

# La responsabilité environnementale des sociétés mères à l'épreuve de l'article 84 du projet de loi portant engagement national pour l'environnement <sup>(1)</sup>

**Benjamin Prouvost,**  
**Avocat aux barreaux de Paris et de New York,**  
**Antoine Carpentier,**  
**Avocat au barreau de Paris,**  
**Herbert Smith LLP**

1) Les points de vue exprimés dans cet article n'engagent que leurs auteurs.

2) « *Je veux rouvrir le débat de la responsabilité. Celui qui pollue des rivières pendant des années, celui qui conçoit et vend un produit chimique, celui qui crée une nouvelle cellule génétique, celui-ci doit être comptable de ses actes même des années plus tard si un drame survient. Nous ferons sauter, avec l'Europe, les barrières juridiques pour aller chercher les pollueurs là où ils se trouvent. Il n'est pas admissible qu'une maison-mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée. Quand on contrôle une filiale, on doit se sentir responsable des catastrophes écologiques qu'elle peut causer.* ».

3) Loi n° 2008-757 du 01/08/08 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JO n° 179 du 2 août 2008 (dispositions codifiées aux articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement). Le décret d'application de cette loi a été édicté le 23 avril 2009 (Décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement, JORF n° 98 du 26 avril 2009 (dispositions codifiées aux articles R. 161-1 et suivants du Code de l'environnement).

4) Directive n° 2004/35/CE, du 21/04/04 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOUE n° L 143 du 30 avril 2004.

5) Ne sont concernés par le texte que les dommages (et menaces de dommages) aux sols, eaux, espèces, habitats, sites de reproduction et aires de repos et services écologiques présentant un certain degré de gravité.

On se souvient que la question de la responsabilité environnementale des sociétés mères avait constitué l'un des éléments phares du discours de restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement prononcé par le président de la République le 25 octobre 2007 (2).

C'est dans la droite ligne de ce discours – qui appelait de ses vœux une réflexion sur le sujet à l'échelle européenne – qu'a été voté l'article 53 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite « Grenelle 1 ») aux termes duquel « *la France proposera l'introduction au niveau communautaire du principe de la reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales en cas d'atteinte grave à l'environnement et elle soutiendra cette orientation au niveau international* ».

La donne a cependant changé entre temps, le gouvernement ayant décidé d'inscrire la question à l'ordre du jour en droit interne, en introduisant à l'article 84 du projet de loi portant engagement national pour l'environnement (dit « Grenelle 2 ») un double dispositif destiné à mettre à la charge des sociétés mères certaines obligations environnementales en cas de défaillance de leurs filiales, suscitant ainsi la critique des organisations professionnelles, qui ont vu dans cette démarche unilatérale du gouvernement français le risque d'une atteinte à l'attractivité du territoire et d'une distorsion de concurrence entre les entreprises européennes.

Ce texte a été voté en première lecture par le Sénat, moyennant plusieurs ajustements issus, pour l'essentiel, de l'examen de la commission des Lois.

L'objet du présent article est de fournir une première grille de lecture du projet de loi, tel qu'il résulte de l'examen du Sénat, tout en gardant à l'esprit que ce projet sera vraisemblablement amené à évoluer lors de son passage à l'Assemblée Nationale, dont le vote devrait intervenir au printemps prochain.

En l'état, le projet de loi introduit deux mécanismes en droit positif.

Le premier est un mécanisme d'engagement volontaire des actionnaires à prendre en charge les obligations de leurs filiales défaillantes au titre de la législation sur la responsabilité environnementale (I). Le second vise à mettre en jeu la responsabilité des sociétés mères, dans le cadre des procédures de liquidation, afin de suppléer la carence de leurs filiales dans la mise en œuvre de leur obligation de remise en état au titre de la législation relative aux installations classées (II).

## I. La prise en charge volontaire, par l'actionnaire, des obligations incombant à sa filiale au titre de la loi relative à la responsabilité environnementale

Le premier dispositif envisagé par le projet de loi concerne la législation relative à la responsabilité environnementale, telle qu'elle résulte de la loi du 1<sup>er</sup> août 2008 (3) de transposition de la directive communautaire du 21 avril 2004 (4).

### A. Rappels liminaires sur les mécanismes de la loi sur la responsabilité environnementale

Il convient de rappeler que la loi du 1<sup>er</sup> août 2008 a institué une nouvelle police administrative, placée entre les mains du préfet, dont l'objet est d'assurer la prévention et la réparation des « *dommages causés à l'environnement* » (dont la définition est donnée à l'article L. 161-1 du Code de l'environnement (5)). En l'occurrence, ce texte met à la charge des opérateurs économiques – dénommés les « *exploitants* » – un certain nombre d'obligations « de faire » (dont le non respect est susceptible de faire l'objet de sanctions administratives et pénales) lorsque leur activité est à l'origine d'une menace imminente de dommage (6) ou lorsqu'elle a effectivement causé un dommage à l'environnement (7). La loi du 1<sup>er</sup> août 2008 organise, en complément,

un mécanisme d'action récursoire destiné à permettre aux personnes intervenues en urgence afin de prévenir ou de limiter les effets des dommages causés à l'environnement d'obtenir, par l'intermédiaire du préfet, le remboursement des frais qu'elles ont exposés auprès de l'exploitant responsable.

Les obligations mises à la charge des exploitants au terme de la loi sur la responsabilité environnementale – qui sont, ainsi qu'il vient d'être vu, soit «matérielles», soit «financières» – s'appliquent soit de plein droit, soit en cas de faute de l'exploitant, selon la nature de l'activité exercée, ce qui ne devrait pas aller sans poser d'importantes difficultés pratiques (le temps nécessaire à la démonstration de la faute étant parfois incompatible avec les exigences de célérité dans le traitement du dommage ou de la menace de dommage).

## B. Le dispositif de l'article 84, paragraphe I du projet de loi «Grenelle 2»

Avant d'exposer le dispositif proposé par le projet de loi «Grenelle 2», il n'est pas inutile de rappeler que le Parlement français avait entendu définir strictement le champ des débiteurs des nouvelles obligations instituées par la loi sur la responsabilité environnementale.

Aux termes de l'article L. 160-1 du Code de l'environnement, «l'exploitant» s'entend, en effet, de «*toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative*». En renvoyant à la notion «*d'exercice*», mais surtout en préférant la notion de «*contrôle effectif*» à celle de «*contrôle*» (qui figurait seule dans la directive communautaire), le législateur avait souhaité insister sur l'idée – d'ores et déjà présente dans l'exposé des motifs du projet de loi – selon laquelle le texte ne visait pas la société mère, mais la seule personne qui exerce la maîtrise «opérationnelle» de l'activité. Ainsi, en dehors de l'hypothèse – qui s'apparente à un cas d'école – d'une exploitation «de fait» par la société mère, le principe est que les obligations résultant des articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement concernent uniquement la personne dont l'activité cause une «*menace imminente de dommage*» ou un «*dommage*» au sens de la loi et de son décret d'application.

Sans remettre en cause les principes posés ci-dessus (c'est-à-dire sans élargir le champ des «débiteurs»), le projet de loi «Grenelle 2» institue un mécanisme destiné à susciter et à encadrer la prise en charge volontaire, par les sociétés mères (ou plus exactement des sociétés actionnaires), des obligations incombant à leurs filiales au titre de la loi sur la responsabilité environnementale. Dans sa version actuelle, telle qu'elle résulte de la première lecture au Sénat, le projet introduit, en l'occurrence, un nouvel article L. 233-5-1 dans

le Code de commerce, ainsi rédigé : «*la décision par laquelle une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article L. 233-3 s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du Code de l'environnement est soumise, selon la forme de la société, à la procédure mentionnée aux articles L. 223-19, L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 ou L. 227-10 du présent code*».

## C. Sur les motifs de l'encadrement législatif

Le fondement «politique» de l'article 84, paragraphe I du projet de loi se comprend aisément et s'inscrit dans le droit fil du discours du 25 octobre 2007. Nul ne doute, en effet, qu'en introduisant un tel dispositif (dont on verra ci-après qu'il repose sur une logique d'engagement volontaire) dans le Code de commerce, le projet de loi «Grenelle 2» adresse un signal fort aux opérateurs économiques. Il devrait ainsi encourager les actionnaires à s'engager dans une démarche vertueuse en palliant les éventuelles carences des sociétés défaillantes dans la mise en œuvre de la législation sur la responsabilité environnementale.

