

# Cession/acquisition d'activités industrielles

## Enjeux environnementaux

par **Vincent SOL**

*Avocat à la Cour de Paris, correspondant organique international  
du cabinet Winston & Strawn LLP*

et **Frédérique CHAILLOU**

*Avocat à la Cour de Paris, correspondant organique international  
du cabinet Winston & Strawn LLP*

<b>1. Évaluation des risques et des responsabilités au moyen d'un audit</b> .....	G 2 540v2	- 3
1.1 Généralités.....	—	3
1.1.1 Définition et typologie des audits.....	—	3
1.1.2 Intérêts d'un audit.....	—	3
1.1.3 Typologie des audits d'acquisition selon le processus de négociation.....	—	4
1.1.4 Recommandations pratiques.....	—	4
1.2 Réalisation et conséquences de l'audit.....	—	5
1.2.1 Définition du cadre de l'audit.....	—	5
1.2.2 Choix de l'auditeur technique et contrat d'audit.....	—	5
1.2.3 Exemple de réalisation pratique de l'audit.....	—	5
1.2.4 Évaluation des résultats et conséquences de l'audit.....	—	6
<b>2. Gestion des risques et responsabilités au moyen des clauses environnementales</b> .....	—	6
2.1 Clauses relatives à l'information de l'administration.....	—	7
2.2 Clauses relatives à la réalisation de travaux spécifiques antérieurs ou postérieurs au <i>closing</i> .....	—	7
2.3 Clauses relatives aux déclarations et exceptions.....	—	7
2.4 Clauses générales de garantie et d'indemnisation.....	—	7
<b>3. Conclusion</b> .....	—	8
<b>Pour en savoir plus</b> .....	Doc. G 2 540v2	

**E**n droit des sociétés, les cessions ou acquisitions d'activités industrielles peuvent emprunter différentes modalités juridiques dont les principales sont les suivantes :

- l'acquisition de titres de la société exploitant l'activité concernée ;
- l'acquisition du terrain et d'actifs mobiliers ;
- l'acquisition du fonds de commerce ou l'apport du fonds dans le cadre d'un apport partiel d'actif.

Le choix de l'une ou l'autre de ces modalités dépend de plusieurs facteurs (financiers et fiscaux notamment) et aussi de l'objectif qui sous-tend l'acquisition, à savoir la continuation ou non de l'exploitation de l'activité industrielle.

De multiples paramètres entrent donc en jeu dans la **détermination des risques et responsabilités** pesant sur chacune des parties (vendeur ou acheteur) ainsi que sur les possibilités de les aménager contractuellement. Le droit des

*fusions/acquisitions fortement imprégné des pratiques anglo-saxonnes pour les transactions les plus importantes ou impliquant des acteurs étrangers, prévoit généralement, avant la réalisation de l'acquisition, une période d'investigations (« due diligence »). Pendant ce délai, les conseils de l'acheteur vont examiner les déclarations du vendeur dans différents domaines (financier, comptable, fiscal, social, juridique, etc.), afin de les vérifier et de détecter des risques éventuels qui lui permettront de prendre une décision d'acquisition mieux éclairée, de réduire le prix ou d'aménager les clauses contractuelles, notamment celles portant sur la garantie de passif, généralement accordée par le vendeur.*

*Dans ce cadre, la pratique des audits d'environnement, apparue aux États-Unis dans les années 1970, s'est généralisée au point de devenir incontournable dans toutes les acquisitions de terrains ou de sites industriels.*

*Cette pratique s'est également développée en Europe et en France au fur et à mesure de la prise de conscience que les risques et responsabilités en matière d'environnement peuvent avoir des conséquences financières très lourdes (une réhabilitation de site peut coûter plusieurs dizaines de millions d'euros) et aboutir à la mise en jeu de la responsabilité administrative (par exemple, non-conformité à la réglementation sur les installations classées), civile (recours des voisins) ou pénale (pollution de l'eau par exemple).*

*Il convient de noter que l'audit d'environnement en matière de cession/acquisition ne répond à aucune obligation légale. En effet, il existe peu d'obligation en ce domaine au regard du droit de l'environnement. Ainsi, l'article L. 514-20 du code de l'environnement met, dans certaines hypothèses, à la charge du vendeur d'un terrain industriel une obligation d'information. Mais cette obligation ne concerne que la cession de terrain et non celle de titres de sociétés. De plus, cette obligation d'information n'induit pas la réalisation d'un audit d'environnement.*

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

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

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

Il a été jugé que cet article n'était toutefois pas applicable à la vente d'un terrain sur lequel l'exploitation de l'installation classée en cause est en cours d'exploitation (Cour de cassation, 3<sup>e</sup> civ., n<sup>o</sup> 07-10.795, 9 avril 2008).

Le projet de loi portant engagement national pour l'environnement (dite « loi Grenelle II ») prévoit l'obligation pour tout vendeur ou bailleur d'un terrain d'informer par écrit l'acquéreur ou le preneur des informations rendues publiques par l'État faisant état de risques de pollution.

Sur ce thème, le lecteur pourra se reporter à l'article de C. Le Roy-Gleizes, « *Cadre réglementaire de la pollution des sols* » [G 2 520] du présent traité.

*Dans ces conditions, au regard des responsabilités encourues et des coûts potentiels, la simple transmission des informations du vendeur (à supposer que l'obligation légale d'information s'applique) ne suffit pas. En pratique, même dans le cas de simple cession de terrains ayant eu un usage industriel, il est recommandé de procéder à un audit d'environnement.*

*L'évaluation des risques (et par conséquent des responsabilités) est donc une pratique indispensable des opérations de cession/acquisition de sites industriels. C'est le rôle de l'audit d'environnement. Toutefois, la finalité de l'évaluation des risques est de pouvoir les identifier et ensuite d'en opérer le transfert ou la répartition. C'est le rôle des clauses environnementales dans les contrats de cession/acquisition.*

Le lecteur pourra utilement se reporter à l'article [G 1 015] « *Introduction au droit de l'environnement industriel* » dans le présent traité.

