, el vessament i l'eliminació incontrolada de residus»; l'article 8 de la Directiva: «Els estats membres han d'adoptar les disposicions necessàries per què tot posseïdor de residus els remeti a un recol·lector encarregat de la seva valorització o de la seva eliminació o s'ocupi ell mateix d'aquestes operacions»; l'article 15 designa l'operador que ha de carregar amb el cost de l'eliminació de residus, de conformitat amb el principi de «qui contamina paga».

44. Per tant, els vessaments accidentals no estan exclosos de la consideració de residu per aquest fet.

45. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia, apartat 50.

46. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia, apartat 51.

47. Sentència, de 7 de setembre de 2004, del Tribunal de Justícia, apartat 52.

que van generar l'abocament accidental d'aquestes substàncies *de desprendre-se'n*. No pot resultar de l'aplicació de les normes nacionals relatives als requisits d'utilització, de protecció o de descontaminació dels terrenys en què l'abocament es va produir.⁴⁸

4. *La irrellevància de la condició de bé immoble*. La terra contaminada és un residu pel mer fet de la seva contaminació accidental amb hidrocarburs [...]; el fet que aquesta terra no sigui excavada no influeix en la seva qualificació de residu.

La sentència esmentada ha suscitat moltes crítiques per part de la doctrina, sobretot de la doctrina alemanya, ja que el dret nacional a l'hora de definir el concepte de residu no s'ha limitat a copiar el text de la Directiva marc, que estableix un terme més genèric, sinó que, anant més enllà, ha reduït aquest concepte als béns mobles, *bewegliche Sache*,⁴⁹ mentre que el sanejament del sòl contaminat, bé immoble per excel·lència, es troba regulat, des de març de l'any 1999, a la *Bundes-Bodenschutzgesetz*, llei federal de protecció del sòl.⁵⁰

Tradicionalment, i fins avui, la jurisprudència alemanya també s'ha manifestat en aquest sentit, entenent que el sòl tan sols pot considerar-se residu *strictu sensu* i regular-se per la llei de residus, si prèviament s'ha excavat i, per tant, s'ha convertit en bé moble.⁵¹

La preocupació principal és si, a partir d'aquesta sentència, la llei federal de protecció del sòl i les altres lleis aplicables als béns immobles en aquest aspecte seran inaplicables o bé s'hauran d'adequar. Per aquesta raó, la sentència ha caigut com una galleda d'aigua freda i ha suscitat molts articles dels quals ens fa-

48. Ídem.

49. Altres països europeus, com Àustria, també es troben en la mateixa situació. D'altra banda, tot i la sentència, sembla que Bèlgica gaudeix també, des de principi de l'any 2004, d'un règim de protecció del sòl o *Bodeschutzregime*, Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, «Das "Van de Walle" –Urteil des EuGH-Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht», *NVwZ* 3/2005, p. 263, vegeu també Bergkamp, *Env. Liability*, 2004, p. 176.

50. També són aplicables altres lleis com la Llei de contaminació atmosfèrica, *BimSchG*, o la llei d'aigües, entre d'altres.

51. BVerwG, NJW, 1992, 123; VGH Mannheim, UPR 1992, 351 i seg.; BVerwG, NVwZ, 1988, 1126; OVG Weimar, NVwZ-RR, 1995, 253/257; OVG Lüneburg, NuR, 1990, 180; VGH Mannheim, NVwZ, 1990, 781 i seg.; BVerwG, NVwZ, 1999, 421 i seg., entre d'altres.

rem ressò. Com veurem, tots els comentaris sobre la matèria coincideixen unànimement que amb aquesta sentència el concepte de residu s'ha ampliat amb fonaments no convincents i sense haver pensat en les conseqüències que aquesta interpretació pot tenir.⁵²

III. El dret alemany i els problemes jurídics que aquesta nova interpretació planteja

1. El concepte de residu en el dret alemany

La Directiva 75/442/CEE de residus va prendre com a referent per a la seva elaboració la llei de residus d'Alemanya. Es tracta de la Llei d'eliminació de residus de 1972, la primera norma nacional que tractava aquesta problemàtica a Europa. Així doncs, la llei alemanya de residus existia abans que es promulgés la Directiva i va servir de model per a la seva elaboració.⁵³ La definició de residu que es plasma en aquesta llei nacional també diferencia els aspectes objectiu i subjectiu del concepte de residu, però va més enllà. D'una banda, tracta la intenció del posseïdor de desprendre's del residu (concepte subjectiu) i, de l'altra, estableix que aquest despreniment s'ha de fer per atendre l'interès general, especialment la protecció del medi ambient (concepte objectiu). El tret característic i diferencial és que ambdós conceptes, tant el subjectiu com l'objectiu, es refereixen a béns mobles, *bewegliche Sache*. Per tant, en el dret alemany, el dret nacional vi-

52. Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, «Das "Van de Walle" –Urteil des EuGH-Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht», NVwZ 3/2005, p. 257; Dieckmann, AbfallR, 2004, p. 280-282; Ludger-Anselm Versteyl qualifica com a grotescos els efectes de la sentència i considera que s'han d'evitar a «Altlast = Abfall – vom Ende des "beweglichen" Abfallbegriffs?», NVwZ, 2004, p. 1297 i seg.; Jochum, Heike, «Neues zum europäischen Bodenschutz und Abfallrecht», NVwZ, 2005, p. 140 i seg.; Bergkamp, *Env. Liability*, 2004, p. 171 i seg.; Wrede, Sabine, «Kontaminierter Boden als Abfall», NuR, 2005, p. 28 i seg.; Riese, Christoph; Karsten, Nora, «Ist unausgeöffneter kontaminierter Boden Abfall?», ZUR 2/2005, p. 75-79; Leitzke, Klaus; Schmitt, Thomas, «Das Ende des Bundes-Bodenschutzgesetzes?», UPR 2/2005, p. 16-19; Bickel, Christian, «Die schädliche Bodenveränderungen als Abfall», pendent de publicació a DÖV.

53. Kerstin, Andreas, «Die Vorgabens des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», DVBl, 1992, p. 343: «... daß deutsche Abfallbeseitigungsgesetz von 1972 in Europa die erste umfassende nationale Regelung darstellte und daher als "Muster" für die europäischen Abfallrichtlinie dienste». La llei d'eliminació de residus alemanya de 1972 va representar la primera norma nacional europea i per això va servir com a model per a la directiva europea de residus. L'autor afegeix que, entre la Directiva i la Llei nacional, no hi ha cap diferència considerable («keine erhebliche Unterschied»).

gent ha optat, i ja ho havia fet des de l'any 1972, per restringir el concepte de residu als béns mobles.⁵⁴

Avui dia, l'originària Llei de residus alemanya, *AbfG*, de 1972 ja no existeix i, després d'algunes modificacions,⁵⁵ la normativa vigent relativa als residus és la *KrW-AbfG*,⁵⁶ que inclou la llei de residus i la llei del reciclatge,⁵⁷ i també el reglament que la desenvolupa i, finalment, la llei anomenada *Abfallverbringungs-gesetz*.⁵⁸

Concretament, a l'article 3 de la llei vigent, *KrW-AbfG*, destinat a la definició dels termes que s'empren en la llei, trobem la definició del concepte de residu, el qual continua restringit als béns mobles.⁵⁹ La resta de la definició reproduïx la definició de la Directiva vigent actualment, ja que es refereix al catàleg de residus que estableix l'annex I, i està condicionada que el posseïdor se'n despregui, tingui la voluntat de desprendre's o en tingui l'obligació.

Mentre la Directiva, tant en la versió originària com en la vigent actualment, identifica els residus com a «substàncies o objectes», sense cap altra restricció, independentment de si són béns mobles o immobles, la llei alemanya estableix expressament, de bon principi, que quan es parla de residus es fa referència a objectes mobles.⁶⁰ Quin abast té la Directiva en el dret alemany?