Toutefois, à la lecture des motifs du projet de loi et des travaux parlementaires, la raison d'être du dispositif apparaît différente. Tout se passe, en effet, comme si, en l'état actuel du droit, un doute planait sur la licéité des engagements souscrits par les actionnaires au regard des règles relatives à l'abus de bien social, doute que l'article 84, paragraphe I aurait pour objectif de lever en encadrant les conditions dans lesquelles de tels engagements peuvent être souscrits.

Ainsi qu'il va être observé, une telle approche n'est pas exempte de critiques sur le plan juridique. En effet, l'argument tenant au risque d'abus de bien social ne semble pas des plus convaincants. Par ailleurs et surtout, en encadrant de manière stricte les conditions dans lesquelles l'engagement peut être pris par les actionnaires, le législateur tend à jeter le doute sur les autres formes d'engagements.

A titre liminaire, il convient de rappeler que le principe de l'autonomie juridique des personnes morales fait obstacle à ce qu'il soit imposé à la société de se substituer à sa filiale défaillante. Il arrive cependant qu'en pratique, des sociétés mères souhaitent prendre volontairement de tels engagements et avancer à leur filiale les fonds nécessaires à l'exécution de leurs obligations environnementales (8). Ces engagements peuvent notamment prendre la forme de prêts intragroupes ou d'abandons de créances. Les

Seuils de gravité sont décrits, secteur par secteur, aux articles R. 161-1 à R. 161-5 du Code de l'environnement.

6) En cas de menace de dommage, les exploitants doivent prendre sans délai et à leur frais des mesures de prévention afin d'en empêcher la réalisation ou d'en limiter les effets et, si la menace persiste, informer sans délai le Préfet de sa nature, des mesures de prévention qu'ils ont prises et de leurs résultats.

7) En cas de dommage avéré, les exploitants sont tenus d'informer sans délai de Préfet, de prendre sans délai et à leur frais des mesures visant à mettre fin à ses causes, à prévenir son aggravation ainsi que son incidence sur la santé humaine et sur les «services écologiques» et de prendre les mesures de réparation définies, sur leur proposition et après instruction administrative, par un arrêté préfectoral.

8) Un exemple d'engagement volontaire est expressément mentionné dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 mars 2006 dans le cadre du dossier de la décharge de Montchanin. Il s'agit, en l'occurrence, de l'engagement pris par la société SSIG, auprès de sa filiale, la société ELIPOL, afin de financer une partie des travaux de réhabilitation de la décharge (Cass. Com., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11.619).

9) Code de commerce, art. L. 241-3 (pour les SARL) et L. 242-6 (pour les SA). Ces dispositions punissent d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et de 375.000 euros d'amende le fait, pour les dirigeants «*de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement*».

10) Cass. com., 4 février 1985, *Rozenblum*, pourvoi n° 84-91581.

11) Par exemple, si la société actionnaire était défaillante elle-même, que la société dans laquelle elle détient une participation se trouvait dans une situation financière irrémédiablement compromise et se trouvait vouée à une liquidation judiciaire certaine ou que les dirigeants de la société mère se trouvaient eux même actionnaires de la filiale et dans le cas d'un abandon de créance sans clause de retour à meilleure fortune. Cette position est d'ailleurs partagée par la Commission des lois : «*pour autant, il semble que cette jurisprudence ne puisse pas garantir, dans toutes les hypothèses, qu'une société-mère pourra prendre financièrement en charge les obligations incombant à*

sa filiale défaillante, sans que ses dirigeants risquent à ce titre de voir leur responsabilité civile ou pénale mise en cause » (Sénat, Avis présenté par Dominique de Legge au nom de la commission sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement, 21 juillet 2009, p.72).

12) Ce qui peut expliquer l'emploi de l'expression «*en théorie*» par les travaux parlementaires, à propos du risque pour le dirigeant d'une société actionnaire qui viendrait à financer les obligations environnementales de sa filiale. A notre connaissance, il n'existe d'ailleurs pas de jurisprudence ayant condamné un dirigeant dans des circonstances similaires).

13) Telle est, sur ce point, la position de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris («*il est inutile de légiférer pour autoriser ce qui peut d'ores et déjà résulter de conventions valablement conclues entre les parties, lesquelles sont des sources de droit en tant que telles*») (CCIP, Position sur le volet gouvernance d'entreprise du projet de loi Grenelle 2, 30 avril 2009).

14) L'insertion d'un article L. 233-5-1 prévue par le projet de loi est critiquable dans la forme puisque la section concernée du Code de commerce (art. 233-1 à 233-5 C. com.) traite exclusivement de la définition du contrôle et non des rapports entre les sociétés «*contrôlantes*» et leurs filiales.

15) Voir ci-après, 4.

16) Bien qu'il soit difficile, dans le cadre du présent article, d'établir un panorama complet du texte, il convient de relever schématiquement que sont exclus du champ d'application matériel de la loi les dommages (i) qui ne présentent pas le degré de «*gravité*» requis par l'article L. 161-1 du Code de l'environnement (conformément à la définition donnée par les articles R. 161-1 à 5 du dudit code), (ii) qui trouvent leur cause dans l'un des événements ou l'une des activités énumérées à l'article L. 161-2 (iii) ou qui résultent des activités qui ne sont pas énumérées à l'article R. 162-1 du Code de l'environnement (sauf, en cas de faute ou de négligence de l'exploitant, s'agissant des dommages causés aux espèces et aux habitats). Sont, par ailleurs, exclus du champ d'application temporel de la loi les dommages (i) dont le fait générateur est survenu avant le 30 avril 2007 ou (ii) dont le fait générateur résulte d'une activité ayant définitivement cessé avant cette date. Par ailleurs, les mécanismes prévus par les articles L. 161-1 et suivants du Code de l'environnement ne trouvent plus à s'appliquer lorsque plus de trente

motifs conduisant les sociétés mères à s'engager dans une telle démarche peuvent être divers. Ils peuvent, notamment, résulter de la volonté de la société mère de préserver ou de renforcer son image de marque.

A l'examen, la justification tenant au risque d'abus de bien social – affirmée de manière un peu lapidaire par les travaux parlementaires – semble très contestable.

S'agissant d'une incrimination pénale, le texte (9) doit être interprété de manière stricte. Les éléments constitutifs du délit d'abus de bien social sont en outre cumulatifs. Or ces éléments semblent difficiles à caractériser dans le cas visé par l'article 84, paragraphe I.

En premier lieu, le dirigeant doit commettre un acte qu'il savait contraire à l'intérêt social, c'est-à-dire qui conduit à un appauvrissement du patrimoine de la société. Cependant, par exception, dans le cadre d'un groupe de sociétés, la jurisprudence a reconnu l'existence, d'un intérêt propre au groupe et distinct de l'intérêt de chaque société (10). Ainsi, en cas de concours financiers entre deux sociétés d'un même groupe, l'infraction d'abus de biens sociaux est écartée si certaines conditions sont remplies : (i) l'appartenance des deux sociétés à un même groupe, (ii) l'existence d'un intérêt économique, social ou financier commun, et (iii) l'existence d'une contrepartie ou l'absence de rupture d'équilibre entre les engagements ou le non-dépassement des possibilités financières de la société sollicitée. Si la prise en charge par une société actionnaire des obligations de l'une de ses filiales ne rentre pas nécessairement dans son intérêt social, il apparaît néanmoins dans le cadre de la prise en charge volontaire par un actionnaire des obligations environnementales incombant à une société dans laquelle elle détient une participation supérieure à 10 % (seuil prévu, ainsi qu'il sera observé, par l'article 84, § 1 du projet de loi) que rares seraient les hypothèses dans lesquelles l'intérêt de groupe ne primerait pas l'intérêt social (11). Quand bien même l'élément de l'intérêt social serait reconnu par un juge, les deux autres conditions ne seraient vraisemblablement pas réunies.

