

La lettre de L'IMMOBILIER

Lundi 27 septembre 2021

Option
Finance

Editorial

Green is the new black

Derrière cette formule empruntée au monde de la mode dont le caractère superficiel peut faire sourire, se cache une réalité moins légère et loin de partager avec la mode son caractère éphémère. Que vous soyez écolo-sceptique, résigné(e) face aux changements climatiques ou militant(e) convaincu(e), le « vert » vous entoure et la transition écologique s'impose à vous. Santé, consommation, transport, énergie, habitation : aucun pan de votre vie quotidienne n'y échappe. Et le mouvement va s'amplifier.

Dans le sillage de la Conférence de Paris de 2015 sur les changements climatiques (COP21), la Commission européenne a présenté le 11 décembre 2019 sa feuille de route environnementale pour rendre l'Europe neutre en carbone d'ici à 2050, le Pacte vert pour l'Europe. Cette feuille de route prévoit différentes stratégies pour les secteurs agro-alimentaire, de l'économie circulaire, du traitement des déchets, de la mobilité ou encore de la biodiversité. Elle fixe des objectifs comme « fournir de l'énergie propre, abordable et sûre », « mobiliser l'industrie pour une économie propre et circulaire », « construction et rénovation économes en énergie et en ressources », « accélérer la transition vers une mobilité durable et intelligente » ou « financer la transition ».

Plus récemment, le 14 juillet 2021, la Commission a présenté un paquet législatif « Ajustement à l'objectif 55 » (« Fit for 55 ») présentant des mesures d'une ampleur inédites visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre de 55% par rapport aux niveaux de 1990 d'ici à 2030. Parmi ces mesures figurent, entre autres, (i) une refonte du système d'échange de quotas d'émission de CO₂ avec en particulier une extension de ce système au transport routier, au secteur maritime et au secteur du bâtiment, (ii) la fin des voitures thermiques en 2035, (iii) le déploiement d'infrastructures de distribution des carburants alternatifs (électricité et hydrogène), (iv) le doublement de la part des énergies renouvelables, (v) la refonte de la fiscalité de l'énergie ou (vi) la réduction de la facture énergétique des bâtiments. Autant de mesures qui impacteront directement le monde de l'immobilier et des infrastructures.

Le dossier consacré aux « Infrastructures face à la transition écologique » comme les « Actualités » dressent un état des lieux de l'impact de la transition écologique sur le monde de l'immobilier et des infrastructures afin d'informer les acteurs de ses domaines et de leur permettre d'anticiper les défis à venir tant il est vrai que « Mieux vaut prendre le changement par la main avant qu'il ne nous prenne par la gorge¹ ».

Par François Tenaillieu, avocat associé et Geoffrey Levesque, avocat conseil

1. Traduction de la citation de Winston Churchill « If you don't take change by the hand, it will take you by the throat » souvent présentée comme inspirante quand il s'agit de la transition écologique. On pourra lui préférer une autre citation, plus optimiste, du même grand homme : « For myself I am an optimist - it does not seem to be much use to be anything else ».

Dossier

Les infrastructures face à la transition écologique

- Les clauses liées au développement durable dans les contrats de financement **p. 2**
- Vers le verdissement des contrats publics d'infrastructure : objectif de la commande publique, critères de choix et clauses d'exécution **p. 3**
- La rénovation énergétique des bâtiments publics au cœur de la relance **p. 4**
- Performance énergétique et responsabilité des constructeurs, nouvelles exigences et difficultés d'application **p. 5**
- Déploiement de l'infrastructure de recharge pour véhicules électriques : une opportunité d'investissement **p. 6**
- Infrastructures énergétiques durables : l'enjeu de la flexibilité **p. 7**
- Le développement des infrastructures routières et des espaces avoisinants à l'épreuve du droit de l'urbanisme **p. 8**
- Les incidences en fiscalité locale de l'utilisation des ouvrages publics pour la production d'énergie renouvelable **p. 9**
- Rénovation énergétique des bâtiments : une approche fiscale encore embryonnaire **p. 10**
- Procédure collective et responsabilité environnementale : si ce n'est toi, serait-ce ta mère ? **p. 11**
- La finalisation de l'intégration de la Directive SFDR dans la réglementation financière : plus d'échappatoire pour les gestionnaires d'actifs **p. 12**

Actualités

- Recentrage du dispositif « Pinel » sur l'habitat collectif : une évolution aux contours incertains **p. 13**
- Incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine non évaluée : censure ! **p. 14**
- Quand le principe de neutralité n'est manifestement pas respecté pour l'achat d'immeubles anciens par les marchands de biens **p. 15**
- Fiscalité locale des installations photovoltaïques **p. 16**

Ce supplément est réalisé par les avocats de

CMS Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1623
du 27 septembre 2021

Les clauses liées au développement durable dans les contrats de financement

La finance s'est mise au « vert ». Cet élan initié par les marchés de capitaux a gagné le marché bancaire. L'abondance des fonds « verts » à déployer et les évolutions réglementaires assouplissant le monopole bancaire expliquent cette évolution.

Le marché du financement bancaire « vert » est pour l'instant peu normé et, comme souvent, ce sont les associations professionnelles qui ont élaboré pour leurs adhérents des guides de bonnes pratiques en la matière. La *Loan Market Association* (LMA) a publié des recommandations sous forme de principes et de guides concernant les prêts verts et/ou liés au développement durable. Il ressort de ces publications et de la pratique de marché cinq sujets spécifiques :

- l'utilisation des fonds ;
- le processus de sélection et d'évaluation
- des projets éligibles ;
- le suivi de l'utilisation des fonds ;
- le *reporting* ; et
- la sanction du non-respect de ces engagements « verts ».

Ces sujets sont abordés globalement ci-après tant ils sont liés. Il ressort surtout des publications qu'en l'absence de normes clairement établies, le contrat se doit d'être clair et exhaustif sur ces points et qu'il constituera plus que jamais la « loi des parties ».

Les points d'attention

La question de la sélection des projets pourra aller de soi dans le cadre d'une société dédiée (à la construction d'un immeuble « vert » par exemple). Elle sera alors traitée lors de l'évaluation du projet par la banque, préalablement à la signature du crédit. Des conditions suspensives initiales pourront faire

« Le marché du financement bancaire « vert » est pour l'instant peu normé et, comme souvent, ce sont les associations professionnelles qui ont élaboré pour leurs adhérents des guides de bonnes pratiques en la matière. »

intervenir un tiers agréé qui certifiera de manière indépendante le caractère « vert » du projet. Le même tiers pourra intervenir durant la vie du crédit, pour assurer un *reporting* indépendant sur le projet. Dans le cadre d'un crédit non dédié à un seul projet, des critères d'éligibilité devront être agréés. Un minimum de souplesse pour faire évoluer ces critères d'éligibilité dans le temps sera alors nécessaire.

La question de savoir si l'éligibilité d'un projet sera vérifiée uniquement *ab initio* (à la signature du crédit ou au moment de son premier tirage) ou si elle devra être également contrôlée dans la durée (par exemple pendant toute la période de tirage du crédit) devra également être abordée.

Les conséquences, si un projet devient inéligible alors que le crédit n'est pas

intégralement tiré ou remboursé, devront être clairement décrites.

En ce qui concerne l'utilisation des fonds, le prêteur voudra s'assurer que le financement est bien utilisé pour un projet « vert ». Dans le cadre d'un financement accordé à une société dédiée, en plus d'un engagement relatif à l'objet du crédit, des conditions suspensives aux tirages du crédit visant à prouver la bonne utilisation des fonds pourront être prévues : factures acquittées au titre d'un contrat de rénovation par exemple. Dans le cadre d'un crédit *corporate*, il pourra être nécessaire de trancher le crédit pour distinguer les avances « vertes » des autres avances.

Le prêteur pourra également demander que les fonds « verts » soient crédités sur un compte dédié. L'emprunteur pourra, lui, suggérer un contrôle plus souple, *a posteriori*, dans le cadre de son *reporting*. En tout état de cause, les parties devront aborder la question de la sanction du non-respect de ces engagements « verts » : les crédits syndiqués comportent en général une clause faisant du non-respect d'un engagement au titre du contrat un cas de déchéance du terme. Mais en matière de prêt « vert » la sanction peut paraître disproportionnée. Des pénalités sous forme d'augmentation de la marge du crédit pourront être une réponse adéquate dans le cadre d'un crédit *corporate*. Les conséquences d'une telle sanction devront être prudemment évaluées, notamment pour une société dédiée. ■



Par **Geoffrey Levesque**, avocat conseil en droit bancaire et financier, responsable du financement de projet. Il accompagne des sponsors industriels et des fonds d'investissement ainsi que des prêteurs institutionnels. Il intervient notamment dans les domaines des infrastructures et de l'énergie.
geoffrey.levesque@cms-fl.com

Vers le verdissement des contrats publics d'infrastructure : objectif de la commande publique, critères de choix et clauses d'exécution

Les directives européennes du 26 février 2014 concevaient les marchés publics et contrats de concession comme des instruments essentiels pour une croissance intelligente, durable et inclusive, ce que rappelle l'article 35 de la loi dite « Climat et résilience »¹ : il ajoute dans le Code de la commande publique (CCP) le principe suivant : « la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » (art. L. 3-1).