54. *Abfälle waren "bewegliche Sache deren sich der Besitzer entledigen will" (subjektive Abfallbegriff) oder "deren geordnete Entsorgung zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit, insbesondere des Schutzes der Umwelt, geboten ist" (objektiver Abfallbegriff) § 1 Abs. 1, Satz 1, AbfG.*

55. *Gesetz über Vermeidung und Entsorgung von Abfällen vom 27.08.1986, BGBl I S. 1501.*

56. *Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen vom 27.09.1994, BGBl I S. 2705.*

57. Per saber sobre l'evolució d'aquesta llei, vegeu Kunig; Paetow; Versteyl, *KrW-/AbfG Kommentar*, C. H. Beck, Munic, 2003.

58. *Gesetz über die Überwachung und Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen vom 30.09.1994, BGBl I S. 2771.*

59. *KrW-AbfG, § 3: «Abfälle in Sinne dieses Gesetzes sind alle beweglichen Sachen, die unter die Anhang I angeführten Gruppen fallen und deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Abfälle zur Verwertung sind Abfälle, die verwertet werden; Abfälle, die nicht verwertet werden, sind Abfälle zur Beseitigung.»* Residus, en el sentit d'aquesta llei, són tots els béns mobles que s'inclouen als diferents grups de l'annex, el posseïdor dels quals se'n desprèn, se'n vol desprendre o se n'ha de desprendre. Els residus per valoritzar són residus que seran valoritzats. Els residus que no siguin valoritzats són residus per eliminar.

60. Vegeu, per exemple, Frenz, Walter, «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR 6/2002, p. 201-205, on constata aquesta diferenciació: «§ 3 Abs.

2. L'abast de la Directiva europea de residus en el dret alemany

Com ja hem deixat clar, d'una banda, la llei alemanya de residus des del principi cenyeix la consideració de residu als béns mobles i, per tant, l'aplicació de la normativa relativa a la gestió de residus comprèn només els béns mobles. En canvi, la Directiva de residus no fa aquesta distinció o, més ben dit, no delimita el concepte de residu d'aquesta manera, sinó que parla de qualsevol substància o objecte, fet que ha comportat la divergència interpretativa per part dels diversos estats membres i discussions doctrinals sobre la matèria.

La doctrina i la jurisprudència alemanya majoritària entenen que, tot i que la Directiva europea no limita de manera expressa el concepte de residu als béns mobles, les normes que conté només tenen sentit complet si es refereixen a béns mobles.⁶¹ D'aquesta manera, per al dret alemany el concepte de residu que la Directiva inclou només es refereix als béns mobles.⁶² Tanmateix, el sòl contaminat es podria tractar com a residu en algun cas?

1 Kr.W-/AbfG beschränkt Abfälle auf bewegliche Sachen und schließt damit die Einbeziehung der Stoffe aus, die bereits fest mit dem Boden verbunden sind.»

61. Frenz, Walter, «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR 6/2002, p. 201. «Darin ist von “Stoffen und Gegenstände” die Rede, was den Schluss zulassen könnte, dass damit auch unweibegliche Sachen – etwa Boden oder mit diesem fest verbundene Gegenstände – gemeint sein könnten. Dagegen spricht jedoch, dass sich die in der EG-Abfallrahmenrichtlinie enthaltenen Regelungen nur sinnvoll auf bewegliche Sachen beziehen lassen. Im Hinblick auf kontaminierte Böden lässt sich zudem die Anhang I zur Rahmenrichtlinie enthaltene Abfallgruppe Q 15 anführen, in der von “kontaminierte Stoffen oder Produkten, welche bei der Sanierung von Böden anfallen”, die Rede ist. Wenn bereits der noch nicht ausgekofferte Boden als Abfall i. S.d. EG-Abfallrahmenrichtlinie anzusehen wäre, ginge diese Regelung ins Leere. Daher geht offenbar auch Art. 1. lit. a) EG- Abfallrahmenrichtlinie davon aus, dass es sich zunächst mit dem Boden verbundenen Stoffen erst dann um Abfall handelt, wenn diese beweglich geworden sind.» Aquesta és la posició predominant. Altres autors que hi donen suport són: Kunig; Paetow; Versteyl, *KrW-/AbfG*, 1998, § 3, Rn. 11. Riese, Christoph; Karsten, Nora, *ZUR* 2/2005, p. 75-79. Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, *NVwZ* 3/2005, p. 258. Epiney, Astrid, *Umweltrecht in der Europäischen Union...*, op. cit., p. 348. També Breuer, Dieckmann, Locher, Fluck o Konzack. Cal tenir present també que aquesta incertesa sobre l'abast del concepte de residu existeix des del principi, com també les diverses posicions dels autors.

62. «Erstes Tatbestandsmerkmal ist, dass sich der Besitzer eines Stoffes oder Gegenstandes entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Weiter muss die bewegliche Sache unter die Anhang I aufgeführten Gruppen fallen. Die zum Teil sehr weit gefassten Kategorien werden konkretisiert durch das Europäische Abfallverzeichnis (EAV).» Dietrich; Au; Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften. Institutionen, Entwicklung und Ziele*, Erich Schmidt, Berlín, 2003. El primer que cal destacar és que el posseïdor d'un objecte o substància se'n desprendre, se'n vulgui desprendre o se'n hagi de desprendre. A continuació el bé moble ha d'estar inclòs en un dels grups de l'annex I. En el mateix sentit, Wrede, a *NuR*, 1/ 2005, p. 28, i Kloepfer a *Umweltrecht*, C. H. Beck, Munic, 2004, p. 1740.

Segons una de les primeres interpretacions de la doctrina alemanya i d'acord amb el dret alemany, en el cas concret de la terra contaminada (*kontaminiertes Erdreich*) es podria parlar de residu després d'haver-se convertit en un bé moble, és a dir, després de l'excavació (*Auskofferung*) d'aquesta terra contaminada, però no abans.⁶³ És a dir, seguint amb la interpretació anterior, en la qual la llei de residus és tan sols aplicable als residus que siguin, en tot cas, béns mobles, només es pot considerar residu la terra contaminada quan la convertim en un bé moble. És a dir, quan l'excavem del lloc on es troba, del solar, del terreny del qual forma part i la convertim en una porció. En aquest supòsit, en la mesura que estem davant d'un bé moble, es podrà considerar pròpiament un residu.

No obstant aquesta interpretació, durant els primers anys de vigència de la Directiva de residus existien postures que defensaven que, segons l'article 1, lletra a, de la Directiva 75/442/CEE, la terra contaminada ja es podria considerar un residu sense estar prèviament excavada.⁶⁴ Tot i això, aquesta última interpretació no és l'opinió majoritària. La majoria de la doctrina es decanta per considerar que és necessari excavar prèviament la terra contaminada i «convertir-la» en bé moble per poder ser «considerada» i «tractada» com a residu.

La qüestió següent que se'ns planteja és a quina regulació estan sotmesos els sòls contaminats si no són considerats residus i, per tant, no es poden tractar pel règim que s'estableix per als residus.

Ja des de principi dels anys setanta, la preocupació per la protecció del sòl ha estat present en el dret i en la política alemanya, tant federal com regional. Alemanya atorgava al sòl una posició rellevant respecte de l'aire i l'aigua.⁶⁵ L'any 1999

63. És l'anomenat «*Spatenprinzip*» o «*Spaten Theorie*», principi o teoria de la pala, pel qual quan la terra està excavada s'aplica el dret de residus i quan no ho està s'aplica la llei federal de protecció del sòl. Autors com Versteyl en parlen a NVwZ 11/2004, p. 1298, i Jochum a NVwZ 2/2005, p. 140.

