

**Proposition de loi (n° 574)
visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses établissements publics et
aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux
de rénovation énergétique**

Document faisant état de l'avancement des travaux du rapporteur,
M. Thomas Cazenave

Mercredi 11 janvier 2023

MESDAMES, MESSIEURS,

Marqué par trois épisodes de vagues de chaleur, l'été 2022 a été le deuxième été le plus chaud depuis l'année 1900 et constitue un aperçu des conditions climatiques estivales que nous aurons à affronter de plus en plus fréquemment dans les décennies à venir. Cet hiver, la presse locale et nationale s'est fait l'écho des conséquences de la hausse des coûts de l'énergie sur les températures mesurées dans plusieurs bâtiments publics, en particulier les écoles.

Dans ce contexte, la performance énergétique des bâtiments est un enjeu essentiel.

L'État et les collectivités territoriales sont propriétaires de 38 % de l'ensemble du parc tertiaire national. Dès 2030, ils seront soumis aux obligations du « décret tertiaire » qui impose une diminution des consommations d'énergie des bâtiments concernés de 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050, par rapport à 2010. Ces objectifs rendent nécessaires dès à présent la mise en œuvre de travaux de rénovation énergétique parfois de grande ampleur.

À moyen et long terme, la rénovation énergétique constitue une source d'économies, sans même parler des enjeux en termes de confort d'usage. Mais à court terme, les investissements à consentir peuvent être lourds dans un contexte de tension sur les finances publiques.

La présente proposition de loi vise donc à rendre accessible le tiers financement à l'État, ses groupements et aux collectivités territoriales et leurs établissements publics. Ce dispositif permet d'associer une offre technique portant notamment sur la réalisation des travaux dont la finalité principale est la diminution des consommations énergétiques, à un service comprenant le financement partiel ou total de ladite offre, en contrepartie de paiements échelonnés, réguliers et limités dans le temps.

En l'état du droit, les règles de la commande publique, qui interdisent le paiement différé sauf dans des cas très spécifiques, font obstacle au tiers financement dans le cadre de marchés publics

La présente proposition de loi permet donc déroger aux articles du code de la commande publique portant sur l'exécution financière des marchés, pour les seuls contrats de performance énergétique conclus sous la forme d'un marché global de performance pour la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments. Elle rend applicables aux contrats ainsi conclus certaines dispositions concernant les marchés de partenariat.

Ces dispositions présentent un caractère expérimental pour une durée de cinq ans. Un rapport en cours d'expérimentation permettra de faire un bilan et de tracer des perspectives.

L'objectif est de faciliter les opérations de rénovation énergétique des bâtiments publics dans notre pays afin de faire face aux défis climatiques à venir.

*

* *

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

Expérimentation de dérogations au code de la commande publique pour favoriser les travaux de rénovation énergétique des bâtiments publics

Résumé du dispositif et effets principaux

Le présent article permet à l'État, à ses groupements, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de déroger à titre expérimental à certaines dispositions du code de la commande publique pour les contrats de performance énergétique conclus sous la forme d'un marché global de performance pour la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments.

Il s'agit, notamment, de leur permettre de bénéficier du tiers-financement et de lever ainsi l'obstacle financier lié au montant de l'investissement à consentir pour financer ce type de rénovations.

L'article précise aussi les conditions de paiement des sous-traitants.

Dernières modifications législatives intervenues

Les dispositions auxquelles le présent article autorise une dérogation ont été codifiées par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

I. LA RÉNOVATION ÉNERGÉTIQUE DES BÂTIMENTS PUBLICS

La rénovation énergétique des bâtiments publics constitue un enjeu majeur pour les années à venir en raison de l'importance de ce parc immobilier et du contexte tendant à rendre ces opérations particulièrement pressantes.

A. LES ENJEUX DE LA RÉNOVATION DU PARC IMMOBILIER PUBLIC

Le parc immobilier de l'État et des collectivités territoriales représentait en 2020 près de 380 millions de mètres carrés, soit environ 38 % du parc tertiaire national.

Plus précisément, le parc immobilier de l'État représente 94 millions de mètres carrés de surface utile brute (SUB), occupé principalement par les services

de l'État (60 %) et par ses opérateurs (34 %) ⁽¹⁾. Le parc immobilier tertiaire des collectivités territoriales représenterait 280 millions de mètres carrés, soit environ 27 % du parc tertiaire national ⁽²⁾, dont environ la moitié est occupé par des écoles, collèges et lycées.

