

DOSSIER D'ACCOMPAGNEMENT

Marché global de performance énergétique à paiement différé

Le présent document a été annoté par le SGAMI afin d'identifier la répartition des missions entre l'AMO Juridique et financier et l'ATMO

Introduction

La loi n°2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers-financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique autorise à titre expérimental pour cinq ans l'État et ses établissements publics, ainsi que pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements à conclure des contrats de performance énergétique pour la rénovation énergétique de leurs bâtiments sous la forme de marchés globaux de performance énergétique à paiement différé (ci-après le « MGPEPD »). Les conditions d'application de cette loi sont précisées par le décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé.

OBJECTIFS DU DOSSIER D'ACCOMPAGNEMENT

Le présent document constitue un dossier d'accompagnement, mis à la disposition des acheteurs qui envisagent de recourir à des MGPEPD. Il contient :

- Un guide pour la rédaction de l'étude préalable (l'« Etude ») qui propose un plan-type de cette Etude et une méthodologie de réalisation de celle-ci. Ce guide a été élaboré par Fin Infra après concertation avec les services de l'Etat concernés et les acteurs du secteur de la rénovation énergétique. **Il est indicatif et ne constitue ainsi pas une garantie pour le porteur de projet en cas de recours.**
- Une aide à la compréhension de ce nouvel outil de la commande publique sous la forme de réponses aux questions les plus fréquemment posées au sujet de ce montage.

A la demande du porteur de projet, Fin Infra (fininfra@dgtresor.gouv.fr) peut répondre à des questions complémentaires ou proposer une mission d'accompagnement juridique et financier, aussi bien pendant la phase de choix du montage (en amont de la réalisation de l'Etude) que pendant la procédure d'attribution et l'exécution du contrat.

Méthodologie de réalisation de l'« Etude Préalable » du mode de réalisation

Pour justifier le recours à ce type de contrat, l'acheteur doit commencer par réaliser une étude préalable ayant pour objet de démontrer l'intérêt du recours à un tel contrat. Ainsi, l'Etude doit démontrer 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* » (article 2 de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 précitée).

L'Etude a vocation à justifier le recours au marché global de performance à paiement différé. Elle permet également d'éclairer l'acheteur préalablement à sa décision d'engager une procédure de passation d'un MGPEPD et constitue un moyen utile pour anticiper, notamment, les sujets de répartition des risques qui se poseront nécessairement lors des échanges avec les candidats.

L'élaboration de l'Etude est de la responsabilité de l'acheteur agissant pour son propre compte ou, le cas échéant, pour le compte d'autres acheteurs en vertu d'une convention signée à cet effet sur le fondement de l'article 2-II ou de l'article 2-III de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 précitée.

L'Etude est transmise à la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures (ci-après, « Fin Infra ») pour avis, avant le lancement de la procédure d'attribution du contrat. L'avis de Fin Infra est rendu dans un délai maximum d'un mois. Il ne se substitue pas à la décision de lancement de la procédure prise par l'acheteur concerné, qui relève de sa seule responsabilité.

PLAN DE L'ETUDE

Conformément à la loi et au décret précités, le plan recommandé pour l'Etude est le suivant :

1. Présentation du projet et de l'acheteur
2. Présentation des montages contractuels envisageables
3. Analyse des avantages et inconvénients du marché global de performance énergétique à paiement différé par rapport aux autres montages envisagés

PRÉSENTATION DÉTAILLÉE DU PLAN DE L'ETUDE

1. Présentation du projet et de l'acheteur

1.1. Caractéristiques du projet AMO

L'acheteur présente succinctement le projet, son équilibre économique et ses enjeux. Il indique notamment :

- la répartition des coûts prévisionnels du projet par grande typologie de coûts d'investissement ;
- les paramètres de l'équilibre économique prévisionnel de l'opération notamment les coûts d'investissement, les éventuelles aides et/ou subventions pouvant venir en diminution des coûts d'investissement, les éventuels projets de valorisation pouvant être mis en œuvre et les économies d'énergie attendues ;
- le contexte dans lequel est réalisé le projet, son niveau de maturité et les objectifs poursuivis. Si le projet s'inscrit dans un plan pluriannuel d'investissement plus large ou dans une stratégie immobilière (SDIE), l'acheteur l'indique. De même, l'acheteur indique les éventuelles études préalables restant à réaliser ;
- le cas échéant, une description des modalités de mutualisation envisagées.