64. Kerstin, Andreas, «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», p. 348. També, BVerwG, sentència de 22 de novembre de 1985.

65. L'any 1971 el programa ambiental (*Umweltprogramm*) del Govern federal alemany va establir la protecció del sòl (*Schutz des Bodens*) com una finalitat de la política ambiental nacional. Posteriorment, el 28 de febrer de 1983, es van realitzar treballs preliminars, especialment la declaració comuna dels ministeris competents en matèria de sòl, els quals van desembocar en la concepció de la protecció del sòl (*Bodenschutzkonzeption*) del Govern federal de 7 de març de 1985, com també en les directrius i mesures per a la protecció del sòl (*Leitlinien und Maßnahmen zum Bodenschutz*) de 12 de gener de 1988. Com a principis d'acció centrals, se citen, en primer lloc, la minimització de les substàncies problemàtiques introduïdes, tant qualitativament com quantitativament, provi-

va entrar en vigor la *Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG)*, llei federal de protecció del sòl. Això no vol dir que anteriorment no existís cap regulació sobre la matèria, sinó que fins al 1999 les diferents regions o *Länder* hi podien regular en el seu territori. El que mancava era una llei federal que fixés directrius per a tots ells. Les normes que hi havia als diferents *Länder* se centraven sobretot en la recuperació dels sòls històricament contaminats, coneguts a Alemanya com *Altlasten*.

D'aquesta manera, el sistema jurídic alemany preveu la regulació del sòl com a element ambiental de manera autònoma. Protegeix el sòl si bé les funcions que exerceix són diverses i diferents i, fins i tot, contradictòries en alguns casos. Per assolir aquest objectiu, estableix tot un seguit de mesures precautòries, per evitar els riscos que hi pugui haver i mesures preventives per tal d'evitar un perill. Fins i tot quan un sòl ja ha esdevingut contaminat, es considera que les mesures que s'apliquen són preventives, perquè el que s'està evitant és l'extensió de la contaminació cap a altres zones. Entre elles trobem mesures destinades a sanejar els sòls que han esdevingut contaminats, tant recentment com històricament. Es tracta de mesures que pretenen pal·liar el perjudici i sobretot evitar nous danys als sòls. La llei federal de protecció del sòl estableix diferents règims jurídics de protecció del sòl tenint en compte les circumstàncies d'aquest.⁶⁶ Per exemple, els sòls històricament contaminats reben un tractament diferent dels sòls que s'han contaminat contemporàniament.

Així doncs, si a Alemanya es produís un vessament accidental que provoqués una contaminació del sòl, fins ara la llei aplicable era la que protegeix el sòl de manera expressa i autònoma.

El plantejament del dret nacional alemany és diferent al que s'estableix en l'àmbit europeu. Fa una separació entre béns mobles i béns immobles, sobretot pensant en les peculiaritats i característiques dels béns immobles, els sòls. Aquest plantejament contradiu el dret europeu? La resposta és no,⁶⁷ ja que el le-

ments de la indústria, les activitats professionals, la circulació, l'agricultura i l'economia domèstica, i, en segon lloc, un «canvi d'orientació» en l'ús del sòl. Landel; Vogg; Wüterich, *Bundesbodenschutzgesetz Kohlhammer Kommentare*, Stuttgart, 2000, p. 100.

66. Un sòl agrícola té unes exigències diferents de les d'un sòl industrial.

67. Així ho afirma, entre d'altres, Walter Frenz a «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR 6/2002, p. 201: «Diese Beschränkung auf beweisliche Sachen ist zwar in dieser Form nicht in Art. 1 lit. a) EG-Abfallrahmenrichtlinie enthalten. Sie widerspricht aber trotzdem nicht dem europäischen Abfallbegriff.» Malgrat tot, no contradiu el concepte europeu de residu.

gislador estatal no està obligat necessàriament a una identitat conceptual amb la Directiva de residus; tan sols s'exigeix un resultat material de la transposició. No obstant això, a la majoria d'estats membres predomina la transposició «directa» de la Directiva.⁶⁸ Tanmateix, és nombrosa i majoritària la jurisprudència que considera que quan una terra està excavada s'ha de regir pel dret de residus, ja que es considera bé moble, mentre que si aquella terra no ha estat excavada prèviament la llei aplicable és la llei federal de protecció del sòl o *Bundes-Bodenschutzgesetz*.⁶⁹

3. Problemes jurídics que la nova interpretació del concepte de residu planteja i posicionament doctrinal

La interpretació que el sòl contaminat ha de ser considerat un residu i, per tant, s'hi ha d'aplicar les mateixes normes que a aquests, pot tenir com a conseqüència greu la inaplicació dels règims jurídics especials previstos expressament per als sòls contaminats, és a dir, totes aquelles normes que els estats membres han desenvolupat per afrontar el problema dels sòls contaminats (per exemple, en el cas d'Alemanya, la llei federal de protecció del sòl). Aplicant el raonament de la sentència esmentada, aquells sòls que s'han contaminat a causa d'un abocament accidental d'hidrocarburs no haurien de regir-se pel dret previst expressament de recuperació o sanejament de sòls contaminats, sinó per la llei general de residus.

El sòl presenta unes característiques molt complexes i aconpleix unes funcions essencials per a la vida. Cal prestar una atenció especial a aquest bé jurídic. Això es manifesta clarament en el dret alemany, on existeix una llei l'objectiu de la qual és la protecció del sòl. Les peculiaritats del sòl fan que, quan un sòl es

68. Kunig, a Kunig; Paetow; Versteyl, *KrW-/AbfG, Kommentar*, C. H. Beck, Munic, 2003, p. 170-171, ve a dir el següent: a la discussió estatal sobre la suficiència europea del concepte de residu alemany no es té suficientment en compte que el legislador nacional, davant de la Directiva corresponent, ha d'assolir un resultat material de la transposició i no necessàriament una identitat conceptual. No obstant això, últimament predomina l'opinió de reproduir dins l'Estat la concepció europea, en la mesura que sigui possible. En aquest sentit, vegeu també Birn, *NVwZ*, 1992, p. 419 i 420.

69. Wrede, Sabine, *NuR*, 1/2005, p. 30; *BVerwG, NJW*, 1992, p. 123; *VGH Mannheim, UPR*, 1992, p. 251 i seg.; *BVerwG, NVwZ*, 1988, p. 1126; *OVG Weimar, NVwZ-RR*, 1995, p. 253-257; *OVG Lüneburg, NuR*, 1990, p. 180; *VGH Mannheim, NVwZ* 1990, p. 781 i seg.; *BVerwG, NVwZ*, 1999, p. 421 i seg.

malmet perquè s'hi han produït abocaments de components químics o altres que n'alteren tant les característiques com les funcions que exerceix, de manera que suposen un risc per a la salut de les persones o per al medi ambient, sigui necessari aplicar mesures adients per evitar els danys que aquesta contaminació està causant i pot causar. Els costos econòmics que comporta dur a terme aquestes mesures de descontaminació són molt elevats i, fins i tot, no rendibles. Aquest serà un gran problema afegit.

La consideració de la terra contaminada, en el cas de la sentència, com a residu comportaria aplicar al tractament del sòl els deures jurídics que la Directiva sobre residus disposa, sense tenir en compte les especificitats del sòl com a bé jurídic. És a dir, si ens plantegen l'aplicació pràctica de la sentència en el futur, ens trobem amb el següent: la terra que hagi resultat contaminada accidentalment per un abocament d'hidrocarburs es qualificarà com a residu i, per tant, es regirà per les normes que conté la llei general de residus. Aquesta llei estableix diferents deures i obligacions respecte dels residus. En aquest cas, sembla que caldria fer-los extensibles als béns immobles contaminats. El fet d'incloure els béns immobles dins el concepte de residu comportaria que es pogués exigir a la terra contaminada l'aplicació de les mateixes normes que són aplicades al residu, entès com a bé moble. Si fos així, les normes que estableixen de manera exclusiva el règim jurídic dels sòls es deixarien sense efecte o, si més no, s'haurien d'adaptar.