La rénovation énergétique des bâtiments publics et l'amélioration de leurs performances énergétiques constituent donc une priorité à plus d'un titre :

– il s'agit en premier lieu d'un enjeu environnemental majeur, dans la mesure où le secteur du bâtiment dans son ensemble représente 44 % de la consommation d'énergie finale et un quart des émissions de dioxyde de carbone de la France ⁽³⁾ ;

– l'énergie étant un des principaux postes de dépense dans le budget des communes, il s'agit aussi d'un enjeu d'ordre économique et financier, même si le coût initial des rénovations peut être élevé ;

– à plus long terme, la rénovation énergétique des bâtiments publics favorise la résilience collective et le confort des usagers face aux conséquences du changement climatique, y compris face aux fortes chaleurs ⁽⁴⁾ ;

– il s'agit, enfin, d'un enjeu d'exemplarité pour l'État et les collectivités. Cette exigence d'exemplarité apparaît déjà, en ce qui concerne les nouvelles constructions sous maîtrise d'ouvrage de l'État, de ses établissements publics ou des collectivités territoriales, dans la loi du 17 août 2015 ⁽⁵⁾ qui prévoit déjà qu'elles « font preuve d'exemplarité énergétique et environnementale et sont, chaque fois que possible, à énergie positive et à haute performance environnementale » ⁽⁶⁾.

B. UNE CONJONCTURE INCITATIVE

Votre rapporteur est par ailleurs convaincu que la situation actuelle rappelle l'urgence d'accélérer et de massifier les opérations de rénovation énergétique des bâtiments publics.

En effet, l'invasion russe de l'Ukraine commencée en février 2022 et ses conséquences sur les marchés se traduisent par une hausse des prix de l'énergie qui démontrent la nécessité de disposer de bâtiments énergétiquement performants.

(1) Document de politique transversale « Politique immobilière de l'Etat », PLF pour 2023 ([lien](#)).

(2) Coordination interministérielle du plan de rénovation énergétique des bâtiments, juillet 2020 ([lien](#)).

(3) Source : ministère de l'Écologie ([lien](#)).

(4) Dans son bilan climatique provisoire (au 30 novembre) de l'année 2022, Météo France soulignait ainsi que « 2022 sera l'année la plus chaude jamais enregistrée sur le pays depuis le début des relevés en 1900 » mais constituera une année normale au milieu du XXI^{ème} siècle ([lien](#)).

(5) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

(6) Article 8 II de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Sur le plan juridique, la fin de l'année 2022 correspond aussi au début du caractère contraignant des obligations déclaratives imposées par le « décret tertiaire »⁽¹⁾ du 23 juillet 2019, pris en application de l'article 175 de la loi « ELAN »⁽²⁾. Sont concernés tous les bâtiments ou locaux d'activité à usage tertiaire et dont la surface d'exploitation est supérieure ou égale à 1 000 m², y compris donc les bâtiments publics.

L'article 175 de la loi ELAN introduit dans le code de la construction et de l'habitation un article L. 111-10-3 aux termes duquel « *Des actions de réduction de la consommation d'énergie finale sont mises en œuvre dans les bâtiments, parties de bâtiments ou ensembles de bâtiments à usage tertiaire, définis par décret en Conseil d'État [...] afin de parvenir à une réduction de la consommation d'énergie finale pour l'ensemble des bâtiments soumis à l'obligation d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050, par rapport à 2010.* »

Pour chaque bâtiment ou partie de bâtiment, cette obligation peut être mise en œuvre :

– soit par « *un niveau de consommation d'énergie finale réduit, respectivement, de 40 %, 50 % et 60 % par rapport à une consommation énergétique de référence qui ne peut être antérieure à 2010* »,

– soit par « *un niveau de consommation d'énergie finale fixé en valeur absolue, en fonction de la consommation énergétique des bâtiments nouveaux de leur catégorie.* »

Le décret prévoit des obligations déclaratives via la plateforme en ligne OPERAT, et des sanctions administratives en cas de non-déclaration ou de non-respect des obligations fixées.

L'horizon temporel à partir duquel une baisse significative des consommations devra être observée, fixé à 2030, impose dès à présent à l'État et aux collectivités d'accélérer les travaux sur leurs bâtiments.

II. LES CONTRATS DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE, UN OUTIL A ENCOURAGER

Outils de la rénovation énergétique, les contrats de performance énergétique présentent un réel intérêt par la garantie de résultat qu'ils apportent. Les dispositifs permettant aux acteurs publics d'y avoir recours restent néanmoins perfectibles.

(1) Décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire.

(2) Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

A. LES CONTRATS DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

La loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ⁽¹⁾ a mis en place les contrats de performance énergétique. Son article 5 fixe à l'État l'objectif « *de réduire les consommations d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38 % d'ici à 2020* » et, à cette fin, de « *la rénovation complète de 400 000 logements chaque année à compter de 2013.* » Elle prévoit aussi qu'il soit rendu possible pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à un contrat de performance énergétique.

