

BDEI 1501

# Origine et portée de la notion de capacités techniques et financières dans les polices des mines et des installations classées

L'un des intérêts du droit des installations classées – et non des moindres – réside en cette faculté qu'il recèle de produire régulièrement de nouvelles problématiques, alors même que leur source a souvent été introduite dans les textes longtemps auparavant. Tel est, précisément, le cas de la notion de « capacités techniques et financières », concept généralement présenté dans la littérature à travers l'image de deux sœurs siamoises, alors qu'en réalité – quand on l'examine de façon plus approfondie – on découvre un outil bicéphale dont chacun des deux socles répond à une logique propre et développe des conséquences complémentaires, mais néanmoins distinctes. En effet, sous le vocable « capacités techniques » viennent se lover toute une série de questions qui vont de la conception même de l'installation jusqu'aux modalités de son exploitation, non sans faire, au passage, une large place à la formation des hommes, à leur savoir technique et à la manière dont ils conduisent, au quotidien, la marche de l'installation. De ce point de vue, le concept trouve tout naturellement une terre d'élection dans deux domaines. Le premier concerne les installations relevant de la directive IPPC, aujourd'hui relayée par la directive IED (Dir. PE et Cons. UE n° 010/75, 24 nov. 2010, relative aux émissions industrielles – prévention et réduction intégrées de la pollution), pour lesquelles le concept de « meilleure technologie disponible » (MTD) vient donner un contenu souvent très précis à la notion de capacités techniques. Le second domaine est celui des établissements Seveso où la dimension prééminente de la maîtrise des risques, s'appuyant sur des analyses de dangers de plus en plus sophistiquées, vient donner une portée toute particulière au concept (Voir, notamment, Dir. PE et Cons. UE n° 2012/18, 4 juill. 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs



**Jean-Pierre Boivin**

Avocat associé  
SCP Boivin  
et associés  
Directeur  
scientifique  
du BDEI



**Steve Hercé**

Avocat associé  
SCP Boivin  
et associés

impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil).

Le volet « capacités financières » de la notion n'est pas en reste et, autour de lui, sont venues s'agrèger toute une série de réflexions tournant autour de l'examen de la solidité financière de l'entreprise et de sa capacité à faire face à ses obligations, essentiellement sous l'angle environnemental. L'action publique, de ce point de vue – et en réponse à quelques affaires de pollution emblématiques comme *Métaleurop* (Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10094, *Métaleurop*) – s'est focalisée autour de l'obligation de remise en état, érigée en une forme de symbolique de la responsabilité industrielle, doublée de l'obsession d'éviter à tout prix qu'un passif environnemental ne conduise à mobiliser les finances publiques à travers le recours aux actions curatives de l'ADEME.

La notion de « capacités techniques et financières » a pris consistance dans le droit des installations classées au tournant des années 2000, même si – auparavant – quelques décisions applicables aux carrières avaient déjà abordé la question, le plus souvent pour stigmatiser la situation d'exploitants irréguliers ou indécents auxquels l'administration entendait opposer un « refus-sanction » (CE, 30 nov. 1979, n° 13795, *Ministre de l'industrie c/ M. Garavana* ; voir également CAA Douai, 29 déc. 2010, n° 09DA00640, *Association FNE*).

Pourtant, le concept n'était pas novateur et gisait dans notre droit positif, enfoui au cœur du Code minier porté sur les fonts baptismaux par le décret n° 56-838 du 16 août 1956, puis relayé par le décret n° 71-792 du 20 septembre 1971 pris en application de la loi n° 70-1 du 2 janvier 1970 réformant, au sein du Code minier, le régime juridique des carrières (1).

(1) Cf. D. n° 56-838, 16 août 1956, portant code minier ; D. n° 71-792, 20 sept. 1971, relatif aux autorisations de mise en exploitation des carrières, à leur renouvellement, à leur retrait et aux renoncements à celles-ci et L. n° 70-1, 2 janv. 1970, portant modification de diverses dispositions du code minier.

Plus particulièrement, la réforme conduite à travers le décret du 20 septembre 1971 a introduit un certain nombre de mécanismes – à maints égards novateurs – qui, pour certains, étaient appelés à connaître une notoriété telle, qu’une génération plus tard, la police des installations classées les annexerait en tant qu’outils emblématiques d’un droit renouvelé de l’environnement industriel (2).

Parmi ces mécanismes novateurs, traduisant une volonté de rupture avec la logique libérale qui avait présidé au régime des carrières pendant la fin du 19<sup>e</sup> siècle et les 3/4 du 20<sup>e</sup> siècle, figure une disposition – d’apparence discrète – du dossier de demande d’autorisation, à laquelle la jurisprudence devait postérieurement donner un écho singulier. En effet, l’article 7 B 4<sup>o</sup> du décret du 20 septembre 1971 introduisait dans le dossier de demande d’autorisation d’exploitation des carrières l’exigence d’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* ». Dans son article 9, le décret n<sup>o</sup> 79-1108 du 20 décembre 1979 confirmait cette obligation et, sous le vocable de « *capacités techniques et financières* », reprenait l’expression initialement utilisée par le Code minier. Cette terminologie sera ensuite continuellement appliquée et consacrée dans le droit positif. De son côté, le basculement du régime des carrières dans la police des installations classées, opéré par la loi n<sup>o</sup> 93-3 du 4 janvier 1993, allait servir de vecteur à la transplantation, au sein de cette police, de ces mécanismes novateurs dont deux étaient exclusivement tournés vers l’appréciation des qualités intrinsèques de l’exploitant (3).

Tout d’abord, l’outil de la vérification des « capacités techniques et financières » de l’exploitant introduisait un moyen pour l’autorité préfectorale d’exercer sur le pétitionnaire un contrôle *intuitu personae* efficace. En cohérence avec ce dispositif, et trouvant une même origine dans le décret du 20 septembre 1971, un autre mécanisme venait compléter le premier. Instituant une demande d’autorisation préalable en cas de changement d’exploitant, ce second mécanisme avait pour vocation de donner à l’administration un droit de regard sur la qualité du successeur en cas de changement d’exploitant, de telle sorte que l’autorité préfectorale puisse vérifier – dans le temps – la robustesse du profil des exploitants successifs des installations soumises à ce contrôle.

Ces deux mécanismes cumulés marquaient une rupture nette avec l’approche traditionnelle du droit des installations classées. En effet, dépassant l’approche *in rem* sur laquelle était historiquement ancrée la réglementation des installations dangereuses, incommodes et insalubres, ces deux mécanismes ouvraient une nouvelle dimension de l’action administrative en lui permettant d’ajouter un contrôle *intuitu personae* dont on espérait un encadrement plus strict des activités conduites par l’exploitant, afin de réduire au maximum les risques de dérive dans l’exploitation et, surtout, dans la remise en état. On doit observer que la logique qui innervait le régime des carrières, où les deux mécanismes d’autorisation préalable de changement d’exploitant et de vérification des capacités techniques et financières étaient liés, ne s’est trouvée que partiellement respectée lors du basculement des carrières dans la police des installations classées en 1993. En effet, le législateur – par prudence ou par défaut de perspicacité – n’a retenu le mécanisme d’autorisation préalable de changement d’exploitant que pour une liste très fermée d’installations : les carrières, les installations de stockage de déchets et les installations soumises à l’institution de servitudes. Et il faudra attendre la toute récente réforme du décret n<sup>o</sup> 2012-633 du 3 mai 2012, dont l’objectif premier était d’élargir le cercle des installations soumises à un dispositif de garanties financières, pour que, dans la foulée, soit mécaniquement étendue à ces mêmes installations la procédure de l’autorisation préalable de changement d’exploitant. Pourtant, le couplage entre garanties financières et autorisation préalable de changement d’exploitant n’avait d’autre origine qu’historique et, comme en attestent les débats devant le CSPRT (4), l’occasion aurait pu être saisie de découpler les deux outils. Telle ne fût, cependant, par la voie choisie. En conséquence, pour compenser l’élargissement du cercle des installations nouvellement soumises à autorisation préalable de changement d’exploitant, il fût décidé d’adopter un mécanisme d’autorisation tacite de changement d’exploitant dans le but affiché – et bienvenu – de faciliter les transactions entre opérateurs (5). Ainsi, dans cette nouvelle configuration issue de la réforme du 3 mai 2012, ce mécanisme de vérification des capacités techniques et financières, qu’il soit mis en œuvre *ab initio* dans le cadre de l’instruction de la demande d’autorisation d’exploiter, ou bien qu’il se trouve réitéré à travers la demande d’autorisation préalable de changement d’exploitant,

(2) Sur cette évolution, voir en particulier Boivin J.-P. et Lavare C., *Carrières et Granulats, Traité pratique du droit des carrières*, éd. Le Moniteur, 2008, p. 34 et s. (3) Voir, notamment, Jégouzo Y. et Lamarque J., « Loi relative aux carrières : loi du 4 janvier 1993 », *Revue de droit immobilier* 1993, p. 487. (4) Voir notamment le compte rendu de la séance du 18 octobre 2011 du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques sous la Présidence de M. Jacques Vernier < [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/CR\\_CSPRT\\_181011\\_5-approuve.pdf](http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/CR_CSPRT_181011_5-approuve.pdf) > (5) La police des installations classées est traditionnellement réfractaire aux dispositifs d’autorisations tacites qui font pourtant l’objet de demandes récurrentes de la part des milieux industriels et financiers notamment en ce qui concerne les demandes d’autorisation et d’enregistrement.

occupe-t-il désormais une place stratégique dans le droit des installations classées.

Parallèlement, la multiplication de décisions contentieuses relatives à cette question montre qu'elle est devenue un enjeu pour l'administration, mais également – et peut-être surtout – pour les tiers qui trouvent dans ce volet *intuitu personae* du dossier de demande d'autorisation un angle d'attaque plus aisé pour combattre une autorisation d'exploiter que la remise en cause du fond technique du dossier, plus complexe à analyser et à critiquer (6).

Au total, si le concept de capacités techniques et financières devait se révéler être le tendon d'Achille de la police des installations classées, il en résulterait un climat d'incertitude hautement préjudiciable aux exploitants et, au-delà, au maintien et au développement d'un secteur industriel dont l'utilité économique et sociale n'est plus, dans le contexte présent, sérieusement contestée.

Il paraît donc opportun et urgent de redéfinir les périmètres de l'action administrative et de l'intervention du juge par rapport à cet outil, et ce d'autant qu'en l'absence de toute définition textuelle, les bornes du contrôle opéré par l'administration doivent principalement être recherchées dans les finalités mêmes du régime de police auquel le mécanisme vient prêter son concours.

À travers l'analyse des origines du concept, on s'attachera à en cerner la portée première (I). Puis, on décrira la manière dont l'administration et le juge ont reçu ce concept (II). Enfin, de manière plus ciblée, on réfléchira à deux hypothèses particulières qui interrogent le concept dans sa portée même. Il s'agit, d'une part, de la problématique du changement d'exploitant et, d'autre part, de celle des financements de projet appliqués aux installations classées (III).

### I.- SOURCE ET OBJET DU CONCEPT DE « CAPACITÉS TECHNIQUES ET FINANCIÈRES » : UN HÉRITAGE DU DROIT MINIER

Trouvant son origine dans le droit minier (A), le concept de capacités techniques et financières s'est, ensuite, étendu à la police des installations classées à l'occasion de la loi n° 93-3 du 4 janvier 1993 *relative aux carrières* (B).

#### A. – Un concept directement issu du droit minier

Historiquement, ce concept est né du droit minier. On le trouve très précisément exprimé aux origines mêmes du Code

minier issu du décret n° 56-838 du 16 août 1956, à travers l'article 25 sous la section 1 du chapitre 1<sup>er</sup> du Code relative à l'octroi des concessions. Le texte est ainsi rédigé : « *nul ne peut obtenir une concession s'il ne possède les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux d'exploitation* ».

L'outil de contrôle que constitue la vérification des capacités techniques et financières du concessionnaire est subordonné à une finalité très précisément délimitée : « *mener à bien les travaux d'exploitation* » (C. min, art. 25). L'objectif ainsi assigné au concessionnaire découle très logiquement du régime des mines, tel qu'organisé au sein du Code minier. En effet, sous un même Livre I<sup>er</sup> intitulé « *régime général* », le Code organisait, en réalité, trois régimes distincts : le régime des mines, celui des minières (7) et celui des carrières. Entraient dans le régime des mines, les gîtes de substances minérales appréhendées par l'État comme des substances rares, indispensables ou utiles à l'économie du pays. En raison même de leur rareté et de leur degré d'utilité, ces substances étaient soustraites à la jouissance du propriétaire du fonds et celui-ci se voyait privé de tout droit de propriété sur le gisement, en contrepartie d'une indemnité de nature au demeurant symbolique. Ainsi rendues disponibles au service de l'intérêt général, lesdites substances pouvaient être exploitées à travers un régime de concession, le concessionnaire retenu étant spécifiquement choisi par l'État en fonction de son aptitude à réaliser les travaux d'extraction dans les meilleures conditions pour exploiter la ressource à son maximum. Et ce choix n'était pas un choix abstrait, mais se traduisait directement par un contrôle de la qualité même de la personne du concessionnaire incluant la vérification de ses antécédents industriels et, lorsqu'il déclarait vouloir faire appel à des financements tiers, à un contrôle de la qualité des financeurs et de la solidité de l'engagement de financement.

