

BDEI Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel

LE BDEI FÊTE SES 20 ANS

Les ateliers

- Repenser l'étude d'impact
Le 12 novembre 2015
Huglo, Lepage et associés
- Environnement et finances
Le 26 novembre 2015
UGGC Avocats
- Les pouvoirs du juge de plein contentieux des installations classées
Le 17 décembre 2015

63 | SUPPLÉMENT
JUN 2016



Wolters Kluwer

Atelier

Environnement et finances

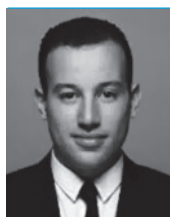
Le 26 novembre 2015

UGGC Avocats



Jean-Nicolas Clément

Avocat associé,
UGGC Avocats



Ali Bougrine

Avocat associé,
UGGC Avocats



Stéphan Alamowitch

Avocat associé,
UGGC Avocats



Marylène Fourès

Avocate,
UGGC Avocats



Anne Dircks-Dilly

Avocate associée,
Dircks-Dilly Favier



Caroline Facelina

Avocate,
Dircks-Dilly Favier

→ BDEI 2085

Jean-Pierre Boivin

Bonjour, je souhaitais dire quelques mots d'introduction, d'abord pour remercier UGGC et en particulier Jean Nicolas et ses équipes, d'avoir bien voulu organiser le second atelier des 20 ans du BDEI. Le premier, qui a eu lieu début novembre au cabinet *Hugo Le-page et associés*, était consacré aux études d'impact. Il a donné lieu à des échanges extrêmement intéressants. Le format de l'atelier est conçu pour permettre des échanges nourris. Les intervenants dressent un cadre assez rapide et l'idée est de provoquer l'échange.

Nous consacrons donc ce second atelier aux questions financières. Il nous est apparu, en effet, qu'elles étaient naturellement au premier plan : que ce soit les questions de garanties financières relativement classiques, que ce soit - sous un angle un peu plus nouveau - la question des capacités techniques et financières. Des jurisprudences annoncées et attendues arrivent maintenant, avec un juge administratif qui a du mal à admettre ce que sont les financements de projets et qui se demande d'où vient l'argent qui arrivera quand le contrat sera signé et que les conditions seront purgées. Nous avons de grosses difficultés avec les sujets dont le

ministère et la DPPR ont été saisis en particulier. Les solutions sont complexes à trouver : soit partir sur des textes pléthoriques, soit faire œuvre de pédagogie auprès du juge. Tout cet univers ressemble un peu à une grande nébuleuse, qui crée pour les investisseurs beaucoup d'incertitudes.

Nous attendons donc aujourd'hui des réponses pratiques que nous n'hésiterons pas, le cas échéant, à faire remonter au niveau adéquat.

Merci à vous tous de participer ce matin à ce second atelier. Je rappelle que le prochain atelier aura lieu le 17 décembre prochain avec Xavier de Lesquen, Rapporteur public à la sixième sous Section du Conseil d'État et David Gillig, Avocat, qui nous parleront de la situation du juge administratif face aux nouvelles autorisations : autorisation unique, certificat de projet... supposées simplifier le droit de l'environnement. Mais je m'interroge sur cette simplification, tout comme l'ont fait les intervenants du colloque du 14 septembre. Nous aurons ensuite un atelier sur le droit privé, « *Contrat et environnement* » sujet sur lequel interviendront le professeur François-Guy Trébulle et Maître Olivier Hernnberger en partenariat avec le Conseil supérieur du notariat. Suivront d'autres

sujets encore : les sites sensibles face aux actes de malveillance, les terres excavées, les espèces protégées, la sortie du statut de déchets et la REP, notamment. Sujets éminemment importants. Nous sommes également ouverts à tout autre sujet. Tout comme la parole l'est maintenant à nos intervenants. Merci à chacun et à chacune de votre implication et merci à vous, chers lecteurs, sans lesquels cette revue n'existerait pas.

Jean-Nicolas Clément

Merci Jean-Pierre, merci à vous tous d'être venus pour fêter avec nous ces 20 ans d'une revue qu'avec nostalgie Jean-Pierre et moi, nous nous rappelons volontiers que nous l'avons portée sur les fonts baptismaux. Et l'aventure a parfois été difficile. Il n'a pas forcément été facile au début de trouver des auteurs, mais ceux-ci sont venus rapidement comme sont venus lecteurs.

J'en profite aussi pour remercier Jean-Pierre qui, au-delà d'être le grand professionnel que vous connaissez, excellent confrère, excellent praticien du droit de l'environnement, est peut-être encore plus un aiguillon intellectuel permanent de notre matière, et les ateliers dont celui de ce matin lui doivent évidemment beaucoup.

Je vais entrer dans le vif du sujet. Nous avons essayé d'élargir le sujet pour qu'il soit pris sous deux angles. Un angle d'abord « *droit de l'environnement* » : quels sont dans le droit de l'environnement les aspects qui mettent celui-ci en contact avec les problèmes économiques et financiers ; c'est envisager ici les problèmes des capacités financières et des garanties financières. Mais, nous avons aussi essayé de prendre le sujet de l'autre côté, celui de la finance et je remercie mes deux associés d'être sortis du monde merveilleux du « *Corporate* » pour s'intéresser à nos problématiques. Je commence tout de suite avec la question des capacités et des garanties financières.

La prise en compte des capacités financières de l'exploitant d'installations classées

Jean-Nicolas Clément et Marylène Fourés

La démonstration, par le futur exploitant d'une installation classée, de ses capacités techniques et financières constitue un préalable obligatoire à la délivrance de l'autorisation d'exploiter.

La capacité financière de l'exploitant réside dans sa capacité à assumer, sur le plan financier, l'exploitation de l'installation classée et sa remise en état en fin d'activité, dans le respect de l'environnement et de la santé publique.

Elle a pour corollaire la capacité technique, qui réside quant à elle dans l'expérience du pétitionnaire dans le secteur d'activité concerné, ainsi que dans les moyens matériels et humains dont il dispose.

La question concernant les capacités financières de l'exploitant a été encore récemment mise sur le devant de la scène par l'arrêt *Hambrégie* du Conseil d'État (CE, 22 févr. 2016, n° 384821, *Communes de Sarralbe et autres*) ; pour autant, le débat ne paraît pas clos, tant la conception très exigeante des capacités financières prônée par le Juge s'avère, en pratique, peu compatible avec les méthodes de financement des projets.

Il convient dans un premier temps d'apprécier ce que recouvre le concept de capacités financières en droit des installations classées (A), avant d'en étudier le mécanisme de justification (B).

A. Le concept de capacités financières en droit des installations classées

Depuis l'émergence du concept de capacités financières en droit des installations classées (1.), le contenu et le contrôle de ces capacités n'ont cessé d'être renforcés (2.).

1. L'origine historique du concept de capacités financières

Le concept de capacités financières est historiquement issu du Code minier de 1956. L'article 25 du décret n° 56-838 du 16 août 1956 dispose alors que l'État, propriétaire du gisement, concède

l'exploitation à une personne possédant « *les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux d'exploitation* ».

Ces capacités sont examinées lors de la procédure de mise en concurrence précédant la délivrance du permis de recherches et de la concession. Elles sont la contrepartie de l'exclusivité accordée au concessionnaire au sein du périmètre de recherches et du périmètre d'exploitation.

Au cours des années 1970, ce concept a été introduit dans le droit des carrières, relevant alors du Code minier, mais moins empreint de puissance publique que le régime des mines. Ainsi, la demande d'autorisation de carrière doit comporter une « *note justificative de la capacité du demandeur, tant du point de vue technique que financier, pour entreprendre et conduire l'exploitation projetée et pour se conformer aux conditions prescrites éventuellement* » (D. n°71-792, 20 sept. 1971, art. 7-B-4°), devenue par la suite une « *note justificative des capacités techniques et financières du demandeur* » (D. n°79-1108, 20 déc. 1979, art. 9).

En 1993, le concept est étendu aux installations classées par l'effet du basculement des carrières dans le régime des ICPE. La demande d'autorisation doit désormais prendre en compte « *les capacités techniques et financières dont dispose le demandeur, à même de lui permettre de conduire son projet dans le respect des intérêts visés à l'article 1^{er}* » (L. n° 93-3, 4 janv. 1993, mod. L. n°76-663, 19 juill. 1976, art. 2-II).

Cette évolution permet l'introduction d'un contrôle *intuitu personae* (propre au régime des industries extractives) au sein d'un régime conçu initialement comme un régime *in rem*, attaché à l'installation et à ses effets sur l'environnement, et non à la personne de l'exploitant.

2. Les évolutions ultérieures du droit des ICPE

Le contrôle des capacités financières s'opère *ab initio*, mais aussi :

- en cas de modifications substantielles (C. env., art. L. 516-2, issu de L. n°2003-699, 30 juill. 2003, dite Loi Bachelot, art. 31)⁽¹⁾ : le Préfet doit être informé en cas de modification substantielle des capacités techniques et financières et a la possibilité d'exiger la constitution ou la révision des garanties financières ;
- à l'occasion du changement d'exploitant (C. env., art. R. 516-1) : au départ, seuls certains types d'installations étaient concernés (carrières, stockages de déchets, installations soumises à servitudes d'utilité publique). Puis, ce système a été étendu à toutes les installations soumises à l'obligation de garanties financières (D. n°2012-633, 3 mai 2012⁽²⁾ et Arr. 3 mai 2012, fixant la liste des installations mentionnées au point 5° de l'article R. 516-1 mod.).

Une confusion s'opère ainsi entre la capacité financière de l'exploitant et les garanties financières qu'il doit par ailleurs fournir à l'administration, ces deux notions « siamoises » étant dotées de frontières parfois poreuses.

Ces évolutions témoignent d'une transposition par capillarité d'un concept économique typique du droit minier à la police administrative des installations classées, dont le fondement premier demeure la protection de l'environnement.

Il en découle parfois des difficultés d'appréciation et de contrôle de la consistance et de la suffisance des capacités financières ainsi exigées de l'exploitant.

B. La justification des capacités financières de l'exploitant

L'exploitant ne doit pas se contenter de démontrer ses capacités financières lors du dépôt de sa demande d'autorisation (1.). Il doit également maintenir ses capacités tout au long de l'exploitation (2.).

1. La démonstration des capacités financières dans le dossier de demande d'autorisation

a. Des textes peu précis quant à la consistance des capacités financières dont l'exploitant doit apporter la preuve

L'article L. 512-1 du Code de l'environnement dispose que « la délivrance de l'autorisation [...] prend en compte les capacités techniques et financières dont dispose le demandeur, à même de lui permettre de conduire son projet dans le respect des intérêts visés à l'article L. 511-1 et d'être en mesure de satisfaire aux obligations de l'article L. 512-6-1 lors de la cessation d'activité ».

L'article R. 512-3 du Code de l'environnement précise que « la demande prévue à l'article R. 512-2, remise en sept exemplaires, mentionne : [...] 5° Les capacités techniques et financières de l'exploitant ».

La rédaction très laconique de cet article appelle deux remarques :

- (1) Relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la prévention des dommages.
- (2) Relatif à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines installations classées pour la protection de l'environnement.

- Tout d'abord, l'article R. 512-3 n'impose pas de « justifier » des capacités financières, mais seulement de les « mentionner » (terme qui se rattache à l'idée de « signaler », « citer », « indiquer », « faire connaître », et même « faire allusion »).

Les articles R. 512-4 et R. 512-6 du Code de l'environnement, qui listent les documents devant être joints à la demande d'autorisation d'exploiter, n'apportent aucune autre précision.

- Ensuite, ni l'article R. 512-3 du Code de l'environnement, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ne précise la forme suivant laquelle les capacités financières doivent ainsi être mentionnées. Aucun document justificatif particulier n'est requis.

Par conséquent, l'appréciation de la part de l'administration, comme du juge, ainsi privés de lignes directrices par le pouvoir réglementaire, n'en sera que plus subjective.

b. Une appréciation délicate pour l'administration

La justification des capacités financières vise à « *permettre à l'autorité administrative compétente d'apprécier la capacité financière du pétitionnaire à assumer l'ensemble des obligations susceptibles de découler du fonctionnement, de la cessation éventuelle de l'exploitation et de la remise en état du site au regard des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 ainsi que les garanties de toute nature qu'il peut être le cas échéant appelé à constituer à cette fin* » (CE, 23 juin 2004, n°247626, GAEC de la Ville au Guichou), y compris lorsque la demande porte sur l'extension d'une installation déjà connue de l'administration.

Or, la police des installations classées est confiée au Préfet et aux DREAL, c'est-à-dire à une administration plutôt technicienne, parfaitement à même d'apprécier les capacités techniques, mais qui pourra plus difficilement juger des capacités financières, faute de disposer d'une formation particulière dans le domaine comptable et financier.

Cependant, l'article R. 512-7 du Code de l'environnement prévoit, de manière facultative, et lorsque l'importance particulière des dangers ou inconvénients de l'installation le justifie, la possibilité pour le Préfet d'exiger la production d'une analyse critique d'éléments du dossier par tiers expert, choisi en accord avec l'administration. Il pourrait ainsi être recouru à l'analyse critique d'un expert financier (bien que cette disposition soit utilisée, en pratique, pour apprécier des éléments techniques du dossier).

Enfin, une exigence plus systématique d'une cotation de la Banque de France, réputée sûre et objective, pourrait permettre de rassurer l'administration sur les capacités financières de l'exploitant (la question se poserait toutefois de savoir quel niveau de cotation pourrait être considéré comme acceptable et suffisant).

c. En cas de recours contentieux contre l'autorisation d'exploiter : une appréciation au cas par cas dans le cadre de l'examen de la légalité externe de l'autorisation

La justification des capacités financières de l'exploitant constitue d'abord une exigence formelle de composition de la demande d'autorisation.

Sur le plan de la légalité externe, le juge va donc s'assurer que l'administration et le public consulté lors de l'enquête publique ont disposé d'une information complète et suffisante, dans le respect du principe d'information et de participation.

L'absence totale de justification des capacités financières dans le dossier, conduira à l'annulation de l'autorisation (CE, 23 juin 2004, n° 247626, *GAEC de la Ville au Guichou* ; solution inverse de celle retenue par : CAA Bordeaux, 6 nov. 2003, n° 99BX02112⁽³⁾).

Il en va de même lorsque la justification des capacités financières n'est fournie qu'à l'administration, mais ne figure pas – ou seulement partiellement – dans le dossier d'enquête publique (CE, 15 mai 2013, n° 353010, *Société ARF* ; CAA Nantes, 29 nov. 2013, n° 12NT01516, *Association Manche Nature*⁽⁴⁾).