La définition des contrats de performance énergétique est fixée par l'arrêté du 24 juillet 2020 relatif aux contrats de performance énergétique. Plusieurs éléments les caractérisent :

– leur objet, qui doit être la diminution de 1 à 100 % ⁽²⁾ des consommations énergétiques au moyen d'un investissement dans des travaux, fournitures ou services ;

– une mesure fiable des économies réalisées, mesurées par rapport à une situation de référence qui « *tient compte des consommations historiques corrigées de tout facteur externe ayant un impact significatif sur la consommation.* » et peut par ailleurs faire l'objet d'un contrôle par un organisme accrédité à cet effet ;

– la garantie de la baisse des consommations d'énergie par la société de services assurant la prestation. La non atteinte de l'objectif d'efficacité énergétique donne lieu à une pénalité financière en fonction de l'écart de consommation constaté par rapport à l'engagement contractuel.

Arrêté du 24 juillet 2020 relatif aux contrats de performance énergétique (extrait)

« Article 1^{er} : Un contrat de performance énergétique (CPE) est un contrat conclu entre un donneur d'ordre et une société de services d'efficacité énergétique visant à garantir une diminution des consommations énergétiques du maître d'ouvrage, vérifiée et mesurée par rapport à une situation de référence contractuelle, sur une période de temps donnée grâce à un investissement dans des travaux, fournitures ou prestations de services. En cas de non atteinte des objectifs du contrat, celui-ci prévoit des pénalités financières. »

Cette définition est très proche de celle fixée par la directive européenne 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012.

Le bénéficiaire n'a pas à financer l'investissement et utilise en partie la valeur des économies réalisées pour rembourser l'investissement effectué par le prestataire. Cet outil présente donc un effet incitatif lorsque les moyens financiers du donneur d'ordre sont limités.

(1) Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

(2) Article 2 de l'arrêté.

B. DEUX VECTEURS JURIDIQUES DISTINCTS ET LEURS LIMITES

Les acheteurs publics peuvent conclure des CPE soit sous la forme d'un marché global de performance énergétique, soit d'un marché de partenariat de performance énergétique. Ces deux outils juridiques se distinguent par leur caractère dérogatoire au droit commun, et en particulier au principe de l'allotissement ⁽¹⁾.

Si l'absence de l'obligation d'allotissement apparaît bienvenue pour des marchés dont l'objet est par nature divers, d'autres obstacles juridiques au plein usage de ces outils dans le cadre de CPE existent néanmoins.

1. Le marché global de performance et ses limites

Cette catégorie de marché est définie à l'article L. 2171-3 du code de la commande publique ⁽²⁾ comme associant « *l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables.* »

Les marchés publics globaux

Le code de la commande publique distingue trois catégories de marchés publics globaux (article L. 2171-1) :

- les marchés de conception-réalisation
- les marchés globaux de performance
- les marchés sectoriels.

Ils se caractérisent notamment par leur objet, à savoir la réalisation de prestations de nature différente, et par une dérogation de plein droit à l'obligation d'allotissement, fonctionnel comme géographique.

Les marchés globaux de performance sont donc exécutés en deux étapes : une phase de conception-réalisation, correspondant aux travaux d'amélioration de la performance énergétique, et une phase d'exploitation et/ou de maintenance.

(1) Selon l'article L. 2113-10 du code de la commande publique, « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. » *Il peut s'agir de prestations répondant à des besoins dissociables (allotissement fonctionnel) ou en raison de la répartition géographique des prestations (allotissement géographique). La dérogation de plein droit est d'autant plus remarquable que si l'allotissement n'est imposé par « aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle », la généralisation de dérogations à ce principe « serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité de la commande publique » (DC 2003-473 du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit).*

(2) *Le marché global de performance succède aux CREM (marchés de conception, de réalisation, d'exploitation ou de maintenance) et aux REM (marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance) de l'ancien article 73 du code des marchés publics.*

Ils sont soumis aux mêmes règles d'exécution budgétaire que les marchés de droit commun, en particulier celle selon laquelle « *Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements* » (article L. 2191-5). Corollaire de cette interdiction, pour ces marchés globaux, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction (article L. 2191-6). La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée (article R. 2171-2).

En 2011, le rapport de M. Olivier Ortega remis à la ministre de l'écologie ⁽¹⁾ identifiait déjà l'interdiction du paiement différé comme un obstacle juridique au déploiement des CPE via le vecteur des marchés globaux de performance. L'acheteur public ne pouvant avoir recours au pré-financement privé des prestations de conception-réalisation, il doit disposer de bonnes capacités financières pour financer la première partie du contrat avant de pouvoir compter sur les économies qui seront réalisées.

