

FINANCEMENTS DE PROJET ET DÉVELOPPEMENT DURABLE

LES ENGAGEMENTS DES BANQUES ET LEUR PORTÉE



Franck Julien*

Docteur en droit,
Direction juridique,
département
Financements
Calyon

De nombreuses banques ont ratifié les principes Équateur et Climat qui définissent des engagements en matière de développement durable dans les financements de projet. Des interrogations demeurent concernant l'interprétation de ces textes et leur portée juridique.

D'évocation relativement récente, le thème du développement durable n'en constitue pas moins un sujet d'urgence, cette conscience étant largement partagée (encadré 1). Ainsi, le 23 janvier 2008, le ministre de l'Écologie et les deux secrétaires d'État chargés de l'Écologie et des Transports ont signé un accord avec le secteur aérien portant sur la réduction des émissions de CO₂. Dans le même temps, la Commission Européenne a présenté son dispositif de réduction des rejets de gaz à effet de serre, aménageant une transition avec le protocole de Kyoto.

DES ENGAGEMENTS DE PORTÉE INTERNATIONALE

La donnée écologique a acquis une souveraineté telle qu'elle ne peut res-

ter ignorée des acteurs économiques et industriels ni même, désormais, des institutions financières, leurs partenaires. Les établissements bancaires de toutes les places boursières se sentent concernés et, graduellement, adoptent ou élaborent des codes de bonne conduite et nombreux sont les exemples révélant leur rôle positif en faveur du développement durable. C'est notamment le cas des financements de projet, domaine dans lequel la portée relative des recommandations issues des engagements internationaux (encadré 2) appelle l'émergence d'engagements plus forts, comme les principes Équateur et Climat.

LES PRINCIPES ÉQUATEUR

Les principes Équateur [1] invitent au respect de lignes directrices en matière de maîtrise des impacts environnementaux et sociaux des financements de projet. Engagée en 2003 sous l'impulsion initiale de la Banque Mondiale et de l'International Finance Corporation (IFC), branche de la Banque Mondiale dédiée aux investissements dans le secteur privé, cette initiative regroupe depuis janvier 2008, 56 banques internationales [2]. Il

existe dix principes, initialement définis en 2002, puis promulgués en 2003 (encadré 3). Les principes initiaux – les EP1 – ont été reconsidérés puis adoptés en 2006.

Les principes Équateur, appliqués par les Equator Principles Financial Institutions (EPFI), concernent tout financement de projet avec un coût d'investissement de 10 millions de dollars ou plus, l'extension ou amélioration d'un projet existant susceptible d'avoir un impact significatif dans le domaine environnemental ou social. Les principes Équateur s'appliquent également à l'activité de conseil en financement de projet, les projets étant classés en catégories A [3], B [4] et C [5] en fonction de leur empreinte sur l'environnement. En vertu de ces principes, l'emprunteur a l'obligation de conduire une évaluation environnementale en ce qui concerne les projets relevant des

Mizuho Corporate Bank, Nordea, Société Générale, Standard Chartered Bank, SMBC, Royal Bank of Scotland, WestLB AG... Selon la revue spécialisée *Infrastructure Journal*, Calyon a été le premier arrangeur mondial de transactions conformes aux principes Équateur au 2^e semestre 2006.

[3] Projets présentant des impacts négatifs sociaux ou environnementaux potentiels significatifs, hétérogènes, irréversibles ou sans précédent.

[4] Projets présentant des impacts négatifs sociaux ou environnementaux limités, moins nombreux, généralement propres à un site, largement réversibles et d'un traitement aisé par des mesures d'atténuation.

[5] Projets présentant des impacts négatifs sociaux ou environnementaux minimes ou nuls.