En vertu de l'article R. 512-14-V du Code de l'environnement, peuvent être disjointes du dossier d'enquête les éléments de nature à entraîner la divulgation de secrets de fabrication ou à faciliter des actes susceptibles de porter atteinte à la santé, la sécurité et la salubrité publiques ; cela ne peut donc concerner *a priori* des éléments de caractère financier.

En dehors de ces hypothèses tranchées qui conduisent à l'annulation de l'autorisation, le juge vérifie au cas par cas, de façon concrète et au vu des éléments du dossier d'instruction, si les capacités financières ont fait l'objet d'une justification suffisante au sein du dossier de demande d'autorisation.

Conformément au principe de proportionnalité, le juge prend en compte la nature et l'importance de l'installation projetée (CAA Nantes, 11 mai 2015, n° 13NT02099, *Société d'exploitation de gisements minéraux*).

Selon le faisceau d'indices que fournit la jurisprudence, les capacités financières de l'exploitant peuvent être démontrées par :

- le capital social de la société ;
- le chiffre d'affaires de la société sur les trois derniers exercices et, éventuellement, son chiffre d'affaires prévisionnel (CAA Bordeaux, 28 juin 2007, n° 06BX01233, *Société Somera*) ;
- les bilans comptables de la société sur les trois derniers exercices et, éventuellement, ses bilans prévisionnels (CAA Bordeaux, 9 juill. 2013, n° 12BX01205, *Association Coteaux de Jurançon environnement et autres*) ;
- les capacités financières du groupe auquel appartient la société ou de sa société-mère (CAA Nantes, 15 févr. 2013, n° 11NT00154, *Société Carrières Guignard* ; voir également, à cet égard, la circulaire du 6 juillet 2005 relative aux installations classées d'élevage, mais dont les éléments à cet égard sont

tout à fait généraux et applicables à tous les types d'installations classées ;

- une attestation bancaire de la bonne gestion financière de l'entreprise (CAA Nantes, 29 juin 2010, n° 10NT00044, *SAS GUINTOLI*) ;
- une cotation de la Banque de France (CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014, *Comité de sauvegarde de Claren-cy-Valensole*) ;
- un cautionnement bancaire ou un engagement de caution, par exemple, pour la remise en état (CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02466, *Société Écopôle Services*) ;
- un contrat ou une attestation de prêt d'un établissement bancaire (CAA Nantes, 2 mai 2014, n° 13NT00704, *Société Gorasso Transport Travaux Publics*) ;
- une analyse financière réalisée par un cabinet d'experts indépendant (CAA Lyon, 4 nov. 2011, n° 09LY00624, *Association Les trois prés*) ;
- une étude prévisionnelle de rentabilité, etc.

Les éléments fournis doivent néanmoins être certains et solides ce qui en soi n'est pas critiquable, l'administration et le juge qui la contrôle ne pouvant se satisfaire de simples indications.

La position est en revanche nettement plus critiquable lorsque les exigences de la justification portent sur la structure financière du financement du projet : à cet égard, les projets d'investissements reposent souvent sur des engagements financiers, qui à l'origine ne portent pas sur l'intégralité du projet, mais comportent plusieurs tranches de financement ouvertes, parfois de façon conditionnées, au fur et à mesure de la réalisation et parfois de l'exploitation ; les investissements reposent également sur la pratique de sociétés de projet dédiées à la réalisation d'un ouvrage ou d'un équipement particulier, sociétés à la durée est bornée par la durée de réalisation de l'ouvrage et dont les capitaux sont limités mais bénéficient d'engagements et de confort de leurs sociétés mères.

Ce sont ces techniques de financement de projet qui sont mises à mal par la position de la jurisprudence. En effet, la jurisprudence, ne voulant pas entrer dans ces techniques de financement, va simplement contrôler les capitaux de la société de projet à l'ampleur de l'investissement total ; elles va de même exiger que les appuis dont justifie la société de projet résultent d'engagements clairs, précis et fermes des partenaires financiers, résultant de documents contractuels, et non de simples lettres (CE, 22 févr. 2016, n° 384821, *Communes de Sarralbe et autres*⁽⁵⁾, confirmant CAA Nancy, 25 juill.

(3) « Si ces documents ne figuraient pas dans le dossier soumis à enquête publique, cette omission ne peut être regardée () comme ayant été de nature à entacher d'illégalité l'autorisation accordée ».

(4) « Eu égard à l'intérêt qui s'attache à la qualité et au caractère exhaustif des indications à fournir sur les capacités financières de l'exploitant pour permettre au public de les apprécier, l'absence de ces indications dans le dossier soumis à enquête publique a été de nature à nuire à l'information complète de la population ».

(5) « Le pétitionnaire doit notamment justifier disposer de capacités techniques et financières propres ou fournies par des tiers de manière suffisamment certaine, le mettant à même de mener à bien son projet et d'assumer l'ensemble des exigences susceptibles de découler du fonctionnement, de la cessation éventuelle de l'exploitation et de la remise en état du site au regard, des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du code de l'environnement, ainsi que les garanties de toute nature qu'il peut être appelé à constituer à cette fin en application des articles L. 516-1 et L. 516-2 du même code ». En particulier, des lettres de banques indiquant simplement que le montage financier

2014, n° 12NC00669, n° 12NC00670, n° 12NC00705, *Société Hambrégie* ; voir également : CAA Nantes, 11 mai 2015, n° 13NT02099, *Société d'exploitation de gisements minéraux* ; et, en matière de permis de recherches minières : CE, 13 juill. 2006, n° 273184 et n° 274612, *Société Géotech International*).

Les « primo-entrants » se trouvent donc face à une difficulté particulière. Les entreprises nouvellement créées peuvent certes s'appuyer sur les capacités financières du groupe auquel elles appartiennent ou de leurs partenaires économiques et financiers, mais elles doivent aussi justifier de capacités propres.

Ainsi, dans l'affaire *Hambrégie* précitée (CE, 22 févr. 2016, n° 384821, *Communes de Sarralbe et autres* ; CAA Nancy, 25 juill. 2014, n° 12NC00669, n° 12NC00670, n° 12NC00705, *Société Hambrégie*), une société, créée en 2009, avait été autorisée en 2010 à exploiter une centrale de production d'électricité à Hambach. Son capital social a été jugé insuffisant, comme le fait qu'elle soit filiale de Poweo Direct Energie. De plus, elle n'avait pas été en mesure de justifier d'engagements bancaires fermes, ni de fonds propres suffisants.

Il subsiste, cependant, une certaine dichotomie avec les capacités techniques. En effet, le juge semble porter une appréciation plus sévère de la justification des capacités financières des primo-entrants que de la justification de leurs capacités techniques.

Ainsi, il a été admis qu'il ne pouvait être reproché à un nouvel exploitant de ne pas disposer d'une expérience dans le secteur d'activité considéré (CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014, *Comité de sauvegarde de Clarency-Valensole*). Le juge tient compte également de l'appartenance à un groupe justifiant lui-même d'une expérience technique (CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02466, *Société Ecopôle Services*).

Ceci s'explique peut-être en raison de l'appréciation technique préalable effectuée par l'administration et des éventuelles analyses critiques sollicitées par le Préfet.

Pour conclure, si le juge estime que les éléments fournis au dossier pour justifier des capacités financières du pétitionnaire ne sont pas suffisants pour assurer une information complète du public, il peut prononcer l'annulation de l'autorisation d'exploiter, même plusieurs années après le démarrage de l'exploitation et même si l'exploitant est en mesure désormais d'apporter la preuve de capacités financières actuelles solides.

Dans un contexte de prégnance croissante du principe d'information, le juge tient de moins en moins compte de circonstances annexes, comme le fait que l'exploitant était déjà bien connu de l'administration ou que les données relatives aux capacités financières aient été transmises à cette dernière sous pli confidentiel. Aujourd'hui, le public doit disposer d'un niveau d'information équivalent à celui de l'administration, d'où un contrôle plus sévère des éléments du dossier de demande d'autorisation.

envisagé constituait une pratique courante, mais ne comportant aucun engagement précis de financement, ne sont pas considérées suffisantes.

2. Le maintien des capacités financières dans le cadre de l'exploitation de l'installation

a. L'évolution des capacités financières

Les capacités financières représentant l'aptitude de l'exploitant à assumer l'exploitation de l'installation classée et sa remise en état en fin d'activité, ces capacités doivent être maintenues par l'exploitant tant qu'il conserve ce titre.

Ainsi, en cas de modification substantielle des capacités financières, le Préfet doit en être informé et peut exiger une révision ou la constitution de nouvelles garanties financières (C. env., art. L. 516-2).

De même, en cas de changement d'exploitant, le nouvel exploitant devra apporter la preuve de ses capacités financières (C. env., art. R. 516-1).

Cela ne concerne toutefois que les installations soumises à garanties financières et dont le changement d'exploitant fait l'objet d'une autorisation. Il en résulte une certaine incohérence : il serait, en effet, logique d'exiger de tout nouvel exploitant qu'il justifie de ses capacités financières, d'autant qu'il hérite, lors du transfert de l'autorisation, de toutes les obligations liées à l'exploitation et à la remise en état de l'installation. L'extension progressive du champ d'application des garanties financières atténue néanmoins cette incohérence.

Par ailleurs, pour certaines installations classées (C. env., R. 516-1, 5⁶), les garanties financières additionnelles qui peuvent être exigées par le Préfet pour faire face à une pollution accidentelle significative des sols ou des eaux souterraines sont constituées et révisées « au regard des capacités techniques et financières de l'exploitant » (C. env., art. R. 516-2-V).

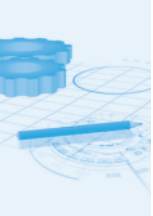
b. En cas de recours contentieux contre l'autorisation d'exploiter : une appréciation pragmatique dans le cadre de l'examen de la légalité interne

Il s'agit d'apprécier sur le fond, et indépendamment de la forme et de l'information fournie au public lors de l'enquête publique, si l'exploitant dispose effectivement et actuellement des capacités financières pour assumer ses obligations dans le respect de l'environnement.

Sur le fond, le juge fait application de ses pouvoirs de plein contentieux des installations classées (C. env., art. L. 514-6).

Le juge apprécie donc le caractère suffisant des capacités financières de l'exploitant à la date à laquelle il statue (CAA Bordeaux, 8 sept. 2008, n° 06BX01509, *EARL Groussin*). Cela lui permet de

(6) « Les installations soumises à autorisation au titre de l'article L. 512-2 et les installations soumises à autorisation simplifiée au titre de l'article L. 512-7, susceptibles, en raison de la nature et de la quantité des produits et déchets détenus, d'être à l'origine de pollutions importantes des sols ou des eaux. Un arrêté du ministre chargé des installations classées fixe la liste de ces installations, et, le cas échéant, les seuils au-delà desquels ces installations sont soumises à cette obligation du fait de l'importance des risques de pollution ou d'accident qu'elles présentent » (cette liste a été fixée par l'arrêté du 31 mai 2012 modifié).



prendre en compte de nouveaux éléments, contrats, etc. que l'exploitant serait en mesure de lui présenter.

Les éléments présentés au juge en cours d'instance ne permettent toutefois pas de pallier les lacunes substantielles de la demande d'autorisation.

En d'autres termes, même si l'exploitant est en mesure d'apporter au juge la preuve de ses capacités financières présentes, cela ne permet pas pour autant de régulariser *a posteriori* l'insuffisance éventuelle de la demande d'autorisation et de l'information fournie lors de l'enquête publique : la régularisation n'est possible que si les insuffisances du dossier n'ont pas eu pour effet de nuire à « l'information complète » du public (CAA

Nantes, 11 mai 2015, n° 13NT02099, *Société d'exploitation de gisements minéraux*⁽⁷⁾).

En matière de capacités financières, la forme et le fond se trouvent donc étroitement imbriqués.

(7) « Eu égard à l'intérêt qui s'attache à la qualité et au caractère complet des indications à fournir sur les capacités financières de l'exploitant pour permettre au public de les apprécier, cette carence du dossier de demande a, dans les circonstances de l'espèce, eu pour effet de nuire à l'information complète de la population, sans que les justifications apportées plusieurs années plus tard par le pétitionnaire permettent de régulariser ce vice, qui, par suite, entache d'irrégularité l'arrêté préfectoral contesté ».

Quelle est l'efficacité du dispositif des garanties financières de l'article L. 516-1 du Code de l'environnement ?

Anne Dircks-Dilly et Caroline Facelina

Actuellement consacré dans la partie législative du Code de l'environnement à l'article L. 516-1, le mécanisme des garanties financières constitue un « mécanisme de substitution »⁽⁸⁾, destiné à assurer à l'Administration que l'exploitant ICPE disposera, lors de la mise à l'arrêt définitif de son activité – et ce alors même qu'il rencontrerait des difficultés financières – des ressources suffisantes pour assurer la protection des intérêts mentionnés aux articles L. 511-1 et L. 211-1 du Code de l'environnement.

Le concept de garantie financière des installations classées repose donc sur la notion d'anticipation : il s'agit de prévenir, généralement au démarrage de l'activité, les dépenses financières qu'il faudra honorer en fin d'exploitation pour permettre une réhabilitation du site.

Le dispositif réglementaire, né du décret n° 79-1108 du 20 décembre 1979 *relatif aux autorisations de mise en exploitation des carrières*, a été construit de sorte que pour chaque activité industrielle concernée, un ou plusieurs types d'opérations de réhabilitation du terrain soient garantis. La liste des activités industrielles soumises à garanties financières a été étoffée au fil du temps par les pouvoirs publics et sa composition actuelle résulte du décret du 3 mai 2012 n° 2012-633 du 3 mai 2012 relatif à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, codifié à l'article R. 516-1 du Code de l'environnement.

Première étape, le dispositif initialement circonscrit aux carrières a été étendu en 1987 aux installations dites « installations AS » (installations qui créent des risques très importants pour la santé, la sécurité et l'environnement, peuvent faire l'objet de servitudes d'utilité publique)⁽⁹⁾ puis en 1992, aux installations de stockage de déchets (C. env., art. R. 516-1, 1°).

Deuxième étape, l'article 31 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 *relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages* (aujourd'hui, C. env., art. L. 516-2) a étendu le dispositif en permettant au préfet d'imposer la constitution de garanties s'il constate une modification substantielle des capacités techniques et financières de l'exploitant d'une ICPE visée à l'article L. 516-1⁽¹⁰⁾, qui ferait craindre que celui-ci ne soit pas en mesure de remplir ses obligations de remise en état.

Troisième étape, le décret n° 2011-1411 du 31 octobre 2011 a soumis au dispositif les sites de stockage géologique de dioxyde de carbone (cf. C. env., art. R. 516-1, 4°).

