



**ROMAIN LAURET,**  
avocat associé,  
Selarl Symchowicz-Weissberg et associés

**Expérimentation**

La loi du 30 mars 2023 créée, à titre expérimental, un nouveau marché global de performance à paiement différé.

**Bâtiments publics**

Ce nouveau contrat est mis en œuvre afin d'accélérer et de massifier la rénovation énergétique des bâtiments publics.

**Contrat dérogatoire**

Le recours à ce nouveau marché n'est pas libre. Une étude préalable, doublée d'une étude de soutenabilité budgétaire, devra démontrer l'intérêt de ce marché par rapport aux autres.

# Commande publique

## Le marché global de performance énergétique à paiement différé

**E**n vue de favoriser et d'accélérer la rénovation énergétique des bâtiments, la loi du 30 mars 2023 a autorisé, à titre expérimental, jusqu'au 31 mars 2028, l'Etat et ses établissements publics ainsi que les collectivités, leurs établissements publics et leurs groupements, à conclure des contrats de performance énergétique prenant la forme de marchés globaux de performance (MGP) à paiement différé.

Ce nouveau type de marché global de performance a été créé afin de lever le principal frein identifié, pour les acheteurs concernés (1), à l'utilisation des MGP pour la rénovation énergétique: l'interdiction du paiement différé. Il devrait permettre, sous réserve de l'appréciation faite des conditions posées pour y recourir, de contourner le «mur de

l'investissement» bloquant la massification des projets de rénovation énergétique.

**PRÉSENTATION DU DISPOSITIF**

Le contrat de performance énergétique (CPE) peut, dans le droit de la commande publique, prendre deux formes: le marché global de performance (MGP) ou le marché de partenariat. Le législateur ouvre une troisième voie: le marché global de performance énergétique à paiement différé.



Le marché global de performance devra identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre et sa mission et prévoir une part minimale de l'exécution du contrat à confier à des PME ou à des artisans.

**UN MGP CLASSIQUE**

Conclu «sous la forme d'un marché global de performance mentionné à l'article L.2171-3 [du code de la commande publique]» (art. 1) (2), ce nouveau marché en a les principales caractéristiques.

Il permet de confier à son titulaire une mission globale (3) portant sur la réalisation, l'exploitation ou la

maintenance, voire la conception. La maîtrise d'ouvrage est publique. Même lorsque la conception est intégrée à l'objet du marché, il n'est pas nécessaire, à la différence des marchés de conception-réalisation (4), de démontrer la nécessité d'associer l'entrepreneur à la réalisation des études.

Le titulaire pourra, dans la plupart des cas (notamment lorsque le titulaire sera chargé de la conception), être désigné au terme d'une procédure avec négociation ou d'un dialogue compétitif, possiblement sans jury (5). Parmi les critères d'attribution devront figurer le coût global ainsi que un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance (6) et la part d'exécution du marché que le titulaire confiera à des PME ou à des artisans (7).

Le MGP devra comprendre des objectifs chiffrés de performance. Il devra identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre et sa mission (8) et prévoir une part minimale, qui ne saurait être inférieure à 10% du montant prévisionnel du marché, de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans (9).

**UN OBJET ENCADRÉ**

Ce nouveau MGP se démarque du MGP classique par son objet. Bien que l'efficacité énergétique soit, dans les faits, l'objet le plus courant des MGP, son but est potentiellement plus large: il peut porter sur des ouvrages de bâtiment mais aussi sur des infrastructures (déplacement, fluides, etc.), voire des solutions immatérielles; et les objectifs ne sont pas nécessairement des objectifs de performance énergétique (fréquentation, disponibilité, réactivité, etc.).

Devant «favoriser les travaux de rénovation énergétique», le nouveau MGP ne peut, à l'inverse, avoir pour objet que «la rénovation énergétique d'un ou plusieurs [...] bâtiments». Il ne peut donc pas porter sur la réalisation d'une construction neuve et, concernant la rénovation énergétique de bâtiment, ne devrait pas, par exemple, pouvoir être utilisé pour le verdissement de réseaux, notamment de chaleur et de froid, ou la fourniture d'électricité d'origine renouvelable.

Par ailleurs, même si une opération de rénovation ou de réhabilitation d'un bâtiment permet le plus souvent d'en améliorer la performance énergétique, toutes ne

devraient pas être éligibles à ce nouveau MGP. Il faudra démontrer que le contrat conclu est un CPE, dont l'objet est d'améliorer la performance énergétique au prix de travaux, et non de réaliser des travaux.