2. Le marché de partenariat

Le marché de partenariat de performance énergétique, qui a remplacé l'ancien contrat de partenariat ⁽²⁾, se caractérise par :

– un objet souple, mais comportant nécessairement le financement de l'opération envisagée. Peuvent s'ajouter des missions supplémentaires comme la conception, l'aménagement, l'entretien, la maintenance ou la réparation. Ce marché permet un financement privé des investissements réalisés, la personne publique rémunérant le titulaire de façon différée à compter de l'achèvement des missions principales ⁽³⁾ ;

– le transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du marché.

(1) « *Les contrats de performance énergétique* », rapport à Madame Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, par Olivier Ortega, avocat associé, mars 2011 ([lien](#)).

(2) Créé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

(3) Diverses dispositions permettent néanmoins un financement public de l'acheteur ou d'autres personnes publiques, sous forme notamment de participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société consacrée à la réalisation du projet (article L. 2213-6).

Article L. 1112-1 du code de la commande publique

Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre:

- 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels;
- 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels[,] ou une combinaison de ces éléments;
- 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée

Les conditions de passation du marché de partenariat sont toutefois plus contraignantes que pour les marchés globaux de performance :

– la valeur du marché doit être supérieure à un seuil, fixé par voie réglementaire à deux millions d'euros, afin de réserver ce type de contrat aux marchés les plus importants (article L. 2211-5) ;

– la passation de ce marché doit faire l'objet d'un « *bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet* » (article L. 2211-6) ;

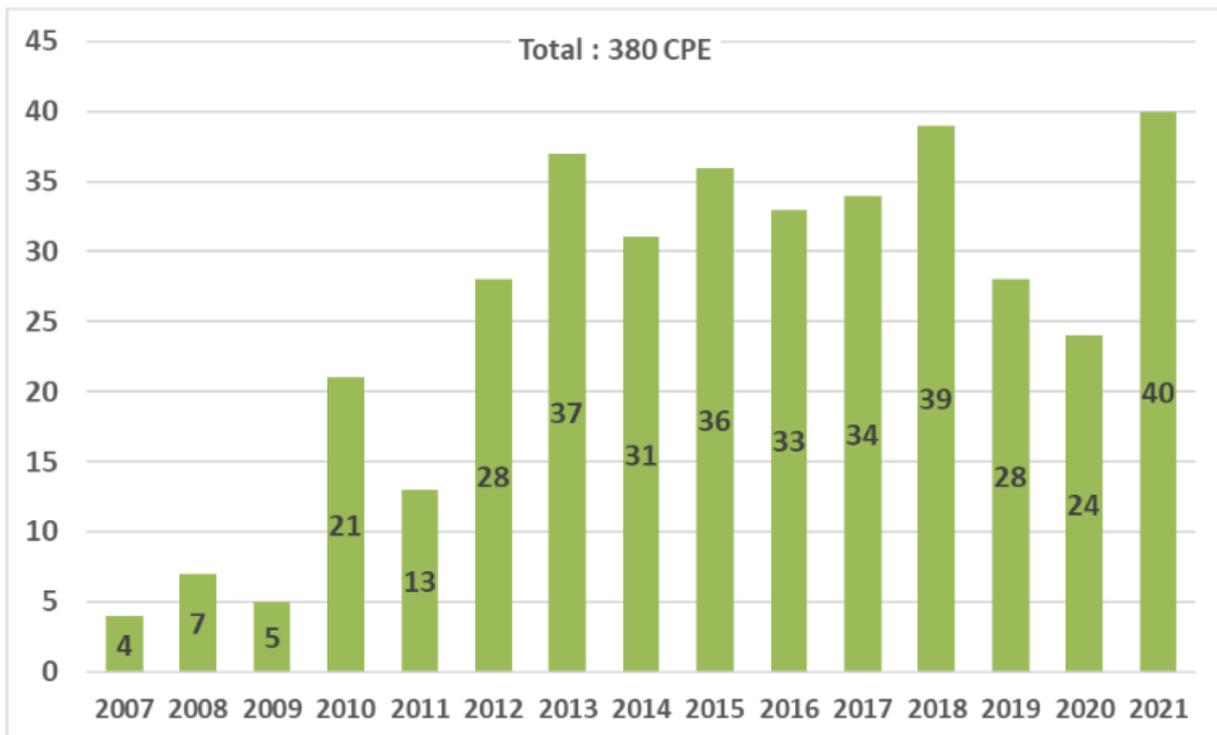
Une procédure d'instruction du projet doit être effectuée. L'acheteur doit ainsi réaliser une évaluation « *ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* », soumise pour avis à la Mission d'appui au financement des infrastructures (articles L. 2212-1 et L. 2212-2), et une étude de soutenabilité budgétaire, « *qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* » et soumise pour avis au service de l'État compétent (articles L. 2212-3 et L. 2212-4).