Quatrième et dernière étape, le décret n° 2012-633 du 3 mai 2012 qui constitue le décret d'application de l'article 31 de la loi du 30 juillet 2003 (et qui est donc intervenu 9 ans plus tard !) a étendu le mécanisme pour permettre la mise en sécurité de certaines ICPE autorisées ou enregistrées, en ajoutant pour cela un cinquième en-

(8) Boivin J. -P. et Defradas F., *Sites et sols pollués*, éd. Le Moniteur, 2013, p. 209

(9) L'article R. 516-1, 2° désigne aujourd'hui ces ICPE sous l'expression « Les installations figurant sur la liste prévue à l'article L. 515-36 ».

(10) Installations définies par décret en Conseil d'État présentant des risques importants de pollution ou d'accident, des carrières et des installations de stockage de déchets

semble à l'article R. 516-1⁽¹¹⁾. Il prévoit également la constitution de garanties dites « additionnelles » en cas d'accident (étant précisé que cela ne concerne que les ICPE de ce cinquième ensemble).

Ce décret a été suivi de trois arrêtés ministériels (arrêté du 31 mai 2012 de détermination du montant de la garantie pour la mise en sécurité des ICPE du 5° de l'article R. 516-1, arrêté du 31 mai 2012 listant les ICPE assujetties à garanties en application de ce nouveau 5°, arrêté du 31 juillet 2012 déterminant les modalités de constitution des garanties applicables pour toutes les ICPE soumises à garanties financières).

Enfin, le dispositif a été récemment réajusté par le décret n° 2015-1250 du 7 octobre 2015. Celui-ci relève le seuil d'exigibilité des garanties de 75 000 à 100 000 € pour les ICPE du cinquième ensemble, prévoit la possibilité pour les garanties financières additionnelles de s'opérer par une consignation à la Caisse des dépôts et des consignations, permet la mobilisation des garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de l'exploitant et enfin procède à des modifications concernant les garanties financières des installations AS.

Toutefois, bien que la nature et le montant de la garantie soient fonctions de l'activité, la constitution de celle-ci présente un caractère *intuitu personae* : elle est en effet attachée à la personne de l'exploitant – personne physique ou morale⁽¹²⁾ – pour le compte duquel elles ont été initialement délivrées. Ainsi, en cas de changement d'exploitant, la constitution de nouvelles garanties s'avérera nécessaire. De plus, suivant les évolutions récentes de la police des ICPE, le mécanisme des garanties financières a été étendu au tiers demandeur de l'article L. 512-21 du Code de l'environnement, qui souhaiterait se substituer à l'exploitant du site pour la réhabilitation de tout ou partie de celui-ci, lors de la cessation de l'activité⁽¹³⁾.

Enfin, on relèvera qu'indépendamment du dispositif visé ici, les éoliennes autorisées au titre de la police des ICPE possèdent également leur propre régime de garanties financières (C. env., art. L. 553-1, R. 553-3 et R. 553-4).

Le mécanisme des garanties financières des ICPE va donc bientôt fêter ses quarante printemps. Or, la question de son efficacité ne cesse d'être posée par la doctrine et les professionnels du secteur : « L'idée qui préside à ce dispositif est compréhensible : la constitution préalable de garanties d'un montant suffisant pour couvrir

toutes les éventualités apparaît comme le moyen imparable de pallier les difficultés, que nous avons signalées, à faire financer par l'exploitant les travaux qui lui incombent. Savoir si elle est réaliste est une autre question. Il est permis d'en douter, pour plusieurs raisons »⁽¹⁴⁾.

En effet, jusqu'alors, malgré les ajustements, opérés majoritairement par le pouvoir réglementaire, le maniement du dispositif reste délicat pour le préfet. Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agira donc, dans la présente étude, de détailler le mécanisme des garanties financières en précisant les dernières évolutions et propositions, riches en contenu, qui sont venues modifier la logique du mécanisme, et de s'interroger sur son efficacité dans le contexte actuel.

Dans cette perspective, il conviendra, dans un premier temps, de rappeler le champ d'application du mécanisme des garanties financières (A), puis les modalités de leur constitution (B) et leur problématique maintien dans le temps (C), condition *sine qua non* à l'efficacité du dispositif. Enfin, on s'interrogera sur les liens ambigus que la législation a créés entre les garanties financières et les capacités financières de l'exploitant, qui posent un certain nombre de question sur la pertinence du concept de garanties financières (D).

A. Le champ des garanties financières : un système à deux variables

De manière générale, le mécanisme des garanties financières doit être étudié comme système à deux variables : d'une part, la liste des activités industrielles y étant soumises n'a cessé d'être étendue sous la volonté du législateur⁽¹⁵⁾. D'autre part, le spectre des opérations de réhabilitation devant être couvertes par les garanties a fait l'objet d'une réduction sensible (1).

De plus, le pouvoir réglementaire est venu en 2012, comme indiqué précédemment, créer une nouvelle catégorie d'activités soumises à garanties financières au titre de l'article L. 516-1 du Code de l'environnement : les installations visées au 5° de l'article R. 516-1 du Code de l'environnement. De par le particularisme des garanties financières de ce cinquième ensemble, il est loisible de se demander si le pouvoir réglementaire n'a pas procédé, plus qu'à une extension « classique » du régime des garanties financières, à la création d'un régime quasi autonome (2).

(11) « 5° Les installations soumises à autorisation au titre de l'article L. 512-2 et les installations soumises à autorisation simplifiée au titre de l'article L. 512-7, susceptibles, en raison de la nature et de la quantité des produits et déchets détenus, d'être à l'origine de pollutions importantes des sols ou des eaux. Un arrêté du ministre chargé des installations classées fixe la liste de ces installations, et, le cas échéant, les seuils au-delà desquels ces installations sont soumises à cette obligation du fait de l'importance des risques de pollution ou d'accident qu'elles présentent ».

(12) Sur la délicate appréciation de la notion d'exploitant d'une ICPE, voir Baucomont M., *La qualité d'exploitant d'une installation classée*, Les Florilèges du Droit public, Mélanges en l'honneur de J.-P. BOVIN, éd. La Mémoire du droit, 2012, p. 145 et suivantes

(13) Estève de Palmas L. et Lièvre X., *Les garanties financières condition essentielle du transfert de responsabilité*, JCP N Semaine juridique, n° 6, 12 févr. 2016, p. 26-27

(14) Rapport d'expertise et de propositions sur le dispositif juridique et financier relatif aux sites et sols pollués, destiné au Ministère de l'Économie, des Finances, et de l'Industrie, Jean-Pierre Hugon, Ingénieur général des Mines et Pierre Lubek, Inspecteur général des Finances, Paris, avril 2000 ; voir également Rapport CGEDD n°009523-01 - CGE N° 2014/09/CGE/SG – décembre 2014 « Obligation de garanties financières pour la mise en sécurité des installations classées qui présentent des risques importants de pollution », p. 22 et 64. Voir également : F.-G. Trébulle, *ICPE : vers la sécurisation juridique du dénouement de l'exploitation*, Droit de l'environnement, n° 233, avr. 2015, p. 124

(15) Bien que très récemment, par le décret n° 2015-1250 du 7 octobre 2015, le pouvoir réglementaire ait décidé de resserrer le champ du dispositif, ainsi qu'on le verra plus précisément dans la suite de l'étude.

1. Présentation du dispositif

L'articulation du dispositif des garanties financières est organisée autour de deux dispositions des articles R. 516-1 et R. 516-2 du Code de l'environnement, .

L'article R. 516-1 vise cinq catégories d'ICPE soumises à garanties financières : les installations de stockage des déchets, à l'exclusion des installations de stockage de déchets inertes ; les carrières ; les installations SEVESO seuil haut ; les sites de stockage géologique de dioxyde de carbone et les installations autorisées ou enregistrées susceptibles « *en raison de la nature et de la quantité de produits et déchets détenus, d'être à l'origine de pollutions importantes des sols ou des eaux* ». Les installations directement exploitées par l'Etat ne sont pas assujetties au dispositif, sans que cela ne porte atteinte au principe d'égalité (CE, 28 nov. 2013, n° 363301, *Fédération des entreprises du recyclage*).

Il convient dans un second temps de déterminer les opérations de réhabilitations du site qui vont être garanties. Ainsi, l'article R. 516-2, IV précise, pour chaque type d'installation visé à l'article précédent, les travaux devant être couverts par les garanties financières. Du coût estimé des opérations de réhabilitation dépendra le montant de la garantie. La réglementation prévoit que trois types d'opérations seront susceptibles d'être couvertes par les garanties, opérations que l'on peut classer des plus classiques aux plus ambitieuses en termes de réhabilitation du site.

La première catégorie d'opérations recouvre celles assurant la surveillance du site et le maintien en sécurité de l'installation. Ce sont des mesures de première nécessité, destinées à éviter la réalisation de tout risque sanitaire ou environnemental. Il s'agira, par exemple, de la surveillance du site pour les installations de stockage de déchets, la surveillance et le maintien en sécurité de l'installation en cas d'événement exceptionnel susceptible d'affecter l'environnement pour les installations SEVESO seuil haut, ou encore la mise en sécurité du site pour les installations dites du 5° de l'article R. 516-1.

On retiendra que pour chacune des cinq catégories d'installations soumises à garanties financières, lesdites garanties devront couvrir les opérations de mise en sécurité du site.

Le deuxième train de mesures devant être « assurées » par le mécanisme de garanties est constitué des mesures devant éventuellement être mises en œuvre pour remédier à une situation de crise, c'est-à-dire à anticiper, limiter et le cas échéant supprimer les conséquences dommageables d'un accident de pollution. Ces mesures concernent uniquement les quatre premières catégories d'installations classées soumises à garanties financières⁽¹⁶⁾, autrement dit, toutes les installations visées par les textes sauf celle du cinquième ensemble ajouté en 2012.

Certes, pour ce cinquième ensemble, le pouvoir réglementaire a bien prévu une garantie pour couvrir les mesures de gestion de la pollution en cas d'accident, mais celle-ci relève d'une toute autre

logique : il s'agit d'une garantie additionnelle, dont la constitution pourra – et non devra – être imposée par le Préfet.

Enfin, la troisième et dernière série de mesures garanties par le système des garanties financières ICPE, qui est relative à la remise en état du site après fermeture, ne concerne qu'un pan très réduit d'activités. En effet, seules les carrières et les installations de stockage de déchets sont aujourd'hui concernées. Auparavant, les exploitants d'installations dites « AS » (C. env., art. R. 516-1, 3°) devaient également constituer des garanties pour la remise en état du site, obligation qui a été supprimée par le décret n° 96-18 du 5 janvier 1996. Depuis, le pouvoir réglementaire n'a jamais osé ré-introduire cette mesure, qui constitue très certainement la mesure la plus ambitieuse du dispositif, tant par ses enjeux environnementaux et sanitaires que par son coût, dans le spectre des opérations couvertes par ces garanties.

Au final, l'évolution du champ des garanties financières, en tant que système à deux variables – la première relative aux installations concernées, la seconde aux opérations couvertes par la garantie – révèle la tendance suivante : au fur et à mesure que le mécanisme est étendu à de nouveaux types d'installations classées, le champ des opérations couvertes par la garantie se réduit. Pour preuve, les deux dernières catégories d'installations ajoutées au dispositif (à savoir les sites de stockage géologique de dioxyde de carbone ainsi que les installations autorisées ou enregistrées présentant d'importants risques de pollution) n'intègrent aucun élément relatif à la remise en état du site. Bien plus, si pour la première catégorie (sites de stockage géologique de dioxyde de carbone), la garantie va couvrir également en sus des opérations de mise en sécurité, les interventions en cas d'accident, la couverture des mesures en cas de situation de crise n'est qu'optionnelle pour les installations du 5^{ème} ensemble... Ceci est d'autant plus déroutant que ce 5^{ème} ensemble correspond aux activités numériquement les plus présentes sur le territoire national⁽¹⁷⁾ pour lesquelles, donc, les sommes liées à la dépollution du site ne sont pas automatiquement garanties.

Autrement dit, malgré les efforts du pouvoir réglementaire pour moderniser le dispositif ces dernières années, la question de son efficacité reste prégnante.

2. Focus sur les garanties financières des ICPE du 5° de l'article R. 516-1 : vers la création d'un régime autonome de garantie ?

Le décret du 3 mai 2012 précité a donc créé une cinquième catégorie d'installations soumises aux garanties financières de l'article L. 516-1. Or, de par la logique très particulière déterminant son champ d'application et le spectre des opérations couvertes, il est loisible d'émettre un doute sur l'appartenance de ce sous-régime au mécanisme générique des garanties financières consacré à l'article L. 516-1.

D'après l'article R. 516-1, V, ce 5^{ème} ensemble concerne les installations autorisées ou enregistrées qui, en substance, présentent d'importants enjeux en termes de pollution. Il faut ensuite s'en remettre à l'arrêté ministériel du 31 mai 2012 pour déterminer les

⁽¹⁶⁾ Ainsi sont-elles prévues pour les installations de stockage de déchets, mais également pour les installations de stockage de déchets inertes résultant de l'extraction de la carrière assujettie à garantie financière, pour les installations SEVESO seuil haut ainsi que pour les sites de stockage géologique de dioxyde de carbone.

⁽¹⁷⁾ Rapport CGEDD précité, p. 22 et 64.

activités de la nomenclature ICPE concernées. Toutefois, toutes les activités visées dans cet arrêté ministériel ne sont pas astreintes au mécanisme de garanties (Arr. 31 mai 2012, fixant la liste des installations classées soumises à l'obligation de constitution de garanties financières en application du 5° de l'article R. 516-1 du code de l'environnement). En effet, le pouvoir réglementaire a ajouté un troisième paramètre d'identification constitué sous la forme d'un seuil financier : l'installation sera considérée comme soumise au dispositif seulement si le montant théorique de la garantie atteint un certain seuil. Ce seuil, destiné à recentrer le dispositif sur les ICPE considérées comme les plus « dangereuses », était initialement fixé à 75.000 € et a été relevé par le décret du 7 octobre 2015 à 100.000 €.

En ce qui concerne les opérations susceptibles d'être garanties, seules deux types de mesures sont visées par le texte : les mesures de mise en sécurité et les mesures de gestion de la pollution en cas d'accident (C.. env., article R. 516-1, V).

