

Les risques bancaires liés à l'environnement

ANNE DIRCKS-DILLY
Avocat au Barreau de Paris
SCP Dircks-Dilly-Favier

PASCALE KROMAREK
Juriste
TotalFinaElf
Chargée de cours en DEA de l'environnement
auprès des Universités de Paris I et Paris II

ELISABETH DELAHOUSSE
Direction juridique et fiscale
Crédit Agricole SA
Administrateur de l'AEDBF-France

Longtemps, les établissements de crédit ne se sont pas senti concernés par les risques liés à l'environnement, ne serait-ce que parce que l'activité bancaire n'est pas, par nature, une activité polluante...

L'écho d'une jurisprudence américaine ayant retenu la responsabilité d'une banque ayant financé l'entreprise polluante¹, les initiatives européennes² laissant apparaître un glissement vers une responsabilité objective, l'institution au milieu des années 1990 en France, de garanties financières pour les installations «classées», la mobilisation de l'opinion publique suite à des pollutions de rivière et en particulier à l'accident de l'Amoco Cadiz, ont suscité une prise de conscience des risques que les établissements de crédit peuvent encourir en finançant, voire en garantissant des entreprises potentiellement polluantes, qu'il s'agisse de carrières, d'installations de stockage de déchets mais aussi d'élevages porcins ou de papeteries, par exemple.

Les événements récents (le naufrage de l'Erika, l'accident de Toulouse, mais aussi les demandes d'information du législateur³ et de la Cob⁴ sur la politique des entreprises en matière de développement durable) et la perspective du sommet du développement durable à Johannesburg en septembre 2002⁵ ne peuvent qu'accroître cette prise de conscience, difficile au regard de la complexité de la réglementation applicable, des durées d'exploitation et des montants en jeu, mais nécessaire.

Certains ont évoqué la possibilité d'imposer aux banques une sorte de «veille écologique» qui ferait pendant à la veille financière. Si celles-ci réfutent a priori toute responsabilité de principe en la matière, nous insisterons sur la nécessaire mise en place d'une stratégie de gestion du risque écologique par les banques, axée essentiellement autour du dialogue : dialogue avec l'entreprise, dialogue avec l'administration en charge du contrôle de certaines exploitations, dialogue au sein de la banque, enfin, entre les financiers, les juristes et les ingénieurs – et sur l'utilisation d'outils préexistants.

I Les risques liés à l'environnement

Les établissements de crédit sont concernés, au moins indirectement, par les risques techniques auxquels leurs clients sont confrontés, ainsi que par les risques juridiques qui découlent de ces risques techniques.

1.1 Le risque environnemental technique

Le risque environnemental technique est lié à la pollution des milieux et à l'altération des ressources naturelles (air, eau, sol, sous-sol, espaces naturels, faune, flore...), aux nuisances sonores, visuelles ou olfactives que peut créer une activité industrielle, ainsi qu'aux accidents éventuels et à leurs conséquences.

Cet article fait suite à la conférence organisée par l'Association européenne pour le droit bancaire et financier (AEDBF-France), le 1^{er} mars 2001 à la Fédération bancaire française (FBF).

Définition des entreprises à risques

La législation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) est autonome et spécifique. Elle s'applique à des activités essentiellement industrielles, de nature et de dimension très variables. L'objet de la législation des installations classées est de soumettre à la surveillance de l'Administration de l'État les installations qui présentent des dangers ou des inconvénients pour l'environnement, ce terme étant pris dans son acception la plus large. Cette législation est ancienne (le premier texte est un décret du 15.10.1810) et a été plusieurs fois remaniée notamment par une loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes. Plus récemment, la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées est devenue la véritable « clé de voûte » de la protection de l'environnement. L'élimination des déchets est régie par la loi du 15 juillet 1975 modifiée le

13 juillet 1992 puis le 2 février 1995. La protection de l'eau fit l'objet de la loi du 3 janvier 1992, tandis que celle de l'air fit l'objet de la loi du 30 décembre 1996. L'ensemble de ces textes législatifs vient d'être codifié à droit constant dans un Code de l'environnement ⁶. La définition d'une installation classée y est donnée de la façon suivante : « article L 511- 1 : Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toutes personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publique, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments. Les dispositions du présent titre sont également applicables aux exploitations

de carrières au sens des articles 1^{er} et 4 du Code minier.

Les installations visées à l'article précité sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'État (art. L 511-2 du Code de l'environnement). Ce décret soumet les installations à autorisation ou à déclaration suivant la gravité des dangers que peut présenter leur exploitation.

La nomenclature prévoit en outre une catégorie particulière d'installations autorisées, qui peuvent faire courir davantage de risques au voisinage et à l'environnement, en raison des quantités de substances dangereuses qui s'y trouvent ; ces installations, dites « Seveso », sont soumises à des obligations spécifiques de sécurité. Il faut noter que la législation précitée relative à l'eau et aux déchets ne se trouve pas indépendante de celle relative aux installations classées, mais s'applique au contraire à ces installations.

1.1.1 Le principe pollueur-payeur et la prévention

D'abord axées sur la réduction des pollutions et nuisances à l'aide des techniques « *end of pipe* », la politique et les réglementations, ainsi que les actions des industriels, se sont orientées en priorité vers leur prévention.

Ceci suppose d'abord de s'interroger sur les effets possibles de l'activité envisagée (étude d'impact) et demande ensuite des investissements plus lourds, des modifications d'outils et de procédés de production, voire des réorientations de production et des déplacements d'installations. En application du principe pollueur-payeur, c'est évidemment l'exploitant qui en supporte la charge. Mais le soutien bancaire pourra alors être nécessaire.

Il faut rappeler que la réglementation sur les Installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) permet au Préfet un très large éventail d'interventions dans le fonctionnement de l'entreprise, soit au niveau de l'autorisation initiale, soit par arrêté complémentaire pendant l'exploitation, et même, dans des cas graves de non-respect des prescriptions de fonctionnement, pour suspendre une activité précédemment autorisée ou déclarée ⁷.