# 1. Évaluation des risques et des responsabilités au moyen d'un audit

## 1.1 Généralités

### 1.1.1 Définition et typologie des audits

De manière générale, l'**audit d'environnement** peut être défini comme étant l'analyse, à un instant donné, plus ou moins développée, des effets avérés ou potentiels sur l'environnement et de leur prise en compte par un site industriel en exploitation.

On peut distinguer schématiquement deux grandes catégories :

- l'**audit de gestion ou de management** (comme l'éco-audit européen (EMAS) [1] ou la norme internationale ISO 14001) est un outil destiné à améliorer l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise en vue d'assurer la prise en compte de l'environnement au regard des pratiques, de l'organisation et de la politique de l'entreprise ;

- l'**audit d'acquisition** a pour objet de vérifier la conformité d'un site industriel avec la réglementation applicable, d'évaluer les risques de l'activité sur l'environnement et d'estimer les coûts de mise en conformité et de réduction des risques. Un audit assez équivalent peut être pratiqué en cas de fermeture de site.

Il convient donc de bien distinguer ces différentes formes d'audit, la présente étude ayant pour seul objet d'examiner l'audit d'acquisition.

La forme la plus complète de l'audit d'acquisition comporte trois étapes, couramment dénommées phases I, II et III (certaines normes ASTM donnent des indications sur le contenu de ces audits : voir notamment les normes E 1527 et E 1903).

Ces phases peuvent être effectuées successivement ou séparément. Il arrive d'ailleurs que les parties se contentent dans certaines acquisitions d'une phase I.

■ La **phase I** consiste en une investigation essentiellement documentaire et visuelle.

Après la réalisation d'un questionnaire adapté au type d'activité concerné, celui-ci est envoyé au responsable environnement de la société « cible » afin de rassembler un maximum de données. Bien qu'il n'existe pas de questionnaire type, un aperçu du contenu d'un questionnaire d'audit est donné dans la référence [2]. L'étude des documents et informations obtenues est suivie par une visite du site qui, en fonction de sa préparation et de l'expérience des auditeurs, permettra de détecter les problèmes environnementaux majeurs. Cet examen est complété par un recueil de données auprès de différentes sources publiques (par exemple, cartes topographiques et photos aériennes auprès de l'Institut géographique national (IGN) et cartes géologiques auprès du Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM), interrogation des banques de données accessibles par Internet, etc.).

Les délais pour la réalisation de cette première phase vont de quelques jours à quelques semaines.

Selon la taille et l'activité du site, le coût de cette phase peut atteindre plusieurs milliers d'euros.

À l'issue de cette phase I, les auditeurs présentent un rapport comprenant un bilan de la visite, une synthèse des informations recueillies et une liste des problèmes réels ou éventuels liés à des non-conformités ou des risques identifiés. Ces conclusions sont

suivies d'un plan d'investigations complémentaires (la phase II) ou, plus rarement, d'un plan d'actions correctives (la phase III).

**Nota** : la norme ASTM E1527 correspond à un champ d'intervention plus réduit que ce qui est pratiqué en France.

■ La **phase II** permet une reconnaissance plus approfondie sur le terrain pour évaluer qualitativement et quantitativement les problèmes identifiés en phase I.

Cette phase inclut des sondages avec prise d'échantillons et leur analyse en laboratoire, une estimation des coûts des travaux envisagés pour la mise en conformité et la diminution des risques et donne lieu à la rédaction d'un rapport.

Sa réalisation demande un délai minimal d'un à deux mois pour un coût très variable selon le type d'investigations réalisées.

■ La **phase III** consiste en la réalisation de travaux de mise en application des mesures recommandées lors de l'étape précédente (de l'évacuation de fûts à des mesures de traitement d'une nappe).

Les délais peuvent aller de quelques semaines à plusieurs années pour un coût de quelques milliers d'euros à plusieurs dizaines de millions d'euros.

Pour les opérations les plus lourdes, cette phase III peut elle-même se décomposer en trois phases : étude de solutions techniques de réhabilitation ; travaux de réhabilitation ; surveillance après travaux.

### 1.1.2 Intérêts d'un audit

Les enjeux financiers en matière d'environnement sont devenus significatifs. À l'instar des États-Unis où le coût d'une réhabilitation varie considérablement, certaines réhabilitations de site peuvent également atteindre plusieurs dizaines de millions d'euros en France.

■ **Pour le vendeur**, l'audit présente les avantages suivants :

- situer les questions environnementales dans sa stratégie de négociation commerciale et financière (moins le site a de problèmes, plus le prix peut augmenter) ;
- réduire les engagements de garantie et limiter les risques de leur mise en jeu.

■ **Pour l'acheteur**, l'audit présente les avantages suivants :

- réduire l'incertitude et les risques futurs dans le cadre des différentes investigations de « *due diligence* » (juridique, comptable, sociale, etc.) ;
- mieux négocier le prix et les garanties demandées au vendeur ;
- faire réaliser, si nécessaire, des travaux de mise en conformité avant ou après l'acquisition à la charge du vendeur.

■ **Pour les deux parties**, l'audit permet de prendre en compte les risques de survenance d'un événement imprévu qui peut s'avérer financièrement très lourd, et donc de contracter en toute connaissance de cause.

Ainsi, dès lors que la garantie du vendeur est toujours en vigueur, ce dernier sera responsable des coûts de réhabilitation si est découverte, après la cession, une pollution du sol pourtant déclaré par le vendeur comme non pollué. En revanche, l'acquéreur ne disposera plus d'aucun recours si la découverte de la pollution passée s'effectue après l'expiration du délai de garantie.