Ainsi, pour les installations classées relevant de ce 5^{ème} ensemble, de manière classique, des garanties relatives à « la mise en sécurité du site » seront automatiquement constituées. Au contraire la garantie additionnelle destinée à couvrir le coût les « mesures de gestion de la pollution des sols ou des eaux souterraines » (C. env., art. R. 516-2, VI), ne présente pas un tel caractère d'automatisme. En effet, ce n'est qu'en cas de survenance d'un accident de pollution en cours d'exploitation, et si les contraintes financières et techniques font que toutes les mesures de dépollution ne peuvent être exécutées, que le préfet pourrait en imposer la constitution. Le texte exclut du champ de la garantie les pollutions dites historiques (C. env., art. R. 516-2, VI) car il impose que l'accident de pollution soit intervenu postérieurement au 1^{er} juillet 2012. En outre, il doit présenter une ampleur significative et être directement lié à l'activité exploitée. Le pouvoir d'appréciation du préfet n'est ainsi pas négligeable pour décider de la constitution ou non de ces garanties *sui generis* ; pouvoir d'appréciation qui, jusqu'alors, n'existait pas pour la constitution des garanties financières : soit l'activité était assujettie au mécanisme et l'exploitant devait contracter une garantie, soit elle ne l'était pas. Cette logique binaire est donc mise à mal pour les garanties additionnelles des installations du cinquième ensemble.

Logique de seuil pour déterminer quelles sont les installations concernées par le dispositif, logique de garantie « facultative », en cas d'accident de pollution : plus qu'à une extension du dispositif, le pouvoir réglementaire, au travers du décret du 3 mai 2012, a procédé à la création d'un régime quasi-autonome des garanties financières de l'article R. 516-1, 5°.

Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre : en ce qui concerne les modalités de maintien dans le temps des garanties, et leur appel en fin d'exploitation le cas échéant, ce seront les dispositions du régime « classique » des garanties financières qui viendront s'appliquer.

De ce fait, le lecteur peu averti risque de se perdre dans les méandres de la réglementation actuelle des garanties financières : en créant un régime quasi-autonome, mais toujours attaché au régime des garanties financières de l'article L. 516-1 et révérencieux vis-à-vis des principes cardinaux de la police des ICPE, l'opacité règne sur la matière...

Dans tous les cas, les exploitants devront ainsi redoubler de vigilance et s'entourer des conseils techniques et juridiques nécessaires pour cibler avec justesse les garanties financières qu'ils devront constituer ; et ce d'autant plus si leur installation recoupe – ce qui est bien souvent le cas en pratique – plusieurs des ensembles visés à l'article R. 516-1⁽¹⁸⁾.

B. Les modalités de constitution des garanties financières

1. La forme des garanties financières

L'article R. 516-2 du Code de l'environnement prévoit cinq possibilités :

Premièrement, la caution d'une banque, ou d'une société de financement, ou d'une assurance, ou d'une société de caution mutuelle.

Deuxièmement, une consignation auprès de la Caisse des dépôts et consignations.

Troisièmement, pour les ICPE de stockage de déchets, la souscription auprès d'un fonds de garantie géré par l'ADEME.

Quatrièmement, la souscription auprès d'un fonds de garantie par secteur d'activité.

Cinquièmement, une garantie autonome (garantie à première demande), auprès d'une banque, d'une société de financement, ou d'un assureur ; dans l'hypothèse d'une garantie à première demande délivrée par la société mère, celle-ci doit présenter la même contre-garantie.

Les aspects pratiques de ce marché montrent que :

- La Fédération française de banque ne favorise pas l'intervention des banques sur ce marché.
- Le marché est constitué pour l'essentiel des assureurs crédit.
- Selon ces sociétés, le taux d'acceptation des dossiers serait de 80 à 85 %.
- La durée des garanties financières d'un minimum de 2 ans serait en moyenne de 3 ans et demi.
- La consignation auprès de la Caisse des dépôts et consignations, si elle sanctuarise les sommes et les protège contre une éventuelle saisie-arrêt de la part des créanciers de l'exploitant, a l'inconvénient majeur de priver l'entreprise d'une trésorerie.

On notera que dans le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, déposé le 26 mars 2014 à l'Assemblée Nationale, a été ajouté, au cours de la navette parlementaire, un amendement visant à modifier la forme de la garantie financière exigée du tiers demandeur.

Si le projet de loi est définitivement adopté, l'article L. 512-21 du Code de l'environnement relatif à la procédure de tiers demandeur n'exigerait plus que la garantie soit à première demande. Cette

(18) Sur ce point, notamment lorsque sont en cause des installations visées au 3° de l'article R. 516-1, les textes prévoient désormais une mutualisation des garanties. Voir, à cet égard, BDEI, n°60/2015, p. 9, chronique, Installations classées « Nouveau cadre réglementaire pour les garanties financières : le seuil d'exploitabilité revu à la hausse ».

mesure vient en réponse à la vive demande des promoteurs immobiliers, qui figurent au premier rang des personnes susceptibles d'endosser la qualité de tiers demandeur, d'alléger une exigence qui leur apparaît excessive et économiquement dissuasive. En effet, les organismes de caution sont de moins en moins enclins, dans le contexte économique actuel, à octroyer une garantie à première demande, pour laquelle, aucune exception ne peut être opposée en cas d'appel de ladite garantie.

2. La détermination du montant des garanties financières

L'article R. 516-2, IV du Code de l'environnement prévoit que le montant des garanties financières est établi d'après les indications fournies par l'exploitant et compte tenu du type d'activité (stockage de déchets, carrière, etc.).

Pour chaque activité, il conviendra de se référer à l'arrêté ministériel correspond ou à la circulaire définissant la méthodologie de calcul applicable.

En clair, c'est l'exploitant qui proposera au préfet un montant de garantie, établi en application de la méthodologie de calcul ministérielle. Le préfet décidera ensuite, au regard de ces éléments, des conditions d'exploitation, et dans le respect du principe de proportionnalité, du montant final de la garantie.

Ce montant pourra toutefois être modifié par le biais d'un arrêté préfectoral complémentaire à l'arrêté d'autorisation ICPE (CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014, Comité de sauvegarde de Claren-cy-Valensole).

C'est ainsi que pour les installations visées au 5° de l'article R. 516-1, il faudra envisager les coûts de la mise en sécurité du site en fonction de l'arrêté ministériel dit « de calcul » du 31 mai 2012 ainsi que de l'arrêté dit « de liste » du même jour.

Il conviendra en outre de distinguer pour cette catégorie d'activité si la demande d'autorisation a été déposée avant ou après le 1^{er} juillet 2012. Pour les demandes d'autorisation déposées antérieurement au 1^{er} juillet 2012, un délai de six ans avait été accordé aux exploitants pour qu'ils s'acquittent de leurs obligations. Pour les demandes d'autorisation déposées après le 1^{er} juillet 2012, l'obligation était immédiatement applicable.

L'arrêté du 12 février 2015 a décalé ce calendrier dans le temps, suivant que les installations dépendent de l'annexe 1 ou de l'annexe 2 de cet arrêté (renvoyant aux rubriques de la nomenclature des installations classées).

Pour les installations mentionnées à l'annexe 1, celles-ci doivent constituer des garanties financières de la façon suivante :

- 40 % du montant initial à compter du 1^{er} juillet 2015
- 20 % du montant initial par an pendant 3 ans.

Pour les installations classées mentionnées à l'annexe 2 et existantes au 1^{er} juillet 2012, l'obligation a été reportée au 1^{er} juillet 2019.

Le décret n° 2015-1250 du 7 octobre 2015 a rehaussé le seuil d'exigibilité des garanties financières pour ce cinquième ensemble, pour le porter à 100 000 €. En conséquence, si le calcul de l'exploitant aboutit à un chiffre inférieur à 100 000 €, il sera dispensé de l'obligation de constitution de la garantie.

Le montant retenu de la garantie financière ainsi que les modalités d'actualisation de ce montant figureront dans l'arrêté préfectoral d'autorisation.

Enfin, l'exploitant devra redoubler de vigilance pour calculer le montant de sa garantie dans les deux hypothèses suivantes.

D'une part, lorsque sur le même site ICPE, sont exploitées une ou plusieurs activités visées au 5° de l'article R. 516-1 ainsi que des installations relevant du 3° (installations dites AS) et déjà soumises au dispositif, l'exploitant devra se référer aux dispositions spécifiques de l'arrêté « calcul » du 31 mai 2012. En substance, celles-ci prévoient que le fait d'avoir constitué des garanties pour les installations dites AS n'exonère pas l'exploitant d'en constituer de nouvelles pour les activités visées au 5° de l'article R. 516-1.

D'autre part, le décret du 7 octobre 2015 susvisé (désormais C. env., art. R. 516-2, I) a ouvert la porte de la mutualisation des garanties financières pour l'exploitant de plusieurs installations visées à l'article L. 515-36 du Code de l'environnement (installations AS). Un arrêté ministériel est attendu pour fixer les modalités pratiques de cette mutualisation.

La condition *sine qua none* de l'efficacité du dispositif des garanties financières réside dans sa pérennité dans le temps. Ainsi, une fois les garanties dûment constituées au début de l'exploitation, le préfet devra s'assurer de leur durabilité.

C. Le problème du maintien dans le temps des garanties financières

En cours d'exploitation, des piques de rappel sont nécessaires (1) afin de s'assurer qu'*in fine*, en cas de défaillance de l'exploitant, le préfet puisse procéder à l'appel de la garantie (2).

1. Le renouvellement des garanties

Selon l'article R. 516-2 V du Code de l'environnement, les garanties financières sont constituées pour une période minimale de deux ans. Ce renouvellement sera à assurer dans les conditions procédurales identiques à celles organisant leur constitution.

C'est la surface financière dont bénéficie l'entreprise qui détermine la durée de l'engagement de la société de caution, ce qui, en pratique, ramène souvent la durée à deux ans⁽¹⁹⁾, les garants pouvant se trouver hésitants à s'engager à plus long terme. Or le site industriel sera exploité pour une durée beaucoup plus longue. Les textes susvisés imposent donc à l'exploitant d'anticiper le renouvellement de sa garantie au moins trois mois avant chaque échéance.

Bien que cette approche soit indispensable afin d'assurer l'efficacité du dispositif des garanties financières, certaines voix s'élèvent⁽²⁰⁾ pour mettre en exergue les inconvénients attachés à la problématique du renouvellement ou de l'absence de renouvellement. En effet, s'assurer du renouvellement de la garantie représente une

(19) Rapport du CGEDD précité, p. 50

(20) Rapport du CGEDD précité

charge de travail non négligeable pour les DREAL⁽²¹⁾ et les entreprises exploitantes. Si l'on considère, en moyenne, que la durée d'une garantie est de trente-six mois, cela implique que tous les trente mois environ, l'exploitant devra s'assurer que son garant est enclin à renouveler sa garantie. Si tel n'était pas le cas, il devra retrouver une garantie dans un délai de six mois, afin de ne pas laisser son activité sans protection.

Les difficultés naissent lorsque le renouvellement de la garantie fait défaut. Depuis le décret du 7 octobre 2015, les textes relatifs aux garanties financières se contentent d'indiquer qu'en pareil cas, le garant devra informer le préfet par lettre recommandée avec accusé réception au moins trois mois avant l'échéance (C. env., art. R. 516-2, V).

En réalité, il faut s'en remettre aux principes fondateurs de la police des ICPE et considérer qu'en l'absence de renouvellement, l'exploitant ne respecte plus l'une des conditions de légalité de l'exploitation. La poursuite de l'activité devient illégale et implique l'édiction d'une mise en demeure, voire également d'une sanction, en application des dispositions de l'article L. 171-8, II, 3° du Code de l'environnement.

Toutefois, cette bonne intention de faire respecter la réglementation risque de se heurter aux enjeux locaux en termes d'emplois et d'activité économique⁽²²⁾. C'est là le talon d'Achille du mécanisme des garanties financières, que la doctrine et les professionnels de la matière décriaient déjà en 2000 : « si un assureur ou banquier ne renouvelait pas (ou pas au montant voulu) la garantie financière qui expire, l'administration se verrait contrainte, sauf à laisser l'exploitation fonctionner dans l'illégalité, de mettre en œuvre le dispositif de sanctions financières, et de le mener ensuite jusqu'à son terme : la suspension ou la fermeture de l'exploitation si la procédure de consignation des sommes n'aboutit pas. Mais dans ce cas, et sans même parler des répercussions d'une autre nature (l'emploi, l'économie locale,...), le remède serait pire que le mal, puisqu'il aurait pour effet de précipiter, en la rendant précisément insoluble au cas particulier, la question qui ne se posait pas concrètement jusque-là, du financement de la dépollution ou de la remise en état du site après arrêt. En d'autres termes, il provoquerait le sinistre qu'il visait précisément à écarter. Enfin, la lourdeur du dispositif a de quoi inquiéter »⁽²³⁾.

Autrement dit, le préfet devra choisir, en cas de non-renouvellement de la garantie, entre deux voies qui auront finalement le même résultat malheureux, à savoir l'absence de fonds disponibles pour réaliser les travaux de réhabilitation du terrain en fin d'activité : soit le préfet décidera de la mise en œuvre des pouvoirs de police ICPE avec le risque de précipiter l'entreprise vers la faillite,

soit il autorisera la poursuite de l'exploitation sans garanties. Cet écueil caractéristique du mécanisme, représentatif de son manque d'efficacité, n'a su être corrigé depuis plusieurs années, poussant ainsi certains acteurs du secteur à s'interroger sur l'opportunité de conserver un tel dispositif⁽²⁴⁾.

2 La défaillance de l'exploitant : la mobilisation des garanties financières

Si l'exploitant s'est acquitté de l'ensemble des obligations inhérentes à la cessation de son activité⁽²⁵⁾, le préfet donnera mainlevée des garanties financières en application de l'article R. 516-5, II. Au contraire, s'il n'est pas en mesure d'assurer la réhabilitation du site, le préfet sera contraint d'appeler les garanties. En application de l'article R. 516-3, l'appel des garanties peut avoir lieu dans trois hypothèses spécifiques : en cas de non-exécution par l'exploitant de ses obligations (non-réalisation des opérations couvertes par la garantie), de liquidation judiciaire ou disparition juridique et, dernière hypothèse, en cas de défaillance du garant de l'exploitant dans le cas où l'exploitant aurait lui-même disparu, serait mis en liquidation judiciaire ou n'aurait pas exécuté les travaux de remise en état attendus.

Ces trois hypothèses ont fait l'objet d'ajustements récents par le décret du 7 octobre 2015 susvisé, afin de répondre aux attentes des professionnels⁽²⁶⁾ et gagner en efficacité.

Dans la première hypothèse, le décret a modifié la procédure d'appel de la garantie : désormais, il pourra avoir lieu après l'édiction par le préfet d'une simple mise en demeure restée infructueuse, sans que le préfet doive au préalable mettre en œuvre ses pouvoirs de sanction. Jusque-là, l'appel ne pouvait être réalisé qu'après le déroulement de la procédure de sanction administrative, qui avait la fâcheuse tendance de s'étendre sur plusieurs mois, durant lesquels la garantie financière avait tout le temps d'expirer. Le préfet se retrouvait alors dans l'impossibilité de mobiliser la garantie face à une entreprise en pleine déroute financière...⁽²⁷⁾

La deuxième hypothèse a également fait l'objet d'une rationalisation de la procédure : dorénavant, le préfet peut appeler la garantie dès l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire⁽²⁸⁾.