Pour fixer les prescriptions de fonctionnement, selon l'instruction du dossier effectuée par l'inspection des installations classées, il doit tenir compte « de l'efficacité des

techniques disponibles et de leur économie », mais aussi de « la qualité, de la vocation et de l'utilisation des milieux environnants » ⁸. Cette exigence représente un facteur d'incertitude sur le niveau de protection à atteindre, et donc sur les résultats demandés à l'entreprise. Selon les régions, pour le même type d'installation, les investissements de protection peuvent être plus importants que dans d'autres régions.

Le degré de prévention techniquement et économiquement possible, exigible pour chaque installation, est ainsi un élément d'incertitude.

Cependant, de plus en plus, les références techniques deviennent communes, grâce au recours aux « meilleures techniques disponibles » ⁹. Ces MTD (qui incluent une notion de « coûts acceptables ») sont définies au niveau communautaire, en concertation avec les industries concernées. Elles sont progressivement reprises en France dans des arrêtés ministériels et préfectoraux.

La mise à niveau avec ces MTD et autres prescriptions de fonctionnement doit être immédiate pour les installations nouvelles, et un délai d'adaptation est laissé aux installations existantes. Mais on note une tendance forte en France à réduire, voire à supprimer cette période de mise en conformité, ce qui implique que les entreprises doivent faire des choix stratégiques et économiques.

D'autres facteurs d'incertitude proviennent de préoc-

cupations montantes : la question cruciale de l'impact sanitaire des pollutions industrielles sur les personnes, et en particulier l'impact à long terme, prend un relief considérable : l'insuffisance des connaissances scientifiques en ce domaine, liée à une très forte demande sociale, créent un risque nouveau pour l'industriel, et son banquier, dont l'ampleur est mal connue.

De même, si les risques liés aux produits ont toujours existé, la prise de conscience de leur nature et de leur importance a fortement évolué. Des substances déjà commercialisées et utilisées peuvent désormais être interdites à très courte échéance. Une réforme en profondeur des réglementations sur les produits chimiques va considérablement durcir les obligations pesant sur les producteurs, et allonger et renchérir les procédures. Il en résulte nécessairement de très importantes conséquences économiques et commerciales pour le producteur, qui peuvent aller, dans certains cas, jusqu'à poser des problèmes de survie. Le banquier est donc appelé à devenir un auxiliaire important en ce domaine.

L'amélioration des connaissances scientifiques et les progrès techniques font ainsi reculer les frontières de la prévention techniquement possible et «environnementalement» souhaitable. Les établissements financiers ne peuvent pas ignorer qu'ils seront probablement davantage sollicités, mais que leurs clients ne pourront pas toujours être précis sur l'étendue de ces exigences.

1.1.2 Le principe pollueur-payeur et la réparation

L'autre aspect du principe pollueur-payeur, son volet correcteur et réparateur des atteintes, comporte d'importants enjeux financiers.

Les actions de réparation peuvent consister en la remise en l'état du milieu («réempoisonnement» de cours d'eaux...), ou en solutions de substitution (reboisement à un endroit autre que celui qui a servi à implanter une usine...) ; il peut enfin s'agir de solutions de correction (fermeture ou déplacement d'une installation, modification d'équipements...). En ce domaine, les incertitudes sont nombreuses, facteurs d'insécurité pour l'exploitant, mais aussi sources de risque pour sa banque.

Les assurances sont en général davantage impliquées que les banques ; c'est d'elles que relève, en cas d'accident et de pollution accidentelle, la prise en charge des dommages.

Les problèmes posés par la remise en état des sols pollués, dans les cas non assurés tels que les pollutions anciennes dites «historiques», illustrent de façon exemplaire les difficultés : incertitude sur les méthodes d'évaluation et de quantification des pollutions, imprécisions sur la réalité des dangers et des risques, à court terme et à long terme, sur la durée et les méthodes des opérations, sur ce qui doit être réhabilité, et comment... Cette incertitude peut constituer un facteur de risque financier important pour le banquier.

Ces difficultés rendent souvent inévitable le recours aux tribunaux, qui sont alors amenés à trancher.

1.2 Le risque juridique

Le risque juridique est lié à l'existence d'un contentieux judiciaire ou administratif, essentiellement dû à la mise en cause d'une responsabilité civile ou même pénale.

Sur ces deux points, deux questions se posent : le banquier doit-il tenir compte des risques que court son client ? La responsabilité du banquier peut-elle être recherchée ?

1.2.1 La responsabilité civile environnementale

Il est bon de rappeler tout d'abord que la jurisprudence sur la responsabilité bancaire souligne régulièrement que le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients¹⁰.

En l'état actuel du droit et de la jurisprudence en France, la responsabilité civile du banquier ne pourrait se voir retenue pour d'autres raisons que celles du droit bancaire. En effet, même si un risque existe de voir un jour engagée la responsabilité des banques, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, pour avoir, par leurs crédits, simplement permis à une entreprise de développer une activité polluante, aucun texte national ou communautaire, ni aucune jurisprudence, même américaine, ne permettent à ce jour d'établir le principe d'une responsabilité pour faute de la banque du simple fait de crédits octroyés à une entreprise potentiellement polluante.

On rappellera que l'obligation de supporter les frais de dépollution d'un terrain reçu en garantie a pu être imposée à une banque américaine en application d'une réglementation spécifique sur les sols pollués qui permet à un fonds fédéral (Superfund) de récupérer sur les «parties potentiellement responsables» les frais de réhabilitation qu'il a engagés au nom du gouvernement ; une pareille recherche de la responsabilité du banquier ne pourrait se produire en France que si la banque s'ingérait dans la gestion de l'entreprise, si elle contrôlait effectivement l'activité polluante, ou si elle-même était détenteur d'un terrain pollué et polluant.

Cependant le banquier peut être affecté dans son image par les problèmes d'environnement que rencontrent ses clients, ou même financièrement par leurs difficultés à faire face à la mise en jeu de leur responsabilité civile¹¹.