C. UN DISPOSITIF INSUFFISAMMENT UTILISÉ

Les données recueillies par l'Observatoire national des CPE ⁽¹⁾ font état de 380 CPE publics signés entre 2008 et 2021, soit une moyenne de 27 par an, et couvrant une durée généralement comprise entre 8 et 10 ans. En d'autres termes, le dispositif reste relativement peu utilisé.

(1) Source : Observatoire national des CPE, Chiffres clés – Novembre 2022.

EVOLUTION DU NOMBRE DE CPE PUBLICS DEPUIS 2007



Source : Observatoire national des CPE, Chiffres clés – Novembre 2022

Plus particulièrement, les contrats à financement public représentent l'immense majorité des supports des CPE publics. Sur les 380 CPE recensés, seuls 20 ont été signés sous la forme d'un contrat de partenariat jusqu'en 2015 et l'Observatoire précise ne pas avoir identifié de CPE réalisés sous la forme de marché de partenariat. Les marchés publics globaux de performance « *sont ainsi devenus le véhicule juridique quasi exclusif pour lancer et attribuer des CPE [publics]* ».

Dans ce contexte, l'impossibilité d'avoir recours à des financements autres que publics peut s'avérer fortement dissuasive alors même que le seul vecteur permettant une alternative n'est plus utilisé.

Semble ainsi confirmée l'analyse de M. François Tenailleau, avocat, qui notait ainsi en 2019 que « *la pratique actuelle consistant à se tourner quasi systématiquement vers les marchés globaux (sans financement privé) ou la concession, par seule crainte des obstacles posés au recours aux marchés de partenariat et des risques de contentieux, ne paraît guère satisfaisante* »⁽¹⁾. De son côté, M. Aurélien Burel, avocat, observait en 2012 à l'occasion de l'introduction dans le code des marchés publics du contrat global de performance, ancêtre du marché global de performance, que « *cette impossibilité de faire financer le coût de l'équipement par le titulaire de ce contrat, et donc d'insérer une clause de paiement différé permettant de lisser le paiement de la part des*

(1) François Tenailleau, Avocat, chargé d'enseignement à l'école de droit de la Sorbonne, université Paris-I, « Les marchés globaux de performance : heureuse confirmation d'une occasion saisie », *AJDA* 2019 p.1814.

travaux sur la durée globale, réduira certainement l'intérêt que pourrait représenter un tel marché... » ⁽¹⁾.

M. Philippe Pelletier, président du Plan bâtiment durable, déplorait par ailleurs la carence des acteurs du financement que sont les banques, afin de souligner le besoin existant. Les contrats ainsi conclus seraient caractérisés par la perspective de revenus réguliers (sous réserve que les contrats de performance soient remplis) versés par une personne publique, soit un profil d'investissements assez sûr qui devrait être recherché, sous réserve d'autres facteurs pouvant diminuer leur attractivité comme le montant des sommes en jeu, par les tiers-financeurs potentiels ⁽²⁾.

Enfin, dans une contribution écrite soumise à votre rapporteur, le département des Yvelines soulignait pour sa part le caractère trop élevé des crédits nécessaires au regard des opérations à réaliser, soulignant même que « *compte tenu de nos paramètres financiers (faible endettement, fort autofinancement, bases fiscales importantes), ce qui est impossible pour nous l'est, a fortiori, pour la quasi-totalité des collectivités locales françaises* ».

III. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES PAR LA PROPOSITION DE LOI

La présente proposition de loi vise à inciter les acteurs publics à entamer des opérations de rénovation énergétique de leurs bâtiments en facilitant le recours aux contrats de performance énergétique grâce à des dérogations au code de la commande publique.

Elle présente un caractère expérimental, pour une durée de cinq ans. Il s'agit de la durée pendant laquelle les contrats pourront être passés, et pas de la durée d'application de ces contrats. Même si elle n'est pas pérennisée, elle continuera donc à produire des effets à l'expiration du délai de cinq ans et jusqu'à l'expiration des contrats passés en application de l'article 1^{er}.

Elle reprend un dispositif qui figurait à l'article 97 de la loi de finances pour 2022 ⁽³⁾, à l'exception de la question des sous-traitants. Dans sa décision rendue sur la loi de finances pour 2022, le Conseil constitutionnel a censuré cet article en tant que « cavalier législatif », précisant que cette décision « *ne préjuge pas de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles* » ⁽⁴⁾.

(1) Aurélien Burel, Avocat associé, Cabinet D4 Avocats, « Le nouveau marché global de performance, un outil de plus pour les collectivités ? », *AJ Collectivités Territoriales* 2012 p.34

(2) Auditions réalisées par le rapporteur.

(3) Seules les dispositions relatives aux sous-traitants ne figuraient pas dans le texte de la LFI 2022.