Le verdissement des contrats publics d'infrastructure devient une obligation reposant sur plusieurs outils – dont certains sont évoqués ici – prévus par le CCP au titre de différentes étapes de la passation et de l'exécution de contrats de la commande publique.

A l'exception des mesures relatives aux schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables, qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2023, les dispositions de l'article 35 susvisé entreront en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 22 août 2026. Ce délai, paraissant très long au regard de l'urgence climatique, vise à permettre aux acheteurs et autorités concédantes de disposer du temps nécessaire pour se doter des outils et moyens opérationnels liés à la mise en œuvre de leurs nouvelles obligations.

Une prise en compte des objectifs de développement durable dans les spécifications techniques

A l'instar du Code des marchés

publics auparavant, le CCP impose aux acheteurs et autorités concédantes de prendre en considération avant le lancement de la consultation, les objectifs de développement durable dans la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire (CCP, art. L.2111-1 et L.3111-1). Avec la loi « Climat et résilience », cette obligation de prise en compte s'étend aux spécifications techniques, par référence auxquelles les travaux, fournitures ou services sont définis (CCP, art. L.2111-2 et L.3111-2).

Prise en compte obligatoire de l'environnement dans les conditions d'exécution des contrats publics d'infrastructure

Il devient obligatoire que les conditions d'exécution du marché ou du contrat de concession prennent en compte des considérations relatives à l'environnement (CCP, art. L.2112-2 et L.3114-2), là où le fait de tenir compte de celles relatives à l'économie, à l'innovation ou – nouveauté de la loi « Climat et résilience » – à la lutte contre les discriminations demeure optionnel.

Critères de choix des offres : une ouverture pour les acheteurs ?

Le recours à un critère environnemental de choix des offres était déjà possible dans le cadre de l'attribution d'un marché public ou d'une concession, sous réserve qu'il soit objectif, précis et lié à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution. La loi « Climat et résilience » oblige les acheteurs et autorités concédantes à

retenir au moins un critère d'attribution tenant compte des « caractéristiques environnementales de l'offre », ce qui semble leur laisser une certaine souplesse (CCP, art. L. 2152-7 et L. 3124-5).

Le prix ne pourra ainsi plus être le critère d'attribution unique ; si l'acheteur souhaite retenir un seul critère, il faudra alors qu'il s'agisse du coût global, lequel prend en compte, en vertu de l'article R. 2152-9 du CCP, de telles considérations environnementales.

Deux récentes décisions de tribunaux administratifs publiées s'étaient montrées relativement souples quant au recours à des critères de choix portant sur la responsabilité sociétale des entreprises (TA Dijon, ord., 19 mai 2021, n° 2101212) ou les aspects environnementaux (TA Rennes, ord., 10 mai 2021, n° 2101760). L'obligation nouvelle d'intégrer de tels critères laisse présager une latitude encore plus grande pour intégrer des préoccupations environnementales dans l'attribution des contrats, *a fortiori* dans un contexte de contentieux contractuel où les requérants doivent démontrer non seulement que l'acheteur a méconnu ses obligations mais aussi qu'ils ont été lésés ou sont susceptibles d'être lésés par cette violation. ■

« Le verdissement des contrats publics d'infrastructure devient une obligation reposant sur plusieurs outils (...) prévus par le CCP au titre de différentes étapes de la passation et de l'exécution de contrats de la commande publique. »



Par **Kawthar Ben Khelil**, avocat conseil en droit public. Elle intervient en droit public des affaires et en particulier dans les domaines suivants : commande publique et montages contractuels complexes, droit des propriétés publiques, financement des entités publiques, institutions publiques et parapubliques, aides publiques.
kawthar.benkhelil@cms-fl.com

1. Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

La rénovation énergétique des bâtiments publics au cœur de la relance

Dans le cadre du plan « France Relance », un vaste programme de rénovation énergétique des bâtiments publics a été engagé afin de soutenir le secteur de la construction et de réduire l'empreinte énergétique.

La mise en œuvre de ce programme a été impulsée par la Direction Immobilière de l'Etat (DIE) qui a lancé, à l'automne 2020, des appels à projets à l'issue desquels 4 214 dossiers (portant sur des bâtiments relevant des administrations de l'Etat ou de ses établissements publics) ont été sélectionnés au regard de deux critères principaux : le niveau de performance énergétique du projet et la faculté de notifier les marchés avant le 31 décembre 2021 avec une date de livraison prévisionnelle des travaux de rénovation au 31 décembre 2023.

Les marchés globaux, l'outil privilégié du plan de relance

Une circulaire du Premier ministre du 21 janvier 2021¹, accompagnée d'un guide pédagogique de la DIE, incite à privilégier les marchés globaux pour la mise en œuvre du plan de relance. Cela se justifie par le fait que ces marchés nécessitent une seule procédure pour choisir un groupement associant la maîtrise d'œuvre et tous les corps d'état nécessaires à la réalisation de l'opération de rénovation². En outre, les marchés globaux s'avèrent généralement plus efficaces, en phase d'exécution, que les marchés allotés pour garantir les coûts, les prestations et les délais.

Marchés de performance ou marchés de conception-réalisation

Pour rappel, trois types de marchés globaux sont identifiés par le Code de la commande publique (art. L.2171-1 et s. CCP) : les marchés de conception-réalisation, les

marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels. Pour la mise en œuvre de la rénovation des bâtiments publics, deux types de marchés globaux peuvent être utilisés :

- les marchés globaux de performance (art. L.2171-3 CCP), lorsque le projet poursuit un objectif de performance mesurable dans le temps en matière d'efficacité énergétique. Il s'agit dans ce cas de véritables contrats de performance énergétique³, comportant un engagement de diminution des consommations énergétiques réelles de l'ouvrage, vérifiée et mesurée dans la durée. La DIE a privilégié le recours à ces marchés pour la rénovation des cités administratives de l'Etat en mettant « un kit contractuel » à la disposition des maîtres d'ouvrages ;
- les marchés de conception-réalisation (art. L. 2171-2 CCP), lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique peut être obtenu. Le respect de l'engagement, vérifié à l'achèvement des travaux, porte alors sur un niveau de performance théorique.

Les autres outils au soutien de la rénovation énergétique des bâtiments publics

A côté des contrats globaux à financement public d'autres outils peuvent être mis en œuvre en complément de l'effort financier public. Il semble notamment possible d'adosser à un marché global une opération de valorisation domaniale consistant à mettre à la disposition du titulaire du marché les toi-

« Pour la mise en œuvre de la rénovation des bâtiments publics, deux types de marchés globaux peuvent être utilisés : - les marchés globaux de performance ; les marchés de conception-réalisation. »

tures des bâtiments à rénover (voire d'autres terrains tels que des parkings) en vue de l'installation et de l'exploitation de panneaux photovoltaïques. Les recettes annexes tirées de cette valorisation peuvent ainsi être prises en compte dans le calcul du prix du marché. Le recours aux contrats globaux à financement privé – total ou partiel – pourra également, à court ou moyen terme, être un levier utile pour financer la rénovation énergétique des bâtiments publics et, plus largement, la transition écologique. ■

1. Circulaire n° 6244/SG du 21 janvier 2021 relative aux outils et instructions à l'usage des porteurs de projets immobiliers de l'Etat, non publiée. S'agissant des bâtiments des collectivités territoriales, voir l'instruction ministérielle du 18 novembre 2020 (NOR : TERC2030398J).