1.2. Présentation de l'acheteur AMO

L'acheteur présente ses compétences, son statut et ses capacités techniques et financières. Il précise les moyens techniques et humains dont il dispose ainsi que son expérience pour conduire le projet, notamment à partir de projets comparables qu'il aurait conduits, en précisant les modes de réalisation utilisés. Il identifie les limites auxquelles il fait face, par exemple, compte tenu d'autres projets en cours mobilisant tout ou partie de ses équipes. Le cas échéant, l'acheteur présente les compétences externes techniques, financières et/ou juridiques qu'il s'est adjoint pour réaliser le projet.

1.3. Présentation de la consommation énergétique et des émissions de gaz à effet de serre de référence ATMO

L'acheteur présente la situation de référence retenue pour l'analyse de la performance énergétique du ou des bâtiments, pris ensemble ou isolément, concernés par le projet, ainsi que les études et audits déjà réalisés sur le bâtiment ou l'ensemble de bâtiments considérés.

La situation de référence permet notamment de déterminer la consommation énergétique de référence ainsi que les émissions de gaz à effet de serre, indicateurs utilisés pour apprécier les objectifs de performance énergétique globale du projet.

Si le projet porte sur plusieurs bâtiments, l'acheteur présente la situation de référence pour chaque bâtiment.

La situation de référence inclut :

- La présentation de l'état initial du ou des bâtiments concernés et des équipements installés. Sont précisées en particulier :
 - Les caractéristiques du bâti, notamment l'état de l'isolation thermique
 - la liste des équipements de chauffage installés dans les bâtiments et leurs caractéristiques techniques ;
 - la présence ou non de systèmes de gestion technique du bâtiment (GTB) et/ou de système de gestion technique centralisée (GTC) ;
 - la situation du (ou des) bâtiment(s) objet(s) du marché au regard des obligations relatives au décret tertiaire, et, dans ce cas, l'année et consommation de référence, et, le cas échéant, les années et consommations énergétiques déclarées dans l'outil de collecte OPERAT mis à disposition par l'Etat ;
- La **présentation de la période de référence** retenue pour le calcul de la consommation énergétique de référence du marché global de performance avec paiement différé : la période de référence couvre au minimum trois années calendaires consécutives et récentes et doit être représentative de l'utilisation normale du ou des bâtiments concernés. La période de référence peut être réduite à une ou deux années lorsque seules celles-ci sont représentatives.
- La **consommation d'énergie de référence** retenue est :
 - au plus égale à la consommation historique moyenne sur la période de référence
 - corrigée, le cas échéant, des facteurs ayant une incidence sur la consommation
 - déterminée selon la méthode la plus appropriée pour le poste de consommation concerné
 - exprimée en MWhEF/an et en kWhEF/m² par an en rapportant la consommation d'énergie à la surface de plancher de l'opération telle que définie à l'article R. 111-22 du code de l'Urbanisme
- Les **émissions de gaz à effet de serre**, exprimées en tCO₂eq/an, correspondant à la consommation d'énergie de référence. Les émissions de gaz à effet de serre estimées sont calculées en application de la méthode définie par l'arrêté du 15 septembre 2006 relatif au diagnostic de performance énergétique pour les bâtiments ou parties de bâtiment autres que d'habitation existants proposés à la vente en France métropolitaine.

Les travaux demandés dans le cadre de la partie 1 relèvent de bonnes pratiques et sont utiles à l'acheteur dans le cadre de la préparation de son projet. Néanmoins, ces éléments ne contribuent pas directement à la comparaison entre les montages et peuvent donc être adaptés en fonction des données dont dispose l'acheteur.