Pourra également se poser la question de la possibilité d'inclure la fourniture, voire l'installation d'équipements ou la réalisation de travaux permettant une diminution des coûts d'approvisionnement en énergie. Ces dépenses ne permettent en effet pas une diminution des consommations énergétiques de l'ouvrage, mais une meilleure maîtrise des coûts; ce qui n'est, en principe, pas l'objet d'un CPE.

### LES EMPRUNTS AU MARCHÉ DE PARTENARIAT

L'emprunt principal aux marchés de partenariat est évidemment l'autorisation de mettre en place un paiement différé (10).

Cette liberté, doublée de l'inapplication des dispositions relatives aux avances, aux

### RÉFÉRENCES

- 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.
- Décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé.

acomptes, à la retenue de garantie (11) et au paiement direct des sous-traitants (art. 1), se traduira par un préfinancement, en tout ou partie, de l'investissement par le titulaire du marché. Il ne commencera à être payé qu'une fois les travaux de rénovation énergétique réceptionnés. Ce dispositif doit permettre aux acheteurs de financer l'investissement en partie par les économies d'énergie réalisées grâce aux travaux réalisés. La rémunération due au titulaire

devra, comme en marché de partenariat, être décomposée par référence aux coûts: coûts d'investissement (étude, conception, construction, frais financiers intercalaires, notamment), de fonctionnement (entretien, maintenance, notamment) et de financement (en tenant compte, le cas échéant, des revenus retirés par le titulaire d'activités annexes ou de valorisation du domaine).

Afin d'optimiser le coût du financement, la rémunération versée en contrepartie des coûts d'investissement et de financement pourra faire l'objet d'une cession acceptée (dans la limite de 80% de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et de financement) de créance dite « cession Daily » (12). Il faudra veiller à bien articuler la mise en œuvre du paiement différé avec la cession acceptée de créances puisque aucune compensation de créances ne pourra être opérée sur la part acceptée (13). ○○○



LE PARTENAIRE CARRIÈRE DES COLLECTIVITÉS LOCALES

76% de pénétration sur la cible cadres A et B\*



La Gazette propose des postes dans les filières suivantes :

- ▶ Dirigeants territoriaux
- ▶ Administrative
- ▶ Technique
- ▶ Sanitaire et sociale
- ▶ Informatique et Culturelle
- ▶ Sport et Police



Pour chacun de vos recrutements, bénéficiez de :

2 parutions dans La Gazette des communes

60 jours de mise en ligne sur lagazette.fr et emploipublic.fr

Contactez-nous : 01 79 06 73 33 – recrutement.gazette@infopro-digital.com

\*Source : Étude PTEC, données des recrutements 2019

●○○ Pour le reste, plusieurs dispositions propres au marché de partenariat sont intégrées dans le régime du nouveau MGP: la limitation de la durée du marché, qui doit être déterminée «en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues» (loi du 30 mars 2023, art. 2, XIV), la possibilité de prévoir un financement ajustable (art. 2, IX et X) ou la protection du titulaire et des créanciers financiers en cas d'annulation ou de résiliation juridictionnelle du contrat (art. 2, XVI à XVIII).

## CONDITIONS DE RECOURS

Présentant de nombreux avantages, le marché global de performance énergétique à paiement différé n'est pas libre d'utilisation. On peut quand même espérer, sous réserve de l'application que le juge administratif fera des textes, que le marché global de performance énergétique à paiement différé soit plus facile d'accès que les marchés de partenariat. Car l'utilisation de ces derniers, dans des conditions sécurisées, est aujourd'hui devenue très difficile, en particulier en raison d'une jurisprudence reposant sur une approche très restrictive. (14).

Deux conditions propres au marché de partenariat ne sont pas reprises. La loi du 30 mars 2023 ne reprend pas la notion d'acheteurs «non autorisés», interdisant en principe à certaines personnes publiques de recourir au marché de partenariat (15). De même, elle ne pose pas de seuils minimaux conditionnant l'utilisation du nouveau MGP. Cela permettra de mener des opérations de rénovation énergétique de bâtiments qui ne peuvent pas l'être, en raison de leur trop faible montant, dans un marché de partenariat (16).

Mais alors que le recours au MGP «classique» est libre, sous réserve que le marché comporte des engagements de performance chiffrés, l'intérêt du recours au nouveau MGP à paiement différé doit être «démontré» par l'acheteur avant son utilisation. La loi du 30 mars 2023 (art. 2, IV) prévoit ainsi

que «[avant] de décider de recourir à un marché global de performance, l'acheteur procède à une étude préalable ayant pour objet de démontrer l'intérêt du recours à un tel contrat». Elle ajoute que «[la] procédure de passation de ce marché ne peut être engagée que si cette étude préalable démontre que le recours à un tel contrat est plus favorable que le recours à d'autres modes de réalisation du projet, notamment en termes de performance énergétique», le critère du paiement différé ne pouvant «à lui seul constituer un avantage».