[1] www.equator-principles.com

[2] ABN Amro, Bank of America, HBOS, Calyon, Citigroup, Credit Suisse, Fortis, Dresdner Bank, Hypo Vereinsbank, ING Group, JP Morgan Chase,

* Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur et non sa société.

catégories A et B avec, le cas échéant, un plan de gestion environnementale proposant des mesures destinées à limiter les risques ou effets négatifs du projet envisagé. L'étude menée devra conclure à la conformité ou non du projet avec les normes écologiques et sociales du pays concerné, ainsi qu'à celles fixées par les traités et accords internationaux. Les principes Équateur prévoient aussi l'obligation pour l'emprunteur de consulter les populations locales concernées par le projet.

La documentation financière doit contenir une batterie d'engagements pesant sur l'emprunteur et définis par les principes Équateur. En complément, le principe n° 7 prévoit la désignation d'un expert indépendant dont la mission est de vérifier le respect, pendant toute la vie du projet, des contraintes environnementales et des principes Équateur. Enfin, les banques adhérentes ont désormais l'obligation d'établir un rapport annuel sur l'évolution de la mise en œuvre des principes Équateur.

POURQUOI ADHÉRER ?

L'adhésion aux principes Équateur peut tenir à plusieurs explications. Il s'agit tout d'abord de préserver la réputation de l'établissement bancaire concerné, en développant des procédures et des expertises internes sur des questions révélant un fort attachement de la société civile, et de promouvoir le développement d'une activité financière porteuse. Certains acteurs ont pu aussi, à l'origine, entretenir l'espoir de permettre, ce faisant, le développement d'un cercle vertueux des affaires. Autre souhait : réduire le risque politique susceptible d'affecter la réalisation d'un projet en travaillant à une meilleure acceptation de l'opération par les administrés, les États d'accueil et leurs populations, sur la base de critères juridiques et de normes plus contraignantes que ceux prévus par les législations locales concernées.

“Les Principes Équateur prévoient l'obligation pour l'emprunteur de consulter les populations locales et les communautés concernées par le projet.”

C'est l'effet contagion qui a aussi été initialement recherché, en espérant que les bonnes pratiques adoptées pour les financements de projet seraient progressivement retenues pour d'autres secteurs de financement.

DES INTERROGATIONS DEMEURENT

Ces déclarations de bonnes intentions n'ont toutefois pas entraîné une ratification immédiate et unanime des principes Équateur par tous les acteurs bancaires concernés, certains se contentant de respecter les recommandations de l'OCDE en matière de crédit export [6], ou de l'application de leurs propres politiques internes sur ces points, élaborées par référence aux recommandations de l'OCDE.

Une des interrogations concernant les principes Équateur tient à la définition de l'opération dite de “financement de projet”. Par transposition pure et simple, la définition retenue par les EPFI est celle élaborée par la réglementation Bâle II, en novembre 2005 (encadré 4). Certains aspects simplement indicatifs de cette définition laissent deviner les débats qui surgissent lorsqu'il s'agit de conceptualiser l'opération de financement de

[6] OECD's Recommendation on Common Approaches in Environment and Officially Supported Export Credits.

I. DÉVELOPPEMENT DURABLE

LES PREMIÈRES CONDAMNATIONS

Le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 16 janvier 2008 rendu dans le cadre du procès Erika est instructif car, pour la première fois, une responsabilité pénale pour négligence a été reconnue à l'endroit de deux entités : la compagnie pétrolière Total et le certificateur de l'état du navire, la société Rina, qui n'étaient pas directement à l'origine du dommage.

■ En l'espèce, il a été retenu que : “La société devenue Total a fait procéder à l'inspection du pétrolier sur la base d'un document comportant quatorze rubriques et plusieurs centaines de questions [...].

Ayant vérifié de façon aussi détaillée que l'Erika remplissait les conditions de sécurité qu'elle avait définies, puis obtenu l'assurance de la part du gérant technique que les remarques formulées lors de cette inspection seraient prises en compte, la société devenue Total SA ne peut affirmer que, pour la gestion d'un navire accepté à l'affrètement au voyage dans ces circonstances, elle n'a disposé d'aucun pouvoir de contrôle, alors qu'elle l'a, de fait, exercé [...].