De ce fait, le concessionnaire se trouvait dans une situation assez proche de celle d'un délégataire de service public dans la mesure où l'État le chargeait, par substitution au propriétaire, d'exploiter au mieux une ressource d'intérêt général au bénéfice de la collectivité.

À ce stade, on doit souligner une particularité très forte du droit minier, tout entier tourné vers la découverte et l'exploitation de la ressource. En effet, le titulaire d'un titre minier, que ce soit un titre de recherches ou d'exploitation, se voyait

(6) Voir, notamment, sur ce point : Gillig D., « Comment le juge administratif apprécie-t-il les capacités techniques du demandeur à exploiter une installation classée dans le respect des intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement ? », *Environnement*, n° 4, avril 2011 ; Baucumont M., « Le juge administratif et les carrières », *BDEI, Suppl. au n° 36/2011*, n° 1315. (7) Concernant la suppression de ce régime hybride, voir Boivin J.-P. et Lavaine C., *Carrières et Granulats, Traité pratique du droit des carrières*, éd. Le Moniteur, 2008, p. 35 et s.

non seulement conférer le droit d'accéder à la ressource, mais aussi une quasi obligation de l'exploiter <sup>(8)</sup>.

S'agissant, tout d'abord, de la recherche de la substance, le droit minier est adossé à une philosophie dans laquelle, en contrepartie du privilège qui lui est accordé pour une zone donnée, le titulaire du permis s'engage à y mettre en œuvre des travaux de recherches de manière efficace et pertinente. Il s'en infère que, ce faisant, il accepte d'engager les investissements nécessaires pour conduire ce type de recherches et le niveau d'engagement financier est au nombre des critères qui sont pris en compte lors de la mise en concurrence avant la délivrance d'un titre. Pour ce même motif, l'administration est, ainsi, tenue de vérifier la surface financière du titulaire, soit qu'il mette en avant ses fonds propres, soit qu'il produise des engagements de tiers (banques, actionnaires) pour autant que ces engagements présentent, selon la formule de la Haute Assemblée, reprise des conclusions de son commissaire du gouvernement Yann Aguila, le caractère d'une « situation juridiquement acquise et non hypothétique » (CE, 13 juill. 2006, n° 273184 et n° 274612, *Société Géotech International*, BDEI n° 6/2006, n° 270).

En d'autres termes, pour remplir cette condition, l'administration attend du pétitionnaire qu'il produise des engagements fermes au moment du dépôt de son dossier, lesdits engagements étant naturellement assortis d'une condition suspensive liée à la délivrance du titre. Mais, dès la délivrance de ce titre, la condition suspensive tombe et l'engagement devient bel et bien un engagement ferme sur lequel le pétitionnaire ne peut, en principe, plus revenir. En réalité, les rapports entre l'administration et le pétitionnaire sont régis par une sorte de « pacte implicite » en vertu duquel le permis de recherches ne lui est délivré que sous la condition qu'il engage le plan de travaux convenu avec l'administration et arrêté en fonction des meilleures pratiques de la profession. Il en résulte qu'à travers le contrôle de la capacité financière du pétitionnaire, c'est en réalité le contrôle de son engagement financier lui-même qui est mis en œuvre. La capacité financière fait ainsi place à une garantie financière qui ne dit pas son nom et il est, à cet égard, symptomatique que, dans ses conclusions précitées, le commissaire du gouvernement Aguila utilise le terme de « garantie » pour qualifier la capacité financière de la société Géotech qu'il examine. En d'autres termes, il s'agit moins pour le juge de vérifier une aptitude abstraite du pétitionnaire à effectuer les travaux miniers, que les moyens

concrets et certains qu'il s'engage à mettre en œuvre dans le cadre de son projet.

Dans cette logique, le Code minier prévoyait que si le concessionnaire était défaillant ou exploitait mal la ressource qui lui avait été confiée, le titre de concession pouvait lui être retiré en raison de sa mauvaise exécution (C. minier, art. 119-1, ancien, repris NC. min., art. L. 173-5). Ainsi, l'article 81 du même Code, dans sa rédaction initiale du décret du 16 août 1956 prévoyait-il que « si l'exploitation est retreinte ou suspendue de manière à inquiéter la sûreté publique ou les besoins de consommateurs, l'économie générale de la région ou du pays (...) », le ministre chargé des mines pouvait prendre toutes décisions nécessaires, y compris une décision de retrait du titre.

Dans cette conception, la vérification des capacités techniques et financières du concessionnaire, non seulement au moment de la délivrance du titre, mais également pendant toute la durée de l'exploitation, prend tout son sens. Ce concept est, ainsi, tout entier subordonné à une seule et même finalité de nature structurellement économique : l'exploitation de la ressource dans les meilleures conditions.

Le régime des carrières était, pour sa part, organisé sur un schéma très différent fondé sur le principe selon lequel le propriétaire du sol reste le propriétaire du gîte et peut, à sa convenance, l'exploiter ou le faire exploiter.

Les rapports entre le propriétaire du gîte et le carrier étaient alors renvoyés au domaine contractuel, le contrat de foretage contenant les stipulations nécessaires pour régler les rapports de pur droit privé entre le propriétaire de la substance et le carrier candidat pour l'exploiter. À la logique de puissance publique, présente dans le système des concessions minières, faisait ainsi place une logique très proche dans ses effets, mais reposant sur un substrat d'ordre privé et financier. C'est, en effet, au propriétaire – dans le cadre de son contrat de foretage – qu'il appartient de veiller à ce que son cocontractant exploite son gîte dans les meilleures conditions, le contrat organisant lui-même des fourchettes de quantités à extraire, assorties, le cas échéant, de pénalités ou de bonus pour associer le propriétaire à la meilleure exploitation de sa ressource.

Pour autant, même au cœur de cette sphère laissée à l'initiative privée, la puissance publique n'est jamais bien loin. Ainsi, l'article 109 du Code minier (désormais, NC. minier, art. L. 321-1 et s.), qui trouve son origine dans la loi du

<sup>(8)</sup> Il convient de relever, en ce sens, que l'article 3 du décret n° 55-1154 du 27 août 1955 (aujourd'hui abrogé) disposait que la demande de permis exclusif de recherches d'hydrocarbures (PERH) devait contenir un engagement du pétitionnaire « de demander l'octroi d'un titre d'exploitation dès qu'il sera en mesure de fournir la preuve d'un gisement exploitable ». Aujourd'hui, l'article 44 du décret n° 2006-648 du 2 juin 2006 relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain dispose que le détenteur d'un PERH est tenu « dès qu'un gisement a été reconnu exploitable, de demander l'octroi d'une concession ou de renoncer au droit à concession ».

17 juillet 1941, permettait-il de contourner l'inaction du propriétaire lorsqu'une substance – soumise au régime des carrières – présentait un degré d'utilité suffisant pour justifier sa mise à disposition des acteurs de l'économie locale ou nationale (9). La mise en œuvre de ce dispositif, dont l'effet est de rapprocher la substance en cause du régime concessif des mines, illustre bien, s'il en était besoin, l'intérêt premier que le législateur attachait à la disponibilité et à l'exploitation des gîtes concernés.

Relayant cette logique, les textes s'en faisaient fidèlement l'écho. Ainsi, pour les carrières souterraines régies par le titre VI du Code minier de 1956, l'article 108 se bornait-il à renvoyer à l'application du régime de surveillance des mines. Cet article 108 faisait, en particulier, une référence expresse à l'article 81 organisant les retraits de titres de concession dans l'hypothèse d'une carence d'exploitation de la ressource par le concessionnaire. Certes, cette référence à l'article 81 sera-t-elle abrogée par la loi du 2 janvier 1970 précitée. Mais, ainsi qu'il a été dit, le décret d'application de ce texte du 20 septembre 1971, reprenant l'exigence de l'examen des capacités techniques et financières, assignera à l'administration une mission sensiblement identique à celle visée à l'article 25 du Code minier précité puisque la note justificative de la capacité du demandeur, tant du point de vue technique que financier, aura *in fine* pour objet de vérifier qu'il peut « *entreprendre et conduire l'exploitation projetée et se conformer aux conditions prescrites éventuellement* ».

En définitive, le concept de capacités techniques et financières est, à l'origine, lié aux intérêts structurellement portés par le Code, et plus spécifiquement à l'exploitation de la ressource qui en constitue l'axiome cardinal.

Pour sa part, dans sa rédaction initiale, l'article 84 du Code minier élargit le cercle des intérêts protégés à la préservation de la ressource et de la mine, à la protection des mineurs (telle qu'elle s'exprime notamment par l'application du règlement général des industries extractives, RGIE) et, plus largement, aux éléments qui peuvent faire l'objet de dommages miniers (biens matériels, ressource en eau). L'environnement, en tant que tel, n'apparaîtra qu'à partir de 1977, lorsque le décret du 16 juin 1977 prendra en compte les avancées des deux grandes lois du 10 juillet 1976 (protection de la nature) et du 19 juillet 1976 (installations classées).

Ainsi replacée dans le contexte dans lequel elle est apparue et s'est développée, la portée de la notion de « capacités

techniques et financières » doit être appréciée par rapport à l'objet pour lequel elle a été construite et il appartient donc à l'administration comme au juge de ne pas s'en écarter.

### **B. – La réforme de la loi carrières du 4 janvier 1993 ou l'extension du concept des « capacités techniques et financières » à la police des installations classées**

Sans entrer dans les méandres de la lutte d'influence latente qui a opposé le Parlement et le Gouvernement entre 1976 et 1993 (10) sur le régime qu'il conviendrait *ultima ratio* d'appliquer aux carrières, le Gouvernement avait fondamentalement deux options pour solder le conflit qu'avait ouvert l'inscription, par un amendement parlementaire (11), des carrières dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 19 juillet 1976.

Soit il renonçait à son hostilité à l'inscription des carrières dans le régime des ICPE et il prenait le décret de nomenclature permettant la mise en œuvre effective de ce régime.

Soit il confirmait son attachement au régime minier et il obtenait du Parlement un amendement retirant les carrières de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 19 juillet 1976 qui avait été introduit contre son gré.

Pour les aider à sortir de ce climat de conflit, les ministres de l'industrie et de l'environnement chargèrent, en 1987, le conseiller d'État Paul Gardent de choisir entre les deux législations celle qui serait la plus appropriée pour accueillir le régime des carrières. Le rapport rendu par M. Gardent (12) optait pour le maintien des carrières dans le régime minier, moyennant quelques aménagements pour la préservation de l'environnement, au motif que le basculement des carrières dans le régime des installations classées aurait nécessité des adaptations nombreuses et délicates que le conseiller d'État estimait de bonne administration de ne pas entreprendre inutilement. Tournant le dos aux préconisations du rapport Gardent, le Gouvernement opta pour la soumission définitive des carrières à la police des ICPE et s'engagea, à travers la loi du 4 janvier 1993, à accompagner cette mutation par une série de réformes, dont certaines importantes. Ces réformes ont eu pour objet et pour effet de faire structurellement bouger les lignes d'un droit des installations classées séculaire, solidement ancré sur ses piliers fondateurs (13).

Il s'agissait, en effet, rien moins que d'introduire dans la police des ICPE certains des éléments inhérents à l'industrie extractive afin de permettre à cette police d'absorber, dans des conditions satisfaisantes, une activité qui lui était jusqu'alors

(9) Sur ce point, voir Boivin J.-P., « L'actualité des carrières : ombres et lumières... », *BDEI, Suppl. au n° 18/200, Editorial* ; Boivin J.-P. et Vuillier N., « Réflexions croisées », *BDEI, Suppl. au n° 36/2011, n° 1312*. (10) Voir, sur ce point, Boivin J.-P. et Lavoire C., *Carrières et Granulats, Traité pratique du droit des carrières*, éd. Le Moniteur, 2008, p. 36 et s. (11) JOAN, débats Assemblée nationale, 16 avr. 1976, p. 1829. (12) Rapport de Gardent P. cité par François P., Rapport au nom de la Commission des affaires économiques et du Plan, JO Sénat, 29 oct. 1992, n° 33, p. 27. (13) Voir Jégouzo Y. et Lamarque J., « Loi relative aux carrières : loi du 4 janvier 1993 » précité.

restée globalement étrangère. Ce faisant, ce courant de réforme allait apporter des modifications structurelles et des changements de nature par rapport à une approche classique de la police que Jean Untermaier résumait dans une belle formule : « une législation de police à l'état pur ou presque, qui régleme et contraint sans chercher à atteindre d'autres objectifs que la sauvegarde des intérêts qu'il lui incombe de préserver » (14). L'irruption de ce nouvel outil de contrôle des capacités techniques et financières de l'exploitant allait bouleverser cette approche et superposer aux mesures de contrôle de l'installation (bruits, odeurs, distances, etc. : approche *in rem*) une échelle d'évaluation du profil de l'exploitant lui-même (approche *in personae*).