En deuxième lieu, le dirigeant ne peut être déclaré coupable d'abus de biens sociaux que s'il agit de *mauvaise foi*, ce qui est notamment le cas lorsqu'il a conscience du préjudice qu'il cause ou du risque qu'il fait courir à la société. Or, il semble difficile de démontrer la mauvaise foi du dirigeant qui décide, au nom de la société actionnaire, de prendre en charge financièrement les obligations environnementales d'une filiale.

En troisième lieu et surtout, le dirigeant doit agir «*à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé*». En pratique, il semble difficile d'envisager des cas où l'actionnaire personne morale pourrait tirer un intérêt personnel de l'opération en cause. En

outre, l'intérêt indirect ne sera pas retenu si la société victime de l'abus (la société actionnaire) et la société qui en bénéficie forment un groupe juridiquement et économiquement structuré, en application de la jurisprudence précitée.

Dans ce contexte, le risque, pour le dirigeant de la société actionnaire, de voir sa responsabilité pénale engagée du fait d'une prise en charge des obligations environnementales de la société dans laquelle elle détient une participation – pour peu qu'il existe en théorie – reste donc extrêmement marginal, voire inexistant (12). D'un point de vue strictement juridique, l'utilité de l'article 84, paragraphe I du projet de loi apparaît donc des plus contestables (13).

#### D. Sur les conditions de l'engagement volontaire au titre de l'article 84, paragraphe I du projet de loi

L'article 84, paragraphe I du projet de loi pose un certain nombre de conditions (personnelles, matérielles, temporelles et formelles) dans lesquelles les actionnaires pourront prendre en charge les obligations de leurs filiales qu'il convient à présent d'analyser, tout en gardant à l'esprit que le non-respect de l'une de ces conditions ne devrait pas nécessairement mettre en lumière un abus de bien social. A tout le moins peut-on considérer que le respect de l'ensemble de ces conditions assurera à l'actionnaire un minimum de sécurité juridique.

#### 1. La nécessité d'un engagement unilatéral de l'actionnaire

Il convient de relever d'emblée que le projet de loi n'institue en théorie aucune obligation pour les actionnaires. Ce point mérite d'autant plus d'être souligné que la formulation retenue par le Sénat sous forme d'un alinéa unique a perdu en lisibilité par rapport au texte gouvernemental, qui posait clairement le principe selon lequel l'engagement constituait une simple faculté («*lorsqu'une société détient une participation (...) ou exerce le contrôle sur une société (...), elle peut s'engager à exécuter (...)*»).

En pratique, il se pourrait que cet engagement soit demandé par des tiers. Un banquier ou un assureur pourrait ainsi exiger de son cocontractant, société filiale une garantie spécifique de la mère.

#### 2. Une faculté offerte même aux actionnaires très minoritaires

Le champ d'application «*personnel*» de l'article 84, paragraphe I est particulièrement étendu. Au travers de l'article L. 233-2 du Code de commerce, cet article vise, en effet, les sociétés ne détenant qu'une simple participation (10 %) (14). Le projet de loi étend ainsi le mécanisme de la prise en charge volontaire à des sociétés qui

n'entretiennent entre elles qu'une simple relation capitaliste (rôle d'actionnaire minoritaire). En d'autres termes, il dissocie «responsabilité» et «contrôle». Par ailleurs, en cas de pluralité d'actionnaires, des risques et conflits potentiels sont à craindre. En effet, ainsi qu'il sera observé plus loin, le texte semble ouvrir aux actionnaires la possibilité de s'engager *a priori* (c'est-à-dire en amont, hors de tout contexte de dommage environnemental). Dans une telle situation, les actionnaires auront tout intérêt à être particulièrement vigilants dans la rédaction des engagements qu'ils prendront vis-à-vis de leur filiale afin, notamment, d'éviter que l'un d'entre eux ne se voit contraint de supporter seul la dette de la filiale par l'effet d'une solidarité qui, en matière commerciale (15), se présume.

### 3. L'élément déclencheur : une défaillance de la filiale dans la mise en œuvre des articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement

Le champ d'application matériel de l'article 84, paragraphe I est doublement encadré.

En premier lieu, il faut que trouvent à s'appliquer les mécanismes institués par les articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la survenance d'un événement (menace imminente de dommage ou dommage avéré) entrant dans le champ d'application de la loi. Doivent donc être exclues les atteintes causées à l'environnement qui n'entrent pas dans le champ d'application matériel ou temporel de ce dispositif. Ce point mérite une attention toute particulière, compte tenu de la grande complexité de la loi (16).

En second lieu, l'engagement de l'actionnaire auquel il est fait référence à l'article 84, alinéa 1 du projet de loi concerne les hypothèses de «défaillance» de la filiale. Une telle formulation appelle, elle-aussi, plusieurs interrogations. Dans son rapport, la Commission de l'économie a, certes, entendu souligner que «*la notion de «défaillance» utilisée dans cet article traduit clairement le cadre de mise en œuvre de la faculté ouverte à la société mère, à savoir le fait, pour sa fille, de «faire défaut»*» (17).

Le sens de la formule demeure toutefois obscur. Deux approches sont possibles : soit la «défaillance» est caractérisée du fait de l'ouverture d'une procédure collective, soit elle résulte de la simple inexécution, par la filiale, de ses obligations (18). Eu égard à l'objet du texte, il ne semble pas opportun de réduire la notion de défaillance à la première hypothèse. Il peut, en effet, être relevé que les mécanismes institués aux articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement n'ont pas spécifiquement vocation à concerner les entreprises en difficulté. En effet, les dommages visés par cette législation sont susceptibles de se produire à tout moment

de la vie de l'entreprise. Sauf cas spécifique (dommage causé alors que la société est d'ores et déjà en procédure collective ou dommage d'une telle importance qu'il conduit à la cessation des paiements), le lien entre dommage environnemental et procédure collective ne va donc pas nécessairement de soi (19). On peut donc considérer que, dans certains cas de figure, le mécanisme institué par l'article 84, paragraphe I aurait vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où la filiale, sans être en situation de cessation des paiements, serait en proie à des difficultés financières l'empêchant de faire face à ses obligations au titre de la législation sur la responsabilité environnementale (absence momentanée de trésorerie).

Si telle est effectivement l'approche à retenir, il conviendra de déterminer quelle date doit être prise en considération pour considérer que la filiale est effectivement en situation de défaillance (c'est-à-dire n'a pas exécuté ses obligations). Une telle question méritera notamment d'être examinée rigoureusement lors de la conclusion des engagements *a priori* des actionnaires.

Une telle analyse n'est pas des plus aisées.

En effet, au sens de la législation sur la responsabilité environnementale, la «défaillance» est susceptible de s'entendre de différentes façons.

L'article L. 164-14 du Code de l'environnement prévoit ainsi que le non-respect des mesures de prévention et de réparation imposées à l'exploitant en cas de menace de dommage imminent ou de survenance de dommage donne lieu à l'édition d'un arrêté de mise en demeure d'y procéder dans un délai déterminé. Faute, pour l'exploitant d'avoir pris les mesures prescrites dans le délai imparti, le préfet peut obliger l'exploitant à consigner une somme entre les mains d'un comptable publique (dont le montant sera restitué au fur et à mesure de l'exécution des mesures par l'exploitant) ou faire procéder d'office, aux frais de l'exploitant (le cas échéant au moyen des sommes consignées). Dans ce contexte, la «défaillance» devra-t-elle s'entendre de l'absence d'exécution des obligations imparties à la filiale dans un délai raisonnable ? Faudra-t-il attendre que la filiale ait fait l'objet d'un arrêté de mise en demeure et ne s'y soit pas conformée ? Faudra-t-il attendre que la filiale soit dans l'impossibilité de consigner la somme réclamée par le Préfet ou de rembourser le montant des travaux exécutés d'office et à ses frais ? On comprendra que l'intérêt de la filiale sera d'obtenir une intervention des plus rapides de la société mère, surtout si l'on prend en considération le fait que l'échelle des sanctions pénales auxquelles elle restera exposée s'accroîtra à mesure que le temps passera sans qu'elle ne soit en mesure d'agir (20).

La problématique apparaît plus simple pour l'hypothèse dans laquelle une ou plusieurs personnes intervenues spontanément, du fait de

ans se sont écoulés depuis le fait générateur du dommage.

17) Rapport fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement, p. 461.