Enfin, dernière hypothèse, le préfet peut désormais appeler les garanties financières auprès « du garant du garant ». Cette évolution, destinée à renforcer l'efficacité du dispositif et visant à remédier à

(21) Cette surcharge de travail est particulièrement lourde pour les DREAL en ce qui concerne l'appréciation du renouvellement des garanties des ICPE du 5° de l'article R. 516-1 : dès lors que la constitution de ces garanties obéit à un calendrier minutieusement fixé par le pouvoir réglementaire, les renouvellements interviendront, pour chacune des ICPE de cette catégorie, sensiblement aux mêmes périodes... provoquant donc une surcharge de travail non lissée sur l'année.

(22) Ce qui est malheureusement très fréquent en pratique en matière d'ICPE

(23) Rapport susvisé, p. 37

(24) Rapport du CGEDD précité, 2014

(25) On relèvera que le texte indique que la levée de l'obligation de garanties financières peut être « Lorsque le site a été remis en état totalement ou partiellement ou lorsque l'activité a été totalement ou partiellement arrêtée ». Or, ces conditions sont imparfaitement définies, les notions de remise en état et de cessation partielle étaient considérées comme pouvant être interprétées de manière très large. Voir, sur ce point, Baucomont M., Lamy Environnement, Installations classées, étude n° 236.

(26) Rapport du CGEDD précité

(27) Sur cet aspect, voir le rapport du CGEDD, précité

(28) Sur les procédures collectives en matière de sols pollués, se référer au guide édité par le Ministère de l'Ecologie (*Guide à destination des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et de l'inspection des installations classées*, deuxième version, juin 2012).

la défaillance de l'exploitant couplée à la défaillance de la garantie qui lui a été accordée, risque toutefois en pratique de ne pas avoir les retombées espérées : dès lors que le garant du garant peut être recherché, il y a de fortes chances pour que les banques soient peu enclines à mettre en place des garanties autonomes à plusieurs degrés, et ne souhaitent contracter qu'avec l'exploitant – au risque de ne pas accorder de garantie à celui-ci si elles considèrent qu'au regard de la santé financière de l'entreprise, l'opération est trop risquée pour elles...

D. Les liaisons dangereuses entre garanties financières et capacités financières

Ainsi qu'il a été rappelé, la délivrance de l'autorisation d'exploiter une ICPE prend en compte les capacités financières et techniques de l'exploitant (C.env., art. L. 512-1). La constitution des garanties financières est quant à elle une condition de légalité de l'exploitation de l'activité.

De par leur définition, ces deux notions sont intrinsèquement complémentaires : elles ont pour finalité de se prémunir contre les risques environnementaux et sanitaires qu'engendrerait la défaillance de l'exploitant. Bien plus, dans l'esprit du banquier ou de l'organisme de caution, ces deux notions ne peuvent être dissociées : il est certain que l'entreprise bénéficiant d'une confortable surface financière aura plus de facilité à obtenir une garantie financière qu'une entreprise à la santé financière oscillante. Autrement dit, la garantie financière sera, en pratique, largement plus accordée à une entreprise dont les capacités financières postulent que cette garantie ne sera jamais actionnée...

La loi du 30 juillet 2003 précitée a tiré les conséquences de ce lien entre les deux notions, en contraignant l'exploitant d'une ICPE soumise à garanties financières, en cours d'exploitation, à notifier au préfet toute modification substantielle de ses capacités techniques et financières. Ainsi, le préfet pourra réagir en temps utile et décider, s'il le juge nécessaire, de renforcer les garanties existantes ou, le cas échéant, d'en imposer la mise en place de nouvelles (C. env., art. L. 516-2).

Toutefois, ce lien naturel et juridiquement consolidé entre les deux notions peut se révéler pernicieux : face à une baisse des capacités financières, le préfet pourra imposer la constitution de nouvelles garanties ou le renforcement de celles déjà prises. Et il y a de fortes chances pour que l'exploitant se retrouve confronté à un refus du garant.

La faiblesse du dispositif, que l'on avait abordé pour le cas du non-renouvellement de la garantie (cf. *supra*), se retrouve donc dans les mêmes termes dans l'hypothèse de baisse des capacités financières. La conséquence est similaire : l'impossibilité pour l'exploitant de trouver un garant, précipitant ainsi l'entreprise vers sa disparition, dès lors que la constitution de la garantie financière est une condition de la légalité de l'exploitation de l'activité⁽²⁹⁾. Il s'agit

clairement d'une spirale infernale, que le pouvoir réglementaire a bien du mal à enrayer !

Partant de ce constat, des voix se sont récemment élevées pour réformer en profondeur, voire abandonner le mécanisme des garanties financières⁽³⁰⁾.

Ainsi, les auteurs du rapport du CGEDD de décembre 2014⁽³¹⁾ proposent, entre trois scénarios, une alternative qui a retenu notre attention. Il s'agirait, pour les ICPE du 5^{ème} ensemble de l'article R. 516-1 (installations autorisées ou enregistrées présentant des risques importants en termes de pollution), qui sont les installations numériquement les plus importantes sur le territoire national, d'abandonner le présent dispositif des garanties. Celui-ci serait remplacé par un contrôle permanent des capacités financières de l'exploitant. Autrement dit, à la place de la constitution de garanties financières, il serait exigé que les fonds propres de l'exploitant soient en permanence supérieurs aux coûts de mise en sécurité des installations lors de la cessation d'activité.

Chaque année, l'exploitant remettrait une attestation comptable à l'administration attestant de la surface financière suffisante de l'entreprise pour assurer, en fin de parcours, les opérations couvertes aujourd'hui par la garantie financière.

Les avantages pour l'exploitant ne seraient pas négligeables : exonération de recherche d'un garant, absence de décaissement obligatoire d'une somme si la seule forme de garantie accessible à l'exploitant était la consignation. Les atouts pour l'Administration sont également évidents : gain de temps procuré par l'absence de contrôle des garanties de l'exploitant – l'attestation vaudrait *quitus*⁽³²⁾ –, et le préfet ne serait plus contraint de procéder à un arbitrage délicat entre politique de maintien de l'emploi et de l'activité et nécessité de faire respecter les règles d'environnement...

Néanmoins, une contrainte de taille reste à surmonter : ces fonds doivent-ils ou non être affectés aux opérations de réhabilitation du terrain en fin d'activité ? L'on retombe toujours sur le même problème : si ces fonds ne sont pas affectés aux opérations couvertes par les garanties financières, il y a de grandes chances, au cas où l'exploitant rencontrerait des soucis financiers en fin d'activité, qu'il doive utiliser ces fonds pour combler d'autres dettes que la dette environnementale (telles que les salaires, figurant eux au rang de créances privilégiées...). Au contraire, si le mécanisme implique de constituer des actifs dédiés à la réalisation des opérations couvertes par les garanties financières, alors il s'agit d'une consignation sans le dire avec tous les problèmes en termes de trésorerie que cela engendre pour l'entreprise...

Conclusion

Bien que les pouvoirs publics aient procédé, ces derniers temps, à des réajustements bienvenus du cadre réglementaire des garanties financières des ICPE, dans un souci constant d'amélioration du

(29) Voir, sur ce point, Boivin J.-P. et Herce S., *Origines et portée de la notion de capacités techniques et financières dans les polices des mines et des installations classées*, BDEI, Supp. au n° 42/2012, p. 9 – Rapport du CGEDD précité, 2014. Le rapport HUGON LUBEK susvisé démontrait également l'ambiguïté du lien entre ces deux notions.

(30) Rapport du CGEDD, préc.

(31) Rapport du CGEDD, préc.

(32) Ce mécanisme n'est pas sans rappeler l'attestation du bureau d'études en cas de demande de permis de construire dans un secteur d'information sur les sols...

dispositif, en réponse notamment aux préconisations du rapport du CGEDD, la faiblesse intrinsèque du dispositif persiste.

Ainsi qu'il a été vu, son efficacité reste très relative face à la déroutante financière d'un exploitant, mettant clairement en exergue la question du maintien de ce dispositif dans l'arsenal réglementaire des ICPE.

Il nous semble donc que plus qu'à des modernisations par petites touches, c'est à une réforme en profondeur du mécanisme que les pouvoirs publics vont devoir s'atteler, ce qui ne se fera pas sans douleur, au regard des enjeux colossaux mis en jeu, que ce soit pour les industriels, les organismes de cautionnement ou encore les associations de protection de l'environnement.

L'environnement dans les opérations de haut de bilan

Ali Bougrine

Depuis plusieurs décennies et notamment au gré de la survenance de différents événements (catastrophe de Sevezo en 1976, explosion de l'usine AZF en 2001...), le législateur, tant au niveau communautaire que national, a élaboré une réglementation abondante de prévention des risques technologiques notamment à travers le régime des installations classées.

Compte-tenu des incidences de cette réglementation notamment en termes de responsabilité, les enjeux environnementaux revêtent une importance particulière dans les opérations de haut de bilan portant, directement ou indirectement, sur une installation classée.

Cette importance s'exprime non seulement en termes opérationnels (autorisation d'exploiter) mais également en termes financiers (gestion des passifs existants ou potentiels) dans la mesure où le repreneur d'une installation classée reprend *de facto* les risques technologiques (industriels, nucléaires, biologiques, miniers...) attachés au site en cause et/ou son exploitation.

A. La problématique des autorisations d'exploiter dans les opérations de haut de bilan

Les opérations de haut de bilan impliquant une installation classée doivent nécessairement faire se poser la question de savoir si elles induisent un changement d'exploitant afin de déterminer si des mesures particulières doivent être prises pour assurer le transfert de l'autorisation d'exploiter.

Cette question revêt une importance particulière dans la mesure où à défaut d'être anticipée, le principal risque pourrait être de voir une personne détenir une installation classée sans avoir les autorisations nécessaires à son exploitation.

1. Notion de changement d'exploitant

La notion de changement d'exploitant couvre tous les cas de figure dans lesquels l'identité de la personne physique ou morale en charge de l'exploitation (et donc le titulaire de l'autorisation d'exploiter) change.

Les principales opérations sont les cessions de fonds de commerce, les fusions-absorption et transfert partiels d'actifs et les cessions de participation ou de contrôle.

La cession de fonds de commerce, consiste à voir une personne transférer l'ensemble des moyens (nom commercial, droit au bail, droits de propriété industrielle...) nécessaires à l'exploitation d'une clientèle.

S'agissant d'un transfert d'actifs, une telle opération implique logiquement, lorsque le fonds de commerce en question vise l'exploitation d'une installation classée, le transfert de celle-ci mais ne peut porter sur l'autorisation d'exploiter qui n'est pas un actif transférable de par la seule volonté du cédant.

Le transfert d'actifs se faisant au bénéfice d'une personne morale différente de l'exploitant initial, une cession de fonds de commerce entraîne un changement d'exploitant dans la mesure où l'exploitation de l'installation nécessitera l'obtention (par le cessionnaire du fonds de commerce) d'une autorisation d'exploiter.

Il en va de même en cas (i) de fusion-absorption prévoyant l'absorption d'une société titulaire d'une autorisation d'exploiter par une autre société et (ii) d'apport partiel d'actif.

En effet, ces deux types d'opérations entraînant la transmission universelle de tout ou partie du patrimoine d'une entreprise (à l'exclusion de l'autorisation d'exploiter qui, à l'instar de la cession de fonds de commerce n'est pas librement transférable) elles entraînent un transfert de la propriété de l'installation et un changement d'exploitant.

La question est toutefois plus délicate s'agissant d'une cession de participation ou de contrôle, qui n'entraînant qu'un simple changement au sein de la personne morale de l'exploitant, n'implique pas de changement d'exploitant.

Cependant et en pratique, le transfert du contrôle d'une société à un autre groupe pouvant conduire à une modification substantielle des capacités financières et techniques qui avait permis l'obtention de l'autorisation d'exploiter, la question de la pérennité de l'autorisation doit être posée.

2. Incidence de la nature des autorisations dans les opérations de haut de bilan

Dès lors qu'une opération de haut de bilan implique un changement d'exploitant, il convient de déterminer la nature de cette autorisation afin de déterminer les opérations à mener afin d'en assurer le transfert (déclaration ou nouvelle autorisation).

Aux termes de l'article R.512-68 Code de l'environnement : « *Sauf dans le cas prévu à l'article R. 516-1, lorsqu'une installation classée change d'exploitant, le nouvel exploitant en fait la déclaration au préfet dans le mois qui suit la prise en charge de l'exploitation. Cette déclaration mentionne, s'il s'agit d'une personne physique, les nom, prénoms et domicile du nouvel exploitant et, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social ainsi que la qualité du signataire de la déclaration. Il est délivré un récépissé sans frais de cette déclaration.* »

À ce stade, il convient de rappeler que l'article R.516-1 du Code de l'environnement vise « *les installations dont la mise en activité est subordonnée à l'existence de garanties financières* » à savoir les installations de stockage des déchets (à l'exclusion des installations de stockage inertes), les carrières, les installations figurants sur la liste prévue à l'article L. 515-36, les sites de stockage géologique de dioxyde de carbone, les installations soumises à autorisation au titre de l'article L. 512-2 et les installations soumises à autorisation simplifiée au titre de l'article L. 512-7 susceptibles, en raison de la nature et de la quantité des produits et déchets détenus, d'être à l'origine de pollutions importantes des sols ou des eaux.

À l'aune de ces textes et dans les opérations de haut de bilan induisant un changement d'exploitant (cession de fonds de commerce, fusion-absorption, apport partiel d'actif), il est généralement prévu :

- (i) que la réalisation des opérations visant des installations relevant de l'article R.516-1 du Code de l'environnement est subordonnée (sous la forme d'une condition suspensive) à l'obtention d'une nouvelle autorisation d'exploiter. Dans cette hypothèse, le nouvel exploitant doit notamment constituer ses propres garanties financières dans la mesure où il n'y pas de transfert automatique des garanties financières. La décision du Préfet doit intervenir dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande (C. env., art. R. 516-1).
- (ii) qu'en cas de réalisation visant des installations autres que celles relevant de l'article R. 516-1 du Code de l'environnement, le nouvel exploitant procèdera à la déclaration prévue à l'article R. 512-68 Code de l'environnement. La méconnaissance de l'obligation d'information est sanctionnée d'une amende maximum de 7 500 euros.

En matière de cession de participation ou de contrôle et bien qu'une telle opération n'implique pas intrinsèquement de changement d'exploitant, dès lors qu'elle est « *de nature à entraîner un changement notable des éléments du dossier de demande d'autorisation* », elle doit être portée à la connaissance du préfet.