2. Présentation des options de montage contractuel AMO

La loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 concerne expressément les acheteurs publics qui ont un projet de rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments sous la forme d'un contrat de performance énergétique (CPE). La définition d'un CPE est donnée par la directive du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique.

Conformément aux dispositions de l'article 1 2° du décret n° 2023-913, l'acheteur présente de façon synthétique les options de montage contractuel envisageables pour mettre en œuvre le projet. Il vérifie qu'il peut juridiquement y recourir et précise les motifs qui le conduisent à exclure tel ou tel montage.

3. Analyse portant sur l'ensemble des avantages et inconvénients du marché global de performance énergétique à paiement différé par rapport aux autres montages envisagés qui n'autorisent pas le paiement différé AMO

Le marché de partenariat autorisant le paiement différé, celui-ci n'a donc pas à être pris en compte dans cette analyse comparative.

Cette analyse doit tenir compte, en particulier :

1. *Des objectifs de performance notamment en matière de consommation énergétique et l'émission de gaz à effet de serre, des délais fixés pour les atteindre ainsi que des mécanismes souhaités d'incitations, de garanties et de sanctions ;*
2. *Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;*
3. *Des principaux risques du projet et de leur répartition entre l'acheteur et le titulaire ;*
4. *De la structure de financement ainsi que de son incidence sur les coûts du projet ;*
5. *Le cas échéant, des effets de la mutualisation du projet avec d'autres acheteurs.*

L'acheteur peut ajouter tout élément qui lui semblerait pertinent. Le critère du paiement différé ne peut, en revanche, à lui seul constituer un avantage.

L'acheteur compare les montages sur la base d'une durée correspondant à la durée d'amortissement des investissements réalisés.

3.1. Objectifs de performance ATMO

Estimation du gain attendu en matière de consommation énergétique exprimée en énergie finale

L'acheteur compare, pour chaque mode de réalisation :

- l'objectif de consommation énergétique attendu en niveau (en MWh/an et en KWh/m² par an) ou en pourcentage de réduction par rapport à la consommation de référence préalablement définie ;
- le gain attendu en matière de consommation énergétique du bâtiment en MWh/an et en KWh/m² par an.
- pour les bâtiments assujettis au décret tertiaire, l'objectif de consommation énergétique attendu en niveau (en MWh/an et en KWh/m² par an) comparé aux objectifs en valeur relative ou valeur absolue du décret tertiaire aux différentes échéances (2030, 2040, 2050).

L'acheteur peut comparer le gain attendu en € HT / an et sur la durée du contrat, à l'aide d'une estimation du prix des sources d'énergie correspondant à son mix énergétique.

Estimation du gain attendu en matière d'émission de gaz à effet de serre

L'acheteur compare, pour chaque mode de réalisation :

- l'objectif d'émission de gaz à effet de serre par rapport à la situation de référence en niveau (tCO₂eq/an) ou en pourcentage de réduction par rapport aux émissions de gaz à effet de serre correspondant à la consommation énergétique de référence ;
- le gain attendu en tCO₂eq/an.

Présentation des délais et des calendriers

L'acheteur compare, pour chaque mode de réalisation :

- le calendrier comprenant la phase de consultation et la phase de conception et de réalisation des travaux ;

la durée sur laquelle porte l'engagement d'exploitation et de performance énergétique.

Mécanismes d'incitation, de garantie et de sanction

L'acheteur compare les différents mécanismes d'incitation, de garantie et de sanction qu'il envisage de mettre en œuvre pour chaque mode de réalisation. Il précise en particulier :

- Les incitations créées par le calendrier de paiement des prestations ;
- Les dispositifs de sanctions qu'il envisage de mettre en place pour chaque phase du projet (construction, exploitation) ;
- Les mécanismes de garantie de paiement des pénalités (garanties ou mécanismes de compensation des pénalités sur les rémunérations).