Tous les éléments constitutifs du délit de pollution étant réunis à l'encontre de Messieurs Savarese et Pollara et des sociétés RINA et Total SA, ces prévenus doivent être déclarés coupables.”

En l'occurrence, Total, non propriétaire du navire échoué, a fait l'objet d'une condamnation pénale (délit de pollution) pour n'avoir pas, ou pas su, empêcher la survenance du sinistre, alors que les éléments qu'elle détenait auraient dû la conduire à empêcher sa réalisation : la responsabilité de Total est retenue pour son manquement au titre d'une obligation qu'elle s'était elle-même imposée (l'agrément par son service vetting). Pour la première fois, “une juridiction pénale condamne solidairement l'ensemble des personnes impliquées, au titre de l'action civile, à des dommages et intérêts d'un montant très important pour le préjudice écologique résultant de l'atteinte à l'environnement”.

Voir Béatrice Parance, JCP, éd. G, n° 12, 19 mars 2008, p. 36 et s. – Voir K. le Couviour, JCP ed. G, n° 12, mars 2008, p. 13 et s. et JCP ed. G, n° 6, fév. 2008, p. 3 : Catastrophe de l'Erika : premiers commentaires d'un jugement déjà exemplaire.

2. ENVIRONNEMENT

LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE PORTÉE GÉNÉRALE

■ **La déclaration des banques pour l'environnement**, proposée par le Programme des Nations Unies pour l'environnement, a été revue en mai 1997 [1]. Selon certains, cette déclaration, constituée de trois parties regroupant 17 déclarations et engagements, fait peser sur les signataires un devoir de vigilance et de prudence particulier, au-delà des exigences formulées par le droit commun de la responsabilité.

- La partie 1 (Engagement en faveur d'un développement durable) contient quatre déclarations dont la première selon laquelle "nous considérons le développement durable comme un aspect fondamental de la saine gestion des affaires".

- La partie 2 (La gestion de l'environnement et les institutions financières), parmi sept déclarations et engagements, indique en point 2.1: "Nous souscrivons, en matière de gestion de l'environnement, aux solutions de prudence qui visent surtout à prévoir et prévenir ce qui pourrait dégrader le milieu". Puis en point 2.2: "Nous sommes résolus

à respecter les réglementations écologiques locales, nationales et internationales applicables à nos opérations et aux services qui relèvent de notre activité. Nous nous attacherons à donner leur place aux considérations écologiques dans nos opérations, dans la gestion des avoirs et dans les autres décisions commerciales, sur tous les marchés".

- La partie 3 (Relations publiques et sensibilisation de l'opinion) contient six principes de comportement, dont le principe 3.1: "Nous recommandons que les institutions financières définissent et fassent connaître publiquement leur position à l'égard de l'environnement et qu'elles rendent compte périodiquement des mesures qu'elles ont prises pour favoriser l'intégration des considérations écologiques dans leurs opérations".

■ **Le Pacte Mondial des Nations Unies** [2] est une initiative lancée en 1999 au Forum économique mondial de Davos, en Suisse, par l'ancien secrétaire général, Kofi Annan. Ce pacte invite les entre-

prises à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de dix valeurs fondamentales dans différents domaines (droits de l'homme, normes du travail, lutte contre la corruption) dont l'environnement. La phase opérationnelle du Pacte a été lancée au siège de l'ONU à New York, le 26 juillet 2000. Le 20 avril 2006 a été créée la Fondation pour le Pacte mondial, un organisme à but non lucratif chargé de lever des fonds auprès du secteur privé afin de soutenir les ambitions du Pacte mondial. Dans le domaine de l'environnement, trois principes généraux ont été retenus. Les entreprises sont invitées:

- à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant à l'environnement;
- à entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement;
- à favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement.

Les banques et les autres prêteurs assument le risque sur les recettes du projet et ne peuvent recourir au crédit des développeurs du projet que dans des cas limités.