Pour importantes qu'aient pu paraître ces mutations, il n'en demeure pas moins essentiel de conserver à l'esprit le cadre dans lequel elles se sont opérées et la volonté des pouvoirs publics – faisant en cela écho à la mise en garde du rapport Gardent – de minimiser l'impact de ces réformes, non sans entretenir au passage des confusions plus ou moins sérieuses entre la notion de capacité financière et celle de garantie financière. Et il faudra toute la perspicacité des inspecteurs généraux Lubek, Saint-Raymond et Legrand, dans leur rapport d'expertise de novembre 2004, pour démêler cet écheveau embrouillé à l'envi (15).

Le climat dans lequel ces mutations se sont opérées doit être bien appréhendé. D'une part, cette migration des capacités techniques et financières du régime minier vers le régime ICPE ne s'est pas opérée à périmètre constant (1). D'autre part, elle s'est effectuée *a minima* (2).

#### 1) La migration de l'outil des capacités techniques et financières ne s'est pas opérée à périmètre constant

Ce point a été peu ou mal perçu par la doctrine, et le juge n'a pas davantage trouvé jusqu'ici l'occasion de le clarifier. Or, cette donnée est particulièrement importante parce qu'elle conditionne le sens et la portée que l'on doit accorder au concept de capacités techniques et financières et permet, de manière privilégiée, de définir un horizon pour leur contrôle.

Ainsi qu'il a été montré, le concept de capacités techniques et financières avait initialement été mis en œuvre dans le cadre du régime minier et en fonction des intérêts protégés par ce régime. Or, lors de la mise en place du Code minier en 1956, les intérêts en cause résidaient quasi exclusivement dans la valorisation de la ressource et les conditions de sa

mise en œuvre. Certes, le Code minier s'est-il, par la suite, graduellement enrichi d'éléments de nature à lui permettre de prendre en compte la protection de l'environnement, mais il n'en reste pas moins que sa logique intrinsèque était – et demeure – la prise en compte de la ressource minière. D'où ont découlé très logiquement des jurisprudences à travers lesquelles le juge administratif a insisté sur la valorisation de la ressource et s'est assuré – à travers la vérification des capacités techniques et financières – que le pétitionnaire avait bien les moyens de ses ambitions.

En transposant le mécanisme de vérification des capacités techniques et financières du droit minier vers le droit des installations classées – et alors même qu'à aucun moment il n'a été jugé opportun de préciser les contours de cette notion – le législateur a implanté ce concept dans un nouvel univers qui n'était pas structurellement préparé à l'accueillir. En effet, comme le rappelait Jean Untermaier dans son article précité, le droit des installations classées avait pour socle principal une police administrative pratiquement pure, recelant, à travers une batterie de prescriptions et de contrôles, de redoutables moyens d'intervention. Le tout était articulé autour d'intérêts protégés limitativement énumérés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 19 juillet 1976 et renforcés par un décret de nomenclature d'interprétation stricte, verrouillant les installations soumises à cette police (Sur l'interprétation stricte de la nomenclature, voir : CE, 21 juill. 1943, *Legré*, Rec. CE, p. 851 ; CE, 23 oct. 1946, n° 71764, *Société Delobel et Boucard* ; CE, 24 oct. 2001, n° 228543, *Commune de Marennes et autres*).

Si la réforme a effectivement permis de greffer au sein des ICPE le mécanisme des capacités techniques et financières, cette mutation ne s'est naturellement pas effectuée à périmètre constant. La loi du 4 janvier 1993 n'a, en effet, eu ni pour objet, ni pour effet d'élargir le champ des intérêts protégés par la loi du 19 juillet 1976 et, encore moins, d'y introduire les intérêts particuliers du Code minier.

Le seul emprunt tangible – au demeurant ponctuel – que l'on peut identifier est illustré par le recours à l'article 109 du Code minier (désormais, NC. minier, art. L. 321-1 ets.), dans l'hypothèse où, en raison de l'intérêt s'attachant à une ressource particulière, il est nécessaire d'utiliser cet outil régalién pour forcer les réticences du propriétaire. Dans cette conjoncture très particulière, on retrouve alors les finalités du Code minier, mais la juxtaposition des intérêts protégés s'opère au prix d'une procédure compliquée où cohabitent

(14) Untermaier J., « Les carrières, l'environnement et la loi du 4 janvier 1993 », RJE 1/1994, p. 33 et s. (15) Legrand H., Lubek P. et Saint-Raymond P., Rapport d'expertise sur les garanties financières appliquées aux installations classées, ministère de l'écologie et du développement durable, ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, nov. 2004.

deux polices distinctes, complémentaires mais irréductibles l'une à l'autre.

Hormis cette hypothèse très spécifique, et mise en œuvre de manière trop frileuse, les intérêts protégés par la police des ICPE constituent un univers riche et complexe, globalement assez autonome, qui poursuit une logique spécifique et répond à ses impératifs propres. Et l'ensemble des outils mis au service de cette police – y compris naturellement le nouvel outil de la vérification des capacités techniques et financières importé du régime des mines – reste principalement subordonné à ces intérêts qui confèrent à cette police son sens et sa légitimité.

Il en résulte pour l'administration, mais également pour le juge, l'obligation de rechercher, en amont de toute appréciation, à quelle police se rattache l'outil des capacités techniques et financières. Une fois bien identifiée la police de rattachement, il leur appartient de replacer cet outil dans la perspective de la police à laquelle l'outil est subordonné et qui lui confère son sens et sa portée. Concrètement, les décisions prises dans le cadre de la vérification des capacités techniques et financières de l'exploitant d'une installation classée doivent être exclusivement calées sur les intérêts protégés par cette police. Tout emprunt à un raisonnement, explicite ou implicite, qui reviendrait à réintroduire des intérêts du Code minier relatifs à l'optimisation de la ressource ne pourrait que conduire à une décision inopportune et mal fondée.

Non seulement, la migration de l'outil ne s'est pas opérée à périmètre constant, mais la loi du 4 janvier 1993 a également opéré une introduction incomplète dans le droit des installations classées.

## 2) L'introduction *a minima* de la notion de capacités techniques et financières dans le droit des installations classées

Le concept de capacités techniques et financières, tel qu'il était inscrit dans le Code minier applicable aux carrières, présentait la particularité d'être inséré dans un éventail d'outils poursuivant une même finalité et mis à la disposition de l'administration pour contrôler l'activité du carrier, prise dans une vision temporelle linéaire. En effet, l'administration ne se contentait pas d'apprécier *ab initio* les capacités financières du pétitionnaire avant qu'il ne commence son exploitation, mais elle poursuivait son contrôle, notamment à l'occasion des changements d'exploitant, en vérifiant que le nouvel arrivant possédait une

surface financière à peu près identique au prédécesseur. Et, enfin, elle poussait la perspicacité jusqu'à s'assurer, à travers la mise en place d'une caution, que les prescriptions de remise en état seraient en toute hypothèse respectées par l'exploitant lui-même ou par le truchement de l'appel à la caution (D. n° 79-1108, 20 déc. 1979, relatif aux autorisations de mise en exploitation des carrières, à leur renouvellement, à leur retrait et aux renoncations à celles-ci, art. 9, abrogé D. n° 2006-798, 6 juill. 2006, relatif à la prospection, à la recherche et à l'exploitation de substances minérales ou fossiles contenues dans les fonds marins du domaine public et du plateau continental métropolitains). En d'autres termes, la vérification des capacités techniques et financières dans le dossier de demande n'était pas une mesure isolée et ponctuelle, mais s'inscrivait dans une vision cohérente de la poursuite de l'exploitation dans le temps et jusqu'à son terme.

Une telle approche globale permettait de replacer le contrôle de l'administration dans un *continuum* plus proche des réalités économiques et évitait l'inconvénient d'un seul contrôle ponctuel, exercé *a priori*, et aux conséquences par nature aléatoires et improbables. Percevant bien la logique inhérente à ce système, le législateur de 2003, à travers l'article L. 516-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de l'environnement, introduisait le chaînon – jusqu'alors manquant – d'un contrôle plus pragmatique et plus proche du vécu économique de l'entreprise. À cet effet, le texte dispose que, pour les installations soumises à garanties financières et à autorisation préalable de changement d'exploitant, celui-ci est tenu d'informer le préfet « *en cas de modification substantielle des capacités techniques et financières* ». L'alinéa précise que si, au vu de cette déclaration, le préfet estime que « *les capacités techniques et financières ne sont pas susceptibles de permettre de satisfaire aux obligations de l'article L. 512-1* », il peut alors imposer la constitution ou la révision des garanties financières. Le pouvoir réglementaire n'a pas, à ce jour, pris les dispositions permettant de rendre ce texte applicable (16).

Nonobstant cette parenthèse de la loi Bachelot – refermée à peine ouverte – la cohérence de l'approche du droit minier ne fût pas respectée lors de la réforme du 4 janvier 1993 et le transfert des mécanismes de contrôle du droit des carrières dans les ICPE ne fut opéré que de manière très parcellaire.

La raison doit certainement en être recherchée dans les perceptions très différentes qui sous-tendaient le droit minier et

(16) Notons que le projet de décret d'application des articles L. 125-6 et L. 125-7 du Code de l'environnement crée un nouvel article R. 512-5-1 qui viendrait préciser et rendre applicable les dispositions de l'article L. 516-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de l'environnement. Toutefois, à ce jour, le projet n'a pas encore été examiné par la section des Travaux Publics du Conseil d'État.

le droit des ICPE. Le premier, en vérité très élaboré comme l'avait exactement souligné le rapport Gardent (17), avait su concilier de manière équilibrée la primauté de la recherche et de l'exploitation de la ressource avec un contrôle déjà très avancé du comportement et de la surface financière de l'exploitant. Le droit français des concessions, très développé sur ce point, avait puissamment contribué à cette situation (18). Le droit des ICPE, quant à lui, se présentait encore en 1993, ainsi que l'avait non moins exactement souligné Jean Untermaier, comme un régime de police pratiquement arc-bouté sur une approche exclusivement *in rem* des installations soumises à son contrôle. Dans ce contexte, la réforme opérée par la loi du 4 janvier 1993 ne pouvait, d'un seul coup, faire à ce point bouger les lignes que les techniques de contrôle de l'exploitant se substituent – voire prennent le pas – sur les outils et les objectifs traditionnels du contrôle de cette police.

Il en est résulté une cote mal taillée et quelques ruptures de logique non moins caractérisées. Le point d'amorce de la mutation semblait encourageant. En effet, la vérification des capacités techniques et financières de l'exploitant a été, pratiquement sans discussion, transposée par la loi du 4 janvier 1993 et le mécanisme a été rendu applicable à toutes les installations soumises à autorisation. Mais, le principe ainsi posé a, en réalité, été le seul point véritablement commun avec le régime du Code minier, dont il portait l'héritage. Pour le reste, seuls des bribes du régime d'origine ont été transposées dans la police des installations classées.

Il en a, tout d'abord, été ainsi du mécanisme de changement d'exploitant pour lequel une timide avancée a été réalisée dans le cadre d'un périmètre extrêmement sélectif. Seules trois catégories d'installations ont été soumises au mécanisme d'autorisation préalable de changement d'exploitant, dont l'objet principal était la vérification des capacités techniques et financières du successeur. Il s'agissait des carrières, des installations de stockage de déchets et des installations soumises à servitudes d'éloignement. Si le choix des carrières s'imposait par nature, les deux autres catégories d'installations ont été retenues pour afficher la volonté de l'administration d'exercer sur elles un haut degré de surveillance. On doit souligner que l'objet de ce contrôle concernait exclusivement le volet *intuitu personae*

de l'autorisation d'exploiter et c'est bien autour de cet axe qu'a été construit le dossier de demande devant être déposé par le candidat successeur. Dans l'esprit – et dans la pratique de l'administration – il n'était pas prévu de profiter de l'occasion de l'autorisation de changement d'exploitant pour adresser de nouvelles prescriptions de fonctionnement ou faire le bilan du respect des prescriptions par le candidat sortant. Certes, rien n'interdit à l'administration d'adresser au nouvel exploitant des prescriptions complémentaires, si elle l'estime nécessaire, mais il est souhaitable qu'elle le fasse dans le cadre de ses pouvoirs de droit commun et non en considération du seul changement d'exploitant.