Exemples d'éléments de comparaison (à titre illustratif)

EXEMPLE 1

L'acheteur peut considérer que le marché global de performance énergétique avec paiement différé permet de raccourcir la durée de la phase travaux, parce qu'il ne commence à payer qu'à la livraison des travaux, rendant ce montage plus avantageux sur ce critère. Alternativement il pourra considérer que les durées de procédure sont plus longues en marché global avec paiement différé qu'en marché global sans paiement différé ou en maîtrise d'ouvrage publique allotie rendant le marché global avec paiement différé moins avantageux.

EXEMPLE 2

L'acheteur peut considérer que le marché global de performance énergétique avec paiement différé permet d'envisager une durée plus longue que les autres marchés pour la phase exploitation. Ceci peut constituer un avantage pour la réussite du projet car plus le marché est long, plus la durée sur laquelle est mesurée la performance et sont mis en place les mécanismes d'incitation à son respect est longue.

EXEMPLE 3

L'acheteur peut considérer que le marché global de performance avec paiement différé permet d'engager un volume de travaux plus important qu'en marché global de performance et donc de rehausser les objectifs de performance énergétiques et bas carbone.

EXEMPLE 4

Sur le critère relatif aux mécanismes d'incitation, il peut considérer que le marché global de performance énergétique avec paiement différé et le marché global de performance sans paiement différé présentent des opportunités similaires. En revanche, il peut considérer que les mécanismes d'incitation sont meilleurs dans les marchés globaux et présentent donc des avantages par rapport à la maîtrise d'ouvrage publique allotie.

3.2. Le périmètre des missions confiées au titulaire

L'acheteur est invité à procéder à une analyse du périmètre des missions confiées au titulaire et des missions restant à sa charge notamment au titre de missions d'exploitation-maintenance.

3.3. Les principaux risques du projet et leur répartition entre l'acheteur et le titulaire

L'acheteur est invité à procéder à une analyse synthétique des risques du projet et de la répartition de leur charge entre lui et le titulaire.

L'acheteur est invité à s'interroger sur les risques ci-dessous :

Risque	Description détaillée du risque
Risque « bâti initial »	Risques liés à l'état du bâti, à la complétude et à l'exactitude des études préalables, à la connaissance du patrimoine.
Risque « construction »	Risques liés au choix des matériaux, aux approvisionnements en phase travaux, aux causes d'interruption de chantier (intempéries, etc.), risques liés à des modifications demandées par l'acheteur, risques de défaillance, risques liés à la maîtrise d'ouvrage.
Risque « exploitation technique »	Risques liés aux usages du bâtiment, à la performance des installations techniques dans le temps, risques de défaillance, risques liés à la disponibilité de l'ouvrage.
Risque « financier »	Risques liés à l'évolution des taux de financement, à l'évolution des indices de prix.

Il est libre d'ajouter des risques et / ou de modifier la liste des risques identifiés ci-dessus en fonction des caractéristiques de son projet.

Pour chaque risque, l'acheteur est invité à qualifier le niveau du risque avant le choix du mode de réalisation à partir de la matrice ci-dessous en fonction des effets que leur apparition peut avoir sur les coûts et les délais. Il justifie les choix effectués.

Probabilité d'occurrence du risque Impact sur les coûts et les délais en cas d'occurrence du risque	Faible	Modérée	Forte	Très forte
Faible	Risque faible	Risque faible	Risque faible	Risque modéré
Modéré	Risque faible	Risque modéré	Risque modéré	Risque modéré
Fort	Risque faible	Risque modéré	Risque fort	Risque fort
Très fort	Risque modéré	Risque modéré	Risque fort	Risque très fort

L'acheteur précise, en fonction du mode de réalisation, quelle partie porte le risque à l'aide du tableau ci-dessous :

	Mode de réalisation 1	Mode de réalisation 2	...
Risque « bâti initial »	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur
Risque « construction »	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur
Risque « exploitation technique »	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur
Risques « financiers »	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur	Titulaire / Partagé / Acheteur

Il porte une appréciation sur la pertinence du transfert de risque opéré en fonction du niveau du risque et de ses capacités.