L'introduction d'un système communautaire de responsabilité environnementale pour dommages à l'environnement pourrait constituer un certain potentiel de risques pour les banques. La Commission de la Communauté européenne prépare en effet un projet de directive relatif aux dommages à l'environnement qui créerait une obligation générale de prévention de tels dommages à la charge des opérateurs d'activités industrielles, notamment des activités à risques relevant de réglementations communautaires, et une obligation de restauration des ressources naturelles endommagées¹².

Le projet est juridiquement plus cohérent que le précédent «Livre Blanc»¹³. Certaines notions devraient cependant être précisées. Ainsi, si le texte écarte toute responsabilité à la charge de la banque lorsqu'elle est garante, c'est seulement à condition que la banque ne se soit pas ingérée dans la gestion industrielle, ce qui la rendrait «opérateur». Or, selon les banques et les industriels, la notion d'opérateur ne devrait viser que celui qui exerce l'activité, c'est-à-dire l'exploitant. De même, la notion de contrôle devrait être précisée, afin de ne viser que le contrôle opérationnel.

Le texte prévoit une responsabilité sans faute pour les dommages significatifs à l'environnement provoqués par des activités qui seraient listées et qui relèvent de la réglementation communautaire, et une responsabilité

pour faute pour les dommages affectant la biodiversité, causés par des activités autres que celles mentionnées précédemment. Mais l'imprécision de la notion de dommages à la biodiversité (habitats naturels et espèces protégés par la législation communautaire, sites naturels protégés par les législations nationales) et donc l'incertitude d'une évaluation chiffrée, la présomption de responsabilité pesant sur toute entreprise à risques de façon quasi irréfutable, et l'absence de produits adéquats d'assurance pour l'instant, représentent un facteur d'insécurité juridique et financière. Des réflexions doivent se poursuivre sur la création éventuelle de fonds d'indemnisation.

1.2.2 La responsabilité pénale de l'exploitant en environnement

La responsabilité pénale en matière d'environnement ne peut pas à ce jour affecter le banquier, sauf s'il y a eu de sa part immixtion dans la gestion de son client¹⁴. Par contre, de façon indirecte, le banquier peut être concerné par les démêlés de son client avec la justice pénale, dans la mesure où ce client aurait à faire face à ses responsabilités et où l'image de la banque ayant financé ou garanti l'entreprise risquerait d'en pâtir.

La mise en cause de la responsabilité pénale d'un exploitant pour infraction à des réglementations environnementales n'est pas rare, mais elle n'est qu'un accessoire dans l'ensemble des moyens d'action. Il faut noter cependant quelques facteurs d'évolution tendant probablement à augmenter l'exposition des industriels au risque pénal, alors même que la loi du 10 juillet 2000 doit amener le juge à préciser la nature du lien de causalité entre la faute et le dommage et à définir la gravité de la faute.

D'une part, on constate un recours plus fréquent au droit pénal général, qui atteint notamment les industriels. Ceux-ci peuvent être condamnés en application du principe de prévention. D'autre part, le délit de mise en danger d'autrui¹⁵, alors même que sa définition est restrictive, pourrait, selon certains, aller jusqu'à s'appliquer aux situations de risques industriels non avérés. En effet, il s'agit d'un délit préventif qui réprime un comportement créateur de danger pour les personnes physiques par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité et de prudence prescrite par la loi ou le règlement. Peu importe que l'atteinte à la vie ou l'intégrité de la

personne se soit réalisée pour que le délit soit caractérisé.

Par ailleurs, les magistrats ont de plus en plus souvent tendance à invoquer la responsabilité pénale de la personne morale, donc de l'entreprise.

En outre, dans un souci d'efficacité, le ministère de l'environnement a rappelé aux inspecteurs des installations classées qu'ils ont des fonctions de contrôle, comportant le pouvoir de verbaliser, et qu'ils doivent en faire usage¹⁶.

Enfin, la Communauté européenne ainsi que l'Union européenne, chacune avec les pouvoirs qui lui sont spécifiques, envisagent de renforcer la protection de l'environnement par le droit pénal et d'obliger les Etats à recourir davantage à des sanctions pénales en ce domaine¹⁷. Devant la confusion juridique qui résulterait de pareilles initiatives concurrentes au sein des institutions européennes, le Parlement européen vient de demander une harmonisation de l'ensemble des compétences pénales européennes au profit de la Communauté¹⁸.

II Comment analyser le risque environnemental ?

Le risque environnemental à gérer par le banquier, qui doit être limité, on l'a vu, au risque de contrepartie, peut être maîtrisé grâce à des outils assez simples.

2.1 La communication des éléments existants

Trop souvent, l'industriel dispose de nombreux éléments qu'il ne songe pas à transmettre à sa banque.

Or, il convient d'élaborer un diagnostic juridique et une analyse de l'équilibre financier au vu de ces documents, sans que la banque procède elle-même au diagnostic technique, ce qu'elle n'a d'ailleurs pas les moyens de faire.

2.1.1 L'utilisation du dossier d'assurance

Pour la banque, l'utilisation du travail fait par l'assureur pourrait constituer une première analyse des risques.

La démarche de l'assureur lors de la souscription du contrat se déroule en quatre étapes :

- Le proposant doit compléter un questionnaire «pro-

ASSURPOL

Le 1^{er} janvier 1989, un GIE de cinquante sociétés d'assurance et quinze sociétés de réassurance a été créé : ASSURPOL. Sa vocation est de couvrir les risques d'atteinte à l'environnement par un contrat spécifique. Le périmètre du GIE concerne les installations classées, les activités des entreprises spécialisées dans le domaine de la dépollution, et les activités des collectivités territoriales.

Le contrat prend en charge les pollutions à caractère accidentel (celles dont la manifestation est concomitante à un événement soudain et imprévu) et les pollutions résultant d'une altération lente et graduelle dans la mesure où le phénomène reste inconnu de l'assuré (exemple : fuites très fines provenant d'une canalisation). Les garanties accordées par l'assureur concernent les dommages matériels

et immatériels mais en tout état de cause supposent l'existence d'un aléa. Le contrat d'assurance ne garantit donc pas l'entreprise polluante qui, sciemment, ne respecte pas la réglementation. Au 30 décembre 1998, le nombre de contrats ASSURPOL était de 2 000, ce qui est bien inférieur aux 65 000 installations classées soumises à autorisation.

positions» qui s'attache à la nature des produits dangereux utilisés, au mode de stockage, à la qualité des effluents, ainsi qu'aux données principales de l'environnement et sa vulnérabilité¹⁹. Des questionnaires spécialisés ont été mis au point pour l'industrie du traitement de surface, les dépôts d'hydrocarbures et les centres d'enfouissement techniques ou décharges.

