

THÈMES ACTUELS & TENDANCES OBSERVÉES



Par François Tenailleau, Avocat Associé CMS Francis Lefebvre

Le nouveau contrat expérimental de performance énergétique avec tiers financement : à propos de quelques caractéristiques originales

La nécessité d'accélérer la rénovation énergétique des bâtiments, notamment publics, a conduit le législateur à intervenir, avec pour objectif de desserrer la contrainte pesant sur le financement externe, possiblement privé, des contrats publics ayant cet objet. La loi n° 2023-222 du 30 mars 2023, *visant à ouvrir le tiers financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique*, a ainsi créé à titre expérimental un contrat de performance énergétique (CPE) avec tiers financement. Il est remarquable de constater que cette loi, prévoyant un paiement différé, dérogoratoire au « droit commun de la commande publique », a été adoptée à l'unanimité et sans être déferée au Conseil constitutionnel.

Le CPE est défini, de façon proche, mais avec quelques variations, par différents textes de valeur inégale (directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique ; arrêté du 24 juillet 2020 relatif aux contrats de performance énergétique définissant les modalités que doivent intégrer les dits contrats pour répondre à certaines mesures réglementaires ; définition donnée par l'Observatoire des contrats de performance énergétique, etc.). Nous retiendrons la définition suivante : le CPE est un contrat conclu entre le détenteur d'un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure et un opérateur mettant en œuvre des mesures destinées à en améliorer l'efficacité énergétique. Ces mesures doivent aboutir, par rapport à une situation de référence contractuelle, à une diminution des consommations énergétiques de l'ouvrage, vérifiée et mesurée dans la durée, grâce à un investissement dans des travaux, fournitures ou services. La rémunération de l'opérateur est, au

moins en partie, corrélée au niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique généré par cet investissement.

Dès lors que les mesures mises en œuvre sont multifactorielles et que le CPE présente un caractère global, seule façon d'obtenir une diminution significative des consommations énergétiques, il peut être recouru à deux formes de contrats prévus par le Code de la commande publique (CCP) comme support d'un CPE : le marché de partenariat (CCP, art. L. 1112-1) ou le marché global de performance (CCP, art. L. 2171-3). Le premier est d'usage limité, notamment compte tenu de l'approche restrictive adoptée à ce jour par le juge administratif quant aux motifs qui justifient d'y recourir (V. not. CAA Marseille, 27 déc. 2019, n° 19MA01714, *Ville de Marseille*). Mais le recours au marché global de performance, à financement public, reste également d'usage relativement restreint. Ainsi, le rapport de l'Assemblée nationale sur la loi du 30 mars 2023 relève que seulement 380 CPE ont été signés entre 2008 et 2021, soit une moyenne de 27 par an, la quasi-totalité sous la forme d'un marché global de performance.

Le CPE à paiement différé instauré par la loi vise à accroître l'usage des CPE par certains utilisateurs qui ne pouvaient recourir à une telle formule de tiers financement (c'est-à-dire les acheteurs soumis à l'interdiction de paiement différé prévue à l'article L. 2191-5 du CCP : l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements – les autres acheteurs pouvant *a contrario* recourir librement à de tels CPE avec tiers financement, en l'absence d'une interdiction semblable). Une étude d'évaluation préalable sera nécessaire pour respecter les exigences constitutionnelles s'appliquant à un contrat, certes expérimental, mais qui reste dérogoratoire au « droit de la commande publique » (Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC). Ses modalités sont en cours d'éta-

blissement et donneront lieu à un décret. Le CPE expérimental présente une forme hybride : fondé sur un marché global de performance, il emprunte de nombreux éléments au régime des marchés de partenariat, mais il comporte également des caractéristiques spécifiques.

Quatre d'entre elles attirent particulièrement l'attention : les possibilités de mutualisation et de massification étendues, l'obtention de recettes de valorisation foncière, la combinaison possible avec une SEMOP et l'absence de transfert de maîtrise d'ouvrage.