Exemples d'éléments d'appréciation (à titre illustratif)

EXEMPLE 5

L'acheteur porte un projet qui nécessite de mettre en œuvre des technologies très évolutives. Le risque qu'il doive modifier son programme en cours d'exécution est important. Il peut considérer que les marchés globaux avec paiement différé sont plus rigides que la maîtrise d'ouvrage publique allotie, cette dernière présentant alors sur ce point un avantage comparatif par rapport au marché global avec paiement différé.

EXEMPLE 6

L'acheteur peut considérer le risque du bâti initial comme fort, donc présentant un risque de surcoût important, mais transférable et mieux maîtrisable dans le cadre d'un marché global avec paiement différé, après réalisation des diagnostics techniques nécessaires pour quantifier le risque. Ce montage présenterait donc un avantage par rapport aux autres modes de réalisation.

3.4. La structure de financement et son incidence sur le coût du projet

L'acheteur présente, pour chaque mode de réalisation et à titre prévisionnel :

- les conditions de financement, en distinguant le coût de la dette et, le cas échéant, le coût des fonds propres, y compris le coût du financement public ;
- le coût moyen pondéré du capital (en %) ;
- le coût du capital (dette et fonds propres) en € sur la durée du marché.

3.5. Le cas échéant, les effets de la mutualisation [Uniquement pour les projets prévoyant la mutualisation entre plusieurs acheteurs]

L'acheteur précise les impacts de la mutualisation (par exemple les économies d'échelle) et indique si ceux-ci sont de nature (i) à favoriser la réalisation du projet dans son ensemble ou (ii) génèrent des risques ou des contraintes supplémentaires.

Exemples d'éléments d'appréciation (à titre illustratif)

EXEMPLE 7

L'acheteur met en œuvre un projet portant sur plusieurs écoles dont les travaux de rénovation lui ont été confiés via une convention. L'acheteur pourra considérer que le marché global avec paiement différé lui permet dans le cadre de la mutualisation d'amortir les coûts fixes de l'opération sur une base plus importante et présente donc un avantage par rapport aux autres montages.

Conclusion de l'étude

En synthèse, l'acheteur hiérarchise les différents montages à l'aide du tableau ci-après (page suivante). Il peut utiliser une échelle numérique ou colorimétrique. Il peut modifier ce tableau en y ajoutant des critères propres aux projets étudiés.

Critère	Sous-critères (exemples)	Mode de réalisation 1	Mode de réalisation 2	...
Critère « performance énergétique, délais, incitations, garanties et sanctions »	Niveau de réduction des consommation énergétiques / gaz à effet de serre			
	Economies associées à la réduction de la consommation énergétique			
	Date de livraison des travaux / durée de la phase de réalisation des travaux et niveau d'énergie économisé			
	Durée des engagements de performance énergétique			
	Calendrier de paiement du titulaire			
	Niveau et modalités des pénalités			
	Niveau des garanties apportées notamment concernant le paiement des pénalités			
Critère « périmètre des missions »	Pertinence du transfert des missions permises par le mode de réalisation au regard des capacités de la personne publique			
Critère « risques du projet et transfert de risques »	Impact des risques sur les délais et les coûts de réalisation du projet			
	Capacité de l'acheteur à gérer et contrôler ces risques (pertinence du transfert de risques)			
Critère « structure de financement et incidence sur les coûts du projet »	Coût moyen pondéré du capital			
Critère « mutualisation »	Réalisation d'économies d'échelle			
	Coûts supplémentaires de coordination			
	Evolution du calendrier associé à la mutualisation			

A l'aide de ce tableau, l'acheteur porte une appréciation globale sur les avantages et inconvénients associés aux modes de réalisation étudiés. Il conclut l'Etude par une décision motivée de recours au marché global de performance énergétique à paiement différé.