- L'exploitant doit communiquer les arrêtés préfectoraux d'autorisation, l'étude d'impact et l'étude des dangers, c'est-à-dire les documents réglementaires qui permettent de connaître d'une part, l'état de l'environnement au commencement de l'exploitation et les modifications présumées de cet état, d'autre part, les scénarios d'accidents susceptibles de se produire et les analyses d'effluents liquides et atmosphériques.

- Un ingénieur ou un inspecteur technique de la société d'assurance visite le site afin de se rendre compte effectivement de la réalité des risques.

- Dans certains cas, l'assureur fait appel à un organisme qualifié pour effectuer un audit environnement, notamment pour les unités anciennes.

La charge financière de cette expertise incombe à l'industriel.

En outre, l'esprit de prévention de l'assureur se poursuit en cours de contrat, l'assureur se réservant le droit de visiter les installations et de faire effectuer un contrôle technique. Ces visites peuvent être l'occasion de déceler des défauts qui seront examinés avec l'industriel pour voir avec quelle méthode il peut y être remédié.

2.1.2 La comptabilité verte

En France, il n'existe en l'état aucune obligation pour l'entreprise de mentionner, dans ses annexes comptables, l'analyse des risques environnementaux.

Cependant, les experts comptables ont présenté, il y a quelques années, des propositions dans un Livre Blanc²⁰ réclamant en particulier que soient précisées les conditions de provision d'une part, et l'évaluation des obligations résultant de la mise en conformité d'un site d'autre part.

En l'état, il n'est pas possible pour une société de déduire fiscalement une provision «environnement».

Cependant, les prémices d'une évolution prochaine sont réunis.

En effet, tout d'abord, dans son bulletin n° 352 de décembre 2000, la Commission des opérations de bourse (Cob) a attiré «l'attention des entreprises sur l'importance de l'information à fournir en matière de politique environnementale et de ses impacts financiers». Cette recommandation a été réitérée par la Cob dans son bulletin d'octobre 2001²¹.

Deuxièmement, pour la première fois, le législateur français vient de prendre en compte le risque environnemental puisque l'article 116 de la loi sur la nouvelle réglementation économique (NRE)²² prévoit, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés négociés, que le rapport visé à l'article L 225-102 du Code de commerce, destiné à l'information des actionnaires, doit contenir des informations, dont la liste sera fixée par décret en Conseil d'Etat, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité.

Troisièmement, au niveau communautaire, la Commission européenne a, dans une recommandation du 30

mai 2001, précisé les modalités d'informations comptables liées à l'environnement qu'il convenait d'apporter. C'est ainsi que les provisions doivent apparaître dans le bilan sous la rubrique «autres provisions» ; quant aux passifs environnementaux, ceux-ci feront l'objet d'une mention séparée au bilan. Par ailleurs, l'annexe des comptes comportera, pour chaque passif environnemental d'importance significative, une description de sa nature et l'indication du calendrier et des conditions de son règlement²³.

2.1.3 Le rating

Certains pays, dont l'Allemagne et les États-Unis, utilisent des agences spécialisées pour donner une cotation aux risques environnementaux.

Global Reporting Initiative²⁴, créé en 1997 à Boston, a élaboré des lignes directrices afin que les rapports sur le développement durable deviennent aussi courants et crédibles que les rapports financiers.

En France, il existe à l'heure actuelle une agence susceptible de donner à ses propres clients, et non à des tiers, des informations.

2.2 La mise en place d'un questionnaire par la banque

Dès 1993, la Nationale Westminster Bank indiquait qu'elle adressait à ses clients des questionnaires relatifs à leur risque environnemental, ce risque étant devenu un élément à part entière des décisions de prêts, pour l'appréciation du risque de contrepartie.

Il est possible grâce à un questionnaire très simple (un peu à l'instar de celui rempli lors de la souscription d'un contrat d'assurance) d'obtenir des renseignements fort utiles pour la banque.

Ce questionnaire «de base» pourrait se présenter de la façon suivante :

- Votre entreprise relève-t-elle du régime des installations classées ? Dans l'affirmative, pouvez-vous communiquer la copie de l'arrêté préfectoral vous ayant autorisé à exploiter la copie des arrêtés complémentaires et la copie du récépissé de déclaration ?
- Avez-vous fait procéder à un «audit environnement» ou avez-vous un rapport environnement ?
- Votre entreprise est-elle située à proximité d'une autre entreprise à risques ?
- Quelle est la périodicité des contrôles du Préfet ?
- Avez-vous souscrit une police d'assurance environnement ?
- Etes-vous certifié ISO 14001 ?
- Avez-vous fait une étude simplifiée des risques du sol sur lequel s'exerce votre activité ?
- Constituez-vous une provision pour risque environnemental ?
- Avez-vous eu des contentieux civils ou administratifs relatifs à l'environnement ?

Ce questionnaire sommaire devra être adapté en fonction de l'activité des clients. En effet, le questionnaire ne sera bien entendu pas le même pour l'usine exploitant une papeterie que pour un élevage de porcs. On soulignera qu'il ne saurait permettre de dire que la banque a vérifié ou devait vérifier le respect de la réglementation par son client : elle n'en a ni les moyens (ne serait-ce que parce que la réglementation évolue très vite), ni la mission, on l'a vu.

2.3 L'introduction de clauses spécifiques dans les contrats

Des «*representations and warranties*» relatives au respect par l'emprunteur des législations applicables en matière d'environnement peuvent utilement être introduites dans les contrats de financement. Par ces clauses, l'emprunteur affirme et garantit d'une part, qu'il a bien respecté les obligations environnementales légales qui lui sont applicables, d'autre part, qu'il met en œuvre des audits périodiques de nature à lui permettre de déceler d'éventuels dysfonctionnements ; enfin, qu'il est assuré. Le non-respect de ces engagements devrait permettre à la banque de se dégager vis-à-vis d'une entreprise dont la légèreté en la matière aggrave le risque de la banque.