À l'exception de ces trois hypothèses, le changement d'exploitant continuait à se faire par une simple déclaration sans que l'administration ne se préoccupe des capacités techniques et financières du successeur. Cette situation toujours actuelle laisse subsister une problématique particulière sur laquelle on reviendra ultérieurement (voir III).

Le troisième volet du triptyque, qui résultait de la transposition du régime des carrières dans la police des ICPE, concerne précisément la remise en état et la constitution d'un système de caution ou de garantie pour y parer. Succédant au régime de caution qui existait dans le droit des carrières, la loi du 4 janvier 1993 met en place, à travers l'article L. 516-1 du Code de l'environnement, le socle d'un mécanisme de garanties financières (19) pour les installations définies par décret présentant des risques importants de pollution ou d'accident, ainsi que pour les carrières et les installations de stockage de déchets. Le cadre ainsi posé devait être subséquemment complété par le décret n° 94-484 du 9 juin 1994 et le décret n° 96-18 du 5 janvier 1996.

Il faudra attendre le décret n° 2012-633 du 3 mai 2012, et son arrêté d'application du 31 mai 2012, pour que le champ des installations soumises à garanties financières soit élargi et, par voie de conséquence, que soit étendue à ces mêmes installations l'autorisation préalable de changement d'exploitant.

Au total, l'évolution ci-dessus rappelée vient restaurer une meilleure cohérence avec le régime du droit minier qu'elle transpose partiellement. Néanmoins, force est de constater que l'absence du *continuum* ci-dessus évoqué entraîne mécaniquement deux séries de conséquences qui *in fine* croisent leurs effets.

(17) Rapport de Gardent P. précité. (18) Voir, notamment, sur ce point : Bettinger C., *Les Nouveaux enjeux de la concession après les réformes de 1993-1995*, EFE, 1994. (19) Le mécanisme ainsi mis en place ne trouve pas uniquement sa source dans le droit des carrières. Des garanties financières existaient déjà au titre de l'article 53 de la loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs, d'une part, et dans le cadre de l'article 7-1 modifié de la loi n° du 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux. Voir, sur ce point, Boivin J.-P., *Les Installations classées. Traité pratique de droit de l'environnement industriel*, 2<sup>e</sup> éd., éd. Le Moniteur, 2003, p. 188.

La première, qui apparaît très clairement dans la récente réforme du 3 mai 2012, est la tentation qui anime les pouvoirs publics de surinvestir sur le concept de garanties financières et l'illusion ainsi entretenue d'ériger ces garanties en une forme d'« assurance miracle ». L'extension plus que significative du périmètre des installations soumises à de telles garanties, et les débats auxquels elle a donné lieu, notamment devant le CSPRT (20), illustrent bien cette tendance. Pourtant, les rédacteurs des deux rapports précités ont bien, chacun pour ce qui les concernent, souligné les limites de l'outil. Ils ont, en particulier, montré la difficulté du recours initial aux garanties financières, notamment pour les PME, et ils ont surtout insisté sur la problématique du renouvellement desdites garanties. Le recours au tiers garant n'est, en effet, nullement une panacée et la santé financière de l'entreprise demeure *ultima ratio* le seul critère économique réaliste. Dès que l'entreprise accuse une baisse de ses capacités financières, le renouvellement de la garantie, quelle qu'en soit la forme, devient problématique et risque de précipiter la chute de l'entreprise. Le Rapport Legrand, Lubek et Saint-Raymond (21) explique bien, à cet égard, le dilemme auquel se trouvent confrontés les pouvoirs publics sous l'angle économique et social, comme sous l'angle environnemental. De ce point de vue, le tendon d'Achille de l'outil de la garantie financière est incontestablement constitué par son renouvellement qui est intrinsèquement lié à l'état financier dans lequel se trouve l'entreprise au moment du processus. Et toute décision administrative qui révélerait des tensions à ce niveau pourrait finalement s'avérer un remède pire que le mal.

La seconde conséquence est la possible cristallisation de l'attention de l'administration – comme du juge – sur le mécanisme « amont » de la vérification des capacités financières. Ce risque existe dans toutes les hypothèses, encore très nombreuses, où, en l'absence de garantie financière et d'autorisation préalable de changement d'exploitant, l'instruction du dossier initial de demande d'autorisation constitue le seul moment où l'administration peut être tentée de donner à la vérification des capacités financières une portée démesurée. Le risque est alors, dans une démarche inspirée d'un souci de précaution, de rechercher à travers cette vérification les éléments d'une quasi-garantie, voire de l'assurance d'une forme de pérennité de l'installation et, à travers elle, de l'entreprise qui la porte. Ce constat transparait clairement dans les conclusions précitées du commissaire du gouvernement

Aguila dans l'affaire *Géotech International* et, surtout, dans l'arrêt lui-même qui pose en règle que les capacités financières doivent permettre de s'assurer que le pétitionnaire « pourra assumer l'ensemble des dispositions susceptibles de découler de la réglementation applicable ».

Au total, l'analyse ci-dessus permet de dégager une première série de constatations.

La première observation réside en ce que l'outil des capacités techniques et financières doit être – et rester – un outil au service de la police à laquelle il est affecté et rester cantonné et subordonné aux intérêts que porte cette police. Lorsque cet outil est commun à plusieurs polices, il n'est pas possible de transposer les solutions dégagées dans la sphère d'une police par rapport à la sphère d'une autre police distincte. À cet égard, les raisonnements conduits dans le cadre du droit minier, et les décisions qui les illustrent, ne peuvent en aucun cas être transposés *mutatis mutandis* au domaine de la police des installations classées.

La seconde observation est plus déterminante encore. Lorsque la notion de capacités techniques et financières est introduite dans la sphère de la police des installations classées, les intérêts protégés doivent naturellement être conciliés avec le degré de contrôle de l'exploitant que le législateur a entendu introduire dans cette police. Mais, la greffe pratiquée par la loi du 4 janvier 1993 n'a pu avoir ni pour objet ni pour effet de bouleverser la nature des intérêts protégés, ni les fondements d'une police administrative séculaire qui a toujours été et demeure une police *in rem*, axée sur l'installation et les conditions dans lesquelles cette installation peut légalement coexister avec son voisinage et l'environnement. L'introduction d'une dose de contrôle de la qualité de l'exploitant ne peut qu'apporter un élément d'appréciation complémentaire par rapport à cet objet, mais, en aucun cas, s'y substituer, voire prendre le pas sur cet objet.

Il n'est pas concevable que l'approche *in personae* puisse, d'une quelconque manière, éclipser l'approche *in rem* qui constitue le fondement même de la police des installations classées, laquelle n'a pas pour objet de contrôler l'exploitant en sa qualité d'acteur économique. Et le législateur, en choisissant la police des installations classées comme cadre de référence pour l'activité des carrières, n'a bien entendu pas souhaité revenir sur les fondements mêmes de cette police. Tout au plus s'est-il attaché à en moderniser certains aspects à l'occasion de la transhumance du régime des carrières vers le régime des ICPE.

(20) Voir notamment le compte rendu de la séance du CSPRT du 18 octobre 2011 précité. (21) Legrand H., Lubek P. et Saint-Raymond P., Rapport précité, nov. 2004, p. 15.

## II. – LA RÉCEPTION PAR L'ADMINISTRATION ET PAR LE JUGE DU CONCEPT DE « CAPACITÉS TECHNIQUES ET FINANCIÈRES »

Le concept de capacités techniques et financières issu du droit minier a été perçu par l'administration et par le juge à travers des prismes différents. D'un côté, l'administration, en raison de sa proximité avec l'exploitant, a reçu le concept de manière à la fois pragmatique et empirique. Si elle a spontanément assimilé le volet technique du contrôle, elle a globalement eu tendance à neutraliser la portée du volet financier (A). Le juge, pour sa part, intervient par nature dans le cadre plus étroit du contentieux et a été conduit à analyser le critère des capacités techniques et financières dans un contexte exacerbé par les visions contradictoire des parties (B).

### A. – L'approche de l'administration : un pragmatisme de terrain

Si le volet « capacités techniques » est largement investi par l'administration, il n'en va pas de même du volet « capacités financières » pour lequel l'administration témoigne de fortes réticences.

S'agissant, tout d'abord, des capacités techniques, le corps de l'inspection des installations classées, de par sa formation, est spontanément à l'aise avec le maniement des concepts liés à ce critère.

D'une manière générale, si l'administration, à travers l'examen des dossiers auquel elle se livre, n'estime pas utile d'étayer longuement sa position sur les capacités techniques de l'exploitant, ce n'est pas par manque d'intérêt mais parce qu'elle procède, en réalité, à cet examen de manière approfondie tout au long de l'étude des pièces techniques du dossier. Il en est, tout d'abord, ainsi de l'étude d'impact dans sa conception classique telle qu'elle s'était développée depuis sa création comme dans sa forme la plus élaborée résultant de la récente réforme des textes post Grenelle (cf. D. n° 2011-2019, 29 déc. 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements). À travers cette réforme issue de l'article R. 122-5 II du Code de l'environnement, l'exploitant est d'emblée conduit à procéder à une description de son projet sous l'angle technique. Il doit, en particulier, étayer sa présentation par des informations relatives à la conception du projet afin de permettre à l'administration de le positionner par rapport aux meilleures technologies disponibles dans le domaine concerné. L'objet de cet exercice est

de vérifier que le projet en cause est susceptible de s'inscrire dans le site choisi avec un impact minimal sur l'environnement. Cette démarche se trouve considérablement amplifiée pour les installations soumises à la directive IED (anciennes installations IPPC ; voir, sur ce point, Dir. PE et Cons. UE n° 2010/75, 24 nov. 2010 et, en droit interne, C. env., art. L. 515-28 à L515-31).

En effet, pour les nombreuses installations soumises à la directive IED, la notion de meilleure technique disponible se trouve désormais encadrée par une série de documents techniques (voir notamment les BREF<sup>(22)</sup>) qui viennent fixer des standards des meilleures pratiques et des règles de l'art dans chacun des secteurs concernés. Il en résulte que dès lors que l'exploitant s'engage à respecter ces normes, tant au niveau de la conception que de l'exploitation de l'installation, il doit être réputé remplir les exigences techniques requises. Dans ces hypothèses, l'appréciation du juge ne pourra alors guère porter que sur les modalités d'exploitation de l'installation. Encore devra-t-il se montrer très prudent s'il souhaitait s'engager dans cette voie car il ne saurait légalement préjuger du comportement de l'exploitant, lequel pourra toujours, le cas échéant, être sanctionné – après mise en demeure – par l'administration s'il s'avérait défaillant.

Par ailleurs, pour ces installations, le mécanisme des BREF a pour objet de vérifier que chacune des installations concernées soit en mesure de respecter les meilleurs standards techniques contenus dans ces documents qui doivent eux-mêmes être régulièrement révisés (en principe tous les huit ans) à travers le processus de Séville<sup>(23)</sup>. Ce mécanisme consacre donc l'émergence d'une source normative qui échappe aux acteurs locaux et devient un standard européen. Sous cet angle, l'appréciation des capacités techniques échappe à l'administration locale qui passe d'un rôle de co-concepteur de la norme à un rôle de vérificateur.

Au fur et à mesure de l'évolution des BREF, les autorisations doivent être subséquentement remises à niveau. L'ensemble du processus a, ainsi, pour résultat de donner une dimension dynamique à la notion de capacités techniques dont on reconnaît expressément le caractère évolutif dans le temps.

Les études de dangers apportent, de leur côté, leur écho au périmètre de la notion de capacités techniques avec une dimension particulière pour les installations Seveso pour lesquelles le droit communautaire est là encore particuliè-

(22) Documents de référence des meilleures techniques disponibles (MTD) dits « BREF » (Dir. PE et Cons. UE n° 2010/75, 24 nov. 2010, art. 13) (23) Afin d'élaborer, de réviser et, le cas échéant, de mettre à jour les documents de référence MTD, la Commission organise un échange d'informations entre les États membres, les secteurs industriels concernés, les organisations non gouvernementales œuvrant pour la protection de l'environnement et la Commission (Dir. PE et Cons. UE n° 2010/75, 24 nov. 2010, dite IED, art. 13). L'organisation pratique de ces échanges relève du bureau européen IPPC de Séville. Pour plus d'informations, voir : < <http://eippcb.jrc.es/> >

rement prescripteur. À travers ces études, et à l'occasion de l'examen des conclusions de la grille de criticité telle qu'elle apparaît à l'issue de l'analyse des risques, l'administration dispose d'un outil performant pour apprécier, sous cet angle, la capacité technique du pétitionnaire à conduire son installation avec un haut degré de sécurité. Dans ce processus, la formation des hommes, et en particulier des cadres, occupe une place essentielle. Et cette formation – initiale et continue – est un élément indissociable des approches liées à la maîtrise des *process*. Au-delà, et surtout pour les installations à risques d'accidents majeurs, se profile la problématique du recours à la sous-traitance. Si personne ne conteste sérieusement son utilité – notamment en ce qui concerne le recours à des savoir-faire de pointe – la question se pose, néanmoins, pour des secteurs identifiés comme sensibles. Pour ces secteurs, les réserves portent sur le degré de recours à la sous-traitance et surtout sur la recherche d'une meilleure articulation entre les exigences de la sécurité et les rigidités du droit du travail interdisant à l'exploitant d'intervenir directement auprès du personnel de l'entreprise sous-traitante (24).