(4) DC n° 2021-833 du 28 décembre 2021, Loi de finances pour 2022 ([lien](#)).

Un tableau comparant les contrats proposés par la proposition de loi, les marchés de performance et les marchés de partenariat est proposé à la fin du présent III.

A. LA DÉROGATION AUX DISPOSITIONS DE DROIT COMMUN SUR L'EXÉCUTION FINANCIÈRE DU MARCHÉ, QUI OUVRE LA POSSIBILITÉ DU TIERS FINANCEMENT

Le premier alinéa de l'article 1^{er} prévoit la possibilité de déroger aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du code de la commande publique, qui portent sur l'exécution financière des marchés publics ⁽¹⁾.

- *La remise en cause de l'interdiction du paiement différé*

Les articles L. 2191-5 et L. 2191-6, commentés dans la deuxième partie du présent rapport, interdisent le paiement différé et son corollaire. La proposition de loi ouvre la possibilité de déroger à cette règle, ce qui présente un double avantage :

– elle dispense la personne publique d'avoir à avancer de sommes importantes, peut-être au-delà de ses capacités financières ; en effet, elle permet aux acteurs publics concernés d'avoir recours au tiers financement ⁽²⁾ pour réaliser des travaux de rénovation énergétique ;

– elle permet à la personne de s'appuyer sur les économies réalisées sur la consommation énergétique pour faciliter le paiement ⁽³⁾.

- *La dérogation aux autres dispositions sur l'exécution financière*

Les autres articles auxquels il est possible de déroger prévoient :

– des versements à titre d'avances, dont le taux et les conditions de versement ne peuvent être modifiées en cours d'exécution (L. 2191-2 et L. 2191-3). L'article R. 2191-3 prévoit une avance obligatoire de 5% pour les marchés dépassant 50 000 euros et 2 mois ;

– le versement d'acomptes lorsque les prestations ont commencé à être exécutées (L. 2191-4) ;

(1) *Les marchés de partenariat sont régis par d'autres dispositions.*

(2) *Selon l'article 124 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, le tiers financement « est caractérisé par l'intégration d'une offre technique, portant notamment sur la réalisation des travaux dont la finalité principale est la diminution des consommations énergétiques, à un service comprenant le financement partiel ou total de ladite offre, en contrepartie de paiements échelonnés, réguliers et limités dans le temps ».*

(3) *Comme l'ont souligné MM. Olivier Ortega et Jean Bensaïd au cours de leurs auditions respectives, les travaux entrepris ne peuvent s'autofinancer intégralement grâce aux économies réalisées sur la consommation énergétique. En revanche, les économies réalisées permettent de diminuer le coût final de l'investissement, à défaut de le couvrir en intégralité.*

– la possibilité pour les marchés de prévoir à la charge du titulaire le versement d'une garantie (article L. 2191-7) ;

– la possibilité pour le titulaire de céder ou nantir la créance qu'il détient sur l'acheteur à un établissement de crédit ou à un autre cessionnaire ou créancier (article L. 2181-8).

B. L'APPLICATION DE DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

1. Le contenu de la proposition de loi

Sont applicables aux contrats conclus en application de la présente proposition de loi les articles L. 2211-1 à L. 2212-4, L. 2221-1 à L. 2223-4, L. 2232-2 et L. 2235-1 à L.2235-3, propres aux marchés de partenariat.

- *L'application des mêmes conditions de recours strictes que pour les marchés de partenariat*

Les conditions du recours à ces marchés ont été explicitées précédemment : seuil minimal (article L. 2211-5), bilan plus favorable (article L. 2211-6). Cette dernière obligation se manifeste notamment par la production d'une évaluation préalable (articles L. 2212-1 et L. 2212-2) et d'une étude de soutenabilité budgétaire (articles L. 2212-3 et 2212-4).

Sont également applicables les dispositions relatives aux marchés de partenariat portant sur :

- les acheteurs autorisés (articles L. 2211-1 à L. 2211-4),
- les autorisations préalables à l'engagement de la procédure (articles L. 2221-1 à L. 2221-3),
- la présentation des documents de la consultation, des offres et les critères d'attribution (articles L. 2222-1 à L. 2222-5),
- l'achèvement de la procédure (articles L. 2223-1 à L. 2223-4),
- les conditions d'indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du contrat (articles L. 2235-1 à 2235-3).

Ces dispositions, reproduites ci-après, n'appellent pas de remarques particulières.

Code de la commande publique (extraits)

Autorisations préalables à l'engagement de la procédure

Article L2221-1

Pour les marchés de partenariat conclus par l'État et ceux de ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'État pour le compte des acheteurs non autorisés à conclure leurs propres marchés de partenariat.

Article L2221-2

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Article L2221-3

Pour les autres acheteurs, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution

Article L2222-1

L'acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable.