L'audit pourra en particulier prévoir un « état zéro » qui, s'il est accepté par les deux parties, permettra au vendeur de disposer d'éléments de preuve pour établir une absence de pollution au moment de la transaction et/ou à l'acheteur de disposer d'éléments établissant l'antériorité d'une pollution.

### 1.1.3 Typologie des audits d'acquisition selon le processus de négociation

Le déroulement juridique classique d'une acquisition comprend trois étapes :

- une période d'investigations (*due diligence*) au cours de laquelle différents documents sont mis à la disposition des acquéreurs potentiels (dans une *data room* qui peut être physique ou électronique) avec éventuellement la possibilité de poser des questions. L'organisation de la *data room* ainsi que les réponses aux questions posées dans ce cadre doivent permettre d'aborder dès ce stade les principales problématiques environnementales. Cette phase du processus aboutit à la remise des offres, puis souvent à la signature d'une lettre d'intention donnant l'exclusivité à l'un des acquéreurs potentiels ;

- la signature d'une convention (à savoir par exemple une promesse de vente, un apport partiel d'actifs ou une convention de cession d'actions) entre le cédant et l'acquéreur (le *signing*), suivie d'une période pendant laquelle doivent être éventuellement levées diverses conditions suspensives, telles que l'obtention d'autorisations ou de financements ;

- la réalisation de l'acquisition après la levée des conditions suspensives (le *closing*).

L'audit d'environnement décrit au paragraphe 1.1.1 peut être réalisé chronologiquement à l'une quelconque des cinq étapes suivantes :

- 1) l'audit préalable à la cession, réalisé par le vendeur avant le début de toute discussion avec l'acheteur, notamment pour préparer la *data room* ;

- 2) l'audit du vendeur réalisé après la signature de la lettre d'intention sur la base de la *data room* et avant le *signing*. Cette hypothèse est peu fréquente car l'acheteur préférera réaliser directement l'audit ou souhaitera au moins faire vérifier l'audit du vendeur ;

- 3) l'audit de l'acheteur réalisé avant ou après la remise de l'offre, mais avant le *signing*. C'est le cas le plus courant qui permet à l'acheteur d'avoir une idée précise de ce qu'il achète et au vendeur de tenter de limiter les garanties qu'il donnera ;

- 4) l'audit réalisé par l'acheteur entre le *signing* et le *closing*. Cette option nécessite une définition des conditions d'accès au site et des modalités de réalisation des investigations, dans la mesure où la propriété n'a pas été transférée.

**Nota :** il est possible de prévoir dans la promesse de vente une condition suspensive portant sur l'existence d'un passif environnemental et de faire porter le coût des recherches de ce passif sur l'acquéreur (CA Paris, 16 janvier 2003, SA Entreprise Industrielle c/ SA Messer France).

- 5) l'audit réalisé en commun par le vendeur et l'acheteur après la remise de l'offre ou la signature de la lettre d'intention, ou entre le *signing* et le *closing*. Ce type d'audit est parfois utilisé, mais il peut nécessiter des procédures lourdes respectant le principe du contradictoire ;

- 6) l'audit réalisé après le *closing* par le vendeur ou l'acheteur dans le cadre de travaux de réparation, de réhabilitation ou d'un appel de garantie. Ces travaux peuvent intervenir à la suite, par exemple, d'un arrêté préfectoral, voire juste après le *closing* si l'acheteur souhaite disposer d'un « état zéro » pour éventuellement mettre en jeu les garanties.

### 1.1.4 Recommandations pratiques

■ **Pour le vendeur**, il est opportun d'insister sur le caractère très utile, voire indispensable, de l'audit préalable (réalisé en interne ou par un cabinet externe) avant d'avancer dans les négociations.

Cet audit va, en effet, lui permettre de situer les questions environnementales dans sa stratégie commerciale et financière. Il pourra ainsi mieux appréhender le prix de vente et donc mieux

négoier les limitations de responsabilité et réduire les risques d'appel en garantie.

La définition de la stratégie de négociation s'avère déterminante puisqu'il existe trois schémas principaux d'acquisition, selon que le cédant arbitre entre le maximum de profit immédiat ou l'absence de risques ultérieurs.

- a) Le vendeur peut préférer céder le site à un prix relativement bas et en contrepartie opérer le transfert à l'acheteur de l'ensemble des risques afférents au site. Dans ce cas, le vendeur a intérêt à dévoiler le maximum d'informations afin que l'acheteur ne puisse se retourner contre lui pour lui avoir caché la réalité de la situation.

- b) Le vendeur peut aussi rechercher une cession à un prix plus élevé en accordant une garantie de passif importante, assortie d'un engagement d'indemnisation avec des délais et/ou des plafonds importants.

- c) Le vendeur peut enfin opter pour une voie médiane en cédant à un prix moyen et en prévoyant un aménagement contractuel plus ou moins développé des transferts de responsabilités.

Dans ces deux derniers cas, il est indispensable pour le vendeur de centraliser les données disponibles et de les conserver pour le cas où il serait ultérieurement appelé en garantie.

■ **Pour l'acheteur**, il est nécessaire de faire réaliser (en interne ou en externe) au moins un audit avant le *closing*, à moins que les données fournies par le vendeur lui paraissent suffisantes. Cette situation est rare en pratique, et il apparaît le plus souvent préférable de faire vérifier les données du vendeur par un cabinet spécialisé.

Si l'acheteur réalise seul un audit avant le *closing*, le vendeur doit être vigilant sur plusieurs points.