18) Voir, sur ce point, Charley Hannoun, La responsabilité environnementale des sociétés mères, *Environnement*, n° 6. Juin 2009, n°26.

19) Il en va différemment de l'obligation administrative de remise en état mise à la charge de l'exploitant au moment de la cessation d'activité – seule concernée par l'article 84, paragraphe II du projet de loi –, laquelle peut de manière plus usuelle intervenir dans un contexte de procédure collective.

20) Aux termes de l'article R. 163-1 du Code de l'environnement, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe le fait de ne pas mettre en œuvre les mesures de réparation prescrites par le Préfet en cas de dommage avéré. Le fait de ne pas se conformer à un arrêté de mise en demeure de mettre en œuvre lesdites mesures est, pour sa part, puni d'une peine d'emprisonnement de six mois et de 75 000 euros d'amende.

21) Sur l'inapplicabilité des dispositions de l'article 1202 du Code civil en matière commerciale, voir Cass. Civ. 18 juillet 1929, DH, 1929, 556 ; Cass. Com 21 avril 1980, pourvoi n° 78-14765 (jurisprudence constante).

22) Malgré la confusion établie dans le rapport de la commission de l'économie du Sénat (dont il ressort que «*le dispositif envisagé étend donc la notion d'exploitant telle que définie par l'article L. 160-1 du Code de l'environnement (...) aux structures liées, certes dotées d'une personnalité juridique distincte, mais susceptibles d'influer sur les choix d'exploitation au regard de leur position au sein du capital*»), le projet initial n'avait pas pour objet d'étendre la définition de la notion «*d'exploitant*» (au sens de l'article L. 160-1) aux sociétés mères (approche qui aurait été en contradiction avec celle retenue lors du vote de la loi du 2 août 2008). Il n'en aboutissait pas moins à un résultat similaire, dès lors qu'il tendait à instituer un mécanisme de substitution de la société mère dans les obligations «matérielles» de la filiale. La solution aurait été particulièrement complexe à mettre en œuvre : il serait revenu à la société mère de prendre toutes les mesures matérielles, y compris celles devant être prises en urgence, en cas de défaillance de sa filiale (information du Préfet,

mesures de prévention), sans pour autant que la filiale, seule débitrice de ces obligations, ne soit déliée de ses obligations au sens de la loi (la filiale restant donc seule exposée aux risques de sanctions administratives et pénales en cas de carence).

23) Sénat, *Rapport préc.*: « cet article renforce la responsabilité de la société-mère en cas de pollution grave causée par une de ses filiales, en lui permettant de prendre *directement* à sa charge les obligations relevant de celle-ci » (p. 456). Voir également, sur ce point, Charley Hannoun, *op. cit.*, n°26.

24) Dans la grande majorité des cas, cette procédure doit être respectée car la société mère et la filiale (au sens large) ont des dirigeants communs. Il faut noter également que, même en l'absence de dirigeants communs, la procédure de contrôle des conventions passées entre la société mère et sa filiale devra être suivie – au moins dans la filiale – puisque cette procédure s'applique aussi aux conventions intervenant entre une société par actions et une autre société lorsque cette dernière dispose de plus de 10% des droits de vote de la première. La procédure existe dans la SA (art. L. 225-38 et L. 225-86 C. com.), la SARL (art. L. 223-19 C. com.), la SAS (art. L. 227-10 C. com.), et la SCA (art. L. 226-10 C. com.). A titre d'illustration, dans la SA, cette procédure se déroule de la manière suivante : autorisation préalable de la convention par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, rapport spécial des commissaires aux comptes, approbation de la convention par l'assemblée des actionnaires.

25) CCIP, *op. cit.*, pp. 13-14. Sur ce point, la CCIP relève néanmoins qu'« en tout état de cause, la nécessité de passer par la procédure des conventions réglementées constitue une piste d'évolution intéressante, dans la mesure où, s'agissant de conventions dont les implications financières peuvent être très importantes, l'autorisation préalable du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance ou encore du gérant de SARL), la rédaction d'un rapport spécial par le commissaire aux comptes et la ratification en AGO constituent un solide garde-fou pour les actionnaires de la société [actionnaire]. Au demeurant, ce contrôle renforcé conduit indirectement à conforter leur validité ».

26) Versailles, 30 juin 2005, *Bull. Joly soc.* 2006, n°1 p. 54 et s., décidant que « le respect purement formel de la procédure d'approbation des conventions réglementées [...] ne permet pas, à lui seul qu'il n'y a

l'urgence, pour réaliser elles-mêmes les mesures de prévention et de réparation en demanderait le remboursement à l'exploitant. Dans un tel cas de figure, il pourrait être considéré que la défaillance résulte de l'impossibilité d'honorer les dettes.

#### 4. Le moment de l'engagement de l'actionnaire

La formulation retenue par le projet de loi, en tant qu'elle concerne le moment de l'engagement appelle également quelques observations. Le texte évoque, en effet, la décision par laquelle la société actionnaire « s'engage à prendre en charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée » les obligations de cette dernière.

Une telle formulation laisse entendre que l'engagement pourrait être pris *a priori*, en amont de tout dommage environnemental. Si telle est l'approche retenue, force est de constater qu'un engagement unilatéral *a priori* est susceptible de soulever d'importantes difficultés d'ordre financier, comptable (détermination du montant des provisions d'un dommage très hypothétique) et juridique, notamment dans l'hypothèse d'une pluralité d'actionnaires.

Qu'advierait-il par exemple dans l'hypothèse d'une prise en charge volontaire *a priori* réalisée contractuellement par un seul actionnaire détenant 10 % de la société défaillante ? Cette société serait-elle responsable de la prise en charge financière de l'intégralité du passif environnemental de sa filiale ou le montant mis à sa charge serait-il établi au prorata de sa participation ? Dans la mesure où en matière commerciale la solidarité se présume, il semble qu'en l'absence de stipulation contraire dans la lettre de confort par la société détenant la participation, celle-ci pourrait en effet devoir prendre en charge l'ensemble du passif environnemental de la société dans laquelle elle détient une participation minoritaire, ce qui paraît choquant notamment dans le cadre d'une démarche volontaire.

Dans l'hypothèse où plusieurs actionnaires auraient accepté de supporter chacun individuellement le financement des mesures de prévention et de réparation des dommages environnementaux causés à leur filiale commune et en l'absence de stipulation contractuelle contraire, la présomption de solidarité en matière commerciale (21) trouverait à s'appliquer. La société filiale pourrait donc demander un actionnaire (le plus solvable) de prendre en charge l'ensemble de son passif environnemental, à charge pour celle-ci d'engager une action récursoire à l'encontre d'un autre actionnaire ayant pris un engagement similaire.

Idéalement les modalités de la prise en charge financière du « passif environnemental » d'une filiale devraient être prévues dans le cadre du pacte d'actionnaires.

#### 5. Le contenu de l'engagement de l'actionnaire

Le contenu de l'engagement de l'actionnaire est, lui aussi, défini par le projet de loi.

En premier lieu, il ressort des travaux parlementaires que cet engagement revêt un caractère purement financier. Notons que, sur ce point, la logique a évolué depuis le projet gouvernemental. Le projet initial prévoyait, en effet, que l'actionnaire « (*pouvait*) s'engager à exécuter, en cas de défaillance de la société qui lui était liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation » lui incombant (22). Selon les travaux de la commission des Lois du Sénat, la formule « prise en charge » aurait été préférée à celle d'exécution dans le souci de circonscrire la possibilité de substitution aux seuls « financements apportés par la société mère afin d'assurer la bonne exécution des mesures de prévention et de réparation incombant à la filiale ».

Dans ce contexte, on comprendra que l'engagement de la société mère ne vaudra que dans l'hypothèse où il s'applique à une obligation pouvant faire l'objet d'une évaluation financière. Il en ira ainsi s'agissant des mesures destinées à la réparation des milieux (travaux de dépollution). En revanche, il est plus difficile d'imaginer que l'engagement de la société mère puisse porter sur les obligations d'information dont l'exploitant est débiteur en cas de menace de dommage ou de dommage avéré.