2. T. Carenzi, « Marchés globaux et groupement d'opérateurs », Revue Contrats publics, n° 222, juillet 2021.

3. F. Tenailleau, Contrats de performance énergétique, JurisClasseur Contrats et Marchés Publics Fasc. 650.



Par **François Tenailleau**, avocat associé en droit public et responsable de la pratique Infrastructure. Il accompagne des opérateurs de tous secteurs et des entreprises de construction, des institutions financières et des fonds d'infrastructures ainsi que les entités du secteur public. Il intervient notamment en matière de contrats publics (marchés publics, concessions, partenariats public-privé, etc.).
francois.tenailleau@cms-fl.com



Et **Thomas Carenzi**, avocat conseil en droit public. Il intervient en droit public des affaires et en particulier dans les domaines suivants : commande publique et montages contractuels complexes, droit des propriétés publiques, financement des entités publiques, institutions publiques et parapubliques, aides publiques.
thomas.carenzi@cms-fl.com

Performance énergétique et responsabilité des constructeurs, nouvelles exigences et difficultés d'application

Le décret n° 2021-1004 du 29 juillet 2021 relatif aux exigences de performance énergétique et environnementale des constructions de bâtiments en France métropolitaine, ainsi que l'arrêté du 4 août 2021, relancent le débat sur la difficile appréhension des enjeux énergétiques et environnementaux par les mécanismes classiques du droit de la construction.

La nouvelle réglementation

Ces textes, qui s'inscrivent dans le cadre de la future RE2020, fixent des exigences applicables progressivement à compter du 1^{er} janvier 2022 aux constructions neuves et extensions à usage d'habitation, de bureau ou d'enseignement, dont l'objectif est d'optimiser la conception énergétique du bâti et de limiter la consommation d'énergie ainsi que l'impact sur le changement climatique. Il s'agit, par exemple, de vérifier tout système de ventilation des bâtiments et parties de bâtiments à usage d'habitation afin de s'assurer qu'il fonctionne correctement, de garantir un éclairage naturel et une vue sur l'extérieur suffisants et d'équiper ces mêmes bâtiments de systèmes permettant de mesurer ou d'estimer la consommation d'énergie de chaque logement, par type d'énergie. Les professionnels du secteur devront composer avec ces nouvelles dispositions qui viennent s'ajouter à un corpus normatif déjà dense.

Ce cadre normatif a véritablement été instauré par les lois Grenelle 1 et 2 (lois n° 2009-967 du 3 août 2009 et n° 2010-788 12 juillet 2010) et les dispositions de la réglementation thermique 2012 (décret n° 2010-1269 du 26

« L'entrée en vigueur des nouvelles exigences pose, classiquement, outre la problématique de leur mise en œuvre effective, la question de la responsabilité des constructeurs en cas de non-respect. »

octobre 2010 et arrêté du 26 octobre 2010), laquelle est prochainement amenée à être remplacée par la RE2020.

L'entrée en vigueur des nouvelles exigences pose, classiquement, outre la problématique de leur mise en œuvre effective, la question de la responsabilité des constructeurs en cas de non-respect.

La responsabilité des constructeurs

Le Conseil d'Etat s'emparait déjà en 2011 de la garantie décennale pour juger que la surchauffe constatée dans des salles de classe d'une école primaire, résultant d'une mauvaise conception du bâtiment, en particulier de la toiture, était un désordre de nature à rendre l'immeuble impropre à sa destination (CE, 9 décembre 2011, n° 346189).

Le juge judiciaire est en revanche confronté à une application malaisée du mécanisme de la garantie décennale, l'article L.123-2 du Code de la construction et de l'habitation fournissant une définition restrictive du critère de l'impropriété à destination en le conditionnant à la démonstration d'une « *surconsommation énergétique ne permettant l'utilisation de l'ouvrage qu'à un coût exorbitant* » et ce, sous réserve que les conditions d'usage et d'entretien de

l'ouvrage soient jugées appropriées. Rares sont donc les décisions admettant la mise en œuvre de la garantie prévue par l'article 1792 du Code civil.

En définitive, la mobilisation des garanties légales semble plus ou moins aisée. Le fondement contractuel ne devrait-il donc pas être privilégié ? Le demandeur devra alors démontrer la faute du constructeur et le préjudice. Mais, si la théorie jurisprudentielle des désordres intermédiaires peut venir au secours du maître d'ouvrage privé au stade de l'après-réception (Cass., 3^e civ., 10 juillet 1978, n° 77-12595), elle demeure exclue en matière administrative (CE, 7 décembre 2015, n° 380419).

En conséquence, les intervenants à l'acte de construire devront veiller à disposer d'une couverture assurantielle pour ces nouveaux enjeux. Certains assureurs proposent déjà des garanties facultatives spécifiques « *performance énergétique* ».

Cette question de la couverture se pose avec d'autant plus d'acuité que la loi « Climat et résilience », promulguée le 24 août 2021, interdit, dès 2025, la mise en location des logements les moins bien isolés, qui seront considérés comme indécents au regard de la loi. ■



Par **Alice Royaux**, avocat en droit public de CMS Francis Lefebvre Lyon. Elle intervient essentiellement en droit de l'urbanisme, tant en conseil qu'en contentieux, au profit de personnes publiques et privées.
alice.royaux@lyon.cms-fl.com



Et **Axelle Jeannerod**, avocat en droit immobilier et construction de CMS Francis Lefebvre Lyon. Elle conseille les entreprises comme les particuliers et défend leurs intérêts au cours de procédures contentieuses.
axelle.jeannerod@lyon.cms-fl.com

Déploiement de l'infrastructure de recharge pour véhicules électriques : une opportunité d'investissement

Les investissements se multiplient dans les infrastructures de recharge pour véhicules électriques (IRVE). Quels schémas juridiques les sous-tendent ?

Un contexte incitatif

Les IRVE ont vocation à se déployer partout où il est nécessaire de recharger un véhicule : domicile ou lieu de travail sur un temps long, lieux de stationnement comme les parkings de centres commerciaux ou autres lieux d'arrêt ponctuel et bref (moins de 30 mn) comme les aires d'autoroutes. A ces trois cas, correspondent trois types de charge de puissance différente : charge normale (maximum de 3,7 kW), accélérée (22 kW) et rapide (plus de 22 kW)¹. Le Gouvernement s'est fixé un objectif de 100 000 bornes ouvertes au public fin 2021, objectif peu réalisable au regard des 43 700 bornes ouvertes au public en service mi-juillet malgré l'installation de 11 000 bornes en six mois. Les perspectives de développement sont donc encore colossales. Les acteurs construisent des modèles économiques reposant sur les fortes mesures incitatives mises en place par l'Etat : financement par le mécanisme des certificats d'économies d'énergie (CEE) via le programme ADVENIR², prise en charge par les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE) d'une part importante du coût de raccordement des IRVE ouvertes au public³ et subventions aux IRVE rapides sur les aires d'autoroute⁴.

Un cadre juridique souple

La loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (loi LOM) a enca-

dré le développement et l'exploitation des IRVE en cloisonnant le régime de l'électricité - en amont de l'opérateur d'IRVE - et celui de la mobilité - en aval, sans soumettre à autorisation administrative l'activité d'opérateur d'IRVE⁵.

« Les investissements se multiplient dans les infrastructures de recharge pour véhicules électriques. »

Trois principaux schémas coexistent pour les bornes ouvertes au public, avec des aménagements spécifiques à chaque situation :

- délivrance par l'opérateur d'IRVE d'une prestation de services (accès incluant la cession de l'énergie⁶) aux utilisateurs qui branchent leur véhicule sans contrat préalable ;
 - délivrance d'une prestation de services (accès incluant la cession de l'énergie) à des opérateurs de mobilité qui utilisent cet accès pour leurs clients ;
 - inscription sur une plateforme d'interopérabilité mettant en relation les opérateurs d'IRVE avec des opérateurs de mobilité.
- Si les trois grands types d'acteurs (opé-

rateurs d'IRVE, de mobilité et d'interopérabilité) sont définis par les textes réglementaires, une difficulté réside dans la distinction entre les qualifications d'opérateur d'IRVE, d'aménageur (maître d'ouvrage puis propriétaire de l'infrastructure de charge) et d'opérateur de mobilité, sachant qu'une même entité peut cumuler les rôles. A cette problématique s'ajoute celle de l'autoconsommation, car souvent les IRVE sont installées sur des emplacements de stationnement publics où des ombrières photovoltaïques sont installées. ■

1. Sans que cette terminologie soit consacrée.

2. Voir notre article <https://cms.law/fr/fra/news-information/les-cee-a-l-appui-de-la-mobilité-electrique>.

3. Voir loi LOM n° 2019-1428 (prise en charge maximale de 75 % des coûts de raccordement des infrastructures de recharge ouvertes au public, article 64 II) et l'arrêté du 12 mai 2020 modifié.

4. Enveloppe de 100 millions d'euros fixée par l'arrêté du 15 février 2021 relatif aux modalités de gestion de l'aide en faveur des investissements relatifs aux installations de recharge rapide pour véhicules électriques sur les grands axes routiers.

5. Voir notre article : <https://cms.law/fr/fra/publication/le-cadre-juridique-de-la-charge-de-vehicules-electriques-issu-de-la-lom>.