3. Incidences du changement d'exploitant

Le nouvel exploitant jouit d'un titre lui permettant d'exploiter ses installations. Le récépissé de déclaration ou l'arrêté de transfert d'une autorisation d'exploiter déclenche le transfert de responsabilité environnementale : en cas de cession du site à un tiers, l'exploitant initial n'est exonéré de ses obligations que si le ces-

sionnaire s'est substitué à lui en qualité d'exploitant (CE, 10 janv. 2005, n° 252307, Société Sofiservice).

B. La gestion des passifs environnementaux dans les opérations de haut de bilan

La reprise d'une installation classée comporte des risques particuliers pour le repreneur visant principalement les passifs ou risques de passifs que sont les pollutions existantes et révélées, les pollutions existantes et non révélées, les pollutions existantes mais non connues et l'obligation de remise en état.

Ces risques ont une résonance particulière dans la mesure où avec les droits sociaux vont se transmettre les obligations liées aux sites en cours d'exploitation comme aux sites anciennement exploités par la société elle-même ou par des sociétés aux droits desquelles elle vient. Ces obligations visent tant les sites de la société que les terrains voisins des sites d'exploitation de la société lorsqu'ils auront été pollués de son fait.

Dans ces conditions, les parties à une opération de haut de bilan doivent envisager la gestion des passifs environnementaux inhérents à la reprise d'une installation classée tant en amont (information préalable et audit) et en aval (garantie de passif).

1. Information de l'acquéreur sur les passifs ou risques environnementaux

Aux termes l'article L. 514-20 du Code de l'environnement, « *Lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation.*

Si le vendeur est l'exploitant de l'installation, il indique également par écrit à l'acheteur si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives. L'acte de vente atteste de l'accomplissement de cette formalité.

À défaut, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente. »

Si cette obligation d'information s'applique à un certain nombre d'opérations, il est important de relever qu'elle ne s'applique pas aux cessions de droits sociaux et que le vendeur n'est pas tenu dans ce cas d'informer l'acquéreur des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation.

Malgré cette absence d'obligation d'information sur le fondement des dispositions du Code de l'environnement, la récente réforme du droit des obligations (Ord.n° 2016-131, 10 février 2016) qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016, devrait permettre, de fait, une protection accrue de l'acquéreur d'une installation classée. En effet, le nouvel article 1112-1 du Code civil prévoit que « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

2. Réalisation d'un audit environnemental

Si la réalisation des opérations de haut de bilan est généralement précédée d'audits portant notamment sur les aspects financiers, juridiques ou fiscaux des sociétés ou activités cibles, il paraît également indispensable de réaliser un audit environnemental lorsqu'une installation classée et directement ou indirectement visée. Cette nécessité est d'autant plus accrue lorsque l'acquéreur est un professionnel du secteur.

Un tel audit peut en premier lieu être réalisé sous un angle technique (carottage, analyse des sols...) afin de déterminer si des pollutions existent. En fonction de la nature et du nombre d'installations reprises, la réalisation d'un audit technique nécessite de déterminer (notamment en raison des coûts induits) si tous les sites doivent être audités ou si un échantillon seulement doit l'être.

L'audit environnemental peut en second lieu être réalisé sous un angle financier afin de déterminer si des provisions ont été constituées pour la remise en état éventuelle des sites exploités⁽³³⁾.

L'audit environnemental peut enfin en troisième lieu être réalisé sous un angle plus juridique à l'effet de déterminer notamment si les autorisations obtenues sont existantes et valables, la durée résiduelle de ces autorisations ou encore l'adéquation des autorisations avec les activités réelles.

Au-delà de l'information complémentaire résultant d'un audit, la principale difficulté qu'il soulève consiste à déterminer les conséquences pratiques qui doivent être tirées de ses conclusions.

En fonction des risques significatifs identifiés, les parties pourront envisager différentes solutions comme⁽³⁴⁾ :

- (i) une extension de l'autorisation d'exploiter lorsque sa durée résiduelle est jugée trop courte ;
- (ii) l'obtention d'une extension de l'autorisation si les activités réelles ne sont pas en adéquation avec l'activité réelle ;
- (iii) une diminution ou un ajustement du prix si les provisions nécessaires pour couvrir les risques et passifs environnementaux n'ont pas été constituées ;
- (iv) une diminution ou un ajustement du prix afin de tenir compte du coût de dépollution afférent à des pollutions existantes si un tel coût peut être déterminé, ou encore ;
- (v) une garantie spécifique si le montant des coûts de dépollution ne peut être déterminé ou un ajustement du prix à l'issue d'une expertise indépendante.

3. Garantie des passifs environnementaux

Une opération de haut de bilan pouvant être librement réalisée sur la base des risques et/ou passifs environnementaux connus (du fait de leur révélation par l'exploitant ou par les audits) il convient

également de se prémunir des passifs non révélés ou non connus et des risques de passif.

À cet égard et à l'instar d'autres points essentiels (comme la propriété des titres de la société acquise, la régularité de ses comptes...) la gestion des passifs environnementaux (potentiels ou existants) peut être envisagée par la mise en place d'une garantie de passif.

De façon traditionnelle, la garantie de passif peut reposer sur un système de déclarations faites par l'exploitant à la date de réalisation de l'opération qui, si elle devait s'avérer inexactes permettraient au bénéficiaire de la garantie de demander l'indemnisation du préjudice subi. Il convient de noter que la garantie de passif n'est pas opposable aux tiers et notamment à l'Administration, seul l'exploitant est responsable vis-à-vis de cette dernière. La garantie a donc un aspect indemnitaire qu'entre le cédant et le cessionnaire.

En matière environnementale, la garantie de passif pourra notamment viser les autorisations d'exploiter (titularité des autorisations, adéquation des autorisations aux activités, absence de contentieux...), la conformité de l'exploitation aux autorisations, la conformité de l'exploitation aux lois et règlements applicables en matière environnementale, l'absence de pollution sur les sites de la société et/ou sur les sites de tiers, ou encore le fait que les conditions d'exploitation ne sont pas susceptibles de générer une pollution sur les sites de la société et/ou sur les sites de tiers.

Les parties peuvent également et volontairement exclure de la garantie certains passifs qui, le plus souvent sont pris en compte dans le prix. En tout état de cause et s'agissant des exclusions, la rédaction doit être très précise. Ainsi, il convient par exemple de se limiter l'exclusion de certains passifs identifiés sans pour autant que la rédaction puisse être interprétée comme permettant également d'exclure les passifs qui pourraient découler d'une décision administrative postérieure à l'opération mais visant une pollution antérieure et exclue).

La garantie de passif devra définir clairement le préjudice indemnisable qui vise le plus souvent soit le décaissement effectif et/ou la perte de valeur de la société ou fonds de commerce. En matière environnementale, le préjudice peut ainsi correspondre au coût de la dépollution, aux frais annexes (experts, conseils, amendes, pénalités) ou encore à la perte d'exploitation si une telle mesure est rendue nécessaire notamment en cas de travaux de dépollution.

De façon usuelle en la matière, la garantie de passif devra également préciser les autres modalités de sa mise en œuvre notamment en termes de :

- (i) détermination du montant de l'indemnisation (100% du préjudice subi réduit des économies d'impôt, du montant des provisions ou de l'indemnité d'assurance) ;
- (ii) de durée, la difficulté sur ce point étant que l'existence d'un passif environnemental peut n'être connue que très longtemps après une opération rendant parfois complexe la limitation temporelle de la garantie de passif environnementale ;
- (iii) de seuil (unitaire et/ou global) de déclenchement et de franchise applicable ;

(33) Conseil national de la comptabilité, Recommandation n° 2003-r02 du 21 octobre 2003, concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes individuels et consolidés des entreprises.

(34) La liste figurant ci-dessus est donnée à titre purement illustratif et ne saurait prétendre à l'exhaustivité.

- (iv) de bénéficiaire de la garantie à savoir l'acquéreur et, le cas échéant, ses successeurs ;
- (v) les modalités de gestion des contentieux notamment avec l'administration (information du vendeur, conduite de la procédure...) ou encore ;

- (vi) de garantie de la garantie (garantie bancaire, cautionnement...) permettant de donner au bénéficiaire de la garantie un certain confort quant au paiement des indemnités qui pourraient lui être dues.

Échanges avec la salle

Intervention de la salle

Vous évoquez la question des capacités financières pour les ICPE. À votre sens existe-t-il d'autres secteurs qui bénéficient de ces principes en France ?

Jean-Nicolas Clément

Le secteur de la mine.

Caroline Facelina

On peut aussi citer les garanties financières pour les éoliennes. Même si les éoliennes constituent des ICPE, désormais, pour les éoliennes autorisées, nous avons un régime de garanties financières autonomes de celui prévu aux articles L. 516-1 et suivants du Code de l'environnement. De mémoire, c'est pour garantir les opérations de remise en état en fin d'activité. C'est la même philosophie, mais c'est un régime indépendant.

Intervention de la salle

Les accidents sont-ils couverts ?

Caroline Facelina

Je pense que ça ne vise que la remise en état.

Jean-Pierre Boivin

Une remise en état extrêmement limitée. C'est-à-dire que sont prévus uniquement les enlèvements des mâts. Le vrai problème, qui est celui des socles en béton, n'a pas été inclus. Or le vrai problème est là, le socle garanti au moins un siècle... le paysan n'a plus qu'à faire le tour !

Intervention de la salle

J'ai une question concernant la cession de parts sociales. Il a été dit qu'il n'était pas possible de faire jouer la garantie des vices cachés. Pourquoi cette possibilité n'existe-t-elle pas ? Par exemple, cession des parts sociales d'une SCI avec une activité industrielle, bien que la SCI n'ait rien à voir avec ça. Les parts sont cédées afin de faire de l'aménagement immobilier. Après cession des parts sociales, on se rend compte qu'il y a pollution du terrain. Pourquoi ne peut-on pas faire jouer la garantie des vices cachés ? Peut-on faire jouer l'obligation de délivrance conforme ?

Ali Bougrine

Il y a deux embarras. La garantie des vices cachés qui est encadrée par ce que l'on appelle le bref délai. Sur le fond il y a eu des débats de jurisprudence pour savoir quel était le vice ? Est-ce un vice sur le titre, ce qui peut arriver, ou est-ce un vice qui porte sur

l'entreprise représentée par les titres. La jurisprudence est plutôt allée dans le sens de dire que la garantie des vices cachés joue sur l'objet même qui est cédé, le titre. Quant à l'obligation de délivrance, c'est une voix qui a été tentée avec plus de succès : garantie de délivrance, résistance dolosive.

Intervention de la salle

Peut-on faire jouer la responsabilité des associés ? Il me semble que c'est possible pendant un délai de cinq ans.

Intervention de la salle

Oui, *a fortiori*, pour une SCI.

Intervention de la salle

J'ai une question sur les capacités financières, en particulier des exploitants publics d'installations classées de traitement de déchets qui ne sont pas toujours techniquement capables d'exploiter leurs installations et qui font appel à des exploitants tiers. Dans ce cas, chez qui cherche-t-on les capacités financières ?

Jean-Nicolas Clément

À ma connaissance, le débat ne s'est pas posé en jurisprudence. Il y a deux éléments à prendre en considération. Le premier est qu'en général le problème peut être évité dans la mesure où le concessionnaire ou le contractant de l'administration est parfois plus doté financièrement que la collectivité elle-même. Le second est celui de l'information : dans le dossier, nous aurons au mieux le contrat de la collectivité avec son contractant. Mais si ce contrat n'est pas au dossier, on va retomber sur le problème de la mise à disposition du public de toutes les informations qui auraient permis au public de critiquer la problématique, d'apprécier les capacités de celui qui concrètement réalise l'exploitation...

Si on essaie de synthétiser, quel est le problème de la capacité financière ? C'est qu'il y a d'un côté des montages, des mécanismes contractuels et financiers nécessaires pour la mise en œuvre de l'activité et qui sont en discordance avec des exigences que trouve le juge dans le Code de l'environnement à savoir disposer d'un candidat exploitant, un pétitionnaire, qui a immédiatement dans son porte-monnaie de quoi faire face à la remise en état. Le problème est bien la discordance entre la réalité et l'analyse un peu pointilleuse d'un juge.

Jean-Pierre Boivin

La difficulté telle qu'elle a été remontée au ministère -, et longuement débattue au CSPRT - est celle des techniques de fi-

nancement de projets. Sur l'affaire Hambrégie, que vous avez citée, la question essentielle est que tous les actes du montage sont sous la condition suspensive du débouclage de la procédure d'autorisation, sans contentieux ou avec des contentieux purgés. Évidemment, dès que vous avez un contentieux... vous avez perdu votre banquier ! Il faudrait exclure toute hypothèse de contentieux, ou avoir un système qui permettrait d'interroger le juge pour savoir si éventuellement le contentieux est sérieux et a une chance de prospérer. Ce qui, en droit français, n'est pas envisageable.

Stéphan Alamowitch

C'est l'un des problèmes classiques que l'on a dans les PPT. On est obligé de mettre en place des accords qui s'appellent « accords autonomes », de valeur juridique pratiquement nulle, mais qui satisfont toutes les parties prenantes autour de la table sur les risques judiciaires qui surviendraient ultérieurement. C'est très discuté mais le marché est satisfait pour l'instant.

Jean-Pierre Boivin

Mais là, c'est le juge qui sourcille. Il prend les documents qu'on lui montre : il y a les contrats, les contrats de financement, les contrats techniques d'assistance... Ils existent, tout est là. Simplement, ils sont tous sous conditions et, par conséquent, quand le juge est devant une coquille qui par définition est une coquille vide - qui est la coquille du projet qui va se remplir au fur et à mesure -, il ne l'admet pas.

Cela m'amène à une réflexion que j'aimerais partager avec vous sur le fond de tout cet exercice. À quoi joue-t-on ? Les partenaires autour de la table ne croient plus à ce jeu. On change les règles, pour modifier l'assiette, on construit une belle usine à gaz juridique. Les garanties financières ne sont pas la seule usine à gaz. Les décrets qui sortent les uns après les autres sur les sites pollués offrent un autre exemple. La question est la suivante : Jean-Nicolas a rappelé les sources des capacités financières. Tout le dispositif est une importation soit du droit minier, soit du droit des carrières. On peut estimer que ce sont des inspirations heureuses mais on peut aussi estimer que ce sont des pollutions intellectuelles pures dont on a oublié les sources.