En revanche, en l'état, la rédaction du texte ne permet pas d'identifier le mécanisme selon lequel s'opèrerait cette prise en charge financière. Devrait-elle s'entendre d'une prise en charge directe de la société actionnaire, auquel cas cette dernière paierait directement les entreprises chargées de la mise en œuvre des mesures de prévention et de réparation (bureau d'étude, entreprise de dépollution) et les « créanciers environnementaux » : l'Etat (en cas de demande de consignation ou en cas de demande de remboursement des travaux exécutés d'office et aux frais de l'exploitant) ou toutes les personnes intervenues en urgence afin de réaliser les mesures de prévention et de réparation. A l'inverse, le financement devrait-il être indirect, c'est-à-dire passer nécessairement par la médiation de la filiale, les sommes versées par l'actionnaire pourraient être partagées entre les différents créanciers en tant qu'élément du patrimoine de celle-ci et ne pas être allouées au seul paiement de la créance environnementale (en cas de liquidation). A *priori*, la première interprétation semble plus conforme à l'esprit du texte puisqu'elle permet de garantir que les sommes versées par la société actionnaire seront bien affectées à l'extinction de la créance environnementale. Une certaine lecture des travaux parlementaires permet de pencher pour une telle approche (23). Si tel est bien le cas, il ne

serait pas inutile que le texte le précise.

En second lieu, l'engagement porte sur «tout ou partie» des obligations de prévention ou de réparation incombant à la filiale, ce qui ouvre la possibilité d'un engagement «à la carte». Il est possible d'imaginer que lorsque l'engagement de la société mère ou de l'actionnaire se fera «à chaud» (en cas de dommage avéré dont les conséquences financières ont pu être évaluées), la société mère ou l'actionnaire pourra s'engager sur un montant donné. Sauf à prévoir le principe d'une participation financière plafonnée, la tâche s'annonce beaucoup plus ardue s'il s'agit d'un engagement de principe donné *a priori* (si cette faculté est bien ouverte par le texte, ce qui semble être le cas ainsi qu'il sera exposé ci-dessous), dans la mesure où les dépenses destinées à prévenir et à réparer le dommage ne peuvent – par définition – être déterminées à l'avance.

## 6. La forme de l'engagement de la société mère ou de l'actionnaire

L'article 84 § 1 soumet les engagements de la société actionnaire d'assurer le financement des obligations environnementales de sa filiale à la procédure des conventions réglementées. Fréquemment, les conventions passées entre une société actionnaire et sa filiale sont soumises à une procédure de contrôle particulière, la procédure des conventions réglementées (24).

Selon les travaux parlementaires, le respect de cette procédure vise à écarter tout risque de condamnation au titre de l'abus de biens sociaux (25). Cependant cette justification peut apparaître critiquable dans la mesure où le respect de la procédure d'approbation des conventions réglementées ne suffit pas, à lui seul, à écarter le délit d'abus de biens sociaux (26).

Les organisations professionnelles ont, au reste, alerté le législateur sur les interprétations *a contrario* néfastes qui pourraient résulter d'un tel dispositif : en créant un lien artificiel entre intérêt social et soumission à la procédure des conventions réglementées, il est à craindre que le dispositif ait pour effet de conduire le juge à considérer que les initiatives d'une société actionnaire en faveur de l'une de ses filiales (et pas exclusivement celle de la prise en charge volontaire des obligations environnementales) seraient contraires à l'intérêt social, à défaut d'une autorisation expresse en ce sens (27). Cependant, cette critique doit être nuancée dans la mesure où en tout état de cause les initiatives d'une certaine envergure d'une société actionnaire en faveur d'une société dans laquelle elle détient une participation supérieure à 10 % n'échappent pas à la procédure des conventions réglementées (28).

## II. La mise en jeu de la responsabilité de la société mère dans le cadre de la procédure administrative de remise en état

Le second dispositif discuté dans le cadre du projet de loi «Grenelle 2» concerne l'obligation administrative de remise en état des installations classées pour la protection de l'environnement.

### A. Rappels liminaires concernant l'obligation administrative de remise en état

Il peut être rappelé, de manière schématique, que les dispositions du code de l'environnement mettent à la charge des exploitants d'installations classées deux principales obligations au moment de la mise à l'arrêt de leur activité (29). Ils doivent, dans un premier temps, prendre les mesures de mise en sécurité (mesures les plus immédiates). Ils doivent, dans un second temps, placer le site dans un état tel qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts protégés par la législation relative aux installations classées (santé, sécurité, salubrité, etc.) et qu'il permette sa réaffectation à un «usage futur» défini, soit de manière concertée (pour les installations soumises au régime de l'autorisation ou de l'enregistrement), soit par la loi (pour les installations soumises à déclaration – l'usage retenu correspondant alors à celui de la dernière période d'activité, c'est-à-dire l'usage industriel).

Selon la formule consacrée, la réalisation des travaux ne vaut pas «quitus» pour l'exploitant, l'administration restant en droit d'imposer à l'exploitant des mesures complémentaires pendant une période de trente ans, étant entendu que l'exploitant ne peut se voir imposer, pendant cette période, les mesures rendues nécessaires par un éventuel changement d'usage, sauf s'il est lui-même à l'origine d'un tel changement.

### B. Les limites «personnelles» des pouvoirs du Préfet

Le champ d'application «personnel» de la législation relative aux installations classées et, par voie de conséquence, de l'obligation administrative de remise en état, est entendu strictement par la jurisprudence administrative. Par principe, elle ne concerne que «l'exploitant» de l'installation ayant généré la pollution (lequel s'entend du «dernier exploitant» lorsque deux personnes distinctes se sont régulièrement succédé dans l'exploitation) ou, le cas échéant, si celui-ci a disparu, sur son ayant-droit (cas, par exemple, dans lequel la société exploitante a été fusionnée-absorbée).

L'application stricte des principes décrits ci-dessus amène donc à une impasse dans les deux situations suivantes. Il en va ainsi s'agissant des sites mis à l'arrêt dans le passé pour lesquels

*pas eu atteinte à l'intérêt social, en particulier lorsqu'il est avéré que le dirigeant détient tous les pouvoirs et qu'il est assuré du soutien inconditionnel de la majorité des actionnaires principaux».*

27) Sénat, avis préc., p. 75.

28) En effet, il est admis que les abandons de créance, qu'il y ait ou non clause de retour à meilleure fortune, les prêts sans intérêts, et les subventions entre sociétés d'un même groupe constituent, dans tous les cas, des conventions réglementées. Cette solution ressort d'une étude sur les conventions réglementées dans les groupes menée par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (*Bull. CNCC*, sept. 1990, p. 289), après consultation de nombreux organismes (Chancellerie, Direction du Trésor, AMF, CNPF, Ansa Afep). En ce sens, voir également, *Lamy, Sociétés commerciales*, 2009, n°3686 ; *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2008, n°25763 ; *Jcl. Sociétés, Dirigeants de groupes de sociétés : statuts et conventions réglementées*, Fasc. 165-40, 2004, p. 19.

29) Le régime de l'obligation administrative de remise en état figure, à l'heure actuelle, aux articles L. 512-6-1 (s'agissant des installations soumises à autorisation), L. 512-7-6 (s'agissant des installations qui seront soumises prochainement au régime de l'enregistrement) et L. 512-12-1 du Code de l'environnement (s'agissant des installations soumises à enregistrement) et par les dispositions réglementaires prises pour leur application, lesquelles étaient en cours de réécriture au moment de la rédaction de la présente étude, pour les besoins de la mise en place du nouveau régime applicable aux installations soumises à enregistrement.

30) CAA Douai, 18 juin 2009, *MEDAD c/ SCI La Rolandière*, req. n° 07DA01027.

31) TA Dijon, 23 janvier 2001, *SA CG Holding*, req. n° 99946.

32) CAA Paris, 17 octobre 2003, *MATE c/ Sté Fayolle et Fils*, req. n° 99PA03797.

33) L'intervention de l'ADEME est alors opérée dans les conditions fixées par la circulaire BPSR/2005-371/LO du 8 février 2007, Cessation d'activité d'une Installation Classée – Chaîne de responsabilités – Défaillance des responsables.

34) L'action est alors exercée sur le fondement de l'article L. 132-1 ou de l'article L. 541-3 du Code de l'environnement.

35) Cass. Com., 26 mars 2008, n° 07-11619, *ADEME c/ Elf et autres*.