Cette étude, directement inspirée de l'évaluation préalable au recours au marché de partenariat, suscite de nombreuses interrogations et inquiétudes qui pourraient, à rebours de l'objectif affiché, décourager les acheteurs d'utiliser ce nouveau MGP. Elle doit en effet démontrer que le MGP à paiement différé est «plus favorable» que les autres. Pèsera donc sur l'acheteur le risque – renforcé dans l'hypothèse où serait utilisée une forme d'étude préalable type – que le juge administratif saisi considère que l'intérêt du recours à ce marché n'était pas démontré, notamment par rapport à un MGP classique qui, le critère du paiement différé étant neutralisé, permet de remplir le même office.

L'objet de l'étude préalable au recours au MGP n'est cependant pas de même nature que l'évaluation préalable au recours au marché de partenariat. Bien que reposant sur des paramètres tout aussi subjectifs et donc, par nature, discutables, son établissement devrait être moins lourd. Plutôt qu'une démonstration de l'intérêt «notamment sur un plan financier», l'étude préalable doit démontrer l'intérêt du MGP, «notamment en termes de performance énergétique».

Selon le décret du 3 octobre 2023, l'étude devra comprendre une présentation du projet et de son contexte, une description des montages contractuels écartés et ceux susceptibles d'être retenus pour la mise en œuvre du projet et, enfin, une «appréciation et

inconvenients de ce marché par rapport aux options envisagées [...] qui n'autorisent pas le paiement différé». L'étude doit donc être menée en entonnoir. L'exclusion de certains montages de la comparaison devra être justifiée dès lors qu'une opération de rénovation énergétique pourrait être mise en œuvre dans le cadre de marchés «séparés», d'un marché de conception-réalisation, d'un MGP classique, voire d'un marché de partenariat.

L'appréciation des avantages respectifs des différents montages ne portera pas sur les montages autorisant le paiement différé, ce qui exclut le marché de partenariat de la comparaison. Et cette comparaison devra prendre en compte, en plus d'éléments communs à ceux utilisés pour fonder le recours au marché de partenariat (périmètre des missions, répartition des principaux risques entre l'acheteur et le titulaire, etc.), les «objectifs de performance retenus par l'acheteur, notamment en termes de consommation énergétique et d'émissions de gaz à effet de serre, des délais fixés pour les atteindre ainsi que des mécanismes souhaités d'incitations, de garanties et de sanctions».

Cette étude préalable devra, d'une part, être soumise pour avis consultatif à Fin infra (service du ministère de l'Economie) – avis tacite favorable au terme d'un délai d'un mois – et, pour les collectivités, être soumise au vote de l'assemblée délibérante, chargée de se prononcer sur le principe du recours à un MGP à paiement différé. Elle devra, d'autre part, être complétée d'une étude de soutenabilité budgétaire établie dans les conditions précisées par l'article 4 du décret du 3 octobre 2023, également transmise pour avis au service compétent de l'Etat (DRFIP ou DDFIP).

Finalement, même de moindre ampleur, les embûches sont nombreuses sur le parcours. Pas sûr, dans ces conditions, que l'expérimentation soit une réussite et permette la démonstration d'une accélération de la rénovation énergétique des bâtiments. ●

(1) De nombreux acheteurs, même publics, ne sont pas soumis à cette interdiction de paiement différé (entreprises publiques locales, SA HLM, GIP, etc.).

(2) Sauf précision contraire, les articles visés sont ceux de la loi du 30 mars 2023.

(3) Ces marchés n'étant pas soumis à l'obligation d'allotissement: CE, 8 avril 2019, req. n° 426096.

(4) Code de la commande publique, CCP, art. L.2171-2.

(5) CCP, art. R.2171-6.

(6) CCP, art. R.2171-3.

(7) CCP, art. L.2152-9.

(8) CCP, art. L.2171-7.

(9) CCP, art. L.2171-8.

(10) CCP, art. L.2191-5.

(11) CCP, art. L.2191-2 et s.

(12) Code monétaire et financier, CMF, art. L.313-29-2.

(13) CMF, art. L.313-29-1.

(14) CAA de Marseille 27 décembre 2019, req. n° 19MA01714.

(15) CCP, art. L.2211-1.

(16) CCP, art. L.2211-5.