III A quel moment la banque doit-elle analyser ce risque ?

Le risque environnement doit être analysé plus particulièrement lors des opérations suivantes :

3.1 La fusion-absorption

Dans le cas d'une fusion-absorption, c'est la totalité du patrimoine actif et passif de la société absorbée qui est transmis à la société absorbante.

Si la société absorbante reprend l'exploitation de la société absorbée, elle devra donc obtenir une autorisation préfectorale.

La nécessité de solliciter une nouvelle autorisation impliquera obligatoirement un bilan d'activités, puisque l'Inspecteur des installations classées aura la possibilité de refuser ou de soumettre l'autorisation à la réalisation d'un certain nombre de conditions.

On distinguera deux hypothèses pour l'absorbant :

- Si la pollution est connue avant l'opération de fusion, son évaluation financière devra être aussi approchée que possible. Une provision pour risque liée à cette pollution devra être incluse dans le rapport du Commissaire aux apports, lequel devra tenter de chiffrer les conséquences de cette pollution.
- Si en revanche, la pollution se révèle ultérieurement, la société absorbante sera dans une situation assez délicate, car contrainte de supporter la totalité de la responsabilité tant à l'égard de l'Administration qu'à l'égard des tiers.

3.2 La cession d'actions

En cas de cession d'actions, il n'y a pas de changement d'exploitant mais poursuite de l'exploitation par la même société, ce qui simplifie la responsabilité éventuelle à l'égard de l'Administration qui ne dispose pas des mêmes moyens que dans l'hypothèse précédente.

En application de la jurisprudence sur les vices du consentement et la garantie légale des vices cachés, les acquéreurs ont donc intérêt à avoir une connaissance précise du bien qu'ils acquièrent. C'est pourquoi, dans la pratique, les cessions d'actions comportent des clauses de garantie d'actif et de passif liés au risque environnement.

S'agissant d'une pollution qui se révélerait après la

cession, la preuve devrait être apportée de son incidence sur la valeur des actions, sa seule incidence sur la société elle-même n'étant pas de nature à permettre à l'acquéreur de se retourner vers son vendeur.

3.3 La vente d'actif

La cession d'actif est celle qui est susceptible de poser le plus de difficultés dans la mesure où il peut y avoir reprise de l'exploitation d'une installation classée avec les conséquences qui s'y attachent.

A l'égard de l'Administration, si l'exploitation se poursuit, le changement d'exploitant devra être signalé à l'Administration et autorisé par elle si l'installation concernée est autorisée ; dans certains cas, une nouvelle procédure d'autorisation sera nécessaire et par voie de conséquence l'obtention de cette autorisation préfectorale pourra constituer une condition suspensive de la vente.

A l'égard de l'acquéreur, l'article L 514-20 du Code de l'environnement prévoit une obligation renforcée d'information à la charge du vendeur d'un terrain sur lequel a été précédemment exploitée une activité industrielle soumise à autorisation.

3.4 Le contrat de crédit-bail

Les crédits-bailleurs devront accorder une vigilance particulière à l'activité du crédit-preneur et au site, objet du crédit-bail.

En cas de défaillance de l'entreprise, il n'est pas rare que le Prefet mette en demeure et le liquidateur judiciaire et le propriétaire, donc le crédit-bailleur, d'avoir à évacuer les déchets et remettre en état le site pollué. Dans cette hypothèse, le crédit-bailleur peut se trouver poursuivi en sa seule qualité de «détenteur», nonobstant les deux arrêts du Conseil d'Etat qui seront évoqués ci-après.

3.5 Le crédit hypothécaire

Dès le moment où l'on découvre la présence de déchets sur un terrain, celui-ci perd une grande partie de sa valeur compte tenu des coûts inhérents à l'enlèvement des déchets, avec toutes les conséquences qui en résultent pour l'inscription hypothécaire accordée au prêteur.

La banque peut dès lors souhaiter prendre des mesures de précaution avant d'octroyer un crédit hypothécaire : elle peut par exemple décider de procéder à un audit environnemental (analyse du sol, etc.), ou exiger simplement de l'emprunteur une sûreté supplémentaire.

3.6 La cessation d'activité de l'entreprise ?

Toute cessation d'exploitation doit faire l'objet d'une information de l'exploitant auprès du Prefet, et ce conformément à l'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977, l'exploitant devant remettre le site de l'installation dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article L 511-1 du Code de l'environnement ²⁵.

Tant que l'exploitation est solvable, il n'y a pas de

risque particulier pour la banque puisque c'est l'exploitant qui est responsable à l'égard de l'Administration. En revanche, lorsque l'exploitant a fait l'objet d'une cessation des paiements, les choses sont un peu différentes.

3.7 Le redressement ou la liquidation judiciaire de l'exploitant

L'article L 511-1 du Code de l'environnement rend l'exploitant débiteur du respect d'un certain nombre de règles mais également le «détenteur». Ce terme n'ayant fait l'objet d'aucune définition précise, la jurisprudence administrative a tenté de le préciser.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont mis la remise en état de sites pollués à la charge de simples propriétaires non exploitants. Mais deux arrêts du Conseil d'État²⁶ ont indiqué que la seule qualité de propriétaire ne pouvait suffire à l'Administration pour retenir la qualité de détenteur²⁷.

En cas de liquidation judiciaire de la société, les juges administratifs reconnaissent l'application des procédures prévues par la loi de 1976 au liquidateur, en sa qualité de représentant légal de la société en liquidation²⁸.

Cependant, il y a une difficulté tenant au conflit de deux lois, l'une concernant la protection de l'environnement, l'autre concernant la loi sur les redressements judiciaires.