36) TGI Paris, 21 mars 2003, n° 2003-220453, solution confirmée en appel (CA Paris, 6 août 2003, n° 2003-222938).

37) Voir, sur l'ensemble de la question, Blandine Rolland, Environnement et procédures collectives, *Jurisclasseur Environnement*, fasc. N° 5100.

38) CE 3 décembre 2003, *Société Podelval les innovations mécaniques*, req. n° 236901.

39) Pour que le préfet puisse imposer au liquidateur la remise en état du site, encore faut-il qu'à la date où sont notifiées les prescriptions, la société exploitante n'ait pas juridiquement disparu. Autrement dit, les juridictions administratives s'assurent que les opérations de la liquidation judiciaire «ne sont pas closes».

40) Art. L. 621-2 C. com. (sur renvoi de l'article L. 641-1 C. com.) : « A la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ». La fictivité consiste à démontrer que la filiale n'a pas d'existence juridique distincte de la société mère. La confusion de patrimoine, quant à elle, suppose que les deux sociétés sont distinctes juridiquement mais qu'elles ont confondu, imbriqué leur patrimoine, actif et passif (existence de relations financières ou de flux financiers anormaux).

le dernier exploitant a disparu (cas d'une liquidation amiable, par exemple) sans qu'aucun ayant droit ne puisse être identifié. Dans une telle hypothèse, aucune personne ne peut être actionnée par le Préfet sur le fondement de la police des installations classées. Il en va de même dans l'hypothèse où l'exploitant existe toujours mais est devenu insolvable.

Dans ces deux cas de figure, la jurisprudence administrative a, notamment, exclu que le Préfet adresse des prescriptions de remise en état au propriétaire du terrain ou des installations (tout en réservant, bien entendu, l'hypothèse, où le propriétaire se serait parallèlement substitué à l'exploitant défaillant dans l'exercice de l'activité) (30). La même solution a été retenue vis-à-vis de l'actionnaire. La jurisprudence a ainsi considéré que la prise de contrôle d'une société n'avait pas pour effet de conférer à l'actionnaire la qualité d'exploitant susceptible de permettre au préfet de lui adresser des prescriptions administratives de remise en état (31). Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où l'actionnaire a lui-même repris l'activité (auquel cas il peut être considéré lui-même comme exploitant, le cas échéant, «de fait»), la seule circonstance selon laquelle l'actionnaire accepterait de réaliser certains travaux ou analyses n'étant pas suffisante (32). Dans ces situations, le Préfet n'a d'autre recours que de conférer cette mission à l'ADEME par le biais d'un arrêté d'exécution d'office, dans la mesure où une telle intervention est nécessaire pour assurer la mise en sécurité du site (33).

### C. Les mécanismes permettant de rechercher la responsabilité de la société mère

C'est, en grande partie, pour pallier ces limites que la jurisprudence, tant administrative que judiciaire, s'est interrogée sur d'autres fondements juridiques permettant de mettre à la charge de personnes autres que l'exploitant les mesures de remise en état. C'est ainsi que s'est notamment développée une réflexion sur la possibilité de rechercher, à titre subsidiaire, la responsabilité du propriétaire du site sur le fondement de la législation «déchets».

Une réflexion s'est parallèlement menée sur les mécanismes juridiques permettant de mettre en cause la société mère – hors le cadre de la législation relative aux installations classées – en faisant appel aux mécanismes du droit privé. Deux solutions ont plus particulièrement été envisagées.

La première consiste, pour l'ADEME, à engager la responsabilité de l'actionnaire dans le cadre d'une action récursoire après avoir mis en œuvre les travaux d'office (34). La Cour de cassation a récemment eu à connaître d'un tel recours à propos de la remise en état du site de la décharge de Montchanin. Dans l'affaire qui lui était soumise, elle a considéré que la responsabilité

de l'actionnaire de la société exploitante ne pouvait être engagée, dans la mesure où celui-ci n'avait pas commis de faute, tout en insistant sur le fait qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général (35). Une solution similaire avait été retenue par le tribunal de grande instance de Paris, dans le cadre de la procédure de référé expertise engagée par le Ministère de l'Environnement et l'ADEME à l'encontre des actionnaires de la SAS Metaleurop Nord. En l'occurrence, la juridiction avait considéré que l'action était irrecevable, dès lors que les actionnaires ne pouvaient en toute hypothèse faire l'objet d'une action récursoire, à défaut d'être responsable de la remise en état du site (36).

La seconde solution consiste à traiter la question au stade de la liquidation judiciaire de la société exploitante. C'est cette solution qui a donné lieu à un important contentieux dans l'affaire dite «Metaleurop», dont la solution a, semble-t-il inspiré les rédacteurs de l'article 84, paragraphe II du projet de loi.

### D. Le dispositif de l'article 84, paragraphe II du projet de loi «Grenelle 2»

La question de l'articulation entre le droit des procédures collectives et l'obligation administrative de remise en état a d'ores et déjà donné lieu à une littérature abondante (37).

Il peut être rappelé, à titre liminaire, que le principe – posé par l'article 622-21 du Code de commerce – de la suspension des actions en paiement dès le jugement d'ouverture de la procédure ne fait pas obstacle à la mise en œuvre des pouvoirs dont le préfet dispose en application de la législation sur les installations classées (38). Toutefois, à compter de l'ouverture de la procédure collective, la conduite de la procédure de cessation d'activité et le respect des prescriptions préfectorales subséquentes (arrêté préfectoral de prescriptions complémentaires suivi, le cas échéant, d'un arrêté de mise en demeure, puis d'un arrêté de consignation ou d'exécution d'office) n'incombe plus à la société exploitante mais à l'administrateur judiciaire. Ainsi, si, après mise en demeure infructueuse, le Préfet entend user de la voie de la consignation, l'état exécutoire qui accompagne cette consignation ne peut être régulièrement émis qu'à l'encontre du représentant légal de la personne morale déjà mise en liquidation, car en vertu de l'article 641-9 du Code de commerce «*les droits et actions du débiteur sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur*» (39).

L'intérêt, en la matière, du droit des procédures collectives est qu'il permet de passer outre le principe de l'autonomie des personnes morales

et – ce faisant – d’obtenir la prise en charge des dettes de la filiale en liquidation par ses dirigeants par le biais de deux mécanismes. Le premier, désormais codifié à l’article L. 621-2, alinéa 2 du Code de commerce, est l’extension de procédure à la société mère, qui peut être mise en œuvre en cas de fictivité de la filiale ou en cas de confusion des patrimoines (40). Le second est l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif, laquelle peut être dirigée à l’encontre des dirigeants de droit ou de fait de la filiale, selon les conditions fixées par les articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce (41).

C’est sur le fondement de l’extension de procédure que les mandataires judiciaires de la SAS Métaeurop Nord avaient entendu attirer la SA Métaeurop, société mère, dans la procédure de liquidation, solution *in fine* rejetée, tant au regard de la fictivité de la filiale (42) qu’au regard de la confusion des patrimoines (43), la Cour de cassation ayant précisé, dans le cadre de l’examen du pourvoi, qu’elle ne statuait pas sur le fondement de l’action en comblement de passif (ancienne dénomination de l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif). Dans un communiqué, rappelé par le rapport de la commission des Lois du Sénat, la Cour de cassation avait « *en revanche, sans prendre parti sur l’application concrète qu’il convient d’en faire (...) observé, par référence à l’article L. 624-3 du Code de commerce, que certains comportements (...) de la société-mère à l’égard de sa filiale pouvaient être de nature à constituer, en fait, des fautes de gestion, propres à créer une insuffisance d’actif chez la filiale, c’est à dire un accroissement du passif assorti éventuellement d’une diminution de son actif* » (44).

L’article 84, paragraphe II du projet de loi Grenelle 2, s’inspire en grande partie du mécanisme de l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif, dont il entend faciliter la mise en œuvre à l’initiative du Préfet.

Le dispositif envisagé consiste à introduire un nouvel article L. 512-17 du Code de l’environnement dans la section commune aux installations classées soumises à autorisation, déclaration ou enregistrement.

