

LE DROIT DES ÉNERGIES : nouvel axe de la stratégie des entreprises

La question énergétique entre aujourd'hui de plein pied dans la stratégie financière. Qu'il s'agisse des quotas négociables, du financement des énergies renouvelables et des avantages fiscaux qui y sont attachés, ou encore de la prise en compte dans la valeur patrimoniale des entreprises de l'impact (positif ou négatif) du potentiel énergétique, le sujet prend une place croissante dans l'économie et donc dans le droit ou plutôt dans les droits puisque de nombreux domaines sont concernés : droit public, fiscalité, droit des cessions et des acquisitions, contrats, financements, etc.

Jusqu'à présent la question énergétique n'a jamais été au centre des réflexions qu'une entreprise, en dehors de ce secteur, pouvait mener tant sur sa stratégie que sur ses choix de process. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui et ce pour de multiples raisons. Tout d'abord, l'ouverture à la concurrence de l'électricité puis du gaz ont conduit les grands industriels à pouvoir choisir leurs fournisseurs et permettront à tous les citoyens, et notamment aux petites et moyennes entreprises d'en faire autant à partir de 2007. L'essentiel n'est pas là.

En effet, désormais le coût de l'énergie, la possibilité de disposer de sources d'approvisionnement énergétiques locales, le développement certes encore très modeste en France mais qui est croissant à l'étranger du recours à des énergies renouvelables deviennent un secteur économique en pleine expansion (+ 62 % pour l'énergie photovoltaïque en Europe en 2005), vont conduire les entreprises à devoir intégrer dans leur stratégie industrielle comme dans leur recherche d'économie, la question de la source énergétique à laquelle elle recourent.

Il ne s'agit pas seulement de stratégies industrielles ou même de considérations purement économiques, c'est bien de la stratégie financière et de la stratégie globale de l'entreprise dont il s'agit. Tout d'abord, les marchés de permis négociables sont entrés en vigueur et la tonne de CO² s'échange aujourd'hui à un prix compris entre 20 à 25 € la tonne. Les prévisions sont à la hausse et l'exemple récent de Rhodia, qui a mis en place une opération de développement propre en Amérique du Sud pour récupérer des quotas d'émissions et améliorer ainsi son bilan financier, donnera très certainement un certain nombre d'idées à d'autres entreprises.

Si le Plan National des Quotas d'Émissions ne concerne aujourd'hui qu'un nombre encore réduit d'entreprises – ce qui pourra peut-être apparaître comme un mauvais choix en termes économiques dans les années qui viennent – l'extension à tout le secteur industriel et au delà est programmée pour les années qui suivent 2008. Cette limitation ne concerne évidemment pas les entreprises ou les particuliers susceptibles d'acquérir des quotas d'émissions sur le marché. Cette possibilité peut être regardée comme une opportunité pour une entreprise qui craindrait ultérieurement devoir acquitter des quotas d'émissions au regard d'émissions de CO² relativement importantes. Le développement des bilans carbone dans les entreprises comme du reste dans les collectivités territoriales permet d'ores et déjà d'avoir une idée de l'importance des émissions et des coûts corrélatifs qui peuvent y être attachés.

Dans les opérations de fusion/acquisition, cette nouvelle donnée prendra une place croissante soit pour valoriser une entreprise dans la mesure où celle-ci serait susceptible de disposer d'un quota d'émissions important dont elle n'aurait pas nécessairement l'utilisation, soit au contraire pour la dévaloriser si d'aventure les émissions s'avéraient très importantes et la poursuite de l'activité justifiait dans les années qui viennent l'acquisition de quotas.