L'une des difficultés auxquelles sont confrontés les liquidateurs judiciaires est celle de savoir si les créances d'enlèvement des déchets, de remise en état des sites, sont des créances article 53 ou des créances article 40 de la loi du 25 janvier 1985. Un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 31 mars 1999 a considéré que l'obligation de déclarer la cessation d'activité et de remettre en état le site naît «lorsqu'une installation cesse l'activité au titre de laquelle elle est autorisée ou déclarée» et que l'activité étant arrêtée au jour de liquidation judiciaire, la créance du coût de remise en état trouvait son origine antérieurement au jugement d'ouverture et devait être déclarée au représentant des créanciers conformément à l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985.

Il est clair que, sur ce point, les professionnels attendent une modification législative ou tout du moins une harmonisation entre les deux lois suggérée par Messieurs Hugon et Lubek dans un rapport d'expertise et de propositions sur les sites et sols pollués, rédigé à la demande des ministres de l'économie et de l'environnement en avril 2001²⁹.

IV Un cas particulier : l'octroi des garanties financières

Dans un domaine particulier, le banquier intervient directement dans la sphère environnementale de son client : il s'agit du système de garanties financières mis en place en 1994³⁰.

4.1 Objectif et nature

L'objectif des garanties, au moment où la proposition de loi a été présentée, était d'assurer que la remise en état d'un site industriel pollué soit financée par l'exploitant ou

l'ancien exploitant, en application du principe pollueur-payeur. Selon la logique des pouvoirs publics, la collectivité nationale ne devait pas en faire les frais, pour le cas où l'exploitant serait insolvable, incapable de faire face aux frais de remise en état, en liquidation judiciaire, ou encore pour le cas où il aurait «disparu». Au cours des débats parlementaires, le champ d'application des garanties a été élargi à deux autres cas, liés à la mise en sécurité de l'installation et aux interventions en cas d'accidents.

C'est la mise en activité des installations qui est subordonnée à la constitution de telles garanties, qu'il s'agisse d'installations nouvellement autorisées ou d'installations dont le changement d'exploitant doit être autorisé. Trois secteurs d'activités sont soumis à cette obligation.

Pour les carrières, la remise en état du site après exploitation doit être assurée³¹ ; ceci n'est pas complètement nouveau, puisque depuis 1979, les exploitants de carrière étaient tenus de remettre les lieux en état et devaient justifier d'une caution ou constituer des provisions.

Pour les stockages de déchets, la garantie concerne la remise en état du site après exploitation, la surveillance et le maintien en sécurité de l'installation, ainsi que les interventions en cas d'accident ou de pollution³².

S'agissant des installations «Seveso» (voir la «Définition des entreprises à risques»), contrairement aux deux secteurs précédents, ne sont concernées que celles qui ont commencé à fonctionner à partir de 1999³³. La surveillance et le maintien en sécurité du site en cas d'événements exceptionnels susceptibles d'affecter l'environnement, ainsi que les interventions en cas d'accident ou de pollution doivent être garantis. La remise en état du site après cessation d'activité ne fait plus partie des opérations devant être couvertes par la garantie.

Les garanties financières, précise l'article 23-3 du décret, ne couvrent en aucun cas les indemnisations de tiers à raison d'un préjudice subi du fait d'une pollution ou d'un accident.

La garantie résulte d'un engagement écrit d'un établissement de crédit. Un arrêté conjoint des ministres de l'environnement et des finances du 1^{er} février 1996 a fixé la nature de cet engagement sous forme d'un acte de cautionnement solidaire.

On soulignera que, selon l'article 23-3 du décret, une entreprise d'assurance pourrait aussi accorder cette garantie, ainsi qu'un fonds géré par l'ADEME pour les stockages de déchets. On avait aussi envisagé de créer des organismes de caution mutuelle³⁴ et d'instaurer un système d'épargne pollution³⁵. Mais aucun de ces systèmes alternatifs n'a été mis en place, alors que la durée de la garantie demandée, dans certains cas³⁶, et la nature de certains risques (interventions en cas d'accident ou de pollution) apparaissent incompatibles avec le «métier» de banquier. Il est ainsi fort à craindre que certaines activités, en l'état actuel, ne puissent être garanties, au moins s'agissant d'entreprises qui n'appartiennent pas à de grands groupes.

4.2 Modalités

Il semble que la garantie ne puisse être accordée par les banques que pour une période limitée, en général de un à trois ans ; elle devrait donc être renouvelée, selon le

décret, trois mois au moins avant son échéance. Cette démarche incombe à l'exploitant qui doit s'en ouvrir à l'établissement garant. Si celui-ci n'accepte plus de donner sa garantie, l'exploitant doit essayer de trouver un autre garant. Les limites dans le temps de cette garantie apparaissent cependant difficiles à maîtriser complètement³⁷ : que sera tenté de faire un banquier qui, à la fois finance et garantit un établissement «à risque», dès lors que le refus de renouveler la garantie risque de conduire son client à arrêter son activité ? Que fera-t-il face à un maire, par exemple, soucieux du maintien de l'emploi ?

Le montant de la garantie est fixé par un arrêté préfectoral, en fonction des propositions de l'exploitant. Celui-ci doit fournir les éléments nécessaires au calcul de la garantie en fonction de coûts unitaires forfaitaires des opérations garanties et d'autres paramètres fixés dans les circulaires (superficies, capacités et volumes de produits, rythme et durée d'exploitation...). Il effectue lui-même le calcul pour proposer une évaluation du montant. Pendant l'instruction du dossier, l'Administration peut vérifier ces résultats ou établir d'autres calculs.

L'arrêté préfectoral d'autorisation fixe également les modalités d'actualisation et la périodicité de la révision.

Un arrêté préfectoral complémentaire peut modifier le montant de la garantie. Dans ce cas, le nouvel arrêté ne crée pas d'obligation à l'égard de la banque garante. C'est à l'exploitant qu'il appartient «de réviser contractuellement le montant des garanties, dans un délai fixé par le préfet».

4.3 Appel de la garantie

Seul le Préfet peut appeler les garanties, et ceci à deux conditions : l'insolvabilité de l'exploitant (condition préalable) et la non-exécution des opérations couvertes par la garantie.