Il doit contrôler soigneusement les réponses au questionnaire d'audit qui lui a été envoyé, les conditions de visite des auditeurs ainsi que la communication des documents. Les modalités de ces deux dernières opérations peuvent être précisées utilement dans la lettre d'intention ou dans la convention signée entre les parties.

Il aura intérêt à demander communication des résultats de l'audit réalisé par l'acheteur afin de ne pas se trouver en position d'infériorité dans les négociations. À défaut, l'acheteur pourrait choisir de divulguer les résultats avant le *signing* ou le *closing* pour obtenir une réduction immédiate du prix, ou décider de faire jouer après le *closing* les garanties dont il mesurera alors exactement la portée.

Dès lors qu'une condition suspensive est intégrée dans le protocole, celle-ci doit prévoir un seuil chiffré au-delà duquel la sortie ou la renonciation à contracter de l'acheteur (voire du vendeur) est possible. À défaut, la clause pourrait être considérée comme sans valeur.

Dans la plupart des audits, la confidentialité doit être préservée vis-à-vis des tiers et parfois des employés du site cédé. Elle doit toutefois prendre en compte certaines obligations légales et réglementaires de communication.

À ce titre, la réalisation de sondages souterrains ou de forages de la phase II peut devoir être communiquée à l'administration en application de la réglementation locale ou de l'arrêté d'autorisation applicable. Ainsi, par exemple, l'arrêté intégré du 2 février 1998 [3] dispose que les anomalies détectées dans les prélèvements en nappe de certaines installations autorisées doivent être portées à la connaissance du préfet.

La déclaration des accidents ou incidents par l'exploitant est obligatoire en application de l'article R. 512-69 du code de l'environnement et parfois l'arrêté d'autorisation applicable. La notion « d'accident » ou « d'incident » doit être entendue au sens large comme pouvant couvrir la découverte d'une pollution ancienne.

Plus que le risque de contrevention lié au non-respect des dispositions de l'article R. 512-69 (une amende de 1 500 euros au maximum), c'est surtout le risque de responsabilité aggravée par la

connaissance du risque qui doit conduire à la déclaration. Celle-ci ne s'impose (sauf urgence) que lorsqu'il y a un risque sérieux ou avéré pour la santé ou l'environnement et que celui-ci est bien identifié, ce qui peut justifier des investigations complémentaires. Il est alors recommandé d'informer l'administration (inspection des installations classées) du problème en lui proposant en même temps des solutions.

L'information du maire et du préfet doit être effectuée dans les meilleurs délais pour les incidents et accidents en matière d'eau (article L. 211-5 du code de l'environnement).

Dans le cas d'un péril imminent, toute personne (y compris l'auditeur, à défaut du chef d'entreprise) doit informer les autorités sous peine du délit d'omission volontaire de porter assistance (article 223-6 et suivants du code pénal).

## 1.2 Réalisation et conséquences de l'audit

Si les développements qui précèdent ont mis l'accent sur les risques liés notamment à des **pollutions de sol**, ceux qui suivent valent également pour les **non-conformités**.

### 1.2.1 Définition du cadre de l'audit

À ce stade, le rôle du juriste est essentiel car il doit insérer l'audit dans les dispositions contractuelles et rédiger le contrat avec l'auditeur.

Le cadre de l'audit consiste à définir les normes à prendre en compte qui peuvent être de trois types :

- les **normes propres à l'une des parties** (acheteur ou vendeur) : il est certain que l'intérêt du vendeur est de limiter l'audit aux normes du droit français en évitant que les normes propres à l'acheteur servent de référence pour la fixation des responsabilités ;
- les **normes du droit français** : outre la réglementation des installations classées, l'attention doit se porter sur toutes les autres réglementations potentiellement applicables, puisque, par exemple, le niveau des rejets d'une installation peut être affecté par un contrat de rivière en cours d'élaboration, tout comme la hauteur d'une décharge peut être affectée par la réglementation d'un aéroport voisin, etc. ;
- les **normes actuelles ou futures** : à ce titre, il est très souvent demandé de prendre en compte l'évolution prévisible des normes au cours des années à venir. La plupart des évolutions majeures proviennent du droit communautaire dont on peut citer la modification récente de la directive IPPC (*Integrated Pollution Prevention and Control*) [4], entrée en vigueur le 15 février 2008. On peut également relever la mise en œuvre progressive de certaines réglementations, par exemple les articles L. 515-15 et suivants du code de l'environnement relatifs aux PPRT, ainsi que la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 (codifiée aux articles L. 211-1 et suivants du code de l'environnement).

**Nota** : plan de prévention des risques technologiques (PPRT).

Dès lors, pour l'acheteur, toute acquisition nécessite de vérifier la conformité de l'installation à son autorisation, mais aussi la conformité de l'autorisation avec les évolutions prévisibles de la réglementation. En effet, un arrêté d'autorisation d'une installation classée peut s'avérer ancien et être différent de l'arrêté intégré du 2 février 1998 précité dont certaines dispositions peuvent être appliquées à tout moment par l'administration à l'exploitant.

Cette approche permet à l'acheteur de mieux prévoir les investissements qu'il pourra ultérieurement planifier.

Enfin, il faut tenir compte de la frontière incertaine entre l'environnement et l'hygiène et la sécurité, par exemple pour les questions d'amiante. À ce titre, l'audit d'environnement doit aussi examiner les rapports du CHSCT (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail), de la médecine du travail, des CRAM (caisses régionales d'assurance maladie), etc.

### 1.2.2 Choix de l'auditeur technique et contrat d'audit

Le choix de l'auditeur est très important. Un bon audit demande à la fois des compétences, du jugement et du « flair ». Il existe à ce sujet plusieurs annuaires qui fournissent des noms de bureaux d'études spécialisés en audit [5].

Le choix de l'auditeur doit, si les délais le permettent, être effectué après mise en concurrence d'au moins deux ou trois prestataires.