Ces ajustements ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'acheteur de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au titulaire pressenti de bouleverser l'économie de son offre.

L'ajustement de l'offre ne porte que sur la composante financière du coût global du contrat et est seulement fondé sur la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément.

Article L2222-2

Le soumissionnaire auquel il est envisagé d'attribuer le marché de partenariat présente le financement définitif dans un délai fixé par l'acheteur. A défaut, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai.

Article L2222-3

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural.

Article L2222-4

L'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du contrat, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou

à des artisans.

Article L2222-5

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du marché, de la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Achèvement de la procédure

Article L2223-1

Les autorités administratives compétentes autorisent la signature des marchés de partenariat de l'État et de ses établissements publics, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'État pour le compte des acheteurs non autorisés.

Article L2223-2

L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif.

Article L2223-3

L'organe décisionnel des autres acheteurs autorise la signature du marché de partenariat.

Article L2223-4

Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert mentionné à l'article L. 2212-2.

Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique.

Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat

Article L2235-1

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur.

Article L2235-2

Parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 2235-1 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.

La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes au marché de partenariat, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.

Article L2235-3

Lorsque une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

2. Les risques liés aux conditions strictes de passation

Il résulte de l'ensemble des dispositions ci-dessus que les contrats passés en application du présent article constitueront une forme juridique hybride entre le marché de performance et le marché de partenariat.

Or, le maintien de conditions de recours identiques à celles des marchés de partenariat n'apparaît ni nécessaire, ni opportune à votre rapporteur.

D'une part, les marchés prévus par la présente proposition de loi se distinguent des marchés de partenariat sur plusieurs points. Leur objet est plus restreint et les inscrit dans une finalité d'intérêt général évidente. Surtout, la nature même des contrats de performance énergétique est protectrice pour l'acheteur public, puisqu'elle permet de garantir que les économies envisagées seront bien réalisées et, à défaut, que la différence entre les objectifs et la réalité sera prise en charge par le titulaire du marché.

D'autre part, les conditions de passation actuellement prévues à l'article 1^{er} sont source de complexité, risque qui a été souligné par plusieurs personnes auditionnées et auquel votre rapporteur souscrit pleinement. Soumettre les marchés prévus par la proposition de loi aux mêmes conditions de passation que les marchés de partenariat pourrait diminuer l'intérêt du dispositif. Il n'est en effet pas certain que le seul avantage du paiement différé soit suffisant au regard des contraintes liées aux conditions de recours ⁽¹⁾. Comme précédemment évoqué, il est déjà extrêmement rare que les marchés de partenariat soient utilisés à l'appui d'un contrat de performance énergétique, les collectivités leur préférant la procédure plus simple des marchés globaux de performance en dépit de l'interdiction du paiement différé. La Direction de l'immobilier de l'État ⁽²⁾ elle-même invite à privilégier les marchés globaux de performance pour les opérations de rénovation énergétique ⁽³⁾.

Aussi, dans un objectif de massification des opérations de rénovation énergétique, votre rapporteur souhaite donc que le nouveau dispositif proposé soit le plus simple possible, dans le respect de la jurisprudence constitutionnelle, pour permettre aux collectivités notamment de s'en saisir plus facilement. En particulier, l'exigence de bilan plus favorable, particulièrement contraignante, pourrait être assouplie.

(1) *Tel est également le point de vue de la FEDENE (contribution écrite).*

(2) *Cette direction est rattachée à la direction générale des finances publiques.*

(3) *Guide annexé à la circulaire du Premier ministre en date du 21 janvier 2021 (n°6244/SG) relative aux outils et instructions à l'usage des porteurs de projets immobiliers de l'État*

Le Conseil constitutionnel et le recours aux marchés de partenariat

Les décisions de 2003 et 2004 encadrant le recours aux contrats de partenariat

En 2003 ⁽¹⁾, saisi sur la loi qui habilitait notamment le gouvernement à instituer par ordonnance « de nouvelles formes de contrats », c'est-à-dire les futurs contrats de partenariat, le Conseil constitutionnel avait apporté plusieurs précisions quant à leur régime juridique :

– si aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit leur mise en place, il n'est cependant pas possible de « généraliser » de tels contrats, dérogoires au droit commun de la commande publique ;

– ils doivent donc être réservés « à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

Il a confirmé cette jurisprudence dans sa décision du 2 décembre 2004 portant sur la loi de simplification du droit ⁽²⁾, une fois mis en place les contrats de partenariat.