Si des auteurs ont tenté de définir le financement sur projet, Michel Lyonnet du Moutier relève que "de manière surprenante, leurs définitions sont parfois sensiblement contradictoires. Elles parlent plus de ce que n'est pas le financement de projet que de ce qu'il est. Par exemple, le concept fondamental de concession n'a pas le même sens d'un auteur à l'autre. Ce «flou», ces contradictions sont probablement dus à la diversité des opérations regroupées sous un même vocable, alors qu'elles diffèrent, tant par la nature des risques encourus, que par leur taille ou par les secteurs concernés" [7].

LES PRINCIPES CLIMAT

Les établissements financiers, impliqués dans de nombreux secteurs économiques, constituent des acteurs privilégiés de soutien des politiques tournées vers les limitations des émissions de gaz à effet de serre.

En décembre 2008, des acteurs significatifs du secteur financier [8] ont adhéré aux principes Climat [9], dont les engagements affichés les ont conduits à "concevoir des approches commercialement viables pour garantir la prise en compte des questions climatiques dans le cadre de notre stratégie d'entreprise et de nos activités" et "à promouvoir autour de nous le soutien d'une économie faiblement émettrice de gaz à effet de serre, dans le cadre de nos politiques d'entreprise en matière de prises de position publiques".

Dans le cadre de la gestion d'actifs, ce code de bonne conduite a pour directive particulière, à la charge des analystes, d'incorporer les risques

[7] Michel Lyonnet du Moutier, "Financement sur projet et partenariats public-privé", ed. EMS, management et société, coll. Les essentiels de la gestion, 2006.

[8] Crédit Agricole, HSBC, Munich Re, Swiss Re, Standard Chartered.

[9] http://www.theclimatgroup.org/about/corporate_leadership/climate_principles

[1] Voir <http://www.unep.org>

[2] Le Crédit Agricole a adhéré en mars 2003 au Pacte mondial des Nations unies.

projet, d'où une incertitude concernant le champ d'application des principes Équateur. Ainsi, l'absence de référence à l'intervention et aux rôles des autorités publiques, aux sponsors, est troublante et porteuse d'un risque de confusion avec l'opération de financement d'actif. Par ailleurs, cette définition pourrait évoquer plus clairement le principe de recours limité des prêteurs à l'encontre des développeurs du projet.

Au sein de la pratique bancaire, le financement de projet est usuellement perçu comme une forme de schéma contractuel et financier permettant de financer des ouvrages et services, dans lesquels ces derniers sont autonomes par rapport aux entités publiques et privées qui ont initié leur construction, le remboursement des fonds prêtés s'effectuant quasi uniquement grâce aux flux financiers générés par l'exploitation du projet.

et opportunités climatiques dans les décisions d'investissement, de sensibiliser les clients aux risques et opportunités climatiques, en matière fiduciaire à rechercher et comprendre comment les sociétés objets d'un investissement "minimisent les risques et optimisent les opportunités climatiques".

S'agissant des financements de projet générant ou susceptibles de générer le rejet de 100 000 tonnes par an d'équivalent gaz carbonique, l'engagement des acteurs est notamment de "rechercher des opportunités de réduction des émissions de gaz à effet de serre liées au projet, d'une façon appropriée à la nature et à l'envergure des opérations et impacts du projet [...], suivre et publier annuellement un rapport sur les émissions de gaz à effet de serre conformément aux méthodologies reconnues internationalement".