La mutualisation et la massification

L'article 1^{er}, § 2 de la loi du 30 mars, en renvoyant à l'article L. 2224-34 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), permet aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ayant adopté un plan climat-air-énergie territorial (C. envir., art. L. 229-26), à la métropole de Lyon et aux syndicats d'énergie (syndicats de communes et syndicats mixtes visés à l'article L. 2224-31 IV du CGCT), de « prendre en charge », pour le compte de leurs membres, les travaux nécessaires pour améliorer la performance énergétique des bâtiments dont ces membres sont propriétaires, en recourant aux CPE à paiement différé. Tout comme le renvoi aux seuls travaux peut paraître maladroit dans le cas d'un contrat global impliquant également la mise en place de « mesures » de nature différente (systèmes de gestion énergétique, équipements de production, exploitation et maintenance...), la notion de « prise en charge » est, de prime abord, assez ambiguë. Les travaux parlementaires font toutefois bien apparaître l'objectif d'ouvrir le tiers financement, sous la forme de CPE à paiement différé, aux actions de mutualisation, laissant penser à une sorte de maîtrise d'ouvrage déléguée (amendement COM 15 devant le Sénat). Ainsi, les EPCI et les syndicats d'énergie devraient pouvoir passer des CPE à paiement différé pour le compte de leurs membres.

Par ailleurs, comme en matière de marché de partenariat (CCP, art. L. 2211-2), l'article 2-II de la loi autorise la conclusion du marché par un acheteur pour répondre aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé en vue de l'exercice de ses missions, ledit acheteur apparaissant ainsi comme un mandataire de la ou des personnes concernées, qui peuvent donc être également des organismes privés venant se « greffer » sur

une opération publique. S'agissant des personnes privées, on observera que l'article 1^{er} de la loi vise la « rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments » (c'est-à-dire ceux des personnes morales de droit public éligibles à ce nouveau contrat, visées ci-avant). Mais dans la mesure où l'article 2-II, disposition spéciale par rapport au champ d'application général de l'article 1^{er}, ouvre la possibilité de passer ce contrat pour répondre aux besoins d'autres personnes, il nous semble qu'un CPE pourrait être utilisé, avec l'intermédiation d'un acheteur public, et à titre accessoire, pour répondre aux besoins d'autres personnes, en ce compris privées. Il faudra dans ce cas que l'acheteur ait compétence pour intervenir dans le domaine concerné.

De même, là encore à l'instar des marchés de partenariat (CCP, art. L. 2211-4), l'article 2-III ouvre la possibilité d'effectuer une commande groupée : *« lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs acheteurs, ces derniers peuvent désigner par convention celui d'entre eux qui conduira la procédure de passation et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution. Le cas échéant, cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme »*.

Les CPE à paiement différé étant des marchés publics, les techniques d'achat (CCP, art. L. 2125-1) leur sont applicables. Parmi celles-ci figurent notamment les accords-cadres. Un tel CPE pourra donc prendre la forme d'un accord-cadre se déclinant, pour son exécution, en plusieurs marchés subséquents. Par comparaison, la région Île-de-France avait lancé en 2019 un projet d'accord-cadre de marchés de partenariat pour la rénovation énergétique de 21 lycées. D'un montant estimé à 169 millions d'euros hors taxes, le projet visait une réduction des consommations énergétiques des établissements concernés à hauteur de 50 % pour la chaleur et 20 % pour l'électricité. Ce montage contractuel innovant aurait donné lieu à la conclusion d'un accord-cadre mono-attributaire d'une durée de 4 ans et de quatre marchés subséquents de partenariat. Cependant, ce projet a donné lieu à une déclaration sans suite en juillet 2020, pendant la crise sanitaire.