La censure des dispositions présumant l'urgence dans la loi du 28 juillet 2008

La loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat ⁽³⁾ introduisait des dispositions présumant, de façon transitoire, l'urgence dans certaines situations particulières – permettant ainsi de légitimer le recours aux marchés de partenariat dans ces situations. Etaient ainsi réputés présenter un caractère d'urgence les projets répondant à un certain nombre de besoins limitativement énumérés, comme ceux de l'enseignement supérieur ou les infrastructures de transport durable. La puissance publique devait simplement prouver que le bilan de l'opération n'était pas défavorable à la passation d'un contrat de partenariat.

Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions ⁽⁴⁾ :

– d'une part, la généralisation de ces pratiques est susceptible de porter atteinte à l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics ;

– d'autre part, la présomption d'urgence ainsi instaurée par le législateur empêche le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence et prive ainsi des garanties légales nécessaires les principes constitutionnels susmentionnés.

C. LA QUESTION DES SOUS-TRAITANTS

Le deuxième alinéa de l'article 1^{er} prévoit aussi des conditions dérogoires en ce qui concerne le paiement des sous-traitants. Le code de la commande publique prévoit en effet les règles suivantes pour le paiement du sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté par le pouvoir adjudicateur :

(1) DC 2003-476 du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit ([lien](#)).

(2) DC n° 2004-506 du 2 décembre 2003, Loi de simplification du droit ([lien](#)).

(3) Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

(4) DC n° 2008-567 du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat ([lien](#)).

– lorsque le montant du contrat de sous-traitance est supérieur ou égal à un seuil fixé par voie réglementaire, le sous-traitant direct bénéficie du paiement direct par l’acheteur pour la part du marché dont il assure l’exécution (article L. 2193-11). Le décret du 25 mars 2016 a fixé ce seuil à 600 euros TTC (article R. 2193-10).

– lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à ce seuil, il est fait application du titre III de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ⁽¹⁾ : le sous-traitant direct est payé par le titulaire du marché, mais dispose d’une action directe contre le maître d’ouvrage faute de paiement.

La proposition de loi prévoit le paiement du sous-traitant dans les conditions prévues par le titre III de la loi précitée, sans référence à une distinction selon le montant du contrat. Le sous-traitant conserve la possibilité d’une action directe contre le maître d’ouvrage. Cette dérogation est cohérente avec le caractère différé du paiement rendu possible par l’alinéa 1^{er} de la proposition de loi.

*

* *

Le tableau ci-dessous résume les modifications proposées.

MARCHÉ GLOBAL DE PERFORMANCE, MARCHÉ DE PARTENARIAT ET MARCHÉ GLOBAL DE PERFORMANCE PASSÉ DANS LES CONDITIONS OUVERTES PAR LA PROPOSITION DE LOI : COMPARATIF DES CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES

	Marché global de performance	Marché de partenariat	Marché global de performance passé dans les conditions de la présente proposition de loi
Conditions de mise en œuvre	Souples	Exigeantes (seuil, bilan favorable)	Exigeantes (seuils, bilan favorable)
Financement	Public	Principalement privé	Public ou privé
Obligation d’allotissement	Non	Non	Non
Maître d’ouvrage	Acheteur public	Prestataire	Acheteur public ⁽²⁾
Rémunération	Ne peut pas être étalée dans le temps	Étalée dans le temps	Étalée dans le temps
Sous-traitants	Selon le montant du contrat de sous-traitance, paiement direct par l’acheteur ou paiement par le titulaire avec possibilité d’action directe	Sans objet	Paiement par le titulaire et possibilité d’action directe par le sous-traitant

(1) Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

(2) Les acheteurs qui passent un marché public en tant que maîtres d’ouvrage disposent en tant que tels des attributions suivantes : détermination de la localisation du projet, élaboration du programme, fixation de l’enveloppe financière prévisionnelle, financement de l’opération, choix du processus selon lequel l’ouvrage sera réalisé, conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l’exécution des travaux de l’opération (article L. 2421-1). Le renoncement à la maîtrise d’ouvrage publique a donc des conséquences sur la maîtrise de l’ensemble des opérations par l’acheteur.

Article 2

Rapport au Parlement

Cet article prévoit la remise au Parlement d'un rapport d'évaluation sur les contrats conclus en application de l'article 1^{er}, dans un délai de trois ans à compter de la promulgation de la loi.

Cette disposition vise à assurer un bilan de l'expérimentation ainsi proposée, dans la perspective de son éventuelle pérennisation.

Article 3

Gage financier

L'article 3 gage la charge pour l'État par la création d'une taxe additionnelle à l'accise sur les tabacs, prévue au chapitre IV du titre I^{er} du livre III du code des impositions sur les biens et services.

La charge pour les collectivités territoriales est compensée à due concurrence par la majoration de la dotation globale de fonctionnement et, corrélativement pour l'État, par la création d'une taxe additionnelle à l'accise sur les tabacs, prévue au chapitre IV du titre I^{er} du livre III du code des impositions sur les biens et services.

*

* *