De telle sorte qu'aujourd'hui, on a des mécanismes pour lesquels on ne se pose plus la question de savoir à quoi ils correspondent. En deux mots, le Code minier est très particulier. En toile de fond, est toujours présente cette entorse au droit du propriétaire : dès que le matériau est entré dans l'article 2 de l'ancien Code minier, on le sort du champ de la propriété, il devient une propriété publique virtuelle jusqu'à ce que le décret de concession fasse de cette virtualité une réalité et que l'on prenne au propriétaire - moyennant une indemnité ridicule -, sa propriété, au nom de l'intérêt général. C'est l'exemple le plus inouï de la spoliation du droit français. Si un jour, cette situation était portée devant une instance européenne il est probable que l'on se ferait étriller. Mais, en contrepartie de l'accès à la ressource, on donne au concessionnaire, qui devient d'un coup l'auxiliaire de la main de l'État, non seulement l'autorisation mais aussi l'obligation d'exploiter. Parce que c'est un privilège et que ce privilège, il est le seul à en bénéficier. En contrepartie de ce privilège, on veut être sûr qu'il va exploiter, qu'il va exploiter au mieux et qu'il

va naturellement remettre le site en l'état. D'où la vérification de ses capacités techniques et financières, contrepartie du privilège qu'on lui donne...

En matière d'installations classées, nous sommes confrontés au droit commun de l'entreprise et à la concurrence. De quel privilège parle-t-on ? Celui qui, comme dans l'affaire Hambrégie, vient installer une centrale de production d'électricité aux heures de pointe à partir du gaz ? Où est le privilège ? C'est la liberté d'entreprendre. Le conseil d'État a refusé de considérer que la liberté du commerce et l'industrie s'applique aux installations classées car, de son point de vue, largement contraire à un régime de police. On voit bien que cette vision des choses est passablement décalée. On est vraiment dans l'entreprise. On cherche partout des entrepreneurs pour créer de la richesse et de l'emploi. On est dans la liberté d'entreprendre et donc dans le risque de l'entreprise. Que fait donc là le mécanisme du droit minier ? Non seulement cela n'a pas de sens, mais je pense que l'on est à contre-culture. Il faut se réinterroger, à l'heure où il y a des doutes sur les modalités, sur la légitimité même du dispositif, sur les raisons pour lesquelles on l'a adopté. Quand on cherche les sources mêmes de ce droit, on voit qu'on est complètement à contre-culture. Si on ne faisait pas l'économie de cette réflexion, cela éviterait des débats sur le « comment » sans se poser la question du « pourquoi ». C'est la raison pour laquelle on peine à les mettre en place. L'inspection des finances, dans son rapport de 2000, nous dit que les garanties financières ne marchent pas parce que cela est étranger à la culture de l'entreprise (Rapport Hugon Lubec). Nous avons une fantastique capacité à oublier nos racines, y compris nos racines récentes. Il est bon que nous sachions nous rappeler d'où viennent nos institutions.

Jean-Nicolas Clément

Lorsque l'on raisonne sur les deux problématiques, de capacités et de garantie, nous avons à constater une suite de glissements successifs. Le point de départ est une logique qui est celle du droit minier, avec une relation particulière entre l'État et celui qui exploite la mine à savoir la richesse nationale. Puis, dans un second temps, ces mécanismes ont été introduit dans le droit des ICPE alors que la relation entre exploitant et puissance publique n'est pas du tout la même qu'en droit minier : certes, l'objectif est au départ assez limité et on se dit « tiens si on prenait un petit morceau du droit minier et qu'on l'incorporait dans l'ADN du droit des installations classées » ; mais, comme tous les bricolages scientifiques, on arrive vite à Frankenstein.

Et finalement aujourd'hui, la question qui se pose devant le Juge n'est plus celle de la relation entre État et exploitant et de l'appréciation au fond de la capacité, mais celle au plan formel de l'information du public. Cela conduit à des situations ubuesques et en décalage complet avec les exigences du financement des projets.

Intervention de la salle

Pourtant cela a du sens pour un pétitionnaire. Une petite entreprise peut faire énormément de mal à l'environnement, j'ai pour ma part énormément de dossiers de ferrailleurs. En très peu de temps, ils ont saccagé l'affaire et le sens est donc bien là. Comment peut-on faire pour s'en protéger ? Le problème est bien sur

le petit pétitionnaire qui part ou déclare son insolvabilité. Le sens de ce mécanisme est là.

Jean-Pierre Boivin

Vous posez la mauvaise question. On est dans une situation de police. Les entreprises à risques peuvent être surveillées depuis le premier jour jusqu'à la fin. Et on a surtout les moyens de les arrêter avant qu'elles fassent des dégâts, à condition que l'administration française mette les priorités là où il le faut et, dans ce cas, nous n'aurons pas besoin d'avoir des mécanismes qui sont des succédanés à la responsabilité. Si le contrôle a été exercé en temps et en heure, on a même tous les moyens.

Intervention de la salle

Mais Jean-Pierre, vous savez bien que tous les moyens sont mis sur les grands groupes. Quand on est un grand groupe on est surveillé. On doit justifier de nos capacités financières de manière très précise alors qu'on ne demande pas grand chose aux indépendants.

Jean-Nicolas Clément

Mais c'est une perversion du système. Imaginons que Jean-Pierre et moi décidions d'ouvrir une carrière ! Nous serons interrogés sur nos capacités techniques et financières et on nous refusera l'autorisation. Car cela reste un régime de police : l'administration contrôle au début, elle peut *ab initio* refuser l'autorisation si les capacités techniques et financières sont insuffisantes ; de même, en cours d'exploitation, l'administration contrôle et peut sanctionner. Pour la garantie, la logique est différente puisque c'est avoir, en cas de défaillance de l'exploitant, la possibilité pour l'État d'actionner un tiers financier pour garantir la remise en état ce qui est une sorte d'échec : si le contrôle *ab initio* et en cours d'exploitation avait été mieux exercé, il n'y aurait pas lieu à garantie sauf cas exceptionnel. L'administration au sens large est venue pallier l'insuffisance de l'exercice de sa police par des complexités juridiques, oubliant que celles-ci ne correspondent pas à la vie des acteurs économiques normaux. Comme Jean-Pierre expliquait, la mine, c'est très particulier. La généralisation de quelque chose de très particulier ne marche jamais.

Jean-Pierre Boivin

Je dirais en plus que les garanties financières sont comme une espèce de vaccin miracle. Cela empêche encore l'inspection d'avoir mauvaise conscience puisqu'on pourra toujours rattraper le peloton une fois qu'il se sera échappé. Mais c'est un vaccin sur lequel il n'y a pas de rappel, et Anne et Caroline nous ont très bien dit tout à l'heure, que la pratique montre bien, que c'est bien au moment où l'entreprise périclité que le banquier lui dit qu'il ne renouvellera pas la garantie financière. C'est une machine infernale. Ce qui est un temps donné un vaccin, ne sert plus à rien passé un certain âge !

Intervention de la salle

Je me fais un peu l'interprète de certaines personnes ici présentes. On est tout à fait d'accord pour dire que le mécanisme est totalement inadapté d'autant plus qu'on ne sait pas exactement ce que doit couvrir la remise en état. Cela ne marche pas et depuis 2011, on le sait notamment grâce au rapport Hugon

Lubek. Ceci dit, nous ne pouvons pas dire que le mécanisme est trop ambitieux. Ce sont les opérateurs, les exploitants qui trinquent sans arrêt avec tous les problèmes d'interprétation des DREAL qui décident une chose, les préfets qui décident d'une autre, avec les modifications de jurisprudence et les modifications de texte. Tous ceux qui étaient en règle avec le premier dispositif issu du décret de 2012, se sont retrouvés le bec dans l'eau avec la modification du délai. C'est quand même un vrai problème. Les assureurs caution qui avaient aidé les exploitants se sont aussi retrouvés coincés. Ce n'est qu'un exemple. Mais dire que le mécanisme est trop ambitieux ne signifie pas grand-chose. En réalité, les exploitants sont dans des situations extrêmement complexes, et sont parfois sur le fil du rasoir. Dès qu'il y a une petite faiblesse dans les comptes, cela se retourne contre l'entreprise. Un autre problème est celui de cette garantie additionnelle à constituer obligatoirement auprès de la CDC. Tout le monde avait dit que c'était un abus de pouvoir. Le texte prévoit pourtant bien quatre ou cinq possibilités.

Intervention de la salle

Ceux qui sont défaillants pourront de toute façon passer à travers les mailles. Mais tous les industriels qui ne sont pas défaillants ont aujourd'hui constitué les garanties. Pour la sidérurgie et les métaux non-ferreux on arrive à plus de 20 millions. Certains constituent des sommes de 400 à 500 000 € auprès de la CDC, dans un secteur qui connaît de lourdes difficultés cela représente des investissements en moins. Celui qui est défaillant peut échapper au système mais heureusement ce n'est pas la majorité. Ceux qui trinquent sont ceux qui mettront en sécurité leur site et qui le remettront en état à la fin.

Jean-Nicolas Clément

La difficulté vient du fait que finalement la garantie financière n'est établie et maintenue que quand elle n'est pas utile, car ceux qui se plient à ses règles ne sont que très rarement ceux pour lesquels l'administration aura à mettre en jeu cette garantie.

Caroline Facelina

Je partage votre sentiment. Ce que l'on voulait dire c'est qu'il s'agit d'un mécanisme beaucoup trop lourd par rapport à son potentiel en termes d'efficacité. C'est une charge pour les entreprises. La plupart des entreprises consciencieuses qui vont prendre leurs garanties ne seront jamais concernées. Au contraire, les entreprises peu consciencieuses vont peser le risque.

Intervention de la salle

On n'en revient toujours au contrôle. Une entreprise assez connue a eu un site contrôlé 20 fois depuis le début de l'année alors que d'autres ne sont jamais contrôlées.

Intervention de la salle

Néanmoins la reconduction des garanties ne représente pas un travail très lourd. C'est la constitution initiale qui est complexe.

Jean-Nicolas Clément

De ce que j'entends, c'est peut-être c'est peut-être plus facile dans certains secteurs d'activité comme les carrières, ou le stockage de déchets que pour d'autres secteurs d'activité. Quand

on entre dans d'autres types d'exploitations c'est du *sur-mesure* et les éléments demandés par l'autorité administrative peuvent parfois surprendre.

Intervention de la salle

A contrario, cela a aussi l'avantage de moraliser un peu certaines pratiques.

Caroline Facelina

Pour en revenir à la charge de travail des DREAL, il nous a été remonté que pour les nouvelles installations, les DREALS se retrouvaient avec une charge de travail qui ne serait pas lissée dans le temps en raison des échéanciers fixés. On a une actualisation obligatoire de la garantie tous les cinq ans et tous les deux ans et demi / trois ans, on a un renouvellement de garantie, (du fait que les garants ne souhaitent pas s'engager à plus long terme). Pour les nouvelles ICPE assujetties du 5°, les garanties financières sont constituées selon un calendrier déterminé par le pouvoir réglementaire. Cela implique qu'il y aura des pics d'activité, qui ne pourra pas être lissée sur l'année, lorsque les garanties des ICPE de ce 5° ensemble devront être renouvelées ou réactualisées en même temps. Or si l'on veut disposer d'un dispositif vraiment efficace il faut avoir un suivi réel des renouvellements.

Anne Dircks-Dilly

Dernière chose sur le champ d'application des garanties financières. La question suivant avait été posée : quel est l'objec-

tif ? Veut-on un champ d'application très large, a-t-on voulu élargir le champ, puis dans un deuxième temps se focaliser sur les véritables risques ? Il y a un mouvement d'aller et de retour. Au début il s'agissait bien de la remise en état mais l'évolution des 10 dernières années témoigne des hésitations du législateur.

Jean-Nicolas Clément

C'est l'exemple de toutes les fausses bonnes idées. Pris isolément, cela pourrait bien marcher ; cela évite à la collectivité et finalement à tous ceux qui paient des impôts de prendre en charge cette remise en état. Sur le papier ça fonctionne bien, sauf que, étape après étape, on arrive à quelque chose qui est un peu monstrueux et qui ne fonctionne pas. C'est au moment où on a besoin de garantie qu'elle n'est plus constituée, et la banque a fermé le rideau. C'est la même chose avec les assureurs : le risque environnemental ne leur a pas tant plu ; pas plus qu'aux réassureurs. Le problème se pose aussi dans les acquisitions pour lesquelles on fait des cotes mal taillées.

Mais on va laisser la parole à Stéphan sur la question du souci de l'environnement dans les pratiques de crédit.

Stéphan Alamowitch

C'est une question beaucoup moins mure et il y a beaucoup de *soft law* que de *hard law*.

Politique de crédit et souci de l'environnement

Stéphan Alamowitch

Le souci de l'environnement, dans le monde de la finance, est de plus en plus partagé. L'évolution s'est faite lentement depuis le début des années 70, souvent par suite de grandes catastrophes qui ont choqué les opinions publiques, et notamment les marées noires aux États-Unis et en France, mais elle est aujourd'hui indéniable et irréversible. Ce souci est notable dans tous les domaines de la finance, qu'il s'agisse des opérations de crédit ou des activités de gestion pour compte de tiers.

Dans le domaine du crédit, il faut le reconnaître, ce souci est paradoxal. Par nature, le prêteur refuse de s'ingérer dans les affaires de son client, et il sait que toute ingérence pourrait engager sa responsabilité envers son emprunteur et surtout envers les tiers. Le principe dit de « non immixtion » et sa sanction, le risque de recherche de responsabilité, sont reconnus de façon explicite par la réglementation bancaire de très nombreux pays et par la jurisprudence. Le prêteur ne souhaite pas être responsable de l'emploi des fonds qu'il prête. Les conventions de crédit comportent une clause qui le rappelle expressément : le prêteur rejette toute responsabilité quant à l'usage des fonds. Le paradoxe vient de ce que le principe de non immixtion devrait conduire le banquier à ne pas examiner si l'opération économique financée grâce à son crédit peut entraîner des conséquences préjudiciables à l'environ-

nement, à la qualité de l'eau, à la biodiversité, à la beauté des paysages.... Cette position s'est avérée très difficile à maintenir, au moins parce que les clauses excluant sa responsabilité ne sont, en droit français au moins, pas opposables aux tiers, et qu'elles ne protègent donc pas le banquier si un préjudice environnemental, dans le respect des conditions de la responsabilité civile, découle de son crédit.

C'est d'abord quand l'opération de crédit prend la forme d'une propriété-sûreté qu'une première prise de conscience s'est effectuée. Le prêteur, dans le crédit-bail et les autres formes de location financière, est le propriétaire de l'actif et le donne en location à un crédit-preneur. Avec la propriété de l'actif, et malgré la distinction civiliste entre la propriété et la garde de la chose qui le protège très superficiellement, le banquier acquiert inévitablement des responsabilités, et l'environnement devient alors un souci critique. Mais la réflexion a vite concerné les activités bancaires au-delà du modèle du crédit-bail et s'est souvent focalisée sur ces actifs « lourds » que sont les navires, les avions ou dans un autre registre, les grands ouvrages tels les barrages.