Outre les conditions financières, deux éléments doivent être pris en compte :

- les compétences techniques : un audit peut demander des compétences multidisciplinaires (chimie, géologie, hydrogéologie, etc.) et il est évident que l'expérience déjà acquise dans le type d'industrie concernée par l'acquisition est importante ;
- la déontologie de l'auditeur : respect de la confidentialité, transparence des liens de l'auditeur avec d'autres entreprises ou organismes publics, prise en compte des conflits d'intérêt. Sauf exceptions justifiées, il est recommandé d'utiliser des auditeurs indépendants pour les phases I et II afin d'éviter, par exemple, que des liens avec une entreprise de travaux ou de traitement de déchets soient susceptibles d'affecter l'objectivité de ses conseils.

Il est recommandé de demander des offres sur la base des coûts réels avec un plafond (dépenses en régie contrôlée) afin d'assurer un strict contrôle des coûts et éviter tout risque de dérive.

Le contrat d'audit est un contrat classique de prestations de service, assorti le plus souvent d'une obligation de moyens, parfois d'une obligation de résultat dans un cadre défini et accompagnée de limites de responsabilité. Certains bureaux d'études disposent d'assurances spécifiques auxquelles il peut être fait recours. Le contrat doit impérativement préciser les objectifs, les modalités et le calendrier de la mission (confidentialité, modalités d'échantillonnage et d'analyses, relations avec les tiers, etc.).

### 1.2.3 Exemple de réalisation pratique de l'audit

Sera présenté ici un type d'audit fréquemment utilisé, celui réalisé par l'acheteur avant le *closing*.

1) L'audit est réalisé principalement par une équipe pluridisciplinaire de techniciens et de juristes/avocats qui doit préparer le questionnaire, effectuer la visite, et rendre ses conclusions à l'issue de la phase I. Dans la phase II, elle doit procéder ou faire procéder aux prélèvements et analyses et recommander les travaux de la phase III.

2) Pendant la réalisation de l'audit et en particulier lors des visites, le vendeur et son juriste doivent :

- minimiser l'incidence de l'audit sur le fonctionnement de l'exploitation ;
- coordonner l'audit d'environnement avec les autres audits et refuser les demandes multiples des mêmes documents ;
- assurer le contrôle et la cohérence des informations et des documents fournis par les différents audits ;
- conserver une trace de tous ces éléments en vue d'éventuels litiges ultérieurs. En particulier, les protocoles d'analyses et de procédures doivent être soigneusement établis afin de permettre la reproductibilité des investigations en cas de litige ultérieur.

3) Pendant la réalisation de l'audit, le juriste de l'acheteur devra être présent lors des visites et s'assurer du bon déroulement de l'audit et de la prise en compte des objectifs de l'acheteur par les auditeurs.

4) Dans tous les cas, l'aspect communication est un élément clé à gérer par les parties en présence, et plus particulièrement par leurs juristes.

L'identité et le motif de la visite des auditeurs doivent être établis au départ et communiqués au vendeur. En effet, il n'est pas rare que pour des raisons de circonstances, les audits soient réalisés sous une identité d'emprunt ou pour des motifs officiellement

autres qu'une acquisition. Il est alors essentiel que l'auditeur soit rompu à ce genre de situation et ne « trahisse » pas, par inadvertance, son client. Il lui est d'ailleurs souvent demandé au préalable de signer un engagement de confidentialité.

Les demandes d'information ou la diffusion d'information par l'auditeur doivent s'effectuer sous le contrôle des juristes représentant la ou les parties concernées, selon des modalités à prévoir avant de commencer l'audit.

## 1.2.4 Évaluation des résultats et conséquences de l'audit

### 1.2.4.1 Évaluation des résultats

Le rôle du juriste et de l'avocat spécialisé est primordial à l'issue des travaux des techniciens qui lui auront alors communiqué un projet de rapport.

1) Le juriste devra d'abord compléter le rapport phase I ou phase II de l'équipe technique par une analyse juridique portant notamment sur :

- les arrêtés d'autorisation et leur conformité aux dernières réglementations, l'historique réglementaire de la société ;
- la correspondance et les relations avec les autorités administratives ;
- les plaintes du voisinage ou de tiers ;
- une estimation des risques découlant des contentieux actuels (voire éventuels).

2) En outre, le juriste devra estimer les conséquences juridiques des non-conformités et des risques identifiés par les conclusions techniques de l'audit au regard de la responsabilité civile, pénale et administrative de la société ou des dirigeants sociaux, et des risques de contentieux ou d'obligation de réhabilitation.

### 1.2.4.2 Conséquences de l'audit

Les résultats de l'audit peuvent avoir trois types de conséquences sur le déroulement des négociations.

a) Ils peuvent conduire à la fin des discussions et au retrait de l'acquéreur ou du vendeur. Il y a alors lieu de contrôler le retour des documents et le maintien de la confidentialité des informations transmises, la responsabilité de l'une des parties pouvant éventuellement être recherchée pour rupture des pourparlers. À ce titre, la pratique de plus en plus fréquente des *data room* électroniques présente bien des avantages.

b) Les résultats de l'audit peuvent être pris en compte dans la poursuite des négociations sur le prix de vente, et/ou conduire à la négociation de clauses de garantie ou d'engagements de travaux spécifiques. Lorsqu'il est décidé de recourir à une couverture d'assurance, les résultats de l'audit peuvent également permettre de délimiter les risques concernés, la période de couverture, ainsi que les modalités de mise en œuvre (franchise...).

c) Les résultats de l'audit peuvent également influencer sur le choix de la structure de l'acquisition.

Tout d'abord, le périmètre de l'acquisition peut être reconsidéré, certaines filiales ou terrains pouvant être exclus.