S'agissant, ensuite, des capacités financières, l'administration est traditionnellement plus mal à l'aise. Le Rapport d'expertise et de propositions sur le dispositif juridique et financier relatif aux sols pollués de Jean-Pierre Hugon et Pierre Lubek (avril 2000) s'est montré sur ce point particulièrement pessimiste puisque les deux inspecteurs généraux n'hésitent pas à écrire : « tout laisse à penser que la capacité financière du postulant n'est pas réellement regardée » (Hugon J.-P. et Lubek P., Rapport d'expertise et de propositions sur le dispositif juridique et financier relatif aux sites et sols pollués, Ministère de l'environnement, avr. 2000, p. 58). Ce résumé un peu abrupt de la situation traduit le malaise des corps d'inspection vis-à-vis des problématiques financières. L'administration invoque deux motifs à l'appui de ces réserves. D'une part, elle ne dispose pas des ressources humaines pour procéder ni au moment de la délivrance de l'autorisation, ni au cours de l'exploitation à un examen pertinent de la situation financière, au demeurant fluctuante, des exploitants. Elle n'en a, par ailleurs, pas les compétences car les corps techniques ne sont pas formés à la dimension économique et financière de la gestion. Pour ces deux motifs, l'administration déclare souhaiter ou bien être déchargée de ce volet financier du contrôle ou bien être dans l'attente d'indicateurs externes objectifs susceptibles de lui faciliter la tâche.

Cette question a été plus amplement examinée à l'occasion d'un second rapport d'expertise sur les garanties financières appliquées aux installations classées (25). Résumant les insuffisances du contrôle sur les capacités financières des exploitants, et proposant des solutions de nature à améliorer la situation, les inspecteurs généraux ont dégagé des pistes d'amélioration fondées sur une tierce évaluation. Les outils de cette tierce évaluation ont été examinés et pourraient résider dans le recours à la cotation banque de France de l'entreprise, dans l'obligation pour l'exploitant de produire annuellement un rapport d'expertise comptable montrant que le bilan de l'entreprise lui permet de faire face à ses obligations environnementales, etc. Les pistes dégagées de ce point de vue devraient permettre à l'exploitant de mettre en évidence une « sécurité intérieure » à son bilan, soit en inscrivant une provision dans ses comptes, soit en « activant » ses charges futures, soit, enfin, en instituant une « réserve environnementale » dans ses capitaux propres.

Ces pistes, pourtant dégagées dès 2004, sont toujours en réflexion et l'entreprise est par nature réfractaire à toute immixtion de l'administration dans son mode de fonctionnement financier.

Au total, sur ce volet financier, force est de constater que le chantier reste largement ouvert et que l'administration ne dispose aujourd'hui que d'éléments limités pour exercer son contrôle. Au demeurant, le contrôle de la surface financière de l'exploitant présente une forte spécificité. En effet, ce n'est pas tant le contrôle *ab initio* de la surface financière du pétitionnaire au moment du dépôt de son dossier qui est significatif, que la possibilité de s'assurer dans le temps que cette situation ne s'est pas dégradée au point de remettre en cause la capacité dudit exploitant à s'acquitter de ses obligations environnementales.

### B. – L'intervention du juge administratif dans un contexte exacerbé

L'intervention du juge administratif dans cette mission de contrôle des capacités techniques et financières présente la particularité de s'effectuer dans un contexte général d'opposition qui porte naturellement les parties à exacerber le débat. Le juge intervient, en effet, soit dans le cadre de contentieux de tiers qui voient dans la notion de capacités techniques et financières un moyen plus à leur portée de contester l'opportunité d'un projet, soit d'un contentieux initié par le pétitionnaire lui-même lorsqu'il s'est heurté à un refus de l'administration >

(24) Sur ce point, voir Pennaforte M., *La réglementation des installations classées. Pratique du droit de l'environnement industriel*, « Fiche 20 : Entreprises extérieures » p. 319 et s., éd. Le Moniteur. 2011. (25) Legrand H., Lubek P. et Saint-Raymond P., Rapport précité, nov. 2004, p. 23 et s.

ou à une annulation de l'autorisation en première instance. Ce contexte explique que le juge se trouve plus sourcilieux que l'administration, ce qui ne l'empêche pas de faire preuve d'un grand pragmatisme. Ce pragmatisme se développe sur tous les aspects de son intervention dans ce domaine et à travers un contrôle qui, au-delà du dossier lui-même (1) et dans le cadre du contentieux spécial des installations classées (2), n'hésite pas à s'étendre au comportement de l'opérateur ainsi qu'au contexte économique dans le cadre duquel il agit (3) et se déploie à travers une vision différenciée des volets techniques et financiers des dossiers (4).

### 1) Une exigence minimaliste assortie d'intéressantes ouvertures

L'article R. 512-3 5° du Code de l'environnement impose, de manière assez lapidaire, que soit fait mention dans le dossier de demande des « capacités techniques et financières de l'exploitant ». Ainsi formulée, la notion n'est ni clairement définie, ni accompagnée d'éléments détaillant les pièces à fournir pour répondre aux exigences du Code.

Le juge se borne d'ailleurs à rappeler, en des termes assez stéréotypés, qu'il doit être formellement mis en mesure d'exercer son contrôle à travers les pièces fournies au dossier. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il rappelé dans un arrêt de principe que « la demande d'autorisation doit [...] permettre à l'autorité administrative compétente d'apprécier la capacité financière du pétitionnaire à assumer l'ensemble de ses obligations » (CE, 23 juin 2004, n° 247626, *GAEC de la Ville au Guichou*). Rappelant que le contrôle porte également sur les capacités techniques, la Cour administrative d'appel de Lyon reprend la formule en l'élargissant : une demande d'autorisation doit, à peine de nullité de l'autorisation, permettre à l'autorité administrative compétente d'apprécier les capacités techniques et financières 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 (CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02466, *Ecopôle Services*). Si dans ses considérants de principe le juge rappelle l'exigence formelle d'éléments lui permettant d'apprécier les capacités du pétitionnaire (voir CAA Bordeaux, 3 avr. 1997, n° 94BX00287, *M. Forestier*), il accepte néanmoins des hypothèses dans lesquelles, compte tenu de la nature de l'exploitation et du contexte dans lequel l'exploitant opère, une insuffisance des éléments contenus dans le dossier de

demande peut être compensée par la connaissance qu'a l'administration du profil de l'exploitant (TA Dijon, 28 mai 2002, n° 012567, *Association nationale de protection des eaux de rivière*). Ainsi, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a-t-elle jugé que si des éléments financiers ne figuraient pas dans le dossier soumis à enquête publique, mais avaient été communiqués à l'administration au moment de sa décision, cette omission n'avait pas pour effet, dans les circonstances de l'espèce, d'entacher la procédure de nullité (CAA Bordeaux, 6 nov. 2003, n° 99BX02112, *GAEC de Roudié* ; cf. également CAA Nantes, 3 mars 2009, n° 08NT00247, *Association de défense de l'environnement « La Presle »*). De même, alors que les carrières relevaient encore du Code minier, le Conseil d'État avait-il admis que l'omission des capacités techniques et financières du demandeur n'entachait pas d'illégalité l'autorisation, dès lors que les compétences techniques et financières de l'entreprise qui exploitait de nombreuses carrières dans le département étaient bien connues de l'administration (CE, 20 mars 1985, n° 36419, *Marques*).

À travers ces deux dernières décisions, le juge administratif montre qu'il privilégie le dialogue entre l'administration et le pétitionnaire, le public n'étant pas le destinataire premier (26) des informations sur les capacités techniques et financières. Ce faisant, c'est à l'administration qu'il appartient d'abord et avant tout de se prononcer dans la mesure où son appréciation du sérieux de l'opérateur constitue pour elle un élément déterminant du titre qu'elle délivre. Et ce caractère privilégié du lien entre l'administration et le pétitionnaire dans l'appréciation des capacités techniques et financières se retrouve particulièrement illustré à l'occasion de l'autorisation préalable de changement d'exploitant délivrée au regard des capacités techniques et financières du successeur indépendamment de toute intervention du public.

### 2) Une illustration remarquable du contrôle de plein contentieux

L'un des traits les plus intéressants du contrôle du juge administratif en matière d'installations classées est le rôle de juge administrateur qu'il s'est historiquement forgé (voir J.-P. Boivin, *Pratique du contentieux des installations classées et des carrières*, éd. Le Moniteur, 2010, p. 113 et s.). Dans ce cadre, il accepte non seulement de substituer son appréciation à celle de l'administration, mais également d'accueillir au prétoire des informations nouvelles jusqu'au moment où il statue. C'est particulièrement le cas de l'examen

(26) Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai rappelle, en effet, que le public a vocation à être un minimum tenu informé des capacités techniques et financières de l'exploitant afin de ne pas complètement vider de son sens l'obligation formelle d'une information portée à la connaissance du public pendant l'enquête (CAA Douai, 30 juin 2011, n° 09DA00764, *Société ARF*).

des capacités techniques et financières pour lequel le juge des installations classées accepte que les parties versent au dossier des éléments complémentaires, y compris en appel (CE, 13 juill. 2006, n° 285736, *Société Lahaye* ; CAA Bordeaux, 8 sept. 2008, n° 06BX01509, *EARL Groussin* ; CAA Douai, 29 déc. 2010, n° 09DA00640, *Association FNE* ; CAA Nantes, 29 juin 2010, n° 10NT00044, *SAS Guintoli* ; CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014, *Comité de sauvegarde de Clarency-Valensole*).

Cette solution jurisprudentielle introduit un élément de souplesse et de pertinence dans l'examen des capacités de l'exploitant.

Une telle approche est particulièrement utile dans les hypothèses dans lesquelles l'activité en cause est rattachée à un secteur industriel en forte mutation où il est procédé à la constitution de pôles de compétitivité ou de regroupements de compétences. Dans ces hypothèses, en effet, la position du pétitionnaire peut se retrouver considérablement renforcée du fait de l'apparition de ressources groupe (techniques et financières) qui n'existaient pas lors du dépôt initial du dossier. Mais, plus généralement, cette technique du plein contentieux permet au pétitionnaire confronté à des critiques sur son profil et son périmètre financier d'ajuster son dossier et de fournir au juge des éléments complémentaires susceptibles de conforter sa position au contentieux. Le pragmatisme du juge joue, toutefois, dans les deux sens et peut lui permettre de saisir dans un dossier l'apparition d'éléments de fragilité qui n'existaient pas initialement et qui peuvent être de nature à remettre en cause la pérennité de l'autorisation.

### 3) L'examen des capacités éclairé par le comportement de l'opérateur et le contexte économique dans lequel il agit

Dans son contrôle, le juge administratif ne se borne pas à l'examen intrinsèque du dossier qui lui est présenté, mais, appréciant le profil de l'exploitant dans son ensemble, n'hésite pas à examiner le cadre économique dans lequel il évolue et à examiner son comportement en qualité d'exploitant pour d'autres installations similaires.

Tout d'abord, pour des opérateurs ayant déjà exercé des activités semblables, le juge examine les capacités techniques et financières intrinsèquement liées au dossier qui lui est soumis (voir 4). Pour les nouveaux entrants, ce point ne constitue néanmoins pas un élément bloquant. Avec beaucoup de pragmatisme, le juge considère, en effet, que si un nouvel exploitant ne peut faire état d'une expérience dans l'activité considérée, ce manque d'expérience ne saurait lui être reproché (CE, 13 juill. 2006, n° 285736, *Société Lahaye TP*). Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille, dans

l'affaire *Comité de sauvegarde Clarency Valensole*, a-t-elle jugé : « le pétitionnaire peut établir sa capacité technique sans faire état d'une expérience dans l'activité considérée ; qu'il s'ensuit que, si, comme en l'espèce, il n'a jamais exploité un centre de stockage de déchets, il ne saurait lui être reproché de ne pas produire des références dans ce domaine » (CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014). Toute autre approche, aboutirait en effet à privilégier les situations acquises et à entraver en pratique la libre concurrence dans le secteur concerné.

