



Stratégies de gestion des risques et d'assurance en cas d'achat et d'aménagement de sites pollués ou potentiellement pollués

Mathieu Farge

Avocat aux barreaux de Paris et New York

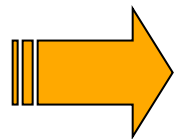
mfarge@jonesday.com

Stratégies de gestion des risques et d'assurance en cas d'achat et d'aménagement de sites pollués ou potentiellement pollués

- I Les spécificités du risque environnemental
- II Stratégies de gestion des risques
- III Le rôle de l'assurance

I Les spécificités du risque environnemental

- 1 Deux catégories principales : non-conformités et pollutions historiques
- 2 Absence de définition objective de la notion de pollution
- 3 Sources du passif environnemental
- 4 Procédures complexes en cas de remise en état
- 5 Incertitudes liées à la durée du risque environnemental
- 6 Gestion des aspects techniques : l'audit environnemental
- 7 Formalités spécifiques en cas de cession de sites / d'actifs



Risque incertain et difficile à évaluer

I Les spécificités du risque environnemental

1 Deux grandes catégories (en fonction des activités concernées) :

- Les non-conformités des activités, installations et/ou sites dont la société est l'exploitant ou le propriétaire :
 - Obtention et validité des permis et autorisations
 - Conformité aux réglementations en vigueur et aux permis et autorisations
- Le passif environnemental :
 - Pollutions historiques (sol, eaux souterraines)
 - Déchets / substances dangereuses présentes sur les sites et dans les bâtiments / installations (amiante ...)
 - Concerne :
 - Les sites dont la société est l'exploitante ou le propriétaire
 - Les sites voisins (migration des pollutions) ou les sites « externes » de stockage ou d'élimination de déchets
 - Les sites cédés avec un risque résiduel (garanties de passifs concédées par la société, demandes éventuelles de tiers ou de l'administration)

I Les spécificités du risque environnemental

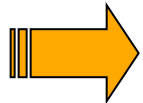
2 Absence de définition objective de la notion de pollution

- En France, l'obligation de remettre en état découle des risques présentés pour la santé ou l'environnement (approche subjective) et non pas du dépassement de seuils (approche objective)
- Pour qu'il y ait un risque, il faut la réunion de 3 éléments : une source, un vecteur et une cible
- Approche pragmatique au cas par cas, en fonction de critères multiples (techniques, économiques, écologiques, proportionnalité...)
- **Critère déterminant : l'usage du site**
- Le changement d'usage (nouvelles activités, nouveaux bâtiments, nouvelles populations présentes sur le site ...) peut être source de nouvelles obligations de remise en état
- Le contrat de bail contient également souvent des obligations environnementales pour le preneur

I Les spécificités du risque environnemental

3 Les sources du passif environnemental :

- Demande de mise en conformité ou de remise en état des autorités compétentes
- Demande ou réclamation de tiers
- Incidents ou accidents
- Cessation d'activité
- Changement d'usage ou modification des activités exploitées ou des bâtiments
- Démarche volontaire de l'exploitant ou du propriétaire du site (politique environnementale)



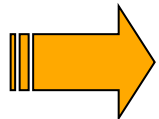
Pour le vendeur/garant, il existe un risque de mise en jeu de la garantie en cas :

- de cessation ou de modification des activités telles qu'exercées au jour de la cession ou de la configuration des bâtiments
- d'investigations ou de travaux entrepris volontairement par l'acquéreur après la cession

I Les spécificités du risque environnemental

4 Complexité de la procédure en cas de remise en état

- Multiples intervenants (exploitant, propriétaire, préfet, maire, voisins, associations d'environnement...)
- L'exploitant est le seul interlocuteur de l'administration
- Questions très techniques nécessitant l'intervention d'experts aux positions souvent différentes (en l'absence de critères objectifs)



Ces points doivent être pris en compte dans la définition des procédures applicables en cas de mise en jeu de la garantie environnementale

Arrêt d'une installation soumise à autorisation

3 mois (ou 6 mois) avant l'arrêt définitif : notification au Préfet + envoi d'un dossier sur la mise en sécurité du site

Usage futur du site prévu dans l'arrêt d'autorisation

Proposition du type d'usage considéré au Maire ou au président de l'EPCI et au propriétaire, avec copie au Préfet

3 mois

Absence d'observation des personnes consultées sur l'usage proposé pendant 3 mois
Avis favorable

Information du Préfet sur l'accord des personnes consultées

Mémoire de réhabilitation

Eventuel arrêté complémentaire

Mesures de réhabilitation

Procès-verbal de recollement

Désaccord des personnes consultées sur l'usage futur

Usage futur comparable avec celui de la dernière période d'exploitation

Mémoire de réhabilitation

Eventuel arrêté complémentaire

Mesures de réhabilitation

Procès-verbal de recollement

Usage considéré incompatible avec les documents d'urbanisme en vigueur au jour de la notification

Eventuel mémoire du Maire ou du président de l'EPCI sur incompatibilité manifeste de l'usage futur

2 mois

Décision du préfet sur l'éventuelle incompatibilité ; Fixation des usages à prendre en compte