De plus, selon la nature et l'étendue des risques encourus, l'acheteur pourra préférer recourir à d'autres modalités juridiques qu'un simple aménagement contractuel dans le cadre d'une acquisition de titres. En fonction des protections qu'il souhaite obtenir, notamment en cas d'insolvabilité ou de disparition du vendeur, les alternatives les plus courantes sont les suivantes :

#### ■ Acquisition des parts sociales de la société cible

Cette solution a pour effet d'entraîner le transfert de l'ensemble des actifs et du passif du vendeur à l'acquéreur, ce qui peut présenter des risques pour ce dernier. Elle présente en revanche l'avantage, notamment pour les sites dont le changement d'exploitant est soumis à autorisation, de ne pas entraîner de modification de l'entité juridique exploitante.

#### ■ Acquisition d'un fonds de commerce

Cette formule peut être intéressante pour l'acheteur en termes de responsabilité, notamment pour les pollutions difficiles à identifier (par exemple, mises en décharge non contrôlées de déchets dans le passé) qui pourraient rester avec la société du vendeur si celle-ci est maintenue en activité, mais elle génère un coût fiscal élevé et entraîne un changement d'exploitant soumis à déclaration ou autorisation préalable.

#### ■ Acquisition par une société créée à cet effet, dite société « coquille » (« *carve out* »)

Cette formule implique que la filiale créée soit dotée de sa propre autonomie de gestion et peut avoir des incidences fiscales non négligeables. Il convient en outre de s'assurer de la cohérence des différentes conventions qui seront conclues dans ce cadre, notamment en termes de garanties. À l'instar des possibilités évoquées ci-dessus, elle entraîne également un changement d'exploitant.

#### ■ Promesse de vente

Elle permet de réaliser des travaux de réhabilitation pendant la durée de la promesse. Le vendeur préférera toutefois une promesse d'achat à une promesse de vente. Cette formule peut se révéler intéressante pour l'acquéreur, dans la mesure où sont attachées à la vente des garanties légales spécifiques (vices cachés...).

**Nota :** dans le cadre des cessions de sites dont les activités ont cessé, on relèvera que la Cour de cassation a pu refuser de donner effet à des clauses contractuelles (très lapidaires il est vrai), du fait de la méconnaissance par le vendeur de ses obligations légales au titre de la procédure de cessation d'activité, qui a été considérée comme constitutive d'une faute délictuelle (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2005, Hydro-Agri France c/ SCAEL, n° 03-17.875). La chambre criminelle de la Cour semble toutefois avoir opté pour une position différente, en donnant effet à des clauses de non-garantie (Cass. crim., 1<sup>er</sup> avril 2008, 07-86096).

Le projet de loi Grenelle II prévoit de permettre dans certaines conditions au préfet de prescrire, lors de la cessation d'activité, des mesures à une autre entité que l'exploitant.

#### ■ Contrats de gestion (location-gérance)

Ils autorisent l'acheteur à exploiter sans être propriétaire, le vendeur gardant la responsabilité du site. Dans ce cadre, il y a lieu de veiller à identifier les pollutions dont pourrait être ultérieurement responsable l'acheteur. Ce type de contrat est complexe à mettre en place et peut entraîner, là encore, un changement d'exploitant. Il est recommandé de recourir à cette formule pour des délais courts et lorsqu'une pollution du sol a été identifiée par l'audit.

#### ■ Mise en redressement judiciaire préalable de la société cible

Ce montage est parfois envisagé pour des entreprises en très grande difficulté mais reste risqué en raison du peu d'informations sur le passé du site et de l'absence de garanties pour le reprenneur. Dans ce cadre, il est préférable d'acquérir seulement des actifs si cela est possible. Toutefois, cette précaution n'écarte pas tout risque pour le reprenneur de se voir imputer par l'administration la responsabilité de la réhabilitation du site [6].

## 2. Gestion des risques et responsabilités au moyen des clauses environnementales

La gestion des risques environnementaux liés à l'acquisition d'un site industriel est basée sur un certain nombre d'informations à divulguer ou dont l'absence de connaissance peut être appréhendée au moyen de clauses contractuelles spécifiques, figurant dans la garantie de passif. Les garanties de passif sont particulièrement importantes dans les acquisitions de titres, car les garanties traditionnelles, notamment celles liées au vice caché, ne sont alors pas applicables aux actifs cédés.

## 2.1 Clauses relatives à l'information de l'administration

Conformément à l'article R. 512-68 du code de l'environnement, tout nouvel exploitant d'une installation classée doit adresser une déclaration de changement d'exploitant au préfet dans le délai d'un mois suivant l'acquisition. Cette déclaration est impérative dès lors que la personne physique ou morale exploitante change, ce qui est le cas pour les cessions d'actifs et d'autres opérations comme les fusions, apports partiels d'actifs, cessions de fonds de commerce, location-gérance, mais pas pour les cessions de titres.

Pendant, il est parfois conseillé de faire une telle déclaration même en cas de cession de titres pour présenter le groupe acquéreur à l'administration locale.

Dans tous les cas où elle est obligatoire, il convient de prévoir, à la charge de l'acheteur, une obligation contractuelle de déclarer le changement d'exploitant afin d'éviter que l'inspection des installations classées continue de s'adresser au vendeur ou mette en cause la responsabilité de ce dernier en cas de défaillance du nouvel exploitant.

Pour trois catégories d'installations (installations de stockage de déchets, carrières, établissements Seveso) le changement d'exploitant ne peut intervenir qu'à la suite d'une autorisation préalable du préfet après avis du Conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques (CODERST), et après constitution de garanties financières. Le préfet a en principe trois mois pour se prononcer à compter de la réception de la demande complète. Généralement, l'acheteur demandera des garanties au sujet de cette autorisation, ou plus probablement en fera une condition suspensive du *closing*.