Cet article serait rédigé de la manière suivante : « *lorsque l’exploitant est une société filiale au sens de l’article L. 233-1 du Code de commerce et qu’une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le préfet peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l’existence d’une faute commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d’actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu’une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état en fin d’activité.*

*Lorsque la procédure mentionnée à l’article L. 514-1 du présent code a été mise en œuvre, les*

*sommes consignées, en application du 1° du I de cet article, au titre des mesures de remise en état en fin d’activité sont déduites des sommes mises à la charge de la société mère en application de l’alinéa précédent.*

*Lorsque la société condamnée dans les conditions prévues au premier alinéa n’est pas en mesure de financer les mesures de remise en état en fin d’activité incombant à sa filiale, l’action mentionnée au premier alinéa peut être engagée à l’encontre de la société dont elle est la filiale au sens de l’article L. 233-1 du Code de commerce. »*

## E. Sur les conditions de mise en cause de la responsabilité de la société mère au titre de l’article 84, paragraphe II du projet de loi

### 1. La liquidation judiciaire de la société exploitante

Le dispositif ne vise que le cas où une liquidation judiciaire (45) a été ouverte ou prononcée (c’est-à-dire même dans le cas où la procédure résulte d’une conversion d’une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire) à l’égard de la filiale exploitante de l’installation classée. Il ne peut donc être mis en jeu hors le contexte de la liquidation judiciaire et, notamment, lorsqu’il apparaît que des mesures de remise en état doivent être mises en œuvre dans le délai de prescription trentenaire alors que la société exploitante a disparu à la suite d’une liquidation amiable.

### 2. La juridiction compétente

La procédure prévue par l’article 84, paragraphe II du projet de loi pourra être engagée devant la juridiction qui a ouvert ou prononcé la liquidation.

### 3. Les personnes pouvant exercer l’action

Aux termes du projet de loi, l’action peut être engagée à l’initiative des organes de la procédure collective (ministère public, liquidateur) (46) mais également du préfet. Cette compétence du préfet est l’aspect le plus remarquable du dispositif, dans la mesure où elle ne lui est pas reconnue dans le cadre de l’action en insuffisance d’actif « de droit commun ». Cette action ne peut, en effet, être exercée que par le ministère public, le liquidateur judiciaire et, en cas de carence de ce dernier, la majorité des créanciers nommés contrôleurs (47).

La création de cette nouvelle procédure n’est pas exempte de critiques, ne serait-ce qu’en raison du risque de double emploi avec la procédure d’insuffisance d’actif existante. Il est, au reste, étonnant, que le législateur envisage de créer cette nouvelle procédure alors même que l’ordonnance du 18 décembre 2008 a récemment supprimé l’obligation aux dettes sociales, qui faisait d’ores

41) Aux termes de l’article L. 651-2 du Code de commerce, « *Lorsque la liquidation judiciaire d’une personne morale fait apparaître une insuffisance d’actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d’actif, décider que le montant de cette insuffisance d’actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d’entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.* »

42) CA Douai, 16 décembre 2004, *Theetten*, ès qual. c/ SA Métaeurop et autres, *Juris-Data* n° 2004-263541.

43) Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10.094 ; CA Paris, 11 octobre 2005, *SA Métaeurop et autres c/ Procureur de la République et autres*.

44) Une action en comblement de passif a depuis lors été initiée par les liquidateurs de la société Métaeurop, action actuellement en suspens (après un premier jugement infructueux du tribunal de grande instance de Béthune) devant la Cour d’appel de Douai, en l’attente de la réponse du Conseil d’Etat à une question préjudicielle soulevée dans le cadre de la procédure.

45) Art. L. 640-1 C. com. : « *Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l’article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l’activité de l’entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens.* »

46) Dans le projet initial, les organes de la procédure collective (ministère public, liquidateur) ne pouvaient eux-mêmes la mettre en œuvre.

47) Ce qui n’exclut pas que le Préfet soit en mesure de faire valoir, de manière indirecte, les intérêts de l’Etat en matière de protection de l’environnement. Ainsi que le relève la CCIP, « *en pratique, les mandataires judiciaires (administrateur et/ou liquidateur) qui sont amenés à connaître d’un dossier dont les aspects environnementaux sont importants prennent immédiatement contact avec les autorités compétentes en la matière et notamment, au niveau local, avec le préfet. Le préfet a ainsi la possibilité, dans les faits, de communiquer toute information utile au liquidateur judiciaire et au ministère public, que le Code de commerce désigne comme compétents pour saisir le tribunal d’une action en responsabilité.* »

48) A côté de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, il existait une autre sanction patrimoniale, à savoir l'obligation aux dettes (art. L. 652-1 C. com.). A la différence de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, l'obligation aux dettes n'était pas une action en responsabilité car elle ne tendait pas à réparer le préjudice (la cessation de paiement) que les agissements du dirigeant causaient à la société ; il s'agissait d'une sanction patrimoniale applicable dès lors que l'un des faits limitativement énumérés à l'article L. 652-1 avait été commis par le dirigeant, sans corrélation avec le préjudice qui avait pu en résulter pour la société.

49) A cet égard, la CCIP relève que «*dès lors qu'on est dans une hypothèse de liquidation judiciaire, il est préférable d'utiliser les outils mis en place par le Code de commerce, en particulier l'article L. 651-2 relatif à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Cela d'autant plus que l'analyse du droit positif montre que le résultat escompté peut, en pratique, être atteint sur le fondement de ce texte*» (op. cit., p. 17).

50) Dans sa position, la CCIP redoute d'ailleurs «*des interférences malheureuses*» entre le dispositif du projet de loi et le droit des procédures collectives.

51) Voir, ci-après, 7.

52) Laquelle consisterait, pour la société mère, à créer artificiellement une ou plusieurs sociétés *ad hoc* afin d'échapper au champ d'application du texte et, partant, à sa responsabilité environnementale.

53) Dans le cadre de l'action en insuffisance d'actif, une jurisprudence constante décide que l'action est recevable même si les opérations de vérification des créances ne sont pas terminées, dès lors qu'il apparaît avec évidence que l'actif sera insuffisant pour payer le passif (Cass. Com., 28 mai 1991, *D.* 1992, somm., p. 184, obs. A. Honorat).

54) G. Teboul, Défense de l'environnement et entreprises en difficulté, *LPA*, 16 mai 2006, n°97, p. 7.

55) Cass. Com. 23 nov. 1999, n°97-14.693, *NPT, Rev. Proc. Coll.* 2001, p. 265 n°4, obs. Martin-Serf. Selon une jurisprudence constante le dirigeant de fait est la personne qui exerce, directement ou par personne interposée, une activité positive et indépendante d'administration générale d'une personne morale, sous le couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux. Voir, pour une illustration, Cass. Com. 26 juin 2001, N°98-20.115, *Act. Proc. coll.* 2001/15, n°201.

et déjà double emploi avec l'insuffisance d'actif (48). De même, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si les mécanismes de droit positif ne permettent pas, d'ores et déjà, de rechercher la société mère (49).

Parallèlement, l'existence de deux procédures parallèles (insuffisance d'actif et action de l'article 84, II du projet de loi) pourrait être source de conflit. Alors que l'ancien article L. 652-1 du Code de commerce interdisait fort opportunément l'engagement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dans les cas d'obligation aux dettes sociales, le projet de loi ne contient aucune réserve de ce type. Dès lors, une seule et même personne – la société mère – pourrait ainsi être appréhendée au travers de deux procédures distinctes au titre de sa responsabilité environnementale. Aussi est-il permis de craindre que des conflits de procédures ne surviennent fréquemment (50).

Reste que, sur certains points, le texte semble constituer une avancée par rapport au droit existant. En effet, nul ne doute que l'efficacité du recouvrement des créances environnementales devrait être renforcée du fait de la faculté d'intervention du préfet. Par ailleurs, et ainsi qu'il sera observé ci-après, il semblerait que le mécanisme prévu à l'article 84, paragraphe II du projet de loi assure l'affectation des sommes auprès de la société mère à la créance environnementale (51).