6. La qualification d'activité d'opérateur d'IRVE en prestation de services, s'effectue sans préjudice de l'analyse du régime de TVA applicable.



Par **Aurore-Emmanuelle Rubio**, avocat counsel en droit de l'énergie. Elle accompagne les opérateurs économiques (industriels, établissements bancaires et financiers, opérateurs publics) dans leurs projets dans le secteur de l'énergie (conseil réglementaire, négociation contractuelle, contentieux).
aurore-emmanuelle.rubio@cms-fl.com



Et **Marc Devedeix**, avocat en droit de l'énergie et droit public. Il accompagne les clients dans leurs activités industrielles régulées, sur les aspects contractuels et réglementaires dans leurs rapports avec l'Etat, le régulateur ou d'autres opérateurs économiques.
marc.devedeix@cms-fl.com

Infrastructures énergétiques durables : l'enjeu de la flexibilité

Des enjeux importants

L'enjeu, pour un système énergétique, est l'équilibre entre offre et demande dans le temps. Il est particulièrement aigu pour un système électrique, puisque l'électricité ne se stocke pas. Sous ce jour, la transformation que nous amorçons avec la transition énergétique répond à trois contraintes : la suppression progressive des émissions de gaz à effet de serre, l'intégration massive de moyens de production d'électricité intermittents que sont par exemple l'énergie photovoltaïque et l'énergie éolienne, et la libéralisation des marchés à l'échelle européenne. Elle bénéficie de deux atouts : la capacité d'innovation sans précédent de l'industrie et la révolution numérique. Les travaux prospectifs menés par l'opérateur du système électrique français, RTE, autour de six scénarios, soulignent que la résultante de ces mutations est un besoin accru de flexibilité¹. Aujourd'hui, pour satisfaire la pointe de consommation annuelle, fût-elle brève, sans priver quiconque d'électricité, chaque Etat dimensionne son parc de production pilotable à hauteur de ce besoin maximal. Cela ne sera bientôt plus possible, sauf à consentir des investissements gigantesques et un surdimensionnement des outils de production et des réseaux, car il n'est pas rare que vent et soleil manquent lorsque la demande est la plus élevée.

De la flexibilité en réponse

Les travaux de RTE dessinent ainsi un système électrique 2050 foncièrement différent, dans lequel la production et la consommation ont substantiellement gagné en élasticité à court terme, échappant à la malédiction des marchés de commodi-

tés, à savoir la volatilité des prix. Compte tenu de l'intermittence d'une substantielle proportion du parc de production et de l'hypothèse de conversion de nombreux usages à l'électricité (le véhicule électrique par exemple), le besoin d'investissement est néanmoins, dans tous les cas, très important. Il est qualifié de « besoin de flexibilité », c'est-à-dire que le pilotage du système restera contrôlé par RTE, mais sera réparti dans l'ensemble des réseaux et exigera la coordination, à différentes échelles géographiques, de multiples acteurs, depuis une solidarité européenne accrue jusqu'au consommateur dont le véhicule électrique ou le ballon d'eau chaude sera actionné par un ou plusieurs tiers, grâce aux « compteurs intelligents ».

« L'enjeu, pour un système énergétique, est l'équilibre entre offre et demande dans le temps. »

Les mécanismes sur lesquels travaillent les opérateurs, comme RTE, commencent à apparaître, sous forme d'expérimentations ou de réponses à appels d'offres publics : effacements de consommation, stockage, appels d'offres long terme, appels d'offres effacement... qui viennent compléter les « mécanismes de capacité », qualifiés de régimes d'aides d'Etat et autorisés à ce titre par la Commission européenne par périodes décennales. Mais les bouleverse-

ments à venir posent de multiples questions juridiques : répartition des fonctions entre opérateurs en monopole et acteurs en concurrence, tarification de l'usage des réseaux, acceptabilité des coupures d'électricité, restrictions des usages domestiques, gestion des données personnelles... Il faudra également inventer de nouvelles formes de solidarité, notamment autour des projets d'autoconsommation individuelle et collective. La France peut s'enorgueillir de compter des acteurs de premier plan dans le secteur de la flexibilité. Les dernières opérations montrent ainsi que les investisseurs privés ont un rôle central à jouer dans cette transformation, d'autant plus que la régulation pourra favoriser ces investissements privés, évitant ainsi un report du coût du redimensionnement des réseaux sur les contribuables ou les consommateurs finals. ■

1. RTE, « Futurs Énergétiques 2050 : Bilan de la Phase I. Synthèse et enseignements issus de la consultation publique », 8 juin 2021 (https://assets.rte-france.com/prod/public/2021-06/BP50_Bilan%20de%20la%20consultation%20publique.pdf).



Par **Christophe Barthélemy**, avocat associé en droit public et droit de l'énergie. Il intervient plus particulièrement, tant en conseil qu'en contentieux, dans les activités régulées (transport, distribution, stockage, etc.) et concurrentielles (évolution des acteurs, projets de production nucléaire, thermique ou renouvelable, commercialisation, maîtrise de l'énergie, transport et mobilité électrique, etc.).
christophe.barthelemy@cms-fl.com

Et **Aurore-Emmanuelle Rubio**, avocat conseil en droit de l'énergie.
aurore-emmanuelle.rubio@cms-fl.com

Le développement des infrastructures routières et des espaces avoisinants à l'épreuve du droit de l'urbanisme

La forte croissance économique en France depuis la fin des années 1980 s'est traduite par la prolifération de zones d'activités et/ou de services le long des voies routières et autoroutières comme aux entrées des villes, servie par l'accessibilité et la visibilité offertes par ce type de localisation. Le développement de ces zones - illustration d'une politique d'aménagement court-termiste et sans structuration - est ainsi intervenue sans réelle prise en compte de préoccupations liées à l'urbanisme, à l'architecture ou aux paysages, entraînant un phénomène de saturation et une atteinte manifeste (et irrémédiable ?) à ces espaces.

Promouvoir un urbanisme de qualité, le principe d'inconstructibilité

C'est dans ce contexte et pour pallier cette carence que la loi n° 95-101 du 2 février 1995¹, dite « Loi Barnier », a entendu « promouvoir un urbanisme de qualité » le long des axes routiers lequel s'est traduit en pratique par l'introduction de l'article L.111-1-4 au sein du Code de l'urbanisme, désormais codifié aux articles L.111-3 à L.111-8 dudit code.

Aujourd'hui, l'article L.111-6 du Code de l'urbanisme² interdit, par principe, en dehors des espaces urbanisés des communes, « toute construction, dans une bande de 100 mètres de part et d'autre de l'axe des autoroutes, des routes express et des déviations au sens du code de la voirie routière et de 75 mètres de part et d'autre de l'axe des autres routes

classées à grande circulation ». Cette interdiction met ainsi un coup d'arrêt au développement déstructuré des espaces bordant les infrastructures routières.

Des exceptions³ à ce principe d'inconstructibilité existent toutefois mais sont limitativement énumérées à l'article L.111-7 du Code de l'urbanisme. Elles visent notamment la construction de services publics exigeant une proximité immédiate de telles infrastructures ou encore les bâtiments agricoles.

Ainsi, en dehors de ces exceptions, la création de nouveaux axes routiers emporte désormais l'application de plein droit du principe d'inconstructibilité de part et d'autre de ces axes. Dans ces conditions, une réflexion globale sur l'aménagement des territoires traversés par de tels axes doit être nécessairement menée préalablement à leur création ou leur rénovation, par les communes et les gestionnaires de réseaux, afin de permettre la conciliation

entre les impératifs d'attractivité économique et la préservation des paysages. Encourager le recours aux énergies renouvelables

Il est à noter que depuis le 9 novembre 2019, date de publication de la loi n° 2019-1147 dite « loi Énergie-Climat »⁴, le législateur a étendu le champ d'application des dérogations à toute infrastructure de production d'énergie solaire installée sur des parcelles déclassées, des aires de repos, de service ou de stationnement des axes routiers. En d'autres termes, afin d'encourager le recours aux énergies renouvelables et ainsi atteindre les objectifs nationaux fixés dans le cadre de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), l'implantation de panneaux photovoltaïques sur des parcelles anciennement intégrées au domaine public routier est désormais possible.

Le développement de nouvelles infrastructures routières et l'aménagement des espaces situés à proximité immédiate de ces axes routiers représentent donc autant d'enjeux à ne pas négliger et d'opportunités nouvelles dans le cadre de la transition écologique. ■

« (...) la création de nouveaux axes routiers emporte désormais l'application de plein droit du principe d'inconstructibilité de part et d'autre de ces axes. »

1. Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.
2. Cet article est applicable que la commune soit ou non couverte par un document d'urbanisme.
3. Il existe d'autres cas de dérogations à ce principe, prévus aux articles L. 111-8 et L. 111-9 du Code de l'urbanisme.
4. Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.