De nouvelles stratégies se mettent donc en place dans lesquelles l'aspect financier tend à l'emporter sur l'aspect technique. S'y ajoutent aujourd'hui les nouveaux outils issus de la loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 à savoir les obligations et certificats d'énergie. Dans le but d'encourager la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la loi a prévu la création de ces certificats d'économie d'énergie biens meubles immatériels délivrés par l'Etat et dont la seule matérialisation sera son inscription sur un registre national. Ces certificats auront une durée de vie d'au moins cinq ans et les premiers certificats doivent intervenir dans le délai d'un an à compter du 13 juillet 2005 soit avant le 13 juillet 2006. Les certificats seront délivrés par les fournisseurs d'énergie à leurs clients qui auront réalisé des économies d'énergie. En contrepartie de ces économies, contestant l'économie du volume de kilowatt/heure d'énergie finale réalisé, les clients recevront des certificats. Ces certificats pourront également être achetés à d'autres entreprises ou collectivités qui mettront en place des actions de promotion de la maîtrise d'énergie.

Il s'agit donc d'un nouveau marché parallèle pour le moment à celui des quotas de CO² qui vise davantage le secteur résidentiel et tertiaire que l'industrie et les transports, même si ces derniers ne sont pas écartés. L'obligation de délivrer ces certificats reposera dans un premier temps sur les fournisseurs distributeurs d'énergie tels qu'E.D.F, G.D.F, VOREX ou la CPCU. Ces entreprises pourront s'appuyer sur leurs réseaux commerciaux pour vendre en même temps l'énergie et les économies d'énergie y afférentes. Les distributeurs pourront également choisir de remplir leurs obligations en achetant des certificats à d'autres opérateurs qui leur auront obtenus par des actions à moindre coût.

S'il existe une obligation globale de résultat (50 terawatt/heure pour une période de trois ans) et si la valeur physique de chaque certificat est de 1 kilowatt/heure, le choix des actions à mener reste ouvert tant pour la source d'énergie que pour le public visé. Ce qui permet de réaliser des économies peut entrer dans le champ d'application des certificats : éclairage, chauffage, eau chaude,

Par Corinne Lepage et Philippe Feitussi, Avocats Associés. **Huglo Lepage & Associés Conseil**



Corinne Lepage, Avocat Associé



Philippe Feitussi, Avocat Associé

isolation, équipements performants. Est exclue du système la simple substitution entre énergie fossile et les économies d'énergie réalisées dans le cadre d'installations soumises à la réglementation sur les permis d'émissions de CO².

Les textes d'application concernant ces certificats d'énergie ne sont pas encore sortis. Néanmoins, dans le cadre d'une application très prochaine de ce système, il va de soi que les entreprises vont anticiper et celles qui ne sont pas aujourd'hui soumises à la réglementation sur les quotas d'émissions auront bien entendu tout intérêt à se poser la question de l'utilisation de ces certificats d'économie d'énergie. Ainsi, l'énergie entre de plein pied désormais

dans la stratégie financière des entreprises, dans leurs valeurs, et par voie de conséquence dans les critères à prendre en considération par les différents professionnels. Mieux encore, les énergies nouvelles deviennent de véritables produits financiers attractifs. En effet, ces derniers mois, la pratique s'est particulièrement intéressée aux montages relatifs aux installations d'éoliennes. Le produit est en effet financièrement attractif et d'un point de vue strictement marketing, tout à fait séduisant. Les champs d'éoliennes représentent un investissement certes lourd mais qui, au travers de dispositifs particuliers, permet d'envisager une rentabilité très intéressante au regard de la sécurité financière de l'opération.

Tout d'abord, on notera que la Loi du 13 juillet 2005 a modifié le dispositif légal applicable à ce type d'installation qui datait de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000. Dans le cadre de l'ancien dispositif, Electricité de France était contrainte d'acheter l'électricité à tout producteur d'énergie éolienne dis-

posant d'une installation productrice dont la puissance était inférieure à 12 mégawatts.