Outre les cas évidents d'insolvabilité, notamment la «disparition juridique», cette insolvabilité est en général supposée si, après mise en demeure d'exécuter ces opérations, la consignation ordonnée par le Préfet à titre de sanction administrative³⁸ reste sans effet.

Il ne s'agit pas d'une garantie à première demande ; l'exploitant doit avoir les moyens de contester l'arrêté préfectoral lui imposant une prescription. Il ne s'agit pas non plus d'une obligation de faire, pour le banquier, mais d'un engagement purement financier.

Pendant la durée d'exploitation, le garant est informé par le Préfet des sanctions administratives infligées à l'exploitant. La banque peut ainsi se faire une idée de la façon dont son client gère son installation et respecte ses obligations.

4.4 Sanction du défaut de garantie

L'exploitant ne peut pas, en principe, exploiter sans garantie.

L'absence de garantie doit être constatée selon les modalités imposées pour la recherche et la constatation des infractions en matière d'ICPE, par un inspecteur des installations classées, qui dresse un procès-verbal. Les sanctions sont pénales (contravention à un arrêté préfectoral, délit de non-respect d'une mise en demeure). Les sanctions sont aussi administratives. Le défaut de garantie devrait en effet entraîner la suspension d'activités. L'auto-

rité de sanction est le ministre de l'environnement ; mais la nature des sanctions (amende ou suspension de fonctionnement) est imprécise, et la situation juridique décrite par les textes est confuse, voire contradictoire³⁹.

4.5 Levée des garanties

Seul le Préfet décide, par arrêté, du moment où la garantie peut être levée. Ce ne peut être qu'après remise en état du site, ou cessation de l'activité ; mais il doit aussi tenir compte des dangers ou inconvénients résiduels de l'installation. Il peut alors demander l'aide d'un tiers expert, qui évaluera, aux frais de l'exploitant, les «éléments techniques justifiant la levée de l'obligation de garantie».

Il ne semble pas y avoir encore d'expérience de levée de garanties depuis l'entrée en vigueur de l'obligation de garanties financières. Mais il est probable que les durées devront s'estimer sur une longue période de temps. Ainsi, pour les stockages de déchets, il faut que cette garantie dure non seulement aussi longtemps que la décharge est en activité (la circulaire correspondante donne un exemple de 20 ans), mais aussi pendant un temps suffisant pour estimer si des risques de pollution peuvent se produire, par exemple pour le cas où l'étanchéité de la décharge poserait des problèmes ; cette durée est fixée par la circulaire à 30 ans.

Conclusion

Les établissements de crédit finançant des entreprises «à risque» sont ainsi confrontés à un risque essentiellement financier et de contrepartie, que des outils assez simples et déjà existant leur permettent de gérer. Dans certaines situations qui devraient rester l'exception, ils peuvent voir aussi engagée leur image. En outre, leur responsabilité directe pourrait être engagée en cas de contrôle effectif de l'activité polluante.

Les banquiers ne sauraient être considérés comme des «gardiens de l'environnement» ; ils n'ont ni la vocation⁴⁰ ni les compétences d'assumer une mission de surveillance, mission qui revient à l'Etat. Retenir cette «philosophie», contraire à l'obligation de non-ingérence des banquiers et proche de la théorie de la «deep pocket», pourrait conduire les banques à se retirer de pans entiers de l'économie, et à tout le moins renchérir considérablement le coût du crédit.

Enfin, la réflexion sur les solutions alternatives aux garanties financières émises par les établissements de crédit doit être reprise, afin de mettre en place des solutions réalistes et effectives. ■

¹ L'arrêt *Fleet Factors* de 1990 (US v. *Fleet Factors Corp.*, 901 F. 2d 1550 (11th Cir.1990) a, sur la base de la législation dite «CERCLA» (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act) de 1980, retenu la responsabilité d'un prêteur, considéré comme ayant participé à la gestion de l'entreprise d'une manière telle qu'il avait été en mesure d'influencer la politique de traitement des déchets au sein de celle-ci. La jurisprudence américaine a par ailleurs retenu la responsabilité de banques en tant que prêteurs, car ayant reçu un «mortgage» à titre de sûreté.

² Depuis plus de 30 ans, la protection de l'environnement est au cœur des préoccupations européennes, avec la parution de programmes d'action, et le souci de responsabilité écologique est monté en puissance avec la parution d'un Livre Vert sur ce sujet, le 13 mai 1993, d'un Livre Blanc en février 2000, d'une proposition de directive de 1991 en matière de déchets et d'un avant-projet de directive en octobre 2001... ; la présidence suédoise du 1^{er} semestre 2001 en avait fait l'une de ses trois priorités (cf. notamment la Communication de la Commission du 24 janvier 2001).

La Convention de Lugano du Conseil de l'Europe du 8 mars 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement retient un système de responsabilité objective de celui qui a le contrôle de l'exploitation.

³ Article 116 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques (NRE).

⁴ *Bulletins Cob* n° 352 de décembre 2000 et n° 361 d'octobre 2001.

⁵ La préparation du sommet mondial du développement durable de Johannesburg, réunissant tous les chefs d'Etats dix ans après le Sommet de Rio, intéresse toutes les enceintes internationales (CEE, NU, OCDE). Le Conseil européen de Barcelone, en mars 2002, devrait être le premier sommet européen à examiner la stratégie de développement durable dans son ensemble (aspects économiques, sociaux et environnementaux).

⁶ Le Code de l'environnement est publié au *JO* du 21 septembre 2000 (p. 38203 et suivantes).

⁷ Le droit des installations classées, *Ed. du Moniteur*, 1994, J.-P. Boivin.

⁸ Décret du 21 septembre 1977 modifié, article 17.

⁹ Directive européenne 96/61 sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution du 24 septembre 1996.

¹⁰ Cass. com. 11 mai 1999, trois arrêts, Conclusions de Mme Piniot, Avocat général, *RJDA* 99.495 et suivantes.

¹¹ Les fondements de la mise en jeu de la responsabilité civile de l'exploitant peuvent être : les articles 544, 1382, 1383, 1384 al. 1^{er}, 1641, 640 et 641 du Code civil et l'article L 514-20 du Code de l'environnement (ancien article 8-1 de la loi du 19 juillet 1976).