Par **Céline Cloché-Dubois**, avocat associé en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès d'opérateurs publics et privés (investisseurs, promoteurs, aménageurs) dans le cadre de projets de développement et d'aménagement. celine.cloche-dubois@cms-fl.com



Et **Clotilde Laborde**, avocat en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès des entreprises et des personnes publiques. clotilde.laborde@cms-fl.com

Les incidences en fiscalité locale de l'utilisation des ouvrages publics pour la production d'énergie renouvelable

En tant que propriétaires de nombreux bâtiments et ouvrages publics, les collectivités territoriales sont naturellement sensibilisées au processus de transition énergétique. Outre les retombées en termes d'image, la production d'énergie permet de retrouver une certaine maîtrise locale des coûts énergétiques.

Néanmoins, la décision d'utiliser des ouvrages publics comme supports d'équipements de production d'énergie durable tels que des panneaux photovoltaïques implique pour la collectivité d'en apprécier préalablement les impacts fiscaux notamment en matière d'impôts locaux dont elles peuvent potentiellement devenir redevables. Si l'obstacle de la taxe foncière a été levé, la cotisation foncière des entreprises (CFE), la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) et l'imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux (IFER) peuvent influencer sur leur mode d'exploitation.

L'imposition de la collectivité en tant que propriétaire des ouvrages supportant les panneaux

Les dispositions de l'article 1382- 1° du Code général des impôts (CGI) 1° prévoient que les immeubles de l'Etat et des collectivités territoriales sont exonérés de la taxe foncière sur les propriétés bâties à la double condition d'être affectés à un service public ou d'utilité générale et d'être improductifs de revenus.

Cette dernière condition d'improductivité de revenus était de nature à dissuader l'installation de panneaux photovoltaïques sur les bâtiments publics ainsi exonérés de taxe foncière. En effet, il y a productivité lorsque la collectivité utilise elle-même l'ouvrage pour l'exercice d'une activité

« Le mode d'exploitation de ces installations n'est pas neutre au regard des impôts locaux du commerce. »

lucrative ou lorsque la mise à disposition à un tiers s'accompagne d'une rémunération même symbolique.

Ainsi, l'exploitation directe de panneaux photovoltaïques comme l'autorisation accordée à un tiers exploitant d'en installer sur un ouvrage public moyennant une redevance caractérisaient la production de revenus et remettaient en cause l'exonération de taxe foncière qui bénéficiait à l'ouvrage public servant de support.

Ce frein a été levé par la loi de finance pour 2019¹ laquelle dispose que l'exercice d'une activité de production d'électricité d'origine photovoltaïque ayant pour support des bâtiments publics n'est pas de nature à remettre en cause l'exonération prévue par l'article 1382, 1° du CGI en faveur des propriétés publiques, que cette activité soit productive de revenus ou non.

L'imposition de la collectivité en tant qu'exploitante des panneaux

Le mode d'exploitation de ces installations

n'est pas neutre au regard des impôts locaux du commerce. La vente d'électricité solaire réalisée par une collectivité est constitutive d'une activité commerciale de nature à entraîner son assujettissement à la CFE. On rappelle que les immobilisations destinées à la production d'électricité d'origine photovoltaïque bénéficient elles-mêmes d'une exonération de taxe foncière et de CFE².

Si le chiffre d'affaires lié à cette activité excède 500 000 euros, elle sera également soumise à CVAE dont le taux, appliqué à la valeur ajoutée produite, varie en fonction du chiffre d'affaires procuré par cette activité.

Enfin, les collectivités qui décideraient d'exploiter elle-même une centrale de production d'électricité d'origine photovoltaïque pourrait être soumises à l'IFER dès lors que la puissance électrique installée est supérieure ou égale à 100 kilowatts.

Précisons que l'IFER n'est toutefois pas due en cas d'autoconsommation par la collectivité de l'énergie ainsi produite ou, en cas d'exploitation par un tiers des panneaux installés sur un ouvrage public, si la collectivité rachète l'électricité produite pour son propre usage.

Dès lors, les enjeux fiscaux de l'installation de panneaux photovoltaïques par une collectivité impliquent une réflexion préalable en particulier sur leur mode d'exploitation. ■



Par **Alexis Bussac**, avocat conseil en fiscalité. Il intervient tant en conseil qu'en contentieux particulièrement en matière de fiscalité locale.
alexis.bussac@cms-fl.com

1. CGI art. 1382, dernier alinéa, issu de l'article 171 de la loi 2018-1317 du 28-12-2018).

2. CGI art. 1382, 12°.

Rénovation énergétique des bâtiments : une approche fiscale encore embryonnaire

La fiscalité écologique fait beaucoup parler d'elle mais elle reste en réalité marginale dans le domaine particulier de la taxation des bénéfices des entreprises, en particulier pour ce qui concerne la rénovation des bâtiments. Un nouveau dispositif incitatif vient certes d'être instauré, sous forme de crédit d'impôt, mais son champ le limite aux PME et son application reste temporaire.

La lecture de la presse d'information généraliste donne le sentiment que la fiscalité est l'un des principaux bras armés des gouvernements successifs dans la lutte contre la pollution et le réchauffement climatique. Les mesures destinées à favoriser la transition écologique semblent fleurir et donnent lieu à des débats récurrents, qui dérivent parfois en des combats politiques ou des contestations populaires intenses.

Pour ce qui concerne plus spécifiquement le domaine de la fiscalité des bénéfices des entreprises, il est pourtant délicat d'affirmer que la transition écologique et *a fortiori* la rénovation énergétique des bâtiments ont impacté intensément la législation et les politiques fiscales des entreprises qui en découlent.

Une fiscalité écologique à géométrie variable

Jusqu'à présent, la fiscalité écologique a pu prendre la forme soit de l'instauration de taxes spécifiques sur les consommations de ressources (taxe générale sur les activités polluantes, taxe intérieure sur la consommation de produit énergétiques, taxe intérieure de consommation finale sur l'électricité, taxe intérieure de consommation sur le gaz naturel, etc.) ; soit de la modulation de dispositifs existants en fonction de paramètres liés à la pollution (taxes sur les véhicules de sociétés, limitation de la déduction de

l'amortissement des véhicules) ; soit de l'incitation à investir via des avantages fiscaux conférés à certaines dépenses favorisant la transition écologique, notamment pour les particuliers (crédit d'impôt pour la transition énergétique, crédit d'impôt pour l'équipement de logements en systèmes de charge pour véhicules électriques).

Absence de mesures fortes en matière de fiscalité des bénéfices

En matière d'imposition sur les bénéfices, les entreprises, pour leur part, n'ont pu jusqu'à présent bénéficier que d'incitations limitées, essentiellement sous la forme de déductions exceptionnelles de dépenses liées à des investissements dans des véhicules ou engins utilisant des énergies propres ou dans certains équipements de réfrigération et de traitement de l'air. Contrairement à la recherche, à l'emploi, à l'apprentissage ou à la famille, par exemple, l'écologie n'avait en revanche jamais ouvert droit à un crédit d'impôt pour les entreprises, jusqu'à l'instauration du crédit d'impôt pour la rénovation énergétique de bâ-

timents par l'article 27 de la loi de finances pour 2021 (loi 2020-1721 du 29 décembre 2020).

Le champ d'application de ce crédit d'impôt est toutefois singulièrement restreint : il est limité aux dépenses engagées entre le 1^{er} octobre 2020 et le 31 décembre 2021, il ne concerne que les PME (qui emploient moins de 250 personnes et soit réalisent un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros, soit disposent d'un total de bilan annuel qui ne dépasse pas 43 millions d'euros), il vise spécifiquement les locaux à usage tertiaire, il est soumis à des conditions relatives à la nature des travaux et des intervenants, et son montant égal à 30 % des dépenses éligibles est plafonné à un total de 25 000 euros (sur un ou plusieurs exercices comptables, clos entre 2020 et 2022).

Dans ces conditions, force est de constater qu'à ce jour, les principaux leviers de la rénovation énergétique des bâtiments des entreprises ne sont pas d'ordre fiscal mais relèvent d'autres domaines (certificats d'économie d'énergie, par exemple). ■

« L'écologie n'avait jamais ouvert droit à un crédit d'impôt pour les entreprises, jusqu'à l'instauration du crédit d'impôt pour la rénovation énergétique de bâtiments. »



Par **Frédéric Gerner**, avocat associé en fiscalité.
Il intervient tant en matière de conseil que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs, notamment celles liées aux restructurations intragroupes et à l'immobilier.
frederic.gerner@cms-fl.com

Procédure collective et responsabilité environnementale : si ce n'est toi, serait-ce ta mère ?