Questions – Réponses

Acheteurs éligibles

1. Quels sont les porteurs de projet pouvant recourir au MGPEPD ?

Conformément à l'article 1^{er} de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023, les MGPEPD peuvent être conclus par l'Etat, les établissements publics nationaux, ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements publics, y compris les offices publics de l'habitat, et leurs groupements.

Ainsi, à la différence des marchés de partenariat, ces contrats peuvent être directement conclus par les établissements publics nationaux relevant de la catégorie des organismes divers d'administration centrale (ODAC). En outre, l'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 ne fait pas obstacle à la conclusion d'un MGPEPD par un ODAC.

Enfin, si divers acheteurs, publics (*groupements d'intérêt public...*) ou privés (*sociétés d'économie mixte, associations parapubliques, bailleurs sociaux à statut privé, etc.*) n'entrent pas dans le champ d'application de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023, ils disposent en tout état de cause de la possibilité de conclure un contrat répondant aux mêmes caractéristiques, dès lors qu'ils ne sont pas soumis à l'interdiction du paiement différé.

2. Quelle forme peut prendre la mutualisation d'un CPE entre plusieurs porteurs de projet ?

Deux cas de mutualisation doivent être distingués :

- **Lorsque le projet ne relève pas de la compétence initiale de l'acheteur « mandataire » :** le II de l'article 2 de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 autorise les porteurs de projet publics ou privés à confier à un acheteur la tâche de conclure un MGPEPD pour leur compte, le contrat ne portant pas sur un bâtiment appartenant ou occupé par ce dernier. Pour cela, une convention prévoit les modalités selon lesquelles cette tâche est confiée. Afin d'éviter tout risque de requalification en marché public, cette convention doit être conclue à titre purement gratuit, ce qui exclut les remboursements, même partiels, des frais exposés (CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, Aff. C-159/11, pt. 29 ; concl. Wahl sous CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda Sanitaria Locale N. 5 «Spezzino»*, *Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ANPAS)*, Aff. C-113/13, pts. 25 à 28).
- **Lorsque le projet relève de la compétence initiale de l'acheteur « mandataire » :** le III de l'article 2 de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 autorise des acheteurs, lorsqu'un projet relève simultanément de la compétence de chacun d'entre eux (par exemple, parce que le projet porte sur un bâtiment relevant de chacun des acheteurs concernés), à désigner un mandataire parmi eux qui pourra réaliser en totalité ou en partie la passation et l'exécution d'un MGPEPD. Le mandataire doit

être un acheteur autorisé à conclure des MGPEPD. Une telle convention de mandat confiée à l'un des acheteurs concernés peut prévoir une refacturation ou un remboursement des frais du mandataire chargé de la passation ou de l'exécution du MGPEPD, sans risque de requalification en marché public. La rémunération de ce mandataire doit en effet alors s'analyser comme une disposition régissant des relations internes au groupement et non comme une onérosité du contrat. Cette rémunération ne saurait cependant excéder les frais de fonctionnement supportés par le mandataire.

L'article 1^{er} de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 ouvre également le bénéfice des MGPEPD aux actions de mutualisation des travaux de performance énergétique menées par des EPCI, la métropole de Lyon et des syndicats d'énergie et définies au dernier alinéa de l'article L. 2224-34 du code général des collectivités territoriales. La mise en œuvre de ces dispositions est soumise aux règles rappelées ci-dessus. Il convient toutefois de noter que, dans cette hypothèse, même si la convention passée entre l'EPCI ou le syndicat d'énergie et l'un de ses membres était requalifiable en marché public, celui-ci pourrait être conclu sans mise en concurrence, dès lors que leurs rapports relèvent de la quasi-régie, si les conditions de l'article L. 2511-1 et suivants du Code de la commande publique sont réunies.