A Alemanya –i, de forma extensible, als altres països que distingeixen d'alguna manera el règim de gestió de béns mobles i béns immobles contaminats–, aquest nou plantejament pot comportar, en última instància, la inaplicació de la llei federal de protecció del sòl, *BBodSchG*. Alemanya té aquesta regulació específica del sòl com a bé jurídic, que inclou la regulació del règim jurídic dels sòls contaminats i estableix un règim de gestió propi diferent de la gestió general de residus, adaptat a les característiques específiques del bé contaminat.

La primera pregunta que es planteja amb relació a aquesta nova interpretació és si això comporta la inaplicació d'aquesta llei, i de totes les similars, o bé cal una adaptació de la llei federal de protecció del sòl a la nova interpretació del concepte de residu. La solució que defensen diversos autors no és ni cap d'aquestes, sinó la següent, que es basa en els fonaments que exposem a continuació:

La no-contradició de la normativa existent amb el dret comunitari. L'opció de la República Federal d'Alemanya de transposar la Directiva sobre residus di-

ferenciant entre els béns mobles i els béns immobles, cenyir l'àmbit pròpiament dit de la Directiva als béns mobles i crear una altra llei que protegeix el bé jurídic sòl, on es regula de manera específica el règim jurídic dels sòls contaminats amb uns instruments jurídics i unes mesures pensades especialment per a aquests tipus de béns, per tal d'assolir millor la finalitat de millorar el medi ambient mitjançant la gestió de residus, no contradiu de cap manera el dret comunitari, ja que es fonamenta en la discrecionalitat dels estats en l'elecció dels instruments jurídics adequats per a la transposició de la Directiva.⁷⁰ Aquesta separació entre béns mobles i béns immobles contribueix, de manera notable, a assolir la finalitat de millorar el medi ambient; els règims específics de sanejament de sòls contaminats, com el que estableix la llei federal de protecció del sòl, assoleixen amb escreix la materialitat de la Directiva marc de residus. Els estats, a l'hora de transposar la Directiva, tenen la discrecionalitat d'utilitzar aquells instruments que considerin necessaris per poder assolir, en aquest cas, la protecció de la salut humana i del medi ambient, d'una manera elevada, precautòria i preventiva, és a dir, evitar els riscos i els perills que puguin existir per a aquells.⁷¹ Alemanya va optar per una regulació autònoma del bé sòl amb la finalitat de protegir-lo dels perills envers la salut i el medi ambient, fet que supera amb escreix la finalitat de la Directiva.⁷²

Compliment amb escreix de la finalitat de la Directiva. Concretament, la llei federal de protecció del sòl, *BBodSchG*, compleix amb la finalitat de la Directiva, que és l'exigència a la qual està sotmesa. Alguns autors alemanys s'han dedicat a fer aquest estudi i conclouen que la *BBodSchG* compleix, amb escreix, els deures i les obligacions que la Directiva de residus estableix i, en conseqüència, compleix amb la finalitat d'aquesta.⁷³ A tall d'exemple, en l'àmbit de la responsabilitat, la llei, que podem anomenar «específica», supera amb escreix la finalitat de la Directiva, ja que estableix un règim de responsabilitat molt acurat que preveu un ventall molt ampli de possibles responsables, molt més ampli que el

70. «*Allerdings müssen die Vorgaben der AbfRRL auch nicht durch das mitgliedstaatliche Abfallrecht umgesetzt werden. Es geht vielmehr im Ermessen des Mitgliedstaates, welches gesetzliche Instrumentarium er für die Umsetzung einer Richtlinie auswählt (Art. 249 III EG).*» Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, *NVwZ*, 2005, p. 260, entre d'altres.

71. Lietzke, Klaus; Schmitt, Thomas, *UPR* 1/2005, p. 17; sentències de 20 de maig de 1992 i de 15 de desembre de 1995 del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea, entre d'altres.

72. Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, *NVwZ* 3/2005, p. 263.

73. Riese analitza ambdues lleis i arriba a aquesta conclusió a *ZUR* 2/2005, p. 78-79.

que disposa la Directiva de residus. Facilita la determinació del responsable del sanejament del sòl i permet així un sanejament més efectiu del sòl contaminat.⁷⁴ Així mateix, la llei preveu un seguit d'instruments jurídics: mesures de precaució, de prevenció i de sanejament, mètodes d'investigació i anàlisi, la finalitat dels quals és evitar qualsevol perill per a la persona humana i per al medi ambient.

No obstant això, és cert que hi ha àmbits en els quals no es compleixen les obligacions generals que la Directiva de residus imposa. Per exemple, mentre que la llei de residus preveu l'obtenció d'una llicència per poder dur a terme la gestió del residu, la llei federal de protecció del sòl no ho preveu, ateses les peculiaritats del bé. Hi ha arguments que fonamenten aquesta i altres diferències respecte del règim general de residus, i són els següents: amb relació a l'obligació d'obtenció d'una llicència⁷⁵ per a la valorització del residu i de llicències preventives, ens trobem que, en l'àmbit dels sòls, que són béns immobles, aquestes llicències no existeixen, però en comptes d'això s'exigeix al responsable del sanejament del sòl, d'una banda, que faci una avaluació del risc del sòl contaminat i, de l'altra, que presenti un pla de sanejament a l'Administració pública. Aquests instruments són assimilables a les llicències, ja que cal que l'Administració pública aprovi el pla per poder dur a terme el sanejament. Un altre exemple és el següent: l'exigència de la Directiva de residus pel que fa a l'eliminació directa dels residus és inviable, en el cas de determinats sòls contaminats. Estem parlant dels anomenats *Altlasten*, antigues contaminacions o sòls històricament contaminats,⁷⁶ els quals necessiten un règim específic per assolir la finalitat de protegir el medi ambient i la salut de les persones, que comporta descontaminar-los de manera gradual, atès sobretot el gran cost econòmic que implica el sanejament d'aquests indrets.⁷⁷ El fet d'aplicar la normativa general de residus als sòls contaminats portaria a l'absurd en aquest

74. Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1299; Leitzke, Claus/Schmitt, Thomas a UPR 1/2005, p. 16;

75. Vegeu Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ, 2005, Heft 3, p. 261-262.

76. Traduït també com a «*vertederos industriales antiguos*» per Ramón Martín Mateo a *Manual de Derecho Ambiental*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003, p. 262 i 263, i com a «*dangerous waste from the past*» per K. Weber a *The Yearbook of Environmental Law*, 2004, vol. 2, p. 564.

77. Christoph Riese diu el següent sobre això: la regulació dels *Altlasten* no preveu una «eliminació» del residu, sinó d'altres mesures per acabar aconseguint-ho, si més no perquè no és realitzable. Però les mesures que es prevegin han de ser suficients per excloure el perill de les persones i del medi ambient, sense que s'eliminin totes les substàncies nocives, a ZUR 2/2005, p. 79.

àmbit, per exemple.⁷⁸ D'altra banda, la doctrina alemanya entén que la sentència tan sols té en compte el fet que el posseïdor o el propietari de la cosa estiguin obligats a desprendre-se'n per determinar si es tracta d'un residu o no.