Le temps passant et pressant, le législateur tente de prendre en compte l'urgence environnementale répondant ainsi au cri lancé par Victor Hugo il y a près de 150 ans : « *c'est une triste chose de songer que la nature parle et que le genre humain ne l'écoute pas* ».

Le législateur a progressivement pris en compte cette préoccupation en encadrant la responsabilité des « pollueurs -payeurs ». Toutefois, le cadre juridique ne permettant pas de palier la problématique des sites dits « orphelins », du fait notamment de l'insolvabilité des auteurs de la pollution, la loi Grenelle 2 a, en 2010, créé une responsabilité environnementale susceptible de peser sur la société « mère » ou « grand-mère » d'une entité défaillante (art. L.512-17 du Code de l'environnement).

Plus de dix années après son entrée en vigueur, force est de constater que l'application de ce texte est source d'insécurité juridique.

Une responsabilité pour insuffisance d'actifs

Le texte dispose en son alinéa 1^{er} que « *Lorsque l'exploitant est une société filiale [...] et qu'une [...] liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal [...] pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance*

d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de réhabilitation du ou des sites en fin d'activité ». La source d'inspiration est clairement l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif du Code de commerce. Le deuxième alinéa du texte permet de faire peser en cas de nécessité le poids de la condamnation sur la « grand-mère ».

Ce texte a ainsi vocation à répondre aux situations dans lesquelles un groupe décide d'abandonner une de ses filiales exploitant une Installation Classée pour la Protection de l'Environnement (ICPE) alors celle-ci ne dispose pas des moyens nécessaires pour assurer la dépollution du site. Ce faisant, il a vocation à apporter une solution lorsque les organes de la procédure collective ne parviennent pas à réaliser/commercialiser un tel site « en l'état ».

Une source d'insécurité juridique

S'il est aisé de savoir si une société fait l'objet d'une liquidation judiciaire et si elle exploite (exploitait plus exactement) une ICPE, il est plus compliqué de déterminer si sa société mère a commis une « faute caractérisée ». De même, la question de l'insuffisance d'actif peut prêter à interprétation.

L'insuffisance d'actif doit pouvoir s'entendre ici de la même façon que dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif : le résultat négatif de la

comparaison entre l'actif et le passif de la filiale. Toutefois, le diable nichant comme les difficultés dans les détails, la détermination de l'actif oscille, selon les juridictions du fond¹, entre actif réalisé et actif réalisable et celle du passif ne concerne que le passif antérieur à l'ouverture, ce qui interpelle s'agissant du passif dit « environnemental » qui naît de l'arrêté mettant en demeure l'exploitant de remettre en état son site².

La notion de « faute caractérisée » demeure sibylline d'autant plus que la jurisprudence n'a pas suppléé la carence de définition du texte. Une tentative de définition pourrait être que la faute caractérisée est entre la faute simple, la faute lourde et la faute intentionnelle, c'est-à-dire qu'elle peut être non intentionnelle, mais que la gravité des risques auxquels elle expose ne peut être ignorée par son auteur.

Une dernière source d'insécurité réside, non plus dans la définition des conditions de l'action mais dans son régime. En effet, il semble que rien légalement n'empêche un éventuel cumul de cette responsabilité environnementale avec les actions « classiques » du droit des procédures collectives. ■



Par **Anne Plisson**, avocat en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient en matière de conseil, rédaction d'actes et contentieux dans le cadre de projets de développement et d'aménagement.
anne.plisson@cms-fl.com



Et **Léo Gironde**, avocat membre de l'équipe Restructuring. Il intervient en matière de prévention et de traitement amiable et judiciaire des difficultés des entreprises.
leo.gironde@cms-fl.com

1. Com 30 janv. 1990, n°88-15873 ; Com 7 juin 2005, n°04-13262.

2. Com. 17 sept. 2002, n°99-16597 ; Com. 28 sept. 2004, n°02-19348

La finalisation de l'intégration de la Directive SFDR dans la réglementation financière : plus d'échappatoire pour les gestionnaires d'actifs

Si les gérants d'actifs pensaient que le Règlement 2019/2088/UE relatif à la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, dit « SFDR », leur laissait encore la possibilité, s'ils ne relevaient pas de ses articles 8 ou 9, de ne pas intégrer dans leurs process de gestion la prise en compte des risques et des facteurs de durabilité, les textes de la Commission européenne du 2 août 2021 ont levé, tant directement qu'indirectement, toute ambi-

toutes les procédures nécessaires pour permettre au gestionnaire d'évaluer, pour chaque fonds qu'il gère, l'exposition de ces fonds aux risques de marché, de liquidité, de contrepartie et aux risques en matière de durabilité.

Enfin, et ce qui peut être en pratique le plus impactant, le nouveau dispositif réglementaire met expressément à la charge des dirigeants responsables de ces sociétés de gestion la responsabilité de la mise en œuvre de ces nouvelles obligations.

Promotion de la transparence du facteur de durabilité dans le processus de commercialisation pour lutter contre l'écoblanchiment

Indirectement, c'est au travers des règles en matière de commercialisation que le régime complémentaire de SFDR est susceptible d'affecter les géants de fonds et, plus largement, les acteurs financiers. En effet, la Commission a eu pour ambition dans ses nouveaux textes de limiter le risque d'écoblanchiment en exigeant une transparence de l'information transmise au client en matière de durabilité lors de la fourniture du service de conseil en investissement ou d'un service de gestion. Cette obligation de transparence impose non seulement aux conseillers et gérants d'obtenir des informations sur la prise en compte des facteurs de durabilité des instruments financiers présentés ou choisis pour leurs clients, mais également d'informer leurs clients des différents degrés de durabilité.

Ainsi, le Règlement délégué 2017/565/UE prévoit dans sa nouvelle rédaction qu'en cas de fourniture de conseil en investissement, une description des facteurs de durabilité pris en compte dans le processus de sélection des instruments financiers devra être communiquée au client. De la sorte, préalablement à la fourniture d'un service de conseil en investissement ou d'un service de gestion à un client, l'entreprise d'investissement sera tenue de prendre en compte les éventuelles préférences du client en matière de durabilité comme nouveau critères pour déterminer l'adéquation du produit.

Selon cette même logique, les critères de durabilité retenus par le client constituent désormais un élément discriminant, de sorte que la nouvelle réglementation interdit de recommander ou de négocier des instruments financiers comme correspondant aux préférences du client en matière de durabilité si tel n'est pas le cas. Enfin, la déclaration d'adéquation inclut à présent la durabilité : la synthèse justifiant dans quelle mesure un conseil en investissement fourni à un client correspond à ses préférences devra ainsi préciser les raisons du choix au regard des critères de durabilité.

Ainsi, en renforçant les exigences de transparence aux bénéfices des clients au niveau des distributeurs, la Commission fait également pression sur les acteurs de la gestion qui seront contraints de répondre aux besoins de leurs prestataires commercialisateurs. ■

Les gestionnaires d'actifs tenus d'intégrer le risque de durabilité dans leur contrôle interne

Directement, la directive déléguée 2021/1270/UE et le règlement délégué 2021/1255/UE font désormais respectivement obligation aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières et aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs de prendre systématiquement en compte dans leur procédure et organisation le risque de durabilité. Ainsi, lorsqu'ils procèdent à la détection des types de conflits d'intérêts dont l'existence peut porter atteinte aux intérêts d'un fonds qu'ils gèrent, ces gérants sont à présent tenus d'inclure les types de conflits d'intérêts qui peuvent découler de l'intégration des risques en matière de durabilité dans leurs processus, systèmes et contrôles internes.

Par ailleurs, ces textes leur imposent d'intégrer à la politique de gestion des risques

Par **Jérôme Sutour**, avocat associé en banque & finance, responsable des pratiques services financiers et blockchain/crypto-actifs. Il intervient sur tous les aspects de régulation bancaire et financière.
jerome.sutour@cms-fl.com



Et **Elise Tek**, avocat en droit bancaire et financier.
elise.tek@cms-fl.com



Recentrage du dispositif « Pinel » sur l'habitat collectif : une évolution aux contours incertains

Le dispositif « Pinel » ouvre droit, sous conditions, à une réduction d'impôt sur le revenu pour les particuliers qui acquièrent ou font construire des logements neufs ou assimilés.

Si ce dispositif a été prorogé pour une durée de trois ans par l'article 168 de la loi de finances pour 2021, une réduction progressive de son taux a également été prévue en vue d'organiser une transition vers un dispositif plus efficient.