Mémoire de réhabilitation

Eventuel arrêté complémentaire

Mesures de réhabilitation

Procès-verbal de recollement

Mémoire de réhabilitation

Eventuel arrêté complémentaire

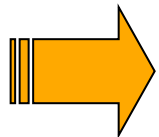
Mesures de réhabilitation

Procès-verbal de recollement

I Les spécificités du risque environnemental

5 Incertitudes liées à la durée :

- A tout moment, même après la remise en état d'un site, le préfet peut imposer des prescriptions complémentaires. Le procès-verbal de recollement délivré à l'issue de la remise en état ne dégage pas le dernier exploitant de ses responsabilités futures
- CE, 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France* :
 - Prescription trentenaire de la charge financière de la remise en état

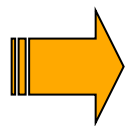


Impact sur la durée de la garantie environnementale

I Les spécificités du risque environnemental

6 La gestion des aspects techniques : l'audit

- Modalités :
 - Réalisation par le vendeur ou par l'acquéreur
 - Réalisation conjointe par le vendeur et l'acquéreur
 - Définition du contenu de l'audit et de la mission de l'expert (IEM/ Plan de Gestion ; Phase I / Phase II ...)
- Incidence sur les déclarations et garanties :
 - Remise en œuvre / aménagement de la transaction
 - Modalités de prise en compte des conclusions de l'audit (clause de limitation de la garantie aux faits non-révélés ou non-opposabilité de l'audit à l'acquéreur)
 - Traitement des risques et passifs non identifiés dans l'audit



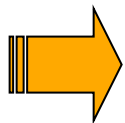
Incertitudes techniques liées à l'évolution continue des normes et des règles de l'art

I Les spécificités du risque environnemental

7 Formalités spécifiques en cas de cession de terrain/d'actifs :

(1) Information de l'acquéreur

- Obligation d'information du vendeur (Art. L 514-20 du Code de l'environnement) :
 - Information par écrit de l'acquéreur d'un terrain sur lequel a été exploité une installation classée
 - L'information concerne :
 - Les dommages ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation
 - La manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives
 - Communication d'un diagnostic amiante et d'un état de la pollution du site
 - Sanction : l'acquéreur peut poursuivre la résolution de la vente, la restitution d'une partie du prix, ou la remise en état aux frais du vendeur (sauf disproportion avec le prix de vente).



Ne s'applique pas aux cessions d'actions

I Les spécificités du risque environnemental

7 Formalités en cas de cession d'actifs (ou d'absorption) :

(2) Déclaration / Autorisation de changement d'exploitant

- Installations soumises à déclaration ou à autorisation : déclaration effectuée par l'acquéreur dans le mois suivant la prise en charge de l'installation
- Pour les installations AS, les carrières et les installations de stockage de déchets : obtention d'une autorisation de changement d'exploitant
 - Vérification par le préfet des capacités techniques et financières du nouvel exploitant
 - Procédure lourde : préparation d'un dossier, soumission au CODERST, enquête publique ; le préfet a 3 mois pour se prononcer
 - Constitution de garanties financières requise pour le nouvel exploitant

➡ Délais et incertitude sur l'obtention de l'autorisation de changement d'exploitant à prendre en compte lors de la réalisation de l'opération (conditions suspensives ...)

➡ Il est préférable de privilégier la cession d'actions en cas de transfert d'installations AS, de carrières et installations de stockage de déchets

Stratégies de gestion des risques et d'assurance en cas d'achat et d'aménagement de sites pollués ou potentiellement pollués

- I Les spécificités du risque environnemental
- II Stratégies de gestion des risques
- III Le rôle de l'assurance

II Stratégies de gestion des risques

- 1 Les définitions importantes**
- 2 Les déclarations**
- 3 Les clauses de garantie / d'indemnisation**
- 4 Les limitations**
- 5 Les procédures**
- 6 Les modalités**

II Stratégies de gestion des risques

1 Les définitions importantes :

- « Environnement »
- « Lois sur l'Environnement »
 - Applicables aux activités / sites
 - En vigueur à la date de réalisation
 - Référence ou non aux lois sur la protection de la santé et de la sécurité
- « Permis environnementaux »
 - Délivrés par les autorités compétentes
 - Requis pour la poursuite des activités telles qu'exercées à la date de la réalisation
- « Remise en Etat »
 - Fait générateur antérieur à la date de réalisation
 - Résultant de non conformités avec la réglementation en vigueur
 - Requise par une décision définitive d'une autorité compétente
 - Référence aux règles de l'art (« *Remediation standards* »)
- « Substances Dangereuses » : substances réglementées

II Stratégies de gestion des risques

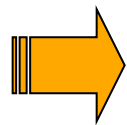
2 Les déclarations (1) :

- Obtention et validité des autorisations et permis
- Déclaration de conformité des activités et sites
cédés aux lois sur l'environnement et aux permis et
autorisations