La nouvelle loi a supprimé ce seuil ; désormais, la puissance installée minimale et maximale des installations éoliennes produisant de l'électricité et bénéficiant de l'obligation de rachat est définie au cas par cas et peut dépasser la limite précédemment définie de 12 mégawatts. En d'autres termes, tout concepteur sérieux d'un tel projet qui aura bien évidemment étudié la force du vent sur le lieu d'installation, se trouvera avec une installation et une opération totalement sécurisées financièrement en raison de cette obligation de rachat. Force est de constater qu'il existe des investissements bien plus ris-

qués que celui-ci. De plus, les opérations les plus récentes permettent ainsi de constater un taux de rendement moyen d'environ 10 %. Il s'agit là d'un taux relativement attractif au regard de la sécurité offerte et du rendement classique des produits proposés habituellement par les institutions financières. Mais ce n'est pas tout. Ces opérations bénéficient aussi d'un important levier fiscal. En effet, l'article 39 AB du CGI dispose :

« Les matériels destinés à économiser l'énergie et les équipements de production d'énergie renouvelable qui figurent sur une liste établie par arrêté conjoint du Ministre du Budget et du Ministre de l'Industrie, acquis ou fabriqués avant le 1er janvier 2007 peuvent faire l'objet d'un amortissement exceptionnel sur douze mois à compter de leur mise en service ».

L'article 2 de l'annexe 4 du CGI donne la liste exhaustive des matériels éligibles au régime de faveur de l'article 39 AB du CGI.

Les éoliennes sont visées par cet article 2 et peu-

vent ainsi bénéficier du régime dérogatoire. Ainsi, si elles ont été acquises et fabriquées avant le 1er janvier 2007, elles pourront faire l'objet d'un amortissement exceptionnel sur douze mois à compter de leur mise en service.

Cet amortissement exceptionnel constituera, en l'absence de résultat fiscal suffisant, des déficits imputables sur les bénéfices futurs de la société, et ce sans limitation de durée conformément au régime de droit commun de l'article 209 du CGI. Il est à noter toutefois que les capacités de distribution d'une société qui porte un tel projet seront obérées de façon importante si elle a bénéficié de l'avantage fiscal de l'article 39 AB du CGI, sauf à dégager très rapidement d'importants résultats. Ainsi, il est peu probable que la seule activité d'un champ d'éoliennes au regard de son seul rendement, puisse générer suffisamment de résultats pour combler très rapidement l'avantage fiscal généré par l'amortissement accéléré. Dès lors, plusieurs schémas simples peuvent permettre de structurer ce type d'opération.

On retiendra par exemple :

- un investissement correspondant à l'installation du champ éolien est réalisé par une société dont l'activité dégage par ailleurs d'importants résultats, en plus du rendement propre de l'opération, qui pourront bénéficier de l'avantage fiscal permettant de diminuer ou d'effacer l'impôt ;

- une structure ad hoc est créée, non transparente fiscalement qui porte le projet et bénéficie de l'avantage fiscal sur les résultats dégagés par la production d'électricité permettant d'augmenter le rendement intrinsèque de l'opération.

On se rend compte ainsi de l'intérêt de ce type d'opération et force est de constater que nombre d'institutions financières et de banques s'y sont intéressées. En effet, de nombreux projets ont été regroupés dans le cadre de fonds communs de placement, permettant d'offrir aux souscripteurs des taux de rendement tout à fait attractifs.

De plus, ces investissements sont tout à fait satisfaisants en termes d'image.

Ainsi, se trouve-t-on face à un placement réunissant intérêt financier et intérêt éthique. ■

LES POINTS CLÉS

- La stratégie des entreprises au regard de l'énergie doit changer et pas seulement en raison de l'augmentation du coût de celle-ci.
- Dans le cadre des fusions acquisitions, la valorisation de la cible sera rapidement très influencée par la capacité à mettre en œuvre son activité au regard par exemple des permis d'émissions de CO₂.
- L'énergie « propre » notamment produite au moyen de champs d'éoliennes, devient aujourd'hui un véritable produit financier intéressant en tant que tel les banques.

SUR LES AUTEURS

Huglo Lepage & Associés Conseil est une société d'avocats, spécialisée en droit public et en droit de l'environnement qui a toujours privilégié les marchés nouveaux et la prospective dans leurs secteurs. Corinne Lepage avocat associé au cabinet spécialiste en droit de l'environnement et en droit public, ancien ministre de l'environnement, et Philippe Feitussi, associé depuis le 1er janvier 2006, praticien du droit des affaires, ont co-écrit cet article pour montrer les interactions actuelles entre le droit financier et le droit de l'environnement.