Par ailleurs, l'article 169 de la loi précitée a modifié le champ d'application du dispositif « Pinel » en le recentrant, à compter de 2021, sur l'habitat collectif, ce qui n'est pas sans poser de difficultés pour les investisseurs et les professionnels de l'immobilier.

Cette nouvelle condition s'applique ainsi :
– aux logements acquis neufs ou en VEFA à compter du 1^{er} janvier 2021 ; et
– aux logements construits pour lesquels une demande de PC est déposée à compter du 1^{er} janvier 2021.

Le problème est que cette notion de « bâtiment d'habitation collectif » suscite, depuis son entrée en vigueur, d'importantes difficultés.

Les conditions pour définir un bâtiment d'habitation collectif

Si le rescrit publié au BOFIP¹ fin 2020 avait vocation à préciser la notion de « bâtiment d'habitation collectif », celui-ci n'a pas eu pour effet de dissiper toutes les incertitudes.

En effet, il semble que la doctrine administrative considère que l'existence d'un bâtiment d'habitation collectif nécessite le

respect des trois conditions cumulatives suivantes :

- la réalisation d'un nombre minimal de logements, obligatoirement supérieur à deux ;
- le groupement des logements dans un seul et même bâtiment : ce regroupement n'impliquant pas nécessairement la superposition verticale des logements, ces derniers pouvant également être alignés ou en bande ;
- une construction se présentant en un seul bâtiment caractérisé par une unité de structure (*fondations, toiture, gros œuvre, etc.*), quelle que soit la configuration des logements.

Si les deux premières conditions ne posent pas de difficultés majeures, les contours de la troisième restent très ambigus dans la mesure où il n'est pas précisé si tous les éléments structurels - *fondations, toiture et gros œuvre* - doivent obligatoirement être communs ou s'ils ne constituent que des exemples d'éléments permettant de caractériser l'existence d'une unité de structure.

La situation des bâtiments ayant unique-

ment l'un de ces éléments en commun demeure donc aujourd'hui totalement incertaine.

Des incertitudes persistantes

S'ajoute à cela une mise à jour du BOFIP² réalisée en date du 21 juin 2021 qui a précisé qu'un bâtiment d'habitation collectif « s'entend d'un immeuble d'habitation autre qu'un bâtiment individuel au sens de l'article L. 231-1 du CCH » c'est-à-dire autre qu'un immeuble à usage d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage.

L'ajout de cette définition, déjà citée par le BOFIP concernant le dispositif d'abattement exceptionnel prévu par l'article 28 de la loi de finances rectificative pour 2017 n'a cependant pas eu pour effet de lever les incertitudes existantes dans la mesure où la doctrine administrative renvoie toujours, en parallèle, au rescrit susmentionné.

Il semble donc que le respect des trois conditions précitées reste aujourd'hui nécessaire pour qualifier un bâtiment de collectif.

Il en résulte que ce recentrage suscite des incertitudes grandissantes pour bon nombre de programmes immobiliers dont l'éligibilité au dispositif « Pinel » reste aujourd'hui incertaine. Il serait donc opportun que l'administration fiscale prenne position sur le sujet en vue de permettre aux investisseurs et aux professionnels du secteur d'y voir plus clair. ■

1. BOI-RES-IR-000079.

2. BOI-IR-RICI-360-10-30 n°5 et suiv.

« La situation des bâtiments ayant uniquement l'un de ces éléments en commun demeure donc aujourd'hui totalement incertaine. »



Par **Christophe Frionnet**, avocat associé en fiscalité. Il conseille notamment les entreprises dans l'ensemble de leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en matière de fiscalité immobilière à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.
christophe.frionnet@cms-fl.com



Et **Nathan Kegler**, avocat en fiscalité.
nathan.kegler@cms-fl.com

Incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine non évaluée : censure !

Par arrêt du 15 avril 2021 le Conseil d'Etat enjoint le Premier ministre de prendre des dispositions réglementaires pour que tout projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine soit soumis à une évaluation environnementale.

La directive 2011/92/UE¹ a pour ambition de « réaliser l'un des objectifs de l'Union dans le domaine de la protection du milieu et de la qualité de la vie »² en intégrant des considérations environnementales dans l'élaboration et l'autorisation des projets. Elle impose ainsi la réalisation d'une évaluation pour certains projets publics et privés³. Le droit français peine à s'approprier cet objectif. En dépit des réformes effectuées depuis la loi du 10 juillet 1976⁴ ayant imposé une étude d'impact, le champ des évaluations reste insuffisant pour protéger l'environnement et la santé humaine.

Les projets sont évalués en fonction des incidences notables sur l'environnement qu'ils peuvent engendrer. Ceux ayant nécessairement des incidences notables sur l'environnement sont systématiquement évalués⁵. Les autres projets susceptibles d'avoir des incidences notables sont évalués au cas par cas, en fonction de critères et de seuils⁶.

La demande d'annulation

Les associations France Nature Environnement et FNE Allier ont saisi le Conseil d'Etat pour que soit annulé le décret du 4 juin 2018⁷ modifiant certains de ces critères et seuils.

Ce texte ajoutait notamment un seuil d'accueil de 1 000 personnes pour que les projets « autres équipements sportifs ou de loisirs et aménagements associés » soient évalués. Les projets d'une capacité d'accueil inférieure échappaient ainsi à toute évaluation nonobstant leurs incidences sur l'environnement.

« Les projets sont évalués en fonction des incidences notables sur l'environnement qu'ils peuvent engendrer. »

Le Conseil d'Etat censure cette modification, jugeant que l'instauration d'un seuil en deçà duquel une catégorie de projets est exemptée d'évaluation n'est pas compatible avec les objectifs de la directive.

L'examen du décret du 4 juin 2018 a par ailleurs été l'occasion pour le Conseil d'Etat de constater que les seuils fixés par la France se fondent principalement sur la dimension des projets.

Or, la directive 13 décembre 2011 prévoit que doivent être soumis à évaluation « les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation⁸ ». L'emploi de l'adverbe « notamment » implique qu'il s'agit d'une liste non limitative.

En effet, comme le relève le Conseil d'Etat, un projet peut avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine en raison d'autres caractéristiques que sa dimension, comme sa localisation.

Dès lors, tout projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine doit être évalué. Le Conseil d'Etat ne pouvait que censurer le décret, incompatible avec les objectifs de la directive du 13 décembre 2011.

Une telle censure était prévisible au regard de la jurisprudence établie de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁹ et du rapport Jacques Vernier¹⁰ qui préconisait déjà en 2015 l'adoption d'une clause filet jugée « indispensable au regard des exigences du droit européen ».

Le Conseil d'Etat enjoint donc le Premier ministre de prendre, dans un délai de 9 mois, les dispositions nécessaires pour intégrer une clause filet dans la réglementation applicable à l'évaluation environnementale des projets. Il s'agit d'une nouvelle occasion pour la France de s'approprier les objectifs européens environnementaux après deux mises en demeure adressées par la Commission¹¹ de mettre sa législation relative à l'évaluation des incidences sur l'environnement en conformité avec les normes européennes.

Cela aura un impact sur l'étude des projets et leur nécessaire adéquation avec les incidences qu'ils pourraient avoir.■

1. Directive n°2011/92/UE du 13 décembre 2011 « concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement » modifiée par la Directive 2014/52/UE du 16/04/14 notamment transposée en droit interne par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 et l'ordonnance n°2016-1058 du 3 août 2016.

2. §3 du préambule de la Directive 2011/92/UE.

3. Listés au sein de ses annexes 1 et 2.

4. Loi n°76-629 du 10 juillet 1976 « relative à la protection de la nature ».

5. Projets énumérés dans la première colonne de la nomenclature annexée à l'article R.122-2 du Code de l'environnement.

6. Projets énumérés dans la seconde colonne de la nomenclature annexée à l'article R.122-2 du Code de l'environnement.

7. Décret n°2018-435 du 4 juin 2018.

8. Critères définis à l'annexe 3 de la directive n°2011/92/UE.

9. CJUE, 24 mars 2011, n°C-435-09, Commission c/ Belgique concernant les projets relatifs aux installations industrielles destinées à la fabrication de pâte à papier à partir de bois ou d'autres matières fibreuses ; CJUE, 20 novembre 2008, C-66/06 Commission c/ Irlande ; CJUE, 13 juin 2002, Commission / Espagne, C-474/9 ; CJUE 15 octobre 2009, Commission / Pays-Bas, C255/08.

10. « Moderniser l'évaluation environnementale », rapport établi par Jacques Vernier, Président du groupe de Travail, mars 2015.