Toutefois, allant au-delà des éléments intrinsèquement liés au dossier, le juge n'hésite pas à élargir son champ de vision au contexte objectif au sein duquel l'entreprise évolue et au contexte contractuel dans le cadre duquel l'exploitant envisage de conduire son activité.

En premier lieu, le juge tient compte de l'appartenance de l'exploitant à un groupe de sociétés œuvrant dans le même secteur. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a-t-elle jugé que « son appartenance au groupe *Villers Services* qui justifie d'une expérience en matière de conception et de réalisation d'autres centres de stockage et de transfert de déchets suffit pour démontrer sa capacité technique » (CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02466, *Société Ecopôles Services* ; cf. également : CAA Nantes, 28 déc. 2010, n° 09NT01596, *Association Les amis de Koad Ar Paour Louarn*).

En second lieu, le juge tient également compte des apports d'expertise auxquels l'exploitant décide de recourir dans un cadre contractuel. Ce faisant, il valide complètement le mécanisme du recours à la sous-traitance qui peut permettre, en tant que de besoin, de compenser les éventuelles insuffisances de l'exploitant sur le plan de ses capacités techniques. La Cour administrative de Marseille valide ainsi le recours à des formules de sous-traitance permettant à un exploitant de compenser son déficit de savoir-faire dans l'exploitation d'un centre de stockage de déchets : « la société n'ayant précédemment jamais exploité un centre de stockage de déchets, a également présenté, sans y être tenue, les capacités techniques de la société *SMAG*, avec laquelle elle a conclu des accords de partenariat, et du bureau d'études *ANTEA*, présenté comme le maître d'œuvre des aménagements et du suivi d'exploitation » (CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014).

L'administration se montre, toutefois, vigilante quant au degré de formalisation des accords contractuels entre le pétitionnaire et le tiers prestataire qui, disposant des compétences techniques requises, sera appelé à l'assister. La jurisprudence accepte d'entériner cette démarche qui relève, par ailleurs, de la liberté des affaires, mais vérifie que les pièces produites au dossier attestent bien de la mise à disposition effective >

des moyens détenus par le tiers au service du pétitionnaire (CAA Lyon, 21 déc. 2004, n° 98LY02396, *Sidefage*).

Des exemples intéressants de recours à des expertises et savoir-faire externes peuvent être trouvés dans le domaine de la logistique. Dans ce secteur d'activité, en effet, il est courant que l'exploitant soit un investisseur institutionnel qui dispose d'un nombre important d'entrepôts dans son portefeuille immobilier (banques, foncières, etc.). Dans ces hypothèses, l'exploitant en titre recherche par contrat les compétences nécessaires à la fois pour la conception et l'exploitation de ses entrepôts. L'administration valide expressément ce mode d'organisation (cf. Guide d'août 2006 sur l'application de l'arrêté ministériel du 5 août 2002). Dans l'hypothèse où le locataire d'un entrepôt ne porte pas le titre, une partie des compétences techniques liées à l'exploitation de l'entrepôt reposera, en pratique, sur le savoir-faire du locataire, le tout le cas échéant organisé dans le cadre du bail commercial.

Ensuite, l'administration, fortement épaulée par le juge, se livre à une authentique appréciation technique de la fiabilité de l'exploitant telle qu'elle ressort de l'ensemble des données dont elle dispose. Le comportement de l'exploitant peut alors servir de motif à une décision de refus d'autoriser une nouvelle exploitation. La motivation de principe en est, par exemple, clairement rappelée dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai : « *il peut être tenu compte des éventuels manquements de l'intéressé à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement, y compris au titre d'autres autorisations ou exploitations* » (CAA Douai, 3 févr. 2011, n° 09DA00728, *Ministre de l'économie*). On doit préciser, s'agissant d'un « refus sanction », que le simple constat d'une infraction passée ne pourrait, en soi, légitimer un refus. Seuls des manquements répétés et des négligences caractérisées traduisant un comportement infractionnel sont susceptibles d'être retenus. Et, dans cet exercice, le juge se livrera toujours à une appréciation *in concreto* du comportement de l'exploitant : nature des prescriptions méconnues, motif et gravité des non-respects, délai de réaction en cas de mise en demeure, etc. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon relève-t-elle, pour confirmer une autorisation d'exploiter, que si l'exploitant n'avait pas dans un premier temps respecté certaines prescriptions d'un précédent arrêté sur un autre site, il s'est, dans un second temps et après mise en demeure, conformé à ces obligations (CAA Lyon, 28 juin 2001, n° 99LY02651, *M. Berghaud*).

Le cadre étant ainsi rappelé, le juge n'hésite pas à stigmatiser des comportements fautifs graves et, pour ce motif, à considérer que le pétitionnaire ne présente pas les capacités techniques requises. Ainsi, sanctionne-t-il des cas avérés d'exploitation défailante (CE, 15 avr. 1996, n° 129944, *Pe-*

*reira Dos Santos* ; CE, 7 avr. 1999, n° 165598, *Société Nabrin* ; CAA Bordeaux 15 avr. 1996, n° 94BX00673, *SARL Gravière X*). Il sanctionne tout particulièrement l'absence d'effort de la part de l'exploitant pour mettre un terme à un comportement infractionnel (CAA Douai, 29 décembre 2010, n° 09DA00640, *Association FNE* ; Gillig D., « Comment le juge administratif apprécie-t-il les capacités techniques du demandeur à exploiter une installation classée dans le respect des intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement ? », *Environnement*, n° 4, avr. 2011).

Au vu du nombre d'installations classées et du nombre de mises en demeure délivrées chaque année, le courant jurisprudentiel ci-dessus rappelé montre que le juge utilise cette arme du refus avec discernement et parcimonie. En s'aventurant sur ce chemin, il doit en effet éviter un double écueil : celui de l'entrave à la libre entreprise et le risque de voir son action assimilée à une « double peine » lorsque l'exploitant a déjà été condamné.

#### 4) L'examen pragmatique et dissocié des capacités techniques et financières

Contrairement au droit minier dans le cadre duquel la notion de capacités techniques et financières est clairement détaillée (cf. D. n° 2006-648, 2 juin 2006, *relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain*, art. 4 et 5), le droit des installations classées ne connaît pas un tel encadrement. C'est au juge qu'il appartient, au cas par cas et dans un examen *in concreto* de chaque affaire, d'apprécier et de retenir les éléments qui lui paraissent pertinents. Il opère cette qualification en séparant, lorsque cela est nécessaire, les deux notions de capacités techniques et de capacités financières. Ce faisant, il dispose d'un outil qu'il peut utiliser soit de manière alternative (CAA Bordeaux, 19 déc. 2005, n° 02BX00239, *Association Hageaubin propre*), soit de manière cumulative (CAA Lyon, 4 nov. 2011, n° 09LY00624, *Association les Trois Prés*).

En premier lieu, pour apprécier les capacités techniques, le juge recourt à plusieurs indices dont il se sert pour étayer son appréciation.

Il peut, ainsi, prendre en compte les éléments aussi variés que l'expérience du pétitionnaire dans l'activité considérée (CAA Versailles, 16 juill. 2012, n° 10VE03178, *Commune de Grigny*), les différents processus susceptibles d'être utilisés, les effectifs en personnel et leurs qualifications, les moyens en matériel dont dispose le site (CAA Marseille, 11 juill. 2011, n° 09MA02014, *Comité de sauvegarde de Clarency-Valensole*), la compétence de l'encadrement technique (même arrêt) ou encore les efforts de formation consentis au profit du personnel (CAA Marseille, 20 mars 2008, n° 05MA00777, *Société CGEA-Onyx*).

En second lieu, pour l'appréciation des capacités financières, le juge s'est doté d'un certain nombre d'indices qu'il utilise au gré des circonstances de chaque dossier.

Au préalable, avant d'examiner ces indices, il y a lieu de rappeler un point fondamental qui est relatif au champ d'application des capacités financières dans le droit des installations classées dont il a été montré dans la partie (I) qu'il est structurellement différent de celui du droit minier. Les moyens financiers dont le juge doit vérifier la disponibilité ne portent, en effet, que sur les modalités d'exploitation de l'installation, sur les mesures compensatoires qui sont nécessaires pour en assurer la bonne insertion dans l'environnement et par rapport au voisinage et, enfin, sur la remise en état. Ce point a été clairement rappelé dans l'arrêt du 22 mars 1993 rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon dans l'affaire *Orgachim*. Le juge d'appel souligne de la manière la plus nette que : « *s'il appartenait au préfet de s'assurer que, compte tenu de la rentabilité de l'opération, le coût des mesures envisagées par la société Orgachim pour limiter et compenser les inconvénients de l'unité de fabrication de produits chimiques qu'elle se proposait d'exploiter sur la commune de Pontaudur n'apparaissait pas manifestement tel qu'il rende impossible leur mise en œuvre, il ne pouvait, en revanche, sauf erreur de droit, exiger de la société pétitionnaire qu'à la date de sa demande, elle ait déjà réuni les moyens de financer l'installation envisagée* » (CAA Lyon, 22 mars 1993, n° 91LY01050, *Société Orgachim*).

Pour l'appréciation des capacités financières dont l'objet est ainsi circonscrit, le juge censure *prima facie* dans son principe les dossiers dans lesquels ne figure aucune information sur les capacités financières (CE, 23 juin 2004, n° 247626, *GAEC de la Ville au Guichou*), à l'exception des hypothèses déjà signalées ci-dessus dans lesquelles l'administration connaît le profil et la fiabilité de l'exploitant à travers d'autres exploitations. Aux hypothèses d'absence d'information, sont assimilés les cas d'information manifestement insuffisante. Ainsi, la production au dossier d'une simple lettre d'une banque acceptant d'examiner une demande de prêt d'un futur exploitant de carrière ne peut être regardée comme suffisante pour établir les capacités financières du pétitionnaire (CE, 7 avr. 1999, *Société Nabrin*, préc.). De même, le juge censure-t-il un dossier dans lequel ne figure qu'une attestation bancaire faisant état de bonnes relations entretenues par la banque avec le pétitionnaire (CAA Bordeaux, 3 avril 1997, n° 94BX00287, *M. Claude Forestier*). Enfin, un

demandeur qui chiffre son besoin d'investissement, mais se borne à indiquer qu'il bénéficiera d'aides à l'installation pour les jeunes agriculteurs et que le projet sera majoritairement financé par des emprunts n'apporte pas d'éléments suffisants pour établir sa capacité financière (CAA Nantes, 5 déc. 2006, n° 05NT01890, *M. Fabien X*).

En dehors de ces hypothèses, le juge se fonde couramment, pour constater les capacités financières, sur le chiffre d'affaires de la société, les bilans comptables réalisés ou les bilans provisionnels, le montant du capital social de la société. Il prend également en compte les attestations bancaires concernant le fonctionnement financier satisfaisant de l'entreprise, l'obtention de prêts ou de promesses de prêt sous condition suspensive de la délivrance de l'autorisation, les cautionnements bancaires ou encore les capacités financières du groupe au sein duquel évolue la société. Enfin, il recourt fréquemment à la cotation banque de France qui donne un élément objectif et extérieur de la situation financière de la société exploitante. Chacun de ces indices sont plus ou moins mis en avant selon la nature de l'exploitation et/ou selon que l'exploitant est ou non un nouvel entrant dans l'activité. La jurisprudence illustre la grande variété des situations examinées.

Tout d'abord, pour des sociétés existantes, le juge regarde le chiffre d'affaires réalisé au cours des derniers exercices, le chiffre d'affaires prévisionnel pour l'année en cours, ainsi que les bilans comptables pour les trois dernières années (cf. notamment CAA Nantes, 25 mars 2011, n° 10NT00043, *SAS Guintoli*). Il prend également en compte une attestation de saine gestion délivrée par la banque qui gère le compte du futur exploitant et un engagement de caution pour garantir la remise en état du site (CAA Douai, 5 mai 2011, n° 08DA00183, *Société IKOS Environnement*, ; sur le cautionnement, cf. également : CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02466, *Ecopôle Services*). Dans d'autres hypothèses, faisant écho aux conclusions du rapport Hugon Lubek (27), le juge prend en compte la cotation banque de France de la société exploitante (affaire *Clarency*). Dans certains cas également, le juge se fonde sur une analyse financière du projet réalisée par un cabinet d'experts, ainsi que sur une étude économique prévisionnelle (CAA Lyon, 4 nov. 2011, n° 09LY00624, *Association des trois prés*).