A. Le rôle moteur des banques de développement

La réflexion du monde bancaire, en matière d'environnement, doit historiquement beaucoup aux politiques conçues et promues par

les banques de développement pour leurs opérations de crédit en pays émergents, ces pays dont la réglementation environnementale est parfois lacunaire et souvent peu appliquée par les pouvoirs publics locaux. Ces politiques ont inspiré des guides de bonnes pratiques. Il faut citer les Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale de la Société Financière Internationale, la filiale bancaire de la Banque Mondiale, puis les principes d'Équateur, trois fois révisés à ce jour, en 2003, 2006 et 2013. Ces Principes ne sont pas des normes de droit positif, issues d'un traité ou d'une réglementation nationale, de la *hard law*. Il s'agit seulement de principe quel les prêteurs sont désireux de s'appliquer à eux-mêmes spontanément, et relèveraient donc de la *soft law*. Il s'agit d'un code de bonne conduite.

Les Principes d'Équateur sont désormais le principal référentiel du secteur financier pour l'identification, l'évaluation, la gestion des risques sociaux et environnementaux pour les opérations de financements de projets. Ils sont acceptés par plus de 80 institutions financières de près de 35 pays, et concernent les financements de projet en pays émergents de montants supérieurs à 10 millions de dollars (USD). Ces principes proposent aux prêteurs une méthodologie d'évaluation et d'audit des projets, avec une catégorisation des projets à financer en trois groupes (A, B et C) en fonction de leurs impacts environnementaux et sociaux. Ils imposent de prévoir, parmi les conditions du financement, des mesures d'atténuation, un « plan de gestion environnementale et sociale », et un *reporting* après décaissement. Sur cette base, les grandes institutions financières ont conçu les procédures administratives internes qui donnent effet à l'évaluation et au suivi préconisé par les Principes d'Équateur. Dans une grande banque française, par exemple, a été mise en place une procédure d'audit effectué sous l'égide de la division Financement de projet et contrôlé par l'équipe RSE de manière indépendante, avec comité spécial pour les projets classés A, les plus susceptibles d'avoir un impact environnemental.

Les Principes d'Équateur sont d'une importance capitale. Ils ont donné corps, dans le monde bancaire, au souci de l'environnement qui a gagné tous les secteurs des sociétés occidentales. Ils ont acclimaté cette préoccupation dans les structures et les bureaucraties de ces grandes organisations déresponsabilisantes que sont souvent les banques. Ils ont été le vecteur par lequel leurs Départements Développement durable ont pu entrer dans le circuit de la distribution de crédit. Au-delà de leur domaine d'application d'origine, les pays émergents, ils ont rendu légitime de se préoccuper de l'environnement pour toutes les opérations de crédit.

Les Principes d'Équateur posent par ailleurs une question juridique passionnante, complexe, celle de la responsabilité du prêteur qui viole, non une norme de droit positif, mais une obligation qu'il a déclaré publiquement vouloir s'imposer. Sa responsabilité peut-elle être recherchée de ce fait par des tiers lésés ? La réponse variera selon les pays, mais il est de plus en plus admis par les tribunaux occidentaux qu'il y a là un chef de responsabilité.

B. L'intervention du législateur

Le souci de l'environnement ne procède pas seulement, dans le monde bancaire, de codes de bonne conduite. La *hard law* y a sa place.

C'est d'abord l'effet des règles de la responsabilité civile. Les tribunaux français ont eu l'occasion d'appliquer les trois conditions

requises (le fait, le préjudice, le lien de causalité) à l'opération d'octroi de crédit. Le droit commun de la responsabilité, comprise de façon inventive par les parties lésées et les organisations non gouvernementales qui les conseillent parfois et savent invoquer ces règles classiques pour rechercher ces *deep pockets* que sont les institutions financières, le risque de condamnation à réparation du préjudice, et de toute façon le risque de réputation même si leur responsabilité est *in fine* écartée, ont conduit les institutions financières à se préoccuper de l'emploi des fonds qu'elles prêtent. L'évolution des esprits, l'époque ont certainement leur part dans cette évolution des pratiques ; la conscience du risque judiciaire a aussi la sienne.

Cette conscience est devenue d'autant plus vive que les États ont parfois passé des lois spéciales pour aggraver la responsabilité du prêteur en cas de préjudice environnemental. On songe par exemple à l'*Oil Pollution Act* de 1990 aux États-Unis, qui dans sa version initiale rendait la banque en qualité de crédit-bailleur solidairement responsable avec l'armateur pour toute pollution des eaux américaines. Adoptée à la suite du déversement de 38 500 tonnes de pétrole brut sur les côtes de l'Alaska après l'accident de l'*Exxon Valdez*, le 24 mars 1989, cette loi du 18 août 1990 impose des règles de construction spécifiques aux navires transportant des hydrocarbures dans les eaux américaines. Du fait de la position incontournable en matière de pétrole des États-Unis, les conséquences de cette loi sont internationales. Certes, la démarche est peu commune, et peut paraître inique. Le raisonnement sous-jacent est que la banque a le pouvoir et les moyens d'assurer le contrôle de ce que fait l'armateur, mieux que ne le ferait un organisme administratif. De fait, en *shipping finance*, les grands prêteurs du secteur maritime font depuis cette loi américaine extrêmement attention aux routes suivies par les navires qu'ils financent, au type de coques des navires...

C. Le souci de l'environnement, aspect clef de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE)

Indépendamment du droit de la responsabilité, une évolution normative, en Europe au moins, doit être relevée : la généralisation de l'obligation de délivrer une information dite « extra-financière », et qui couvre nécessairement les questions environnementales. Elle conduit le monde bancaire à se préoccuper davantage encore des conséquences environnementales des opérations de crédit.

Il est en effet désormais imposé aux entreprises de révéler les grands traits et les conséquences de leurs activités dans un rapport de synthèse auquel le public peut avoir accès, dès lors que sont en jeu des critères dits parfois « ESG », qui correspondent aux questions environnementales, sociales et aux questions de gouvernance.

Dans l'Union européenne, en vertu de la directive du Parlement européen et du Conseil UE n° 2013/34 du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises⁽³⁵⁾, les sociétés

(35) modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE (directive 2013/34/UE), modifiée par la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la di-

cotées, les banques et compagnies d'assurance et les entreprises de plus de plus de 500 salariés sont appelées à communiquer dans leurs rapports de gestion des informations utiles sur leurs politiques, les principaux risques liés et les résultats obtenus en ce qui concerne au moins, outre les questions sociales et de personnel, le respect des droits de l'homme, la lutte contre la corruption..., les aspects environnementaux. La directive laisse aux entreprises une grande marge d'appréciation pour la communication des informations utiles. Elles sont également libres d'utiliser les lignes directrices internationales, européennes ou nationales (Pacte mondial des Nations unies, principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, norme ISO 26000, etc.).

Cette politique tendant à réclamer aux entreprises, et notamment aux établissements de crédit, une information extra-financière couvrant aussi les aspects environnementaux est relativement ancienne en France. La loi sur les « Nouvelles régulations économiques » - dite « loi NRE », adoptée en 2001, avait déjà exigé des entreprises cotées qu'elles présentent des rapports extra-financiers dans le domaine social, environnemental et de gouvernance.

En 2009 et 2010, deux lois dites « lois de Grenelle », avaient rendu obligatoire la production d'un rapport annuel sur les questions de RSE pour toutes les grandes entreprises exerçant des activités en France. Ce mouvement est désormais généralisé dans toute l'Union européenne.

En France, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce dispose aujourd'hui que le rapport de gestion « comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les conséquences sur le changement climatique de son activité et de l'usage des biens et services qu'elle produit, ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. »⁽³⁶⁾

Sous-jacente à cette obligation de délivrer une information extra-financière, il y a une théorie bien connue des organisations non gouvernementales et endossée aujourd'hui par les institutions communautaires et les pouvoirs publics : le *name and shame*. Cette information extra-financière, au-delà des dimensions judiciaires éventuelles, doit permettre à la société civile d'interpeller

publiquement les entreprises. Sur un plan plus judiciaire, les divulgations opérées dans les rapports d'information extra-financière peuvent aussi alimenter des recherches de responsabilité.

Pour les entreprises du monde bancaire prises dans le champ d'application de ce texte, c'est donc l'occasion de révéler les conséquences environnementales de leurs activités et au premier chef, les conséquences sur ce plan de leur politique de crédit. Le souci bien compris de leur réputation est censé les conduire à des comportements plus vertueux, soit de nature négative (ne plus financer d'activités industrielles sources de pollution), soit de façon positive (financer le secteur de la *cleantech*, celui des énergies renouvelables...).

Le monde bancaire a désormais de façon nette et irréversible le souci de l'environnement, au moins en ce qui concerne les banques occidentales. Il en vient au moins deux conséquences :

- ces banques ont désormais, même au-delà du domaine des pays émergents qui ont justifié les Principes d'Équateur, des pratiques contractuelles qui témoignent de leur objectif de préserver voire d'améliorer l'environnement. Elles imposent aux emprunteurs des conditions liées à l'environnement au stade de la conclusion du crédit et de son décaissement effectif ; elles peuvent procéder à des audits des projets financés et obtiennent des engagements de l'emprunteur quant à son comportement envers l'environnement ;
- ces banques conçoivent des stratégies bancaires qui favorisent expressément certains secteurs dont l'impact sur l'environnement est positif, souvent avec un souci de différenciation marketing et publicitaire, mais aussi avec de vrais effets sur les secteurs auxquels elles proposent des crédits. On annonce ainsi en ce mois de juin 2016 que la Caisse des dépôts et consignations a signé une convention-cadre avec les offices d'HLM pour mettre en place des crédits finançant la transition énergétique

Bien évidemment, cette évolution est critiquée par certains emprunteurs, qui jugent les contraintes que leur imposent les banques lourdes et coûteuses à respecter, notamment lorsqu'ils doivent fournir des études d'impact environnemental. On sait que de nombreux pays émergents critiquent les exigences des institutions du groupe de la Banque Mondiale, par exemple quand il leur est demandé de financer un barrage ou une centrale thermique...

Cette évolution pose aussi la question du financement des activités polluantes mais encore nécessaires à l'activité de nos sociétés, dont on ne voudrait pas qu'elles soient par défaut financées par les banques de pays où le souci de l'environnement est moindre, voire inexistant...

Néanmoins, l'environnement, les conséquences d'un projet sur la qualité de l'air, de l'eau, la biodiversité... sont désormais des critères connus des comités de crédit et un aspect inévitable de la décision finale.

rective 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes (directive 2014/95/UE)

⁽³⁶⁾ Un cran plus loin : une proposition de loi en cours d'examen à l'Assemblée nationale imposerait bientôt aux grandes entreprises, et donc aux banques, un devoir de vigilance sur les conséquences de leurs activités, y compris en matière environnementale ; elle devrait établir un « plan de vigilance », qu'il faudrait décrire dans un rapport public.

Échanges avec la salle

Jean-Nicolas Clément

Merci Stéphane de nous avoir ouvert à des choses qui nous éloignent un peu du droit l'environnement, quoique pas tant puisque nous sommes de plus en plus sollicités par des entreprises qui doivent justifier de la régularité au plan juridique des dossiers devant l'administration mais aussi auprès de leur banquier. L'appréciation juridique sur le risque de contentieux est bien connue. En revanche certifier que le dossier est bien conforme aux règles environnementales, que l'autorisation a toutes les vertus au regard du Code de l'environnement et de façon plus générale au regard de « l'environnement » est plus nouveau. « Est-ce que la société que nous avons financée est bien en conformité avec les contraintes d'environnement ? », avec parfois des listes de questions auxquelles nous devons répondre, est une demande de plus en plus fréquente. Et en écoutant Stéphane, je comprends mieux ces demandes du banquier. Cela résulte aussi des glissements progressifs. Le banquier, parce qu'il a travaillé dans un service international, ou encore parce qu'il est soucieux des problématiques environnementales, a besoin d'être rassuré sur ces questions.

Jean-Pierre Boivin

Pour apporter une conclusion un peu rassurante quand même, en ce qui concerne l'Europe, le seul conseil que l'on pourrait donner au banquier c'est de regarder un peu les procédures administratives. Car tout est dedans. Vous parliez tout à l'heure de l'exemple du petit barrage. Bien avant qu'on le finance, il y aura une étude d'impact extrêmement compliquée et l'ensemble des discussions sur les passes à poissons auront été vues avec l'administration, avec les associations de pêcheurs, avec le ban et l'arrière ban. Par conséquent, nous sommes saturés d'informations administratives. Donc, si le banquier s'en est donné la peine et s'il ouvre les dossiers, ou s'il demande à un avocat de le faire à sa place il aura accès à toutes les informations utiles. Par ailleurs, en Europe et sur les installations à risque, les directives IPPC et IED, à travers notamment les notions de meilleures technologies disponibles, rendent les hypothèses d'aléas extrê-

mement limitées. Puisque l'Europe elle-même s'est interrogée sur la meilleure technologie, on va l'appliquer, plus ou moins bien, mais on va l'appliquer. Et l'hypothèse que quelqu'un ait pu faire une faute lourde dans la conception d'un projet est finalement globalement peu probable. Il faut donc simplement se donner la peine de faire le chemin pour se rendre compte que l'on a déjà tout vu, tout prévu. Ceci vaut pour l'Europe. Pour d'autres pays, notamment les pays africains, mais pas seulement, le problème n'est pas l'absence de texte, mais leur non-application pratique. Le problème n'est donc pas celui des textes que nous leur avons vendus et sur-vendus. Ce qui manque, c'est l'administration compétente pour les appliquer. La demande des services de la francophonie est de les aider à renforcer leur dialogue avec les investisseurs étrangers qui arrivent avec des hordes de conseils, d'avocats et d'experts, que leurs administrations sont incapables de contrecarrer. La discussion n'est pas possible car elle est trop déséquilibrée. L'administration locale est démunie et donc incapable d'exercer des pouvoirs de police qui existent mais quelle ne peut pas utiliser, faute de compétences. Il est inutile de rappeler que si en France le droit de l'environnement s'est à ce point développé c'est parce que l'on y a mis les meilleurs esprits, parce que les corps d'inspection et les DREAL sont - pour certains - issus des meilleures écoles et que les meilleurs esprits français ont adopté la police... en même temps que la carrière. Pour ces raisons, on a un phénomène inversé en France, qui fait que les industriels sont parfois complexés face à ces corps administratifs d'inspection et de contrôle, car on sait que l'on a des gens extrêmement compétents. En Afrique, c'est l'inverse. Je suis un peu sceptique quant à l'idée de corriger ces vices par le biais du financement en amont...

Jean-Nicolas Clément

Ce sera le mot de la fin ! Merci à tous encore et rendez-vous au prochain atelier qui aura lieu le 17 décembre.

Jean-Pierre Boivin

Merci à vous de nous avoir accueillis.