És convenient assenyalar que alguns sectors doctrinals consideren que els sòls històricament contaminats, *Altlasten*, també estarien exclosos del concepte de residu, atès que amb relació a aquests sòls, que van estar contaminats fa 30 o 40 anys fruit de l'activitat industrial i que continuen estant-hi, segons el dret de protecció del sòl no existeix ni la voluntat ni l'obligació de desprendre-se'n. En canvi, per als *Altlasten* que «s'han de desprendre» ja s'aplica avui el dret de residus.⁷⁹

Tanmateix, aquesta sentència, malgrat la seva importància, no tracta determinats aspectes rellevants en aquesta matèria. Destaquem, entre d'altres, els següents:

– *El sòl és un recurs i, per tant, no pot ser un residu.* Un dels aspectes que s'ha de tenir en compte per mantenir l'autonomia del sòl com a objecte de protecció, per mitjà d'una llei específica que regula, entre d'altres aspectes, la gestió dels sòls contaminats, és que no es pot assimilar un recurs com és el sòl a un residu. Així doncs, s'entén que el sòl no pot ser un recurs, com ho són també l'aire i l'aigua, i, alhora, un residu. Com a recurs que és, serà potser un recurs contaminat, però no un residu.

La llei federal de protecció del sòl, *BBodSchG*, estableix com a instruments essencials per a la protecció del sòl tant mesures preventives com precautòries, per tal d'evitar les contaminacions perjudicials del sòl. També estableix mesures d'avaluació del risc, d'anàlisi i de sanejament. Aquestes mesures serveixen per protegir un bé jurídic, *Schutzgüter*, el sòl. Per tant, la podríem englobar dins aquelles lleis la finalitat de les quals és protegir un bé jurídic amenaçat, com ho

78. Segons Ludger-Anselm Versteyl, en el sentit de la sentència, un *Altlast* seria un *Abfall* amb tot el component negatiu que això comporta, i el resultat seria totalment absurd. L'autor recalca irònicament l'absurditat a què es pot arribar en molts aspectes de sòls contaminats amb la nova interpretació del concepte de residu, a NVwZ 11/2004, p. 1298 i 1299; Claus Leitzke i Thomas Schmitt també exposen les conseqüències negatives que tindria l'aplicació del règim general de residus en comptes de la llei de protecció del sòl i destaquen com a àmbits més afectats les mesures, el despreniment i el cercle de responsables, a UPR 1/2005, p. 16.

79. Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1300.

són, juntament amb el sòl, l'aire i l'aigua.⁸⁰ Ben al contrari, la llei de residus, *KrW/AbfG*, forma part d'un altre grup de lleis ambientals, les anomenades *causals*, que regulen segons els danys que es puguin causar als béns jurídics protegits, *Schädigungstatbestände*.⁸¹

El principi d'especialitat. En aplicació d'aquest principi, en els casos en què es puguin aplicar ambdues lleis, la llei federal de protecció del sòl i la llei de residus, preval la llei federal de protecció del sòl per sobre de la llei de residus, ja que l'àmbit d'aplicació de la primera és més concret i específic que el de la llei de residus, que és més general.⁸²

El principi de proporcionalitat. Aquest principi dona suport també a l'argument de preferència d'aplicació d'aquelles normes estatals que prevegin mitjans més efectius, en el nostre cas, per excloure el perill ambiental existent i assolir un alt nivell de protecció ambiental. La llei federal de protecció del sòl n'és un bon exemple, amb relació als béns immobles, concretament la terra contaminada fruit d'un abocament accidental d'hidrocarburs.⁸³ Els mitjans que aquesta llei disposa són més efectius que els de la llei general de residus respecte al tractament dels sòls contaminats.

La Directiva 2004/35/UE sobre responsabilitat per danys ambientals i els principis lex specialis derogat lex generalis i lex posterior derogat lex prior. Deixant de banda les transposicions nacionals, cal fixar-se també en la normativa i la política europees, on trobarem arguments que desvelen la inoportunitat de la sentència. Es tracta de la recent Directiva sobre responsabilitat per danys ambientals (2004/35/UE), de 30 d'abril de 2004, que preveu un règim específic de sanejament i de responsabilitat per als sòls contaminats. Els estats membres han de transposar aquesta Directiva abans del 30 d'abril de 2007. L'únic sentit que tindria la interpretació que la sentència fa ometent la referència a aquesta seria

80. Per exemple, la llei d'aigües, la llei de protecció de la natura o la llei contra la contaminació atmosfèrica. Riese, Christoph, ZUR 2/2005, p.78.

81. Riese, Christoph; Karsten, Nora, «Ist unauskoffterter kontaminiertes Boden Abfall?», ZUR 2/2002, p. 78.

82. Claus Leitzke i Thomas Schmitt diuen: «Die in diesem Sinne speziellere Norm geht grundsätzlich vor», a UPR 1/2005, p. 16-17.

83. Leitzke, Klaus; Schmitt, Thomas, UPR 1/2005, p. 18; Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 261, entre d'altres.

la voluntat d'omplir els buits legals fins a l'entrada en vigor de la Directiva, però la doctrina no ho veu així. Els autors entenen que l'ampliació del terme *residu* és innecessària ja que aquests buits legals realment no existeixen.⁸⁴ La doctrina no entén per què el Tribunal no s'ha referit en cap moment a aquesta nova Directiva, ja que preveu un sistema per evitar el perjudici de recursos ambientals mitjançant mesures precautòries i també el sanejament dels danys ambientals ja produïts. Entre ells es regulen expressament els danys ambientals provocats al sòl a l'article 2.2 c, que defineix els danys al sòl com a cada alteració del sòl que provoqui un risc considerable que perjudiqui la salut humana pel fet d'haver abocat, directament o indirectament, substàncies, preparatius, organismes o microorganismes a dins, a sobre o a sota del sòl. La Directiva està fonamentada en el principi que qui contamina paga, i preveu, entre d'altres, un règim de responsabilitat pels danys ambientals causats al sòl o que s'hi puguin causar al sòl. El número 2 de l'annex II de la Directiva comprèn la regulació pel sanejament dels sòls contaminats: eliminar, controlar, localitzar i evitar els danys ambientals als sòls per tal d'evitar que el sòl contaminat causi qualsevol risc de perjudicar la salut de les persones.⁸⁵ Es pot dir que aquesta Directiva cobreix el buit que existia fins ara d'una normativa europea que protegeixi el sòl. Així doncs, l'argument que es dóna a la sentència, en el sentit que l'ampliació del terme *residu* és l'única solució possible, ja no pot convèncer amb l'existència de la nova Directiva sobre responsabilitat per danys ambientals i, tot i que fins al 2007 els estats membres no estan obligats a transposar-la, s'hauria d'haver tingut en compte, atesa la incidència que té en la protecció del sòl. D'aquesta manera, la interpretació que es fa a la sentència té poca consistència.⁸⁶

L'aplicació dels principis *lex specialis derogat lex generalis* i *lex posterior derogat lex prior*⁸⁷ referma la postura que la Directiva sobre responsabilitat per danys ambientals preval sobre la Directiva marc de residus. L'aplicació d'aquests

84. Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1299.

85. Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263; Riese, Christoph, ZUR 2/2005, p. 77. Cal destacar que, amb relació al sòl, tan sols es parla dels perjudicis que es puguin causar a la salut de les persones, però no es parla expressament dels danys al medi ambient.

86. Jochum, Heike, NVwZ 2/2005, p. 141-142.

87. Vegeu Jochum, Heike, NVwZ 2/2005, p. 143: «Vorrang der Umwelthaftungsrichtlinie als lex posterior und Vorrang der bodenschutzrechtlichen Bestimmungen der Umwelthaftungsrichtlinie als lex specialis.» Un dels dubtes que planteja és que la Directiva se cenyeix als danys ambientals ocasionats per determinades activitats empresarials «bestimmter beruflicher Tätigkeiten», amb la qual cosa s'exclou l'àmbit privat de l'àmbit d'aplicació de la Directiva?

principis en el nostre àmbit fonamenta que la llei que regula de forma especial el sòl preval sobre la norma genèrica de residus, en la mesura que regula un residu específic dins els residus en general, la terra contaminada, i que la Directiva sobre responsabilitat per danys ambientals preval sobre la Directiva de residus, ja que és posterior i, per tant, té prevalença en l'àmbit de la regulació dels sòls contaminats.