LA PORTÉE DES PRINCIPES ADOPTÉS

Les principes Équateur et Climat constituent-ils de véritables règles de droit au sens de prescriptions, de normes dont le non-respect pourrait justifier la mise en œuvre d'une sanction, prévue par un texte en vigueur, émanant d'une autorité indépendante et reconnue ? Il ressort de la plupart des analyses que les principes Équateur ne sont pas perçus, dans l'ordre juridique international, comme constitutifs d'un corps détaillé de normes juridiques, mais comme un ensemble général, établi sur une base volontaire, de principes directeurs applicables aux seules opérations de financement de projet qui sont conformes aux codes de conduite de l'IFC (IFC Performance Standards). En cela, les principes Équateur relèvent du "droit souple" ou *soft law*. Il est en effet traditionnel de classer les instruments du *soft law* dans une liste regroupant les déclarations protocolaires, les résolutions, les communications, les recommandations, les chartes, les programmes, les déclara-

3. REPÈRES

Les 10 principes Équateur

- On dénombre :
 - review and disclosure,
 - review and grievance catagorisation, mechanism,
 - social and independent environmental review,
 - assessment, covenants,
 - applicable social and environmental standards, independent monitoring and reporting,
 - action plan and management system, Equator Principles Financial Institutions (EPFI)
 - consultation and Reporting.

rations d'intention, les directives, les principes et les accords adoptés par les États[10].

Par opposition aux normes de droit commun, dites de "droit dur", les dispositions de *soft law* se signalent à deux traits distinctifs : des contraintes d'adoption allégées et un caractère simplement influent. Les instruments du *soft law* constituent ainsi un moyen subsidiaire du droit international public. Comme source matérielle du droit international public, ils relèvent de l'ordre juridique international, mais les accords ou actes élaborés à partir de ces instruments ne sont pas véritablement régis par les règles du droit international public dur. Ils incorporent des règles de conduite dépourvues, selon certains, de caractère contraignant et dont le non-respect ou la non-application ne sont pas expressément soumis à des sanctions particulières et définies et n'engagent pas la responsabilité juridique des assujettis.

LES AVANTAGES DU SOFT LAW

À bien y regarder, les avantages du *soft law* sont multiples. Il peut constituer une première base de réflexion et d'expérimentation susceptible de conduire ensuite à la création de

[10] Cette liste peut être complétée par les communiqués, déclarations, conclusions, accords informels, opinions, accords inter-institutionnels, concertations et accords de nature purement politique.

véritables normes juridiques, pleinement opposables, véritablement contraignantes et judiciairement sanctionnées. Une disposition de *soft law* peut ainsi, dans certains cas, constituer un instrument de pression politique, en établissant des principes directeurs dans des domaines vierges et en permettant ensuite l'émergence d'une norme officielle, issue du pouvoir législatif ou réglementaire, reflétant les contraintes de la pratique déjà prises en compte par la disposition de *soft law* concernée. Cette tendance peut parfois conduire à considérer le *soft law* comme un recours en cas de déficit de l'organe législatif ou réglementaire.

Surtout, le *soft law* favorise la concertation, la discussion et les échanges d'opinions, et donc la mise en place de transactions là où des règles classiques pourraient conduire, par excès de rigidité ou manque de pragmatisme, à une impasse, de telle sorte qu'un projet de financement peut accéder, de façon responsable, au statut de financement de projet. ■

« L'effet contagion a été recherché, en espérant que les bonnes pratiques adoptées pour les financements de projet seraient progressivement retenues pour d'autres secteurs de financement. »

4. FINANCEMENT DE PROJET

La définition du Comité de Bâle II

■ "Project Finance is a method of funding in which the lender looks primarily to the revenues generated by a single project, both as the source of repayment and as security for the exposure. This type of financing is usually for large, complex and expensive installations that might include, for example, power plants, chemical processing plants, mines, transportation infrastructure, environment and telecommunications infrastructure. Project finance may take the form of financing of the construction of a new capital installation, or refinancing of an existing installation, with or without improvements. In such transactions, the lender is usually paid

solely or almost exclusively out of the money generated by the contracts for the facility's output, such as the electricity sold by a power plant. The borrower is usually an SPE (Special Purpose Entity) that is not permitted to perform any function other than developing, owning and operating the installation. The consequence is that repayment depends primarily on the project's cash flow and on the collateral value of the project's assets."

Basel Committee on Banking Supervision, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards -Basel II -, November 2005