Au total, il ressort de cette étude que l'administration, et surtout le juge, ont établi depuis une vingtaine d'années un corpus d'analyses relativement cohérent et robuste qui, sauf

(27) Hugon J.-P. et Lubek P., Rapport précité, avr. 2000

dérapage, permet au candidat exploitant et à ses prêteurs de cerner les principales attentes et d'apprécier dans le respect du secret des affaires les éléments devant être portés au dossier pour en assurer la complétude ou devant le juge de plein contentieux dans l'hypothèse d'une contestation.

### III. – LES PROBLÉMATIQUES PARTICULIÈRES INDUITES PAR LES CHANGEMENTS D'EXPLOITANT ET LES FINANCEMENTS DE PROJET

Dans le droit des installations classées tel qu'il se présente aujourd'hui, deux problématiques particulières remettent en cause le bien-fondé et la portée du concept. La première est relative au mécanisme – pourtant très traditionnel – du changement d'exploitant et dont les failles étaient connues mais n'ont été partiellement comblées que très récemment (A). La seconde problématique, beaucoup plus récente, est relative aux difficultés d'acclimatation de la police des installations classées au mécanisme de financement de projet lorsqu'il y est recouru pour financer des installations soumises à la nomenclature (B).

#### A. – Le changement d'exploitant : rupture de logique ou inconséquence du contrôle ?

La problématique des changements d'exploitants telle qu'elle se pose aujourd'hui est une bonne illustration de la difficulté de croiser les logiques respectives qui ont sous-tendu le droit minier et le droit des installations classées.

Le droit des installations classées – traditionnellement ancré sur l'approche *in rem* – a tout naturellement débouché sur des procédures de changement d'exploitant très simples. Il suffisait, en effet, au nouvel exploitant de se signaler à l'administration pour que celle-ci puisse lui adresser les prescriptions relatives à son installation. Dans les années 90, l'irruption de l'obligation de remise en état a soudain donné à cette procédure simple une ampleur sans précédent. Le droit minier, pour sa part, beaucoup plus accoutumé à la prise en compte du profil du titulaire, a toujours accordé au caractère *intuitu personae* de l'exploitant une attention soutenue. Lorsque s'est opéré le croisement des deux logiques à l'occasion de la réforme du droit des carrières en 1993, il a fallu tenter de concilier les deux logiques.

Pour les installations de droit commun soumises à la seule formalité de la déclaration de changement d'exploitant, il en est résulté une rupture de logique. Cette rupture de logique a été stigmatisée par le Rapport d'expertise de Jean-Pierre Hugon et Pierre Lubek adressé au ministre de l'environne-

ment en avril 2000 (28). Ce rapport souligne, en effet, dans cette situation une « faille » globalement difficile à justifier, dès lors que le premier demandeur d'une autorisation de création d'une installation classée peut, sans aucun contrôle ni formalité, céder son installation et l'autorisation attachée à qui il veut, y compris à un nouvel exploitant incompetent et impécunieux. Et cette légèreté dans le droit commun des successions d'exploitants, que les rapporteurs précités raillaient en s'étonnant que « l'échappatoire indiquée ne soit pas plus fréquemment empruntée » (29), est d'autant plus surprenante qu'aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État la déclaration de changement d'exploitant entraîne une conséquence particulièrement lourde puisqu'elle transfère au nouvel exploitant dans la même activité la totalité de l'obligation de remise en état (CE, 20 mars 1991, n° 83776, SARL Rodanet, et CE, 8 sept. 1997, n° 121904, Serachrom ; voir également CAA Nancy, 19 avr. 2004, n° 00NC01468, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Société Chanzy-Pardoux*). Sous cet angle, il est donc paradoxal qu'un mécanisme qui transfère une obligation aussi lourde ne fasse l'objet d'aucun contrôle et que la surface financière du successeur ne soit pas vérifiée, surtout si ledit successeur n'est pas soumis à l'obligation de garanties financières au titre de la remise en état. Et le paradoxe est encore accentué si l'on garde présent à l'esprit que l'outil des capacités techniques et financières a précisément été introduit dans la police des ICPE dans le but de s'assurer que l'exploitant pourrait être en mesure de faire face à ces mêmes obligations de remise en état.

Cette fracture, il est vrai, s'est trouvée beaucoup réduite par la récente réforme du dispositif des garanties financière intervenue par le truchement du décret n° 2012-633 du 3 mai 2012 et ses arrêtés d'application (Arr. 31 mai 2012, NOR : DEVP1223491A, fixant la liste des installations classées soumises à l'obligation de constitution de garanties financières ; Arr. 31 mai 2012, NOR : DEVP1223490A relatif aux modalités de détermination et d'actualisation du montant des garanties financières ; Arr. 31 juill. 2012, NOR : DEVP1227565A relatif aux modalités de constitution de garanties financières). Suivant la logique initialement mise en place pour les garanties financières tendant à coupler avec ce mécanisme celui de l'autorisation préalable de changement d'exploitant, l'importante extension du champ des garanties financières a mécaniquement entraîné celui des installations soumises à autorisation préalable de changement d'exploitant.

(28) Hugon J.-P. et Lubek P., Rapport précité, avr. 2000. (29) Hugon J.-P. et Lubek P., Rapport précité, avr. 2000, p. 32

En effet, dans le régime de l'autorisation préalable de changement d'exploitant, le champ ouvert à l'administration pour son contrôle est plus restreint que celui qui trouve à s'exercer lors des autorisations délivrées *ab initio*.

Sous l'angle technique, tout d'abord, l'administration n'a pas à réexaminer les éléments liés à l'installation elle-même, laquelle régulièrement autorisée, ne doit pas se trouver remise en cause à l'occasion de la cession. En revanche, l'administration doit, au titre des capacités techniques, vérifier deux choses. D'une part, elle doit vérifier que le nouvel exploitant possède les compétences, le savoir-faire et le personnel suffisants pour faire tourner l'installation dans des conditions de sécurité maximum. D'autre part, elle doit également s'assurer que le nouvel arrivant aura l'expertise suffisante pour assurer, le moment venu, les obligations de remise en état.

C'est, en réalité, sous l'angle financier que le contrôle devrait être maximum puisque l'administration doit non seulement vérifier que le nouveau venu a les épaules suffisamment solides pour exploiter l'installation dans les meilleures conditions, mais surtout parce qu'il aura à faire face à la totalité des opérations de remise en état s'il décide de fermer l'installation. De ce point de vue, les capacités financières sont en partie étayées par le recours au mécanisme des garanties financières, dont elles n'épousent cependant pas la totalité du périmètre. Lors des récentes mutations industrielles où le nouvel investisseur refuse de supporter la charge économique des pollutions historiques, on observe la mise en place de mécanismes de prise en charge contractuelle par le cédant des pollutions historiques et du coût de la remise en état des sols. Si, sous l'angle administratif, le successeur continue à être facialement responsable de la remise en état, on assiste, en réalité, à l'émergence du rôle de garant joué par l'ancien exploitant du site qui, dans le contrat de cession, s'engage couramment à supporter les coûts de remise en état liés aux pollutions constatées au moment de la cession. Dans ces hypothèses, l'administration ne peut donc *de facto* éviter de prendre en considération l'existence d'un mécanisme de garantie pour apprécier les capacités techniques et financières du nouvel arrivant.

Il resterait également au juge à franchir le même pas – décision qu'il a pour l'heure refusé de prendre (CAA Paris, 7 août 2003, n° 98PA02345, *Elf Atochem*) – et à accepter d'accueillir au prétoire le garant de la remise en état lorsque, devant lui, sont contestées la nature ou l'étendue des prescriptions de remise en état. Une telle reconnaissance rassurerait tout à la fois le cédant et le cessionnaire et serait de nature

à favoriser une dynamique de revivification de nos sites industriels plutôt que des logiques fatalistes débouchant sur leur fermeture.

### B. – La problématique particulière des installations réalisées sur le mode du financement de projet

La question des financements de projet n'est naturellement pas nouvelle en soi et tout le droit français et international des concessions montre que, sans le recours au secteur privé, l'essentiel des équipements d'infrastructures n'aurait pu être financé. Le régime des concessions, loin d'être un mécanisme en voie d'obsolescence, paraît au contraire en pleine extension. Un simple chiffre permet de s'en persuader. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, près de 300 nouveaux projets d'investissements impliquant des entreprises du secteur privé dans le domaine des infrastructures et des services publics dans plus de 50 pays dans le monde ont été lancés et se trouvent à des degrés divers d'avancement (30). En France, les réseaux de chemin de fer, les réseaux autoroutiers, les services urbains, l'eau, le gaz, l'électricité et les transports publics, l'assainissement, ou encore les grandes infrastructures comme les ponts et tunnels et, plus près de nous, le Tunnel sous la Manche, le Stade de France ou le viaduc de Millau n'auraient pu se développer sans le recours à l'initiative privée. Et le recours aux PPP, loin de sonner le glas des concessions, ne traduit en réalité rien d'autre que la volonté des pouvoirs publics d'en moderniser l'emploi pour l'étendre à de nouveaux secteurs traditionnellement assurés en régie ou considérés, à tort ou à raison, comme difficilement déléguables.

Toutefois, et sous l'angle des capacités techniques et financières qui nous intéresse, le débat se trouve relancé pour un certain nombre d'activités soumises à la police des installations classées dans le domaine de la production d'énergie. Il en va tout particulièrement ainsi du domaine de l'éolien qui, après avoir longtemps cherché son régime, a été récemment soumis au droit des installations classées à travers l'inscription de cette activité au décret de nomenclature sous la rubrique 2980 par le décret n° 2011-984 du 23 août 2011 modifiant la nomenclature des installations classées. Mais il en va également ainsi des unités de production électrique au gaz naturel dont le mode de financement soulève des interrogations tout récemment stigmatisées par un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg annulant l'autorisation d'exploiter délivrée par le préfet de la Moselle à la société *Hambrégie* (filiale de Direct Energie) pour des motifs >

(30) Voir, sur ce point, Dewast P., « La concession de service public : renaissance et mondialisation, un instrument au service du développement ? », *Florilèges du droit public, recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, éd. La Mémoire du droit, 2012, p. 315 et s.

précisément tirés de l'insuffisance des capacités techniques et financières (TA Strasbourg, 15 févr. 2012, n° 16144-1103322, *Commune d'Herbitzheim et autres*).

Sous l'angle technique, la réalisation de ces équipements de production d'électricité ne soulève aucune difficulté particulière. En effet, le type de centrale couramment utilisé par les opérateurs est parfaitement maîtrisé et les technologies sont très abouties. Plusieurs grands intervenants en Europe et aux États-Unis fournissent des équipements dont les caractéristiques sont proches et mettent en œuvre des technologies fiables et ne présentant pas de risques particuliers pour les tiers et pour l'environnement. Si, en raison de leur taille, ces installations sont soumises au régime de l'autorisation de la police des installations classées, le dossier d'étude de dangers ne présente pas de difficulté particulière et les risques sont bien répertoriés et peuvent normalement être facilement contenus dans le périmètre du site d'implantation pour peu que le choix de ce site soit opéré de manière judicieuse en évitant les tissus urbains trop denses. Occupent notamment un rôle de premier plan de grands constructeurs comme Alstom, Siemens ou encore General Electric. D'autres constructeurs existent sur le marché mondial, mais leur réputation est moins bien établie, surtout en ce qui concerne le service après-vente, la maintenance et les pièces de rechange. Des contrats classiques permettent, outre l'acquisition de l'outil, de faire assurer par le constructeur sa conduite et sa maintenance. Sous l'angle financier, la difficulté de l'exercice réside en ce qu'il est sous-tendu par une dimension temporelle prégnante. En effet, sur des marchés soumis à des phénomènes cycliques, le coefficient temps est un élément déterminant de la prise de risque. C'est la raison pour laquelle les investisseurs n'acceptent de s'engager de manière ferme que lorsque la décision ne peut plus être différée. En d'autres termes, s'ils sont prêts à accepter le risque structurel de l'investissement, ils sont en général extrêmement réticents à y voir s'ajouter des risques de l'instruction du dossier de demande et du délai nécessaire à la purge des recours. Et ces risques ne sont pas minces puisque les délais cumulés de la pré-instruction du dossier, de l'instruction réglementaire elle-même, du délai de purge de l'autorisation, aboutissent à des fourchettes de l'ordre de trois à un cinq ans au cours desquelles une opération initialement viable au plan économique peut ne plus l'être. Les investisseurs, comme les promoteurs de projets, sont donc prêts à accompagner le projet pendant la période d'instruction, mais sans engagement irréversible à ce stade. Ce faisant, en adoptant cette posture, les acteurs économiques introduisent structurellement une difficulté dans le recours au financement de projet pour ce type d'installations, à tout le moins en ce qui concerne les nouveaux opérateurs qui

souhaitent intervenir sur ce marché. S'agissant, en effet, des grands opérateurs historiques, leur surface financière et les ressources humaines internes dont ils disposent les mettent *ipso facto* à l'abri de ce genre de problématique. C'est donc *in fine* rien moins que la vérification de l'aptitude des secteurs de l'énergie à s'ouvrir à la concurrence qui serait en cause si le juge n'opérait pas les remises en perspective indispensables pour instaurer une fluidité minimale à un secteur essentiel de l'économie. Dans ces secteurs, la mission donnée au juge est, en effet, d'accompagner l'ouverture à la concurrence voulue par le législateur communautaire dans l'intérêt des consommateurs et non pas de tuer dans l'œuf les efforts faits par les nouveaux entrants en créant des rigidités inutiles, fondées sur une approche non seulement frileuse, mais inappropriée de la police.