Par ailleurs, la nature des activités doit être vérifiée au regard de la nomenclature des installations classées.

En effet, certaines activités du vendeur peuvent ne pas être reprises. Le vendeur pourra alors avoir à se conformer à la procédure de cessation d'activité (articles L. 512-6-1, L. 512-7-6 ou L. 512-12-1, selon le cas, et R. 512-74 et suivants du code de l'environnement), voire à des mesures de réhabilitation de la partie du site concernée (en cas de libération de terrains pour un nouvel usage).

Lorsque l'acheteur a l'intention d'exercer les mêmes activités, mais dans des conditions différentes (par exemple, en procédant à une augmentation de la production), le changement qui en découle doit faire l'objet d'un porter à connaissance s'il est notable (article R. 512-33 du code de l'environnement) et peut conduire à un reclassement des activités en cours (notamment le passage d'un régime de déclaration à un régime d'autorisation) dont les conséquences pratiques sont à examiner avec soin.

## 2.2 Clauses relatives à la réalisation de travaux spécifiques antérieurs ou postérieurs au *closing*

Dans le cas où l'audit a fait apparaître la nécessité de procéder à des travaux de mise en conformité ou de réhabilitation, l'acheteur préférera en général obtenir la réalisation des travaux par le vendeur avant le *closing*.

De son côté, le vendeur pourra tenter de les faire prendre en charge par l'acheteur après *closing*, en échange d'une diminution de prix accompagnée d'une renonciation à recours. Le vendeur pourra toutefois avoir intérêt à réaliser directement les travaux pour garder la maîtrise des coûts.

Dans tous les cas, il convient de prévoir les objectifs à atteindre, les modalités d'accès au site et de contrôle des travaux par la partie qui ne les réalise pas, les conditions d'information conjointe ou non des autorités, l'utilisation éventuelle de fonds en séquestre et le règlement des différends possibles.

En général, l'inspection des installations classées doit être informée des travaux à réaliser. Son intervention et ses réactions doivent être prises en compte dans les dispositions contractuelles.

## 2.3 Clauses relatives aux déclarations et exceptions

Inspirés de la pratique anglo-saxonne, les contrats d'acquisition comprennent très souvent des déclarations du vendeur qui sont des garanties (par exemple : « *la société a toujours respecté la réglementation de l'environnement* »), indiquant en exception les éléments non conformes aux déclarations dont il a connaissance et qui, une fois divulguées à l'acheteur, ne pourront en principe permettre de faire jouer les garanties du vendeur.

Ces clauses sont utilisées surtout dans les schémas *b* et *c* d'acquisition (mentionnés au paragraphe 1.1.4). Toutefois, même dans le schéma *a*, le vendeur peut avoir intérêt à divulguer le maximum d'éléments pour éviter que sa responsabilité ne soit recherchée sur le terrain du vice du consentement pour n'avoir pas tout révélé à l'acheteur.

L'intérêt du vendeur est d'avoir le plus d'exceptions possible entraînant l'exonération de sa responsabilité.

L'acheteur sera partagé entre le souhait de connaître les problèmes révélés par les exceptions et le souci de ne pas en avoir trop à sa charge. Il s'attachera donc à évaluer les coûts induits par les exceptions déclarées et à en faire porter la charge au vendeur.

En pratique, les exceptions qui sont renvoyées le plus souvent dans des annexes au contrat sont parmi les éléments les plus àrement discutés.

Les déclarations types qui se retrouvent dans la plupart des contrats portent sur les domaines suivants :

- la société a toutes les autorisations (à préciser) nécessaires à l'exercice de son activité ;
- la société se conforme (éventuellement « et s'est toujours conformée ») aux dispositions de ses autorisations et de la réglementation en vigueur à la date du *closing* ;
- la société n'a jamais fait (éventuellement « et n'est pas susceptible de faire ») l'objet d'une réclamation, d'un procès, d'une interdiction ou d'une injonction ;
- il n'existe aucun endroit à l'intérieur ou à l'extérieur du site où des déchets ou autres matières liquides, solides ou gazeuses susceptibles de porter atteinte à l'environnement ou à la santé ou la sécurité des personnes, ont été entreposés, traités, éliminés ou autrement abandonnés dans des conditions susceptibles d'entraîner la responsabilité de la société ou de ses dirigeants, ou d'entraîner une obligation quelconque à leur charge en application de la réglementation de l'environnement.

Il est essentiel de séparer la responsabilité pour des faits intervenus sur le site, qui peuvent être découverts par un audit, et la responsabilité pour des faits qui ont pu être réalisés hors site tout en se rattachant à l'activité du site (par exemple, mise en décharge non autorisée des années auparavant) et que l'audit ne pourra pas forcément identifier.

Enfin, d'autres clauses plus générales ne doivent pas être négligées dans la mesure où elles peuvent avoir un impact en matière d'environnement, comme les déclarations en matière juridique, immobilière, comptable, d'assurance, etc.

## 2.4 Clauses générales de garantie et d'indemnisation

L'acheteur cherchera à obtenir une garantie de l'exactitude et du caractère complet des déclarations et/ou une garantie d'actif et de passif.

Le vendeur, quant à lui, cherchera à introduire des clauses visant à limiter la portée des garanties et prévoyant à ce titre que :

- seuls les dommages certains et directs effectivement subis par la société sont indemnisés ;
- l'acheteur a une obligation de minimiser les dommages ;
- l'acheteur ne doit rien faire ni laisser faire directement ou indirectement pour obtenir la mise en cause du vendeur (par exemple : aucune information de l'inspection des installations classées sans en avoir informé préalablement le vendeur) ;
- si le vendeur a donné une garantie de passif, il y a lieu de tenir compte des améliorations d'actif ou réductions de passif ;
- l'acheteur doit donner libre accès aux livres et documents de la société en cas de mise en jeu de la garantie du vendeur ;
- en cas de contentieux ou de mise en œuvre de mesures de réhabilitation, le vendeur doit pouvoir respectivement assurer la défense ou la réalisation des mesures nécessaires s'il le souhaite, etc.