#### 4. Les personnes dont la responsabilité peut être mise en cause

Du fait de la référence expresse à l'article L. 233-1 du Code de commerce, l'action ne devrait être ouverte qu'à l'encontre des sociétés détenant plus de 50 % du capital de la société exploitante faisant l'objet de la procédure de liquidation judiciaire, en sorte que le texte ne couvre pas toutes les sociétés exerçant leur contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

On notera que dans sa version initiale, le texte apparaissait particulièrement aisé à contourner via la constitution de sociétés «*écran*». Afin de pallier ces difficultés, le dernier alinéa du texte prévoit désormais que l'action peut également être engagée contre la société qui contrôle la société-mère si cette dernière n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état incombant à sa filiale. Un tel ajout ne permet cependant pas de résoudre totalement la difficulté. En effet, là encore, une détention de plus de 50 % reste exigée. De même, en renvoyant à la société mère de la seule «*société condamnée*», le projet de loi exclut une extension du dispositif au-delà de ce périmètre. En pratique, et sauf possibilité éventuelle d'invoquer la notion de «*fraude à la loi*» (52), le dispositif ne permet pas, en l'état, de rechercher la responsabilité de «*l'arrière-grand-mère*».

#### 5. Le moment de l'action

Compte tenu du libellé actuel du texte, l'action pourrait être engagée à compter de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire (53). On notera, par ailleurs, qu'aucun délai de prescription n'est prévu par le texte. Le régime de l'action ouverte par l'article 84, paragraphe II du projet de loi se distingue donc, sur ce point, de celui de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, laquelle se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

#### 6. La démonstration d'une faute ayant contribué à une insuffisance d'actif

Les dirigeants ne peuvent être tenus de combler le passif social que s'ils ont commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Toute faute de gestion, même légère, toute imprudence ou négligence peut entraîner la mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux. L'exigence d'une faute de la société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de sa filiale suppose de rapporter la preuve que la société mère a, soit en s'abstenant d'agir, soit en agissant, réduit les actifs de la filiale de telle sorte que celle-ci s'est trouvée dans l'impossibilité de subvenir à ses coûts de fonctionnement et d'assurer le paiement de ses dettes. Sur la faute de gestion, la jurisprudence permet par exemple «*de reprocher la constitution de sociétés sans fonds propres suffisants, et la poursuite d'activité sans prendre de mesures pour y remédier*», ou ce qui «*pourrait concerner une filiale que sa mère aurait laissé chuter, après lui avoir transféré des actifs pollués...*» (54).

Par ailleurs, le demandeur devra également démontrer au préalable que la société peut être considérée comme dirigeante de droit. Une société détenant une participation supérieure à 50 % dans une autre sera souvent, lorsque la forme sociale et les statuts de la société le permettent, dirigeant de droit ou de fait (55) de sa filiale.

#### 7. L'étendue de la condamnation

Ainsi qu'il apparaît à la lecture du projet de loi, le tribunal ayant reconnu la faute de la société mère pourra mettre à sa charge tout ou partie du financement des mesures de remise en état en fin d'activité.

Le projet de loi appelle, sur ce point, les trois commentaires suivants.

Tout d'abord, la condamnation serait purement financière. Le projet de loi n'a donc pas pour objet de substituer la société mère dans l'exécution des mesures de remise en état, qui restent théoriquement à la charge de la filiale et, plus précisément, du liquidateur, même si, en pratique, ce dernier ne sera pas en mesure de les mettre en œuvre.

A la différence de l'article L. 651-2 du Code de commerce, le projet de loi ne précise pas les conditions dans lesquelles la prise en charge financière sera, en pratique, opérée. Il semble toutefois, que les sommes soient destinées à être directement affectées à la créance environnementale (l'objet de l'action étant de «mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état en fin d'activité»). Deux mécanismes sont envisageables. Soit la prise en charge est indirecte, c'est-à-dire (ainsi que le prévoit l'article L. 651-2 du Code de commerce dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif) que les sommes entrent dans le patrimoine du débiteur. Dans un tel cas de figure, il conviendrait de préciser la procédure de distribution à suivre afin de s'assurer que les montants recouverts auprès de la société mère soient effectivement affectés à la créance environnementale. Il s'agirait là d'une solution distincte de celle prévue dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, où les sommes versées par la société mère entrent dans le patrimoine de la filiale et sont réparties entre tous les créanciers en proportion de leurs créances (au marc le franc) (56). Une autre solution consisterait en un versement des sommes recouvrées directement entre les mains du comptable public, lesquelles seraient ensuite affectées à la société chargée de l'exécution d'office des travaux sur le fondement de l'article L. 514-1 du Code de l'environnement.

Ensuite, le juge devrait être amené à prendre en considération au moins les deux éléments suivants dans la fixation du montant des sommes mises à la charge de la société mère. D'une part, les sommes mises à la charge de la société mère ne devraient plus aller au-delà de celles qui sont induites par la cessation de l'activité au sens de la législation relative aux installations classées (57). L'article 84, alinéa II ne devrait, en d'autres termes, permettre de mettre à la charge de la société mère des mesures allant au-delà de celles qui pourraient être juridiquement imposées à la filiale. S'agissant du montant exact des sommes mises à la charge de la société mère, le texte prévoit qu'elles couvriront «tout ou partie» du financement des mesures. En pratique, la condamnation devrait être en relation avec la faute commise par la société mère.

Enfin, le troisième alinéa de l'article 84, paragraphe II du projet de loi met en place un mécanisme de «déduction» dont les modalités

de mise en œuvre pratique restent sujettes à interrogation. Cette disposition prévoit, en effet, que lorsque la procédure mentionnée à l'article L. 514-1 du Code de l'environnement a été mise en œuvre, les sommes consignées en application de cet article sont déduites des sommes mises à la charge de la société mère. On comprend aisément que si une partie du financement des travaux de remise en état peut être assurée par les mécanismes propres à la législation relative aux installations classées auprès de la filiale, la société mère ne puisse voir sa responsabilité engagée à telle hauteur que la participation cumulée de la société mère et de la filiale excède le coût final des travaux de remise en état. Le mécanisme de déduction se justifie cependant moins dans l'hypothèse où la condamnation de la société mère cumulée avec le montant consigné par la filiale n'atteint pas le coût des travaux de remise en état.

Bien entendu, l'utilité du troisième alinéa de l'article 84, paragraphe II du projet de loi sera – s'il est maintenu – directement conditionnée par la solution que retiendra le juge quant au caractère privilégié ou non de la créance issue de l'arrêté de consignation.

Il doit être rappelé, en effet, que l'une des principales questions liées à l'articulation entre le droit des procédures collectives et le droit des installations classées a trait au rang de la créance de remise en état. Par un arrêt en date du 17 septembre 2002, la Cour de cassation avait fixé la date de naissance de la créance de l'administration au jour de l'arrêté de consignation de consignation, ce qui lui permettait de bénéficier du régime de faveur des créances dites «postérieures», telle qu'il résultait de la législation en vigueur avant la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 (58). Du fait de la réforme, le débat porte désormais sur le point de savoir si la créance résultant de l'arrêté de consignation doit bénéficier du régime de paiement à l'échéance et du privilège institué par l'article L. 622-17 du Code de commerce (c'est-à-dire si elle peut être considérée comme née «pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle pendant cette période»). Sauf à faire une lecture particulièrement constructive du texte, il est difficile de comprendre en quoi la créance issue de l'arrêté de consignation entrerait dans cette catégorie.

56) Art. L. 651-2 al. 3 C. com. : « Les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers » Cf également, Cass. com., 20 mai 1997, JCP Ent. 1997, I., 681, n°19, obs. Pétel, Rev. proc. coll. 1997, p. 487, obs. Martin-Serf : « En vertu de l'article 180, alinéa 3 [anc. art. L. 651-2 al. 3 C. com.], de la loi du 25 janvier 1985, les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa 1er de ce texte entrent dans le patrimoine du débiteur et sont réparties, en cas de liquidation, entre tous les créanciers au marc le franc ; (...) la cour d'appel en a exactement déduit que la répartition de ces sommes s'effectue sans accorder un rang prioritaire aux créanciers superprivilegiés ».

57) Il s'agira, outre des mesures de remise en état, des éventuelles études, travaux et mesures de surveillance rendues nécessaires, en prenant en considération l'usage retenu au terme de la concertation menée dans le cadre de la procédure de cessation d'activité ou s'agissant des sites soumis à déclaration, l'usage industriel.

58) Cass. Com., 17 Septembre 2002, pourvoi n° 99-16507.