Le levier des recettes de valorisation foncière

De façon indirecte, la loi du 30 mars reconnaît au titulaire du CPE avec tiers financement la possibilité

de réaliser des services annexes et, surtout, de valoriser le domaine de la personne publique concernée. En effet, l'article 1^{er} précise que, pour le calcul de la rémunération du titulaire, le marché global de performance précise les conditions dans lesquelles sont pris en compte et identifiés : « [...]4° *Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine* ». Cette reconnaissance expresse, quoique succincte, d'une telle faculté dans le cadre d'un CPE se singularise par rapport au régime du marché de partenariat, plus précis, au prix parfois de certaines maladresses (par exemple, pour les cessions, l'article L. 2233-1 du CCP relatif aux marchés de partenariat prévoit uniquement un mécanisme de double vente, rarement mis en œuvre en pratique).

Quoi qu'il en soit, cette possibilité devrait permettre, dans une optique de rationalisation de l'occupation des bâtiments publics existants, ou du moins de certains d'entre eux (bureaux administratifs...), de générer des recettes de location ou de cession venant utilement contribuer à l'équilibre économique des opérations. On sait en effet que, pour les opérations d'amélioration de la performance énergétique les plus complètes, les gains de consommation énergétique ne permettent de couvrir que partiellement le coût des mesures mises en œuvre.

La combinaison possible avec une SEMOP

On notera que, à la différence, cette fois-ci, des marchés de partenariat (CCP, art. L. 2213-6), aucune disposition ne prévoit, pour les CPE à paiement différé, la participation des personnes publiques au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet.

Dans le silence des textes, rien ne nous paraît faire obstacle à une combinaison de ce type de marché avec une société d'économie mixte à opération unique (CGCT, art. L. 1541-1 et 2), dès lors que pouvoir adjudicateur est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales. Cette SEMOP pourrait être constituée, ou non, avec un tiers investisseur choisi en amont par la personne publique (sur ce sujet : Grégory Berkovicz, *La SEMOP : après presque une décennie, quels retours d'expériences ?*, Lettre de l'IGD n°5, mai 2023).

La question de la maîtrise d'ouvrage

Le CPE avec tiers financement, fondé sur un marché global de performance, n'emporte pas transfert de la maîtrise d'ouvrage vers le cocontractant, à la différence du marché de partenariat. Dans un marché global de performance et, donc, dans un CPE à paiement différé, le maître d'ouvrage public conserve cette qualité. Cette différence de principe a été amplement soulignée lors des débats parlementaires. Elle emporte des conséquences incontestables (par exemple, en matière de responsabilité pour dommage de travaux publics à des tiers, le préjudice est en principe imputable au maître d'ouvrage (CE, sect., 26 juin 1992, n° 114728, *Cne Béthoncourt*). Toutefois cette différence doit sans doute être, en pratique, nuancée. Dans un marché de partenariat, quand bien même le maître d'ouvrage est privé, il ne dispose pas de la plénitude des prérogatives qui sont attachées à ce statut : l'acheteur, qui doit définir de façon précise en amont son besoin, conserve une influence certaine sur l'ouvrage ainsi que les prérogatives issues du régime des contrats administratifs, comme son pouvoir de contrôle ou de sanction. De plus, les parties peuvent contractuellement organiser leurs responsabilités respectives, ces stipulations étant alors opposables aux tiers (CE, 8 févr. 2022, n° 452985 et CE, 14 févr. 2023, n° 459046, à propos du contrat de partenariat relatif à la LGV BPL). À l'inverse, dans la pratique des marchés globaux de performance, si le maître d'ouvrage public doit s'assurer de la « faisabilité » de l'opération (article L 2421-1) il n'est pas rare qu'en application de clauses précises un important transfert de risques s'effectue sur le titulaire du marché global (risque de sol, risque sur les existants...). Ainsi, l'importance de la différence entre maîtrise d'ouvrage publique ou maîtrise d'ouvrage privée mérite un examen concret, à la lumière de la pratique contractuelle et de son appréciation par la jurisprudence. ■