II Stratégies de gestion des risques

2 Les déclarations (2) :

- Etat du sol, du sous-sol, des eaux de surface et souterraines
- Présence de substances dangereuses ou déchets nécessitant des mesures ou travaux de remise en état éventuelles
- Communication de l'ensemble des rapports relatifs à la situation environnementale des sites
- Actions de remise en état en cours, nécessaires ou requises
- Demandes ou mises en demeure des autorités compétentes
- Réclamations ou plaintes de tiers
- Litiges environnementaux



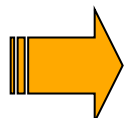
Précision de la portée des informations divulguées dans les annexes et/ou dans les rapports environnementaux (exclusion ou à l'inverse, couverture par la garantie)

II Stratégies de gestion des risques

3 Les clauses de garantie / d'indemnisation

Indemnisation des pertes ou passifs résultant :

- De la violation d'une déclaration environnementale
- De plaintes ou réclamations de tiers ou des autorités compétentes
- D'actions de remise en état

 Le fait générateur doit en principe être antérieur à la date de réalisation de l'opération

II Stratégies de gestion des risques

4 Les exclusions

Possibilité d'exclure l'indemnisation notamment en cas de :

- Modification des réglementations/règles de l'art après la date de réalisation
- Modification [notable/substantielle] des activités telles qu'exercées à la date de réalisation
- Cessation d'activité/changement d'usage
- Vente partielle ou totale
- Destruction ou modification des bâtiments existants, ou construction de nouveaux bâtiments
- D'une manière générale, modification de l'usage des sites par rapport à l'usage en vigueur à la date de réalisation (usage industriel)
- D'actions volontaires de l'acquéreur (investigations, déclarations à l'administration...)

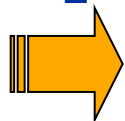
II

Stratégies de gestion des risques

5

Les procédures

- L'obligation d'information du vendeur/garant après la réalisation de l'opération
 - Information régulière même en l'absence de réclamation
 - Information en cas d'événement susceptible de donner lieu à une réclamation sur le fondement de la garantie
 - Précision du contenu des informations devant être fournies et des délais
 - Possibilité pour le vendeur/garant de visiter le site et d'avoir recours à des experts
- La clause de consultation préalable du cédant ou la clause de direction de procès
- L'obligation de minimiser le dommage
- L'obligation d'entreprendre tout recours contre des tiers
- Le recours à un expert



Précision des sanctions en cas de non-respect des procédures

II Stratégies de gestion des risques

6 Les modalités

- Partage de responsabilité entre le vendeur et l'acquéreur (critères à préciser)
- Franchise
- Plafond
- Durée

➡ Possibilité de prévoir une clause dégressive diminuant progressivement la garantie du vendeur/ cédant à partir de la date de réalisation et jusqu'à l'expiration de la garantie

II Stratégies de gestion des risques - Conclusion

Validité de principe des clauses de garantie /
d'exonération de responsabilité dans les contrats
(Cass. Civ. 3^{ème}, 19 déc. 2001, pourvoi n° 00-12022)

■ Limites :

- Le manquement par le vendeur à son obligation de remise en état lui incombant au titre de la police des ICPE, peut constituer une faute au sens de l'art. 1382 du Code civil (Cass. Civ. 3^{ème}, *SCAEL*, n° 03-17875)
- Distinction entre la connaissance par l'acquéreur de l'existence d'une pollution et celle de son ampleur (Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, pourvoi n° 04-19069)

 Rôle déterminant de l'information de l'acquéreur sur les risques environnementaux lors des transactions immobilières et commerciales

Stratégies de gestion des risques et d'assurance en cas d'achat et d'aménagement de sites pollués ou potentiellement pollués

- I Les spécificités du risque environnemental
- II Stratégies de gestion des risques
- III Le rôle de l'assurance

III Le rôle de l'assurance

1 Les bénéficiaires de l'assurance

- L'acquéreur
- Le sous-acquéreur
- Le vendeur
- L'exploitant

2 Avantages / Inconvénients

- Avantages
 - Limite les risques du vendeur en cas de recours de tiers ou des autorités
 - Idem pour l'acquéreur
- Inconvénients
 - Coût de l'assurance
 - Couverture plafonnée
 - Les exclusions sont à vérifier avec attention

III Le rôle de l'assurance

3 Les couvertures possibles :

- Couverture du passif historique
 - Dommages corporels, matériels et immatériels aux tiers sur site ou hors site du fait d'un impact sur l'environnement connu
 - Frais de dépollution sur site du fait d'un impact sur l'environnement connu
 - Frais de dépollution hors site du fait d'un impact sur l'environnement connu
- Couverture des risques d'exploitation futures
 - Dommages corporels, matériels et immatériels aux tiers sur site ou hors site du fait d'un événement fortuit
 - Frais de dépollution sur site et frais de dépollution hors site sans réclamation de tiers et sur injonction des autorités du fait d'un événement fortuit
 - Dommage à la biodiversité
- « Cost cap »
 - Couverture des dépassements des coûts prévisionnels de chantier de dépollution



Stratégies de gestion des risques et d'assurance en cas d'achat et d'aménagement de sites pollués ou potentiellement pollués

MERCI DE VOTRE ATTENTION !

Mathieu Farge

Avocat aux barreaux de Paris et New York

mfarge@jonesday.com