11. Mises en demeure des 7 mars 2019 et 18 février 2021 de la Commission européenne.



Par **Anne-Charlotte Goursaud-Treboz**, avocat conseil en droit immobilier de CMS Francis Lefebvre Lyon. Elle intervient, tant en conseil qu'en contentieux, en droit de la construction, droit immobilier, ainsi que dans le cadre de problématiques environnementales.
anne-charlotte.goursaud-treboz@lyon.cms-fl.com



Et **Chloé Rousseau-Pouliquen**, avocat au sein droit immobilier de CMS Francis Lefebvre Lyon. Elle assiste et conseille les promoteurs et maître d'ouvrage, notamment sur l'appréciation du risque environnemental des programmes.
chloe.rousseau-pouliquen@lyon.cms-fl.com

Quand le principe de neutralité n'est manifestement pas respecté pour l'achat d'immeubles anciens par les marchands de biens

Quand le principe de neutralité n'est manifestement pas respecté pour l'achat d'immeubles anciens par les marchands de biens

Les marchands de biens se trouvent confrontés à une problématique fréquente, et non négligeable en termes d'enjeu financier, relative à la date d'exercice du droit à déduction de la TVA grevant l'acquisition d'immeubles achevés depuis plus de cinq ans, donnés en location dans l'attente de leur revente.

Une position défavorable en matière de droit à déduction ...

Malheureusement pour les professionnels de ce secteur, le Conseil d'Etat a retenu à deux reprises ces derniers mois (CE, 9^e et 10^e ch., 27 novembre 2020, n°426091, SNC Lips et 9^e ch. 9 juin 2021, n°429498, SNC Le Cap) une position défavorable en matière de droit à déduction. Les faits étaient identiques dans les deux affaires, puisque les sociétés avaient acquis en TVA un immeuble achevé depuis plus de cinq ans. Elles avaient inscrit l'immeuble en stock, l'avaient donné en location en TVA et avaient immédiatement procédé à la déduction de la TVA grevant l'achat en l'imputant sur la taxe collectée afférente aux loyers perçus dans l'attente de la revente de l'immeuble. A l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration a remis en cause cette déduction, position confirmée par les différentes juridictions du fond et enfin par le Conseil d'Etat, au motif que la TVA n'était pas déductible avant la date d'exercice de l'option pour la taxation à la TVA de la revente, quand bien

même l'immeuble donnerait lieu, dans l'attente de sa revente, à des opérations de location soumises à la TVA.

Le raisonnement de la Haute Juridiction dans ces deux affaires est très contestable puisqu'il consiste à retenir une absence de lien direct et immédiat entre l'achat de l'immeuble et l'activité intercalaire de location. Or, cette analyse est contraire à l'abondante jurisprudence de la CJUE sur le lien direct et immédiat, aux termes de laquelle le droit à déduction s'apprécie à raison des opérations économiques auxquelles concourt immédiatement la dépense, sans qu'il soit tenu compte du but ultime poursuivi par l'assujetti (voir CJUE 11 novembre 2020, aff.42/19, Sonaecom SGPS SA pour une illustration récente). Au regard de cette jurisprudence, il est surprenant que le Conseil d'Etat ait refusé de transmettre à la CJUE la question préjudicielle posée par chacune des requérantes sur la date d'exercice du droit à déduction dans une telle hypothèse.

... qui porte atteinte au principe de neutralité

En outre, la décision du Conseil d'Etat traduit une violation manifeste du principe de neutralité. En effet, un opérateur qui affecte un immeuble à des opérations soumises à la TVA se retrouve privé de l'exercice immédiat de son droit à déduction sur le fondement de la comptabilisation de cet immeuble en stock (qui traduit, selon le Conseil d'Etat et le rapporteur public, l'intention de revendre l'immeuble, intention future qui doit primer sur l'utili-

« En outre, la décision du Conseil d'Etat traduit une violation manifeste du principe de neutralité. »

sation immédiate et concrète du bien). L'on peut également s'inquiéter du fait que le rapporteur public, dans ses conclusions sous la décision SNC Le Cap, semble considérer que l'engagement de revendre pris par l'acquéreur est un critère qui détermine l'intention de revendre du marchand de biens, caractérisant un lien direct avec la revente, exclusif de tout lien avec la location, et empêchant ainsi l'exercice d'un droit à déduction immédiat.

Afin d'atténuer cette violation du principe de neutralité, il faut espérer que le Conseil d'Etat aurait admis la déduction si le marchand de biens avait différé d'un an son droit à déduction. L'immeuble ancien affecté durant cette période à une activité locative soumise à TVA est alors assimilé à une immobilisation et ouvre à ce titre droit à déduction en application de l'article 207 IV 3 de l'annexe II au CGI. Bien que le rapporteur public, en contradiction avec la jurisprudence communautaire, semble limiter ce dispositif aux seuls promoteurs, seule une nouvelle affaire permettrait à la Haute Juridiction de rassurer les opérateurs en leur accordant une déduction ultérieure de la TVA. ■



Par **Armelle Abadie**, avocat conseil en fiscalité. Elle conseille et assiste les entreprises, notamment en immobilier, dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA ainsi que dans le suivi et la gestion de contrôles fiscaux et de contentieux.
armelle.abadie@cms-fl.com

Fiscalité locale des installations photovoltaïques

Les principes qui régissent la taxe foncière et la cotisation foncière des entreprises (CFE) des installations photovoltaïques donnent lieu à des interprétations variables selon les centres des impôts.

Ces diversités d'analyses se retrouvent également auprès des juridictions administratives, comme l'illustrent deux décisions récentes rendues par les cours administratives d'appel de Nantes et de Bordeaux, au cas particulier des panneaux photovoltaïques installés en toiture de bâtiments agricoles.

Rappelons tout d'abord que les centrales photovoltaïques sont considérées, pour la taxe foncière sur les propriétés bâties et la CFE, comme des établissements industriels dont la valeur locative foncière, qui sert d'assiette à ces taxes, est évaluée à partir du prix de revient des biens passibles de la taxe foncière (c'est-à-dire les terrains, constructions,

et aménagements des constructions).

Toutefois, le 12° de l'article 1382 du Code général des impôts exonère expressément « *les immobilisations destinées à la production d'électricité d'origine photovoltaïque* ».

Dans une affaire jugée par la CAA de Bordeaux le 9 février 2021 (n° 19BX00357) en matière de CFE, la Cour a estimé que les « *matériels et panneaux photovoltaïques* » installés en toiture d'un bâtiment agricole entrent dans le champ de cette exonération. Elle a en revanche refusé de l'étendre aux locaux techniques et à la toiture du bâtiment, dont l'usage était selon elle réservé à l'exploitant de la centrale (à

l'exclusion du reste du bâtiment à usage agricole).

Dans la seconde affaire, jugée par la CAA de Nantes le 25 février 2021 (n° 18NT03378), la Cour a étendu l'exonération du 12° de l'article 1382 aux locaux techniques abritant le poste de livraison et le poste onduleur. Elle a en revanche refusé de l'étendre au hangar en tant que tel, au motif que celui-ci n'était « *pas destiné à la production d'électricité d'origine photovoltaïque* » puisqu'il permettait l'entreposage de matériels et de stocks issus de la production agricole. Le fait que le bail prévoyait une répartition en volume (permettant de distinguer la toiture du reste du hangar) et que les structures du bâtiment avaient été spécifiquement conçues afin de supporter les équipements photovoltaïques ont, à cet égard, été regardés comme inopérants. Ces deux décisions rendues à quelques jours d'intervalle paraissent irréconciliables. La position à venir du Conseil d'Etat permettra de clarifier la portée de cette exonération. ■

16



Par **David Barreau**, avocat en fiscalité, il intervient plus particulièrement dans les dossiers de conseil et de contentieux en matière de fiscalité locale.
david.barreau@cms-fl.com

CMS Francis Lefebvre

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex

T +33 1 47 38 55 00

cms.law/fl



CMS Francis Lefebvre Avocats



@cms_fl

Option Finance

Supplément du numéro 1623 du Lundi 27 septembre 2021

Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris -

Tél. 01 53 63 55 55

SAS au capital de 2 043 312 e RCB Paris 343256327 -

Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano

Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris -

Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 -

Email : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Megatop - Naintre - Origine du papier :

Glückstadt, (Allemagne) - Taux de fibres recyclées : 100 %,

Certification PEFC, Impact sur l'eau Ptot : 0,004 kg/tonne -

N° commission paritaire : 0922 T 83896



PEFC 10-31-1523 / Certifié PEFC / Ce produit est issu de forêts gérées durablement et de sources contrôlées. / pefc-france.org