¹² Document de travail de la Commission européenne du 30 juillet 2001, sur la prévention et la réparation des dommages significatifs à l'environnement, <http://www.europa.eu.int/comm/environment/liability/consultation.htm>.

¹³ Livre Blanc sur la responsabilité environnementale, COM (2000) 66 final, du 9 février 2000 (cf. en particulier l'article 4-4). Etudes commandées par la Commission suite au Livre Blanc :

- <http://www.europa.eu.int/comm/environment/liability/com.htm>
- <http://www.europa.eu.int/comm/environment/liability/insurance.htm>

Commentaires : cf. par exemple Gilles J. Martin, *JCP-La Semaine juridique*, *ED. générale*, n° 17, 26 avril 2000, p. 723.

¹⁴ Article 121-1 du Code pénal : «nul n'est pénalement responsable que de son propre fait».

¹⁵ Article 223-1 du Code pénal.

¹⁶ Circulaire n° 98-72 du 18 juin 1998.

¹⁷ Deux initiatives législatives ont été engagées au plan communautaire,

mais sur des bases juridiques différentes : décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre les infractions graves au détriment de l'environnement, *JO C* 39 du 11 février 2000, p. 4. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, en date du 13 mars 2001, *JO C* 180 E du 26 juin 2001, p. 38.

¹⁸ Recommandation du Parlement européen sur les sanctions pénales et le droit communautaire, adoptée le 15 novembre 2001.

¹⁹ *Lamy Assurance* 2000, Chapitre V, p. 702.

²⁰ Cf. C. Lepage, «Bien gérer l'environnement», *Ed. du Moniteur*.

²¹ *Bulletin mensuel Cob*, oct. 2001, n° 361, p. 23, 24 et 25.

²² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

²³ *JOCE* du 13 juin 2001, L 156/33 et suivants.

²⁴ Par exemple : www.globalreporting.org.

²⁵ «Le point sur la réhabilitation des sites pollués», V. Sol, *Petites Affiches*, 8 août 2000, p. 4 et suivantes.

²⁶ CE 21/02/1997 : *SCI Les Peupliers et Wattelez*.

²⁷ Cependant, la cour administrative d'appel de Lyon, par un arrêt postérieur du 10 juin 1997 concernant l'affaire *Zoegger*, a admis qu'à défaut d'un exploitant présent et solvable, le propriétaire, en sa qualité de «gardien détenteur» pouvait se voir imposer des mesures de remise en état du site. La notion de «gardien» utilisée dans cet arrêt paraît faire écho à la notion de «garde» jusque-là connue du seul droit civil. Ces fluctuations ont conduit l'Administration à faire connaître sa position par une circulaire du 20 juillet 1999.

²⁸ CAA Nantes, 10/10/1990 et CE 8/09/1997 *SARL Serachrom*.

²⁹ <http://www.environnement.gov.fr>

³⁰ Article 2-1 de la loi n° 93-3 du 4 janvier 1993, intégré dans la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 comme article 4-2, et devenu l'article L 516-1 du Code de l'environnement ; décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 modifié ; articles 23-3 et suivants, issus du décret n° 94-484 du 9 juin 1994 ; arrêté du 1^{er} février 1996, fixant le modèle d'attestation de la constitution de garanties financières.

³¹ Circulaire n° 98-48 du 16 mars 1998.

³² Circulaire n° 96-858 du 28 mai 1996.

³³ Circulaire du 18 juillet 1997.

³⁴ Point 5-1 de la circulaire du 12 juin 1994.

³⁵ Rapport de l'ingénieur général des mines Max Fortin, à la demande du gouvernement, sur l'apport de l'assurance à l'environnement, 1995 et travaux préparatoires en vue d'une inclusion dans la loi de finances pour 1997.

³⁶ La durée maximum d'exploitation fixée par l'autorisation préfectorale peut atteindre 25 ans pour les installations de stockage de déchets et 30 ans pour les carrières ; pour les installations de stockage de déchets, les garanties doivent couvrir les inconvénients résiduels de l'exploitation pendant une période d'au moins 30 ans après la cessation de l'exploitation.

³⁷ Cf. Cass. 19 décembre 1990 et P. Bavoillot, *Petites Affiches*, 8 mars 1995, n° 29, p. 21.

³⁸ Cf. l'ancien article 23 de la loi.

³⁹ Article 23-5 du décret du 21 septembre 1977 et article L.541-26 du Code de l'environnement pour les stockages de déchets (ex article 23 de la loi ICPE).

⁴⁰ Certaines banques françaises contribuent à la protection de l'environnement par leur soutien à des initiatives locales en matière de restauration du patrimoine, par exemple, ou encore via la proposition de «fonds de placement écologiques».

Pour autant, aucune banque française n'a ratifié la «Déclaration des banques sur l'environnement et le développement», rédigée par les Nations unies en 1992 dans la mesure où celle-ci donne l'impression qu'il incombe au prêteur de veiller à ce que les emprunteurs respectent toutes leurs obligations en ce qui concerne la protection de l'environnement.

Bibliographie

«La banque et l'environnement», Association Belge des Banques, 1995.
 «Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes», Professeur Stoufflet, Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe, *Ed. Bruylant*, 2000.
 «Garanties financières : quelles perspectives d'évolution ?», C. Lepage, *Gazette du Palais* 1999, p. 1440.
 «Le point sur la réhabilitation des sites pollués : le droit en pleine évolution», V. Sol, *Petites Affiches* 08.08.2000, p. 4 et suivantes.
 «De l'assurance responsabilité civile pollution obligatoire», BDEI, *éd.*

Lamy, numéro spécial 2000.

«L'assurance du risque environnemental», F. Chaumet, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1999, n° 1, p. 23.

«L'assurance du risque d'atteinte à l'environnement», *Lamy Assurance* 2000, Chap. V, p. 702.

«Droit de l'environnement», *Précis Dalloz*, 4^e édition 2001, Professeur Prieur.

«Entreprises en difficultés, pratiques bancaires et juridiques», *Banque édit*, 1996, J.-M. Daunizeau.