Cette indispensable remise en perspective passe par le rappel de la ligne de partage des zones d'influence respectives des polices ICPE et des mines que l'administration et le juge ne doivent jamais confondre. Afin de respecter cette ligne de partage, il est nécessaire de pouvoir distinguer un certain nombre de critères opérationnels permettant concrètement de situer – pour chaque type de projet – les limites de l'intervention et du contrôle.

S'agissant, en premier lieu, de la ligne de partage entre les polices ICPE et des mines, il suffit de se reporter aux développements ci-dessus de la première partie. L'essentiel à retenir de ces développements est que la frontière entre police des mines et des ICPE réside en ce que, si la police des mines permet à l'administration de choisir – en particulier à travers la procédure de mise en concurrence – l'opérateur qui sera le mieux à même d'explorer la ressource et de la valoriser, et pour ce faire de vérifier qu'il aura bien les moyens techniques et financiers pour réaliser le programme qu'il s'engage à mettre en œuvre sous peine de se voir retirer son titre, la police des ICPE, au contraire, a seulement pour objet de s'assurer que l'opérateur sera en mesure, s'il décide de mettre son projet en œuvre, de respecter les prescriptions techniques que l'administration estime nécessaire de lui imposer pour que cette mise en œuvre se fasse dans le respect de l'environnement et des tiers et qu'en toute hypothèse la fermeture et la remise en état – à quelque moment qu'elle intervienne – puisse être réalisée. La différence irréductible entre le champ des deux polices réside en ce que, si la police des mines confine à une obligation de faire de l'opérateur choisi sous peine d'une mesure de retrait du titre, la police des ICPE, au contraire, n'empiète jamais sur la liberté de l'opérateur économique de mettre ou non en œuvre sous sa responsabilité l'installation pour laquelle il sollicite une autorisation d'exploiter.

Une fois cette ligne de partage posée, elle décline ses effets sur un certain nombre de critères fonctionnels qui permettent de cibler – et de légitimer – le niveau d'exigence de l'administration et du juge par rapport aux types de projets qu'ils sont conduits à examiner.

### 1) Critère de l'opportunité du projet

Ainsi qu'il a été montré plus haut, sous l'empire du Code minier, l'action administrative tend tout naturellement à faire de l'opportunité du projet l'un des éléments d'attribution de l'autorisation. Il en va tout particulièrement ainsi en ce qui concerne les phases de recherche des gîtes pour lesquelles l'administration, dans le cadre de la mise en concurrence, porte nécessairement une appréciation sur l'opportunité du choix de la zone d'exploration et des substances faisant l'objet du titre. Et la décision d'octroi d'un titre de recherches traduit l'adhésion de l'administration sur l'opportunité même du programme qu'elle autorise et encadre. Par cette autorisation de recherches qu'elle délivre, l'administration sécurise l'explorateur puisque si ce dernier découvre le gisement, il lui sera reconnu un droit exclusif à l'exploiter s'il en fait la demande, sous réserve de l'obtention ultérieure de l'autorisation de travaux (N.C. minier, art. L. 132-6, anciennement C. minier, art. 26).

Dans la police des ICPE, au contraire, l'administration n'est jamais maîtresse de l'opportunité d'un projet. C'est même tout l'inverse puisque c'est au futur exploitant seul qu'il appartient d'apprécier l'opportunité de la réalisation de son projet. Si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas opposable à l'administration pour exiger d'elle la délivrance d'un titre (31), ce principe n'en sous-tend pas moins la liberté d'initiative des acteurs quant à l'opportunité même de leur projet et quant à l'appréciation de sa faisabilité économique. Sous réserve de la vérification des intérêts protégés et du respect des dispositions d'urbanisme, l'administration est d'ailleurs en principe tenue de délivrer le titre dès lors qu'elle peut l'assortir des prescriptions nécessaires pour assurer la compatibilité de l'activité du futur exploitant avec les intérêts des tiers et le respect de l'environnement (32).

### 2) Liberté de réaliser le projet et validité du titre

Le second critère, corollaire du précédent, touche au degré de liberté dont bénéficie le pétitionnaire pour réaliser son projet par rapport à la durée de validité de son titre.

Sous l'empire du droit minier, l'administration et l'explorateur se mettent d'accord sur l'opportunité et l'étendue d'un projet

de recherches et le titre d'exploration est délivré en fonction de ce projet. En d'autres termes, il existe une sorte de « quasi-contrat » entre la puissance publique et l'explorateur qui doit s'engager de manière ferme à réaliser le projet de recherches. Et cet engagement est la contrepartie de l'exclusivité qui lui est conférée pendant la période convenue pour mener son projet. Le juge en tire légitimement les conséquences et estime que l'engagement de l'explorateur doit être, selon la formule de l'arrêt *Géotech International*, « clair, précis et certain » (CE, 13 juill. 2006, n° 273184, *Société Géotech International*). La méconnaissance de cet engagement par l'explorateur se traduit par la faculté laissée à l'administration de lui retirer son titre après mise en demeure. La décision de retrait est alors clairement une sanction du comportement fautif de l'explorateur qui ne respecte pas ses engagements.

Le droit des ICPE ne comporte, quant à lui, rien de tel. En effet, le droit ouvert à l'exploitant de créer et d'exploiter une installation s'analyse en une faculté, mais en aucun cas en une obligation de faire. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit la déchéance du titre à l'expiration du délai de trois ans prévu à l'article R. 512-74 du Code de l'environnement. Cette déchéance ne présente pas le caractère d'une sanction, mais vient simplement constater dans le délai légal que le pétitionnaire – comme il en a droit – a renoncé à réaliser son projet.

### 3) La vérification de l'aptitude du pétitionnaire à respecter les prescriptions imposées dans le cadre de l'autorisation d'exploiter

Le troisième critère porte sur la vérification par l'administration de l'aptitude du pétitionnaire à respecter les prescriptions qui lui sont imposées dans le cadre de son projet. Sur ce point, les polices des mines et des ICPE partagent une finalité commune.

La police des ICPE, plus particulièrement, a pour finalité de s'assurer que le pétitionnaire respectera l'ensemble des prescriptions qui seront de nature à rendre le fonctionnement de son installation compatible avec le voisinage des tiers et l'environnement. Il s'agira alternativement des prescriptions types de la déclaration, de l'arrêté ministériel de référence (régime de l'enregistrement) ou de l'arrêté individuel, complété le cas échéant complété par un ou plusieurs arrêtés ministériels (régime de l'autorisation). Dans chacune de ces situations, l'engagement du pétitionnaire sera de respecter les prescriptions imposées si le projet est mis en œuvre. En

(31) Sur l'absence d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre par la législation ICPE, voir : CE, 23 déc. 2011, n° 353113, *Société Dialog*. (32) Defradas F., « Le droit à la délivrance de l'autorisation d'exploiter », *Florilèges du droit public, recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, éd. La mémoire du droit, 2012, p. 585 ; BDEI Suppl. au n° 42/2012, n° 1503.

aucun cas, les prescriptions relatives à l'implantation et au fonctionnement ne peuvent être assimilées à un engagement du pétitionnaire de réaliser son projet. Sous cet angle, la capacité financière rejoint la capacité technique dans une approche *in rem* de l'installation. Il s'agit uniquement de porter une appréciation sur les conditions techniques dans lesquelles le projet peut être implanté et fonctionner, à l'exclusion de toute appréciation sur la viabilité économique du projet qui ressort de la seule appréciation de l'opérateur.

#### 4) Les modalités d'appréciation des capacités par l'administration

Dans le régime minier, les critères minimaux d'appréciation des capacités techniques et financières sont prédéterminés et poursuivent un double objectif. Ils permettent, d'une part, à l'administration de disposer d'éléments objectifs pour opérer son choix dans le cadre de la mise en concurrence (D. n° 2006-648, 2 juin 2006, relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain, art. 4 et 5). Au-delà, elle lui permet bien entendu de disposer d'éléments pour choisir le candidat qui présente le meilleur profil.

Le régime des ICPE ne dispose, quant à lui, d'aucun critère prédéterminé. La raison en est elle-même double. D'une part, l'appréciation de l'administration n'est en principe sous-tendue par aucun élément de mise en concurrence des pétitionnaires sur un même projet. D'autre part, les contrôles opérés dans le cadre de la police des installations classées sont faits au cas par cas en fonction du régime applicable, de la taille et de la nature de l'installation, de son impact sur l'environnement et de la sensibilité des lieux. *In fine*, l'objet de la police, à travers une appréciation *in concreto* de chaque projet, est d'assurer une bonne maîtrise des risques et, en aucun cas, de vérifier la pertinence et le rendement économique de l'installation pour autant qu'elle soit exploitée selon des techniques pertinentes.

Dans l'affaire *Hambrégie* précitée, le Tribunal administratif de Strasbourg s'est manifestement laissé séduire par le raisonnement du Conseil d'État sous l'affaire *Géotech International*. Même si, en façade, le Tribunal prend soin de reprendre la solution du Conseil d'État dans l'arrêt *GAEC de la Ville au Guichou* - CE, 23 juin 2004, n° 247626) dont il cite pratiquement mot à mot le considérant de principe, il va en réalité beaucoup plus loin en exigeant que le pétitionnaire justifie de ses capacités pour « construire » la centrale. Ce faisant, le juge est clairement sorti du

cadre de la police des ICPE pour épouser implicitement le raisonnement et les objectifs de la police des mines. Une telle démarche, illégitime en droit, avait pourtant été clairement stigmatisée en jurisprudence par la Cour administrative d'appel de Lyon dans l'affaire *Orgachim* précitée (CAA Lyon, 22 mars 1993, n° 91LY01050). La Cour avait très explicitement jugé que l'administration « ne pouvait, sans erreur de droit, exiger de la société pétitionnaire qu'à la date de sa demande, elle ait déjà réuni les moyens de financer l'installation envisagée ».

Pourtant, dans l'affaire *Hambrégie*, la vérification des capacités techniques et financières de l'exploitant, lui-même adossé à un acteur important du secteur énergétique, était relativement simple. En effet, une fois clairement évacuée la question de la construction de la centrale qui, en l'espèce, constituait l'essentiel de l'investissement, le juge pouvait facilement trouver dans les éléments du dossier les réponses souhaitées.

Sur le plan technique, tout d'abord, les éléments de la sécurité de la conduite de la centrale étaient prévus dès la conception même de l'outil et le savoir technique de l'exploitant se réduisait au respect des procédures d'utilisation d'un outil largement automatisé. Seules les opérations de maintenance exigeaient un haut degré de technicité et ces opérations auraient été précisément conduites par le constructeur lui-même dans le cadre d'un contrat de maintenance.

Sur le plan financier, ensuite, l'appréciation du juge devait se cantonner à l'évaluation des moyens dont l'exploitant devait disposer pour faire tourner l'outil en sécurité. Concrètement, le budget courant d'exploitation – hors remboursement de la dette – devait être amplement suffisant pour assurer le fonctionnement en sécurité de la centrale. À défaut, l'exploitation – éventuellement devenue déficitaire – aurait été arrêtée soit pour être transmise à un autre exploitant par le pool bancaire dans le cadre du contrat de crédit, soit pour être démantelée. Dans cette hypothèse, le seul aléa restant aurait été la remise en état – au demeurant *a priori* très limitée pour ce type d'installation ne recevant pas de produits polluants – dont il y a lieu de souligner qu'elle est désormais couverte par une garantie financière depuis la réforme du 3 mai 2012 (33). Dès lors, les éléments comptables fournis dans le dossier auraient dû permettre au Tribunal de considérer qu'il disposait d'un socle d'informations suffisant dans le cadre de la police des ICPE compte tenu d'une installation très standardisée et aux risques et nuisances limités. ◆

(33) Dans les conditions très précisément définies par l'article R. 516-2 du Code de l'environnement prévoyant, outre la garantie financière initiale qui concerne la mise en sécurité du site, une garantie additionnelle en cas de survenance d'une pollution accidentelle significative des sols ou des eaux souterraines en cours d'activité.