Els treballs que s'han iniciat per a la consecució d'una directiva marc de protecció del sòl. Fins ara, en l'àmbit europeu no hi ha cap normativa referent a la protecció del sòl.⁸⁸ Tanmateix, s'han fet els primers passos per assolir una protecció del sòl més autònoma.⁸⁹ És a dir, existeix la voluntat d'obtenir una directiva marc de protecció del sòl. Des de l'any 2002 es planteja una estratègia temàtica de protecció del sòl que pretén, a llarg termini, desembocar en una directiva. Es tracta de la comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament europeu, al Comitè Econòmic i Social i al Comitè de les Regions d'Europa «Cap a una estratègia temàtica per a la protecció del sòl».⁹⁰ Aquesta estratègia temàtica prevista al VI programa d'acció ambiental constitueix l'inici d'un procés cap a una nova directiva de protecció del sòl. Fins ara s'han elaborat la comunicació esmentada i els treballs posteriors que desenvolupen els diferents àmbits.⁹¹ El procés és molt lent i de moment no es compleixen els terminis que s'havien fixat per assolir els objectius. Tot i així, el procés està encetat i s'ha de tenir en compte que existeix. El primer pas que cal assolir és l'harmonització dels mètodes i valors de mesurament per tal de determinar quan un sòl està contaminat.

88. Christoph Riese posa en relleu que «*bisher gibt es auf europäischer Ebene zwar keine spezielle Bodenschutz-Richtlinie*» (fins ara, en l'àmbit europeu no hi cap directiva especial de protecció del sòl) i que «*ist der Zahl der Rechtsvorschriften zum Bodenschutz gering*» (el número de reglaments per a la protecció del sòl és ínfim), a ZUR 2/2005, p. 77, però la Comissió ha publicat una estratègia per al sòl; Petersen, Frank, Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263; Jochum, Heike, NVwZ 2/2005, p. 141; Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1299.

89. Fins ara, els treballs que s'han dut a terme per assolir aquesta finalitat han estat la comunicació «Hacia una estrategia temática para la protección del suelo» i els treballs posteriors de desenvolupament. Per aprofundir la matèria sobre la protecció del sòl a escala europea, vegeu Heuser, Irene L., *Europäisches Bodenschutzrecht. Entwicklungslinien und Maßstäbe der Gestaltung*, Erich Schmidt, Berlín, 2005.

90. COM (2002) 179 final, Brussel·les, 16 d'abril de 2002.

91. Podeu consultar la pàgina web <<http://ec.europa.eu/environment/soil/index.htm>>, on trobareu els diferents treballs de desenvolupament que s'han dut a terme.

Ara com ara, la protecció del sòl s'exerceix integrant-la en les altres polítiques ja existents i no de manera autònoma. D'aquesta manera, veiem reflectida la protecció del sòl en altres directives.⁹² Entre totes aquestes, cal destacar, sobretot, la Directiva recent, a la qual ja hem fet referència, sobre responsabilitat ambiental, que estableix el règim de responsabilitat dels sòls contaminats, entre d'altres, quan aquests comporten un perill o un perjudici per a la salut humana.

El fet que ens trobem a meitat de camí i, per tant, que no existeixi actualment cap règim especial de protecció del sòl a Europa ha donat peu al Tribunal a dir que l'ampliació del concepte de residu era l'única solució per afrontar el problema, però ja hem vist que no és així ja que, d'una banda, existeix la Directiva sobre responsabilitat per danys ambientals i, de l'altra, s'ha iniciat el camí cap a una directiva de protecció del sòl. I, tot i que sigui un camí llarg del qual és difícil veure el final, no es pot veure truncat amb aquesta interpretació. El Tribunal l'hauria d'haver tingut en compte a l'hora de resoldre.

Així doncs, la sentència pretén fer un «pegat» al cas belga, sense tenir en compte la realitat dels altres estats membres, del dret comunitari i de Bèlgica, país que, curiosament, des de principi de l'any 2004 gaudeix d'un règim específic de protecció del sòl.⁹³

L'aplicació erga omnes de la sentència. Amb aquests arguments, els autors donen resposta a la pregunta plantejada anteriorment i consideren que, tot i la nova interpretació de la sentència, el que s'ha d'aplicar és la normativa vigent actualment, com es feia fins ara. D'aquesta manera, la llei federal de protecció del sòl alemanya ha de continuar essent vigent i, a més, no ha d'estar sotmesa a cap adequació o adaptació després de la sentència de 7 de setembre de 2004, ja que la finalitat material de la Directiva es continua complint.⁹⁴ Es defensa que

92. Per exemple, la Directiva 86/278/CEE, del Consell, de 12 de juny de 1986, sobre protecció del medi ambient, i especialment del sòl, per a l'ús de llots de depuradora en l'agricultura, i la Directiva 96/61/CE, del Consell, de 29 de setembre de 1996, relativa a la prevenció i al control integrats de la contaminació, coneguda com a IPPC.

93. «*Dort besteht jedoch mittlerweile seit dem Frühjahr 2004 ein Bodenschutzregime*», a Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263.

94. Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ, 2005, Heft 3, p. 263: «*Die materiellen Rechtsfolgen richten sich nicht nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, sondern wie auch bislang überwiegend nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz*»; Bickel, Christian, a DÖV, entre d'altres autors.

aquesta sentència s'hauria de reduir al cas concret pel qual s'ha resolt i, per tant, que no ha de tenir efecte *erga omnes*.⁹⁵

Un cop més, tot i la interpretació que la sentència fa del concepte de residu, els autors es refermen en la transposició correcta de la Directiva per part dels estats membres, concretament Alemanya, que ha optat per cenyir l'àmbit d'aplicació de la llei de residus als béns mobles i ha desenvolupat d'altres lleis, com la llei federal de protecció del sòl (*BBodSchG*), que estableix un règim jurídic específic per al sanejament de sòls contaminats.⁹⁶ No tan sols la doctrina no se'n queda al marge i interpreta el concepte de residu cenyit als béns mobles,⁹⁷ sinó també la jurisprudència alemanya es manifesta en el mateix sentit i dóna suport a aquesta interpretació en les sentències que ha resolt sobre la matèria.⁹⁸

IV. Conclusions

En conclusió, sembla que la interpretació del Tribunal segueix la lògica que hem exposat al primer apartat de l'article, que consisteix a concebre la noció de residu de manera molt àmplia, que abasta tot el possible, sempre amb vista a la protecció de la salut i del medi ambient. Aquesta interpretació, vàlida per a d'altres tipus de residu, sembla que no acaba d'encaixar en l'àmbit dels sòls contaminats, sinó que comporta un perjudici, ja que no permet l'aplicació de la legislació específica relativa als sòls contaminats i impedeix així assolir realment l'objectiu final de la Directiva, que és la protecció del medi ambient i la salut de les persones. D'altra banda, hem vist com la normativa existent aconsegueix amb escreix la finalitat de la Directiva.

95. Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1300: «Daraus ergibt sich zwanglos die theologische Reduktion dieses Urteil auf den konkreten Sachverhalt.» Altres autors que manifesten aquesta manca d'efecte directe de la sentència són Riese i Karsten a ZUR 2/2005, p. 78: «Eine unmittelbare Geltung ist daher nicht anzunehmen» i Petersen i Lorenz a NVwZ 3/2005, p. 259.