Il peut être également prévu des clauses de répartition des responsabilités.

En principe, le vendeur est responsable pour les dommages résultant des activités antérieures à la cession et l'acheteur pour les activités postérieures. En matière d'environnement, une difficulté existe toutefois pour identifier les responsabilités en cas de poursuite de la même exploitation par l'acheteur. Plusieurs possibilités, d'ailleurs cumulables, existent pour prendre en compte ce problème. On peut citer à titre d'exemple :

- le **transfert progressif** des responsabilités à l'acquéreur (par exemple : 10 % de plus tous les ans sur 10 ans) ;
- le **partage égalitaire ou non** des responsabilités pour les pollutions inconnues au jour du *closing* ;
- la **division des responsabilités** : le vendeur reste alors responsable de certains produits ou des activités passées en matière de déchets hors site, ou encore des activités passées non poursuivies, le reste étant à la charge de l'acheteur ;
- la **détermination d'un « point zéro »** (dit « *Baseline* ») : une étude postérieure au *closing* permet de fixer les niveaux de présence des éléments polluants à l'instant  $T_0$ . Le vendeur reste responsable uniquement pour les polluants identifiés à l'instant  $T_0$  et jusqu'aux niveaux alors relevés tandis que l'acheteur est responsable au-delà. Néanmoins, ce schéma est d'une mise en œuvre délicate et entraîne des montages complexes et coûteux (contrats avec un ou des bureaux d'études, mise en place de comités de suivi, arbitrage des différends sur les résultats d'analyses, difficultés techniques pour évaluer la situation à  $T_0$  à la fois pour le sous-sol et pour la nappe). Ce procédé est donc à envisager avec prudence, lorsqu'il y existe des contaminations continues et importantes de la nappe et/ou du sous-sol ;
- l'**attribution équitable des responsabilités** : la responsabilité est répartie entre les parties, selon leurs activités respectives en fonction de critères plus ou moins précis (comme la durée d'exploitation) ;
- les **plafonds et franchises** : il est fixé un plafond pour les obligations financières du vendeur ou de l'acheteur et/ou une franchise pour les réclamations de l'acheteur (ces deux procédés pouvant se combiner).

Pour les modalités d'indemnisation, les contrats peuvent contenir les éléments suivants :

- un plafond, une franchise et/ou un seuil d'indemnisation et un délai de garantie ;

- un délai d'information du vendeur en cas de survenance d'un événement mettant en jeu la garantie ;
- l'événement qui justifie l'appel de la garantie (découverte d'une pollution, arrêté préfectoral) ;
- la possibilité pour le vendeur d'accéder au site et aux dossiers de l'activité cédée et d'exécuter son engagement en nature plutôt que sous forme une indemnisation ;
- une clause d'arbitrage en cas de différend (permettant de préserver la confidentialité).

### 3. Conclusion

La cession ou l'acquisition d'un site industriel entraîne un jeu complexe de négociations au sein desquelles la dimension environnement n'est qu'une composante. De ce point de vue, les aspects environnementaux se traduiront *in fine* dans les contrats par des engagements de travaux ou des clauses de garantie souvent assez classiques mais qui peuvent être beaucoup plus élaborées.

En effet, si l'intérêt stratégique d'un site ou d'une activité industrielle a pu conduire certains acquéreurs à n'accorder qu'une importance limitée à la négociation du partage des risques et responsabilités environnementaux, une vigilance accrue en ce domaine est désormais de mise. Le recours aux audits d'environnement s'est développé et tendra certainement à se systématiser, s'agissant notamment des acteurs publics désireux d'activer la reconversion d'anciens sites industriels.

Ce développement s'explique non seulement par les enjeux financiers de plus en plus substantiels, mais également par deux aspects spécifiques au domaine environnemental.

D'une part, en cas de poursuite de la même activité par l'acquéreur, la difficulté de départager l'origine des pollutions conduit à adopter des clauses particulières.

D'autre part, en ce domaine, il faut souligner la multiplicité des intervenants possibles (acheteur, vendeur, experts, sociétés de travaux, avocats, notaires, etc.), mais aussi et surtout l'intervention de l'administration chargée de l'inspection des installations classées.

Dans le jeu de la négociation contractuelle, le rôle assigné à l'administration peut être très variable, l'une des parties pouvant chercher à s'appuyer sur ses décisions ou les deux parties pouvant chercher à faire arbitrer leurs désaccords.

Ainsi, pour les niveaux des travaux à réaliser, le vendeur, face à un acheteur maximaliste, pourra chercher à s'appuyer sur l'opinion de l'administration. L'acheteur préférera peut-être des normes plus strictes pour éviter que l'administration ne revienne vers lui ultérieurement. En effet, il faut rappeler qu'en France, aucun « quitus » n'est délivré par l'administration après une opération de réhabilitation.

Dans ce contexte, le rôle de l'administration n'est pas facile. En tout cas, une meilleure connaissance du jeu des acteurs dans la négociation contractuelle devrait lui permettre de mieux évaluer les décisions qu'elle peut être amenée à prendre.

Enfin, tant dans la réalisation de l'audit d'environnement que dans la rédaction des clauses contractuelles, il faut insister sur l'indispensable collaboration qui doit s'instaurer entre juristes et techniciens pour permettre aux deux parties de contracter dans les meilleures conditions et prévenir les litiges ultérieurs.