96. Cal assenyalar que en aquests casos també és possible aplicar d'altres lleis, com són la llei contra la contaminació atmosfèrica, *Bundes Immissionschutzgesetz (BImSchG)*, i la llei d'aigües, *Wasserhaushaltsgesetz (WHG)*.

97. Jochum, Heike, NVwZ 2005, p. 141; Wrede, Sabine, NuR 2005, p. 30, i Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ, 2004, Heft 4, p. 1297, entre d'altres, als quals ens hem referit anteriorment.

98. Per exemple, BGH, NJW 1992, p. 122-123; BVerwG, NVwZ, 1999, p. 421 i seg., considera que el sòl contaminat (*kontaminiertes Erdreich*) no s'ha de qualificar com a residu (*Abfall*) sinó com a canvi perjudicial del sòl (*schädliche Bodenveränderung*).

Així doncs, la sentència pot tenir uns efectes perjudicials, ja que pot fer perillar l'aplicació del règim jurídic específic que alguns estats membres de la Unió preveuen per als casos dels sòls contaminats. Alemanya és un dels més notables, ja que té una llei la finalitat de la qual és la protecció del sòl i que determina, entre d'altres, tot un règim específic i diferenciat per als casos de sòls contaminats, tant si han estat contaminats històricament com si ho són contemporàniament. Amb els arguments que s'han desenvolupat, la resposta més sensata és que la sentència només ha de ser aplicable al cas concret i no ha d'alterar els règims vigents. Ben al contrari, atesos la importància del sòl com a element ambiental i els perills als quals està sotmès, és convenient vetllar per la seva protecció de forma autònoma, preventiva i reparadora, mitjançant una regulació més exhaustiva de la seva protecció, i no propiciar que es puguin repetir resolucions d'aquest tipus. Per aquesta raó, la doctrina no es limita només a la crítica. No tan sol exposa els seus arguments en contra de la sentència que el Tribunal va dictar el 7 de setembre de 2004, sinó que aprofita per recomanar a Europa, concretament a la Comissió, que redefineixi el concepte de residu i el cenyeixi als béns mobles, principalment amb l'objectiu de poder exercir una protecció efectiva sobre el sòl i facilitar la voluntat de dur a terme, en l'àmbit europeu, la protecció de forma autònoma d'aquest bé tan important i tan amenaçat.⁹⁹ Es demana que es deixi via lliure i que es faciliti el camí a la protecció del sòl com a bé jurídic, tant en l'àmbit europeu com en l'àmbit nacional, on hi ha estats en diferents fases de desenvolupament respecte d'aquesta matèria. En uns hi ha una regulació de la protecció del sòl molt avançada, en altres es comença a pensar en aquest recurs, mentre que d'altres encara ni s'ho han plantejat. Així doncs, seria convenient que a la Directiva de residus constés expressament que el concepte de residu fa referència únicament i exclusivament als béns mobles.

V. Bibliografia

- Antweiler, C. «Sanierungsverantwortlichkeit für Altlasten im Konzern», UPR (*Umwelt und Planungsrecht*) 6/2002, p. 206-211.
- Bickel, C. «Die schädliche Bodenveränderung als Abfall». Publicació prevista a la revista DÖV (*Die Öffentliche Verwaltung*).

99. Per exemple, Riese, Christoph; Karsten, Nora, ZUR 2/2005, p. 77 i 79; Lietzke, Claus; Schmitt, Thomas, UPR 1/2005, p. 19; Versteyl, NVwZ, 2004, Heft 11, p. 1301.

- De Sadeleer, N. *Le droit communautaire et les déchets*. LGDJ. París, Bruylant, Brussel-les, 1995.
- Diechmann, Martin. «Was ist “Abfall”? Anwendungsbereich und Gehalt der geltenden und zukünftigen Abfalldefinitionen nach europäischem und deutschem Recht», *ZUR (Zeitschrift für Umweltrecht)* 4/1995, p. 169-175.
- Dietrich; Au; Dreher. *Umwelt der europäischen Gemeinschaften. Institutionen, Entwicklung und Ziele*. Erich Schmidt, Berlín, 2003.
- Epiney, Astrid. *Umweltrecht in der europäischen Union. Primärrechtliche Grundlagen, Gemeinschaften*. Carl Heymanns, Berlín, 2005.
- Fluck, Jürgen. «Zum EG-Abfallrecht und seiner Umsetzung in deutsches Recht», *Europarecht*. Nomos, Baden-Baden.
- Frenz, W. «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», *UPR (Umwelt und Planungsrecht)* 6/2002, p. 201-205.
- Heuser, Irene L. *Europäisches Bodenschutzrecht, Entwicklungslinien und Maßstäbe der Gestaltung*. Erich Schmidt, Berlín, 2005.
- Jiménez Plaza, C. «Una nueva clave interpretativa del concepto de residuo en el Derecho italiano: ¿Un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?» *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 207/2004, p. 151-193.
- Jochum, Heike, H. «Neues zum europäischen Bodenschutz- und Abfallrecht, Sind die bodenschutzrechtlichen Bestimmungen der Umwelthaftungslinie und die Abfallrichtlinie nach dem „Spatenprinzip“ zu trennen?», *NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht)* 2/2005, p. 140-144.
- Kersting, Andreas. «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, març de 1992, p. 343-349.
- Kloepfer, M. *Umweltrecht*. C. H. Beck, Munic, 2004.
- Krämer, Ludwig. *EC Environmental Law*. Sweet and Maxwell, Londres, 2003.
- Krämer, Ludwig. *Derecho ambiental y tratado de la comunidad europea*. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Kunig, Philip. «Der neue Abfallbegriff und seine Auswirkungen», *Gesellschaft für Umweltrecht, Kreislaufwirtschaft und Abfallgesetz - Was ändert sich?. Dokumentation zur Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. am 31 Oktober 1996 in Berlin*. Erich Schmidt, Berlín, 1997.
- Kunig; Paetow; Versteyl. *KrW-/AbfG Kommentar*. C. H. Beck, Munic, 2003.
- Leifer, C. «Der Richtlinienentwurf zur Umwelthaftung: internationaler Kontext, Entstehung und öffentlich-rechtliche Dimension», *NuR (Natur und Recht)* 10/2003, p. 598-605.

- Leitzke, C.; Schmitt, T. «Das Ende des Bundes-Bodenschutzgesetzes? Zugleich eine Anmerkung zum Texaco-Urteil des EuGH vom 7.9.2004», UPR (*Umwelt und Planungsrecht*) 1/2005, p. 16-19.
- Paetow, S. «Das Abfallrecht als Grundlage der Altlastensanierung», NVwZ (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*) 6/1990, p. 510-518.
- Petersen, F.; Lorenz, M. «Das “Van de Walle” –Urteil des EuGH – Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht?», NVwZ (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*) 3/2005, p. 257-263.
- Petersen, Frank. «Grundsätze und Grundpflichten des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes», *Gesellschaft für Umweltrecht, Kreislaufwirtschaft und Abfallgesetz - Was ändert sich?. Dokumentation zur Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. am 31 Oktober 1996 in Berlin*. Erich Schmidt, Berlín, 1997.
- Petersen, Frank. «Neue Strukturen im Abfallrecht – Forlgerungen aus der EuGH Judikatur», *Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Aktuelle Entwicklung der europäischen und deutschen Abfallrechts. Dokumentation zur Sondergutachtung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2003*. Erich Schmidt, Berlín, 2004.
- Rengeling, Hans-Werner. *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II, Besonderes Umweltrecht, 1. Teilband*. Carl Heymanns, Colònia, Berlín, Bonn, Munic, 2003.
- Riese, C.; Karsten, N. «Ist unausgekofterter kontaminierter Boden Abfall?», ZUR (*Zeitschrift für Umweltrecht*) 2/2005, p. 75-79.
- Sasserath-Alberti, N. «Die EU-Richtlinie “über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden” - Haftungsverschärfungen für Landwirte», *Agrar- und Umweltrecht*, octubre de 2004, p. 313-319.
- Versteyl, Anselm. «Aktuelle Entwicklung des europäischen des europäischen und deutschen Abfallrechts», *Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Aktuelle Entwicklung der europäischen und deutschen Abfallrechts. Dokumentation zur Sondergutachtung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2003*. Erich Schmidt, Berlín, 2004.
- Versteyl, L-A. «Altlast = Abfall – Vom Ende des „beweglichen“ Abfallbegriffs?», NVwZ (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*), 11/2004, p. 1297-1301.
- Wegener a Calliess Ruffert. *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2002.
- Wrede, S. «Kontaminierter Boden als Abfall», NuR (*Natur und Recht*) 1/2005, p. 28-31, <www.arc-cat.net>.
- Yearbook of Environmental Law*, 2004, <<http://ec.europa.eu/environment/soil/index.htm>>.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 33, ISSN 1885-5709, 2006

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

349.6(460)

Aitana de la Varga Pastor, professora de dret administratiu de la Universitat Rovira i Virgili

ca La consideració del sòl contaminat com a residu a partir de la STJCE de 7 de setembre de 2004 i les seves repercussions en el dret alemany

p. 405-438

El concepte de *residu*, ateses les característiques i les diferents accepcions que pot tenir, ha estat objecte de debat doctrinal a l'hora de delimitar-lo legalment. Encara avui dia es debat entorn d'aquesta qüestió. On s'ha de fixar el límit del concepte de residu? La Directiva 75/442/CEE del Consell, de 15 de juliol de 1975, fixà inicialment la noció de residu en l'àmbit europeu, però la seva manca de concreció portà el 1991 a la modificació de l'article referent a aquest aspecte mitjançant la Directiva 91/156/CEE del Consell, de 18 de març de 1991. Es determinà més clarament què s'ha d'entendre per *residu* a efectes d'aplicació de la normativa. La definició establerta encara és vigent. Malgrat aquesta modificació, continuen sorgint dubtes sobre la delimitació del terme *residu*. Un dels dubtes plantejats és si el concepte de residu s'ha de cenyir als béns mobles o si també és extensible als béns immobles. Recentment, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió a través de

la Sentència de 7 de setembre de 2004 i considera que la terra contaminada accidentalment per un abocament d'hidrocarburs ha de ser considerada un residu. Alguns estats membres, com Alemanya, han considerat des de sempre que els residus són exclusivament béns mobles, mentre que els béns immobles tenen una altra consideració i han de ser tractats de manera separada. La interpretació que en fa la Sentència esmentada pot portar a la no aplicació de la legislació específica existent en aquests estats membres com Alemanya o bé a la necessitat d'adequació de la normativa existent. La doctrina alemanya té un posicionament clar i entén que de cap manera pot fer-se una interpretació com l'exposada a la sentència, sobre la base de diferents argumentacions jurídiques que justifiquen principalment que la normativa vigent en aquell país assoleix amb escreix la finalitat de la directiva marc relativa als residus, que és protegir el medi ambient i la salut de les persones.

Paraules clau: residu; sòl contaminat; medi ambient; protecció del sòl; Llei de residus; Directiva marc de residus; dret ambiental.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 33, ISSN 1885-5709, 2006

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

349.6(460)

Aitana de la Varga Pastor, profesora de derecho administrativo de la Universidad Rovira i Virgili

ca La consideració del sòl contaminat com a residu a partir de la STJCE de 7 de setembre de 2004 i les seves repercussions en el dret alemany

es La consideración del suelo contaminado como residuo a partir de la STJCE de 7 de septiembre de 2004 y sus repercusiones en el derecho alemán
p. 405-438

El concepto de *residuo*, dadas las características y las diferentes acepciones que puede tener, ha sido objeto de debate doctrinal a la hora de delimitarlo legalmente. Todavía en la actualidad siguen surgiendo dudas al respecto. ¿Dónde fijar el límite del concepto de residuo? La Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, fijó inicialmente la noción de residuo en el ámbito europeo, pero su falta de concreción llevó a que en 1991 se modificara el artículo referente a este aspecto, a través de la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991. Se determinó más claramente qué había de ser considerado como residuo a efectos de aplicación de la normativa. La definición establecida entonces todavía está en vigor. A pesar de la modificación, siguen surgiendo dudas relativas a qué engloba el término *residuo*. Una de las dudas planteadas es si el concepto de residuo debe ceñirse a los bienes muebles o si también es extensible a los bienes inmuebles. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado al respecto a través

de la Sentencia de 7 de septiembre de 2004 y considera que la tierra contaminada accidentalmente por un vertido de hidrocarburos ha de ser considerada como residuo. Algunos estados miembros como Alemania han considerado desde siempre que los residuos son exclusivamente bienes muebles, mientras que los bienes inmuebles tienen otra consideración y deben ser tratados de manera separada. La interpretación realizada por la mencionada Sentencia puede llevar a la no aplicación de la legislación específica existente en esos estados miembros como Alemania o bien a la necesidad de adecuación de la normativa existente. La doctrina alemana tiene un posicionamiento claro y entiende que en ningún caso se puede hacer una interpretación como la expuesta en la sentencia, en base a diferentes argumentaciones jurídicas que justifican principalmente que la normativa vigente en aquel país cumple sobradamente la finalidad de la directiva marco relativa a los residuos, que es proteger el medio ambiente y la salud de las personas.

Palabras clave: residuo; suelo contaminado; medio ambiente; protección del suelo; Ley de residuos; Directiva marco de residuos; derecho ambiental.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 33, ISSN 1885-5709, 2006

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

349.6(460)

Aitana de la Varga Pastor, professor of Administrative Law at Rovira i Virgili University

ca La consideració del sòl contaminat com a residu a partir de la STJCE de 7 de setembre de 2004 i les seves repercussions en el dret alemanyen The consideration of polluted soil as waste in accordance with the September 7, 2004 ruling by the European Union Court of Justice and its repercussions for German law
p. 405-438

Because of its characteristics and differing meanings, the concept of waste has been the subject of doctrinal debate aimed at fixing its legal boundaries. Even today doubts emerge in this regard. Where does the limit of the concept of waste lie? Council Directive of 15 July 1975 on Waste (75/442/EEC) initially established the notion of waste within the boundaries of Europe, but the lack of specificity of the Directive led to the modification of the article regarding waste in 1991 through Council Directive of 18 March 1991 (91/156/EEC). This directive offered clearer guidelines for determining what constitutes waste under the regulation, and the definition established therein is still in force. This modification notwithstanding, doubts continue to arise regarding what is encompassed by the term waste. One of these doubts is whether the concept of waste should be limited to personal property or whether the concept may also be applied to real property. The European Union Court of Justice handed down a ruling in this

regard on September 7, 2004, where it holds that land that has been accidentally contamination by a hydrocarbon spill should be considered to be waste. Some member states, such as Germany, have always held that waste is exclusively personal property, whereas real property is viewed differently and must be treated separately. The interpretation contained in the September 2004 ruling may lead to specific legislation on the issue in member states like Germany being held unenforceable, or, may make it necessary to bring such legislation in line with the existing standard. The German position is clear. It holds that under no circumstances can an interpretation such as that set forth in the European Union Court of Justice ruling be entertained. German doctrine is based on different legal arguments that lend support to the premise that the regulations now in effect in Germany more than amply satisfy the goals of the Framework Directive on Waste, i.e., to protect the environment and people's health.

Key words: waste; contaminated soil; environment; protection of the soil; waste Law; framework Directive on waste; environmental law.