Périmètre

3. Quelles sont les principales différences entre le marché de partenariat et le MGPEPD ?

Le cadre juridique du MGPEPD présente les différences suivantes avec celui du marché de partenariat :

- il peut uniquement être conclu sous la forme d'un contrat de performance énergétique portant sur la rénovation énergétique d'un ou plusieurs bâtiments ;
- il peut être conclu sans condition de seuil minimal ;
- il peut être directement conclu par les établissements publics nationaux qui relèvent de la catégorie des organismes divers d'administration centrale ;
- il n'emporte pas le transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du contrat ; et
- la justification du recours à ce contrat est simplifiée (voir question 8).

4. Quelles sont les prestations qui peuvent être confiées au titulaire d'un MGPEPD ?

Il résulte de l'article 1^{er} de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 que les MGPEPD sont des contrats qui doivent répondre à deux caractéristiques¹ :

- être des « contrats de performance énergétique » ; et

¹ Ces contrats doivent naturellement également respecter le formalisme des marchés globaux de performance et comporter une rémunération différée du titulaire du contrat.

- porter sur « la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs (...) bâtiments ».

La détermination du périmètre et du contenu des MGPEPD doit donc tenir compte de ces deux critères.

Sur le premier point, la notion de contrat de performance énergétique est définie par l'arrêté 24 juillet 2020 *relatif aux contrats de performance énergétique* comme 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.* ». La définition retenue par la directive n° 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique reprend des critères équivalents.

Il ressort de cette définition qu'un contrat de performance énergétique répond à trois critères :

1. Porter sur la réalisation d'un investissement ou des prestations de services,
2. Comporter un engagement de réduction des consommations énergétiques et
3. Comporter un dispositif de contrôle des consommations sur la durée, et un mécanisme de sanction (pénalités).

Sur le second point, la notion de « *rénovation* » est définie à l'article L. 111-1 du Code de la construction et de l'habitation comme « tous types de travaux sur tout ou partie d'un bâtiment existant autre qu'une extension ». Cette définition conduit ainsi à exclure les travaux de démolition-reconstruction du cadre d'un MGPEPD, dès lors qu'ils ne concernent pas un bâtiment existant.

La notion de « *rénovation énergétique* » n'a, en revanche, pas de définition précise. Cependant, il est possible de déduire des travaux parlementaires de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 que ce nouveau montage doit permettre de réaliser « *des travaux dont la finalité principale est la diminution des consommations énergétiques* »², en particulier dans la perspective de l'atteinte des objectifs de réduction de consommation énergétiques des bâtiments fixés par l'article 175 de la loi ELAN et par le 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* dit « décret tertiaire ». Il en résulte donc qu'un MGPEPD doit porter sur la mise en œuvre de travaux s'inscrivant dans la perspective de l'atteinte de ces objectifs, quelle que soit la nature de ces travaux.

A cet égard, l'article R. 131-39 du Code de la construction et de l'habitation fournit quelques exemples de tels travaux :

² Rapport de la commission des lois de l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique, 1ère lecture, page 5.

« (...) II.-Les actions destinées à atteindre les objectifs [de réduction des consommations énergétiques prévues par l'article 175 de la loi ELAN] portent notamment sur :

1° La performance énergétique des bâtiments ;

2° L'installation d'équipements performants et de dispositifs de contrôle et de gestion active de ces équipements ;

3° Les modalités d'exploitation des équipements ;

4° L'adaptation des locaux à un usage économe en énergie et le comportement des occupants. »

Il résulte de ces éléments qu'un MGPEPD peut porter sur des prestations qui ont pour objet de réduire la consommation énergétique d'un ou plusieurs bâtiments, quelle que soit la nature de ces prestations. Il peut ainsi s'agir, à titre d'exemple, de travaux d'isolation, de remplacement d'équipements techniques (chauffage, traitement d'air, ventilation, ...), de la mise en place d'outils de pilotage et de contrôle de la consommation, de l'installation d'unités de production d'électricité ou de chaleur renouvelables en autoconsommation.

5. Un MGPEPD peut-il inclure des travaux ou des prestations qui ne sont pas directement liés avec la rénovation énergétique du (ou des) bâtiment(s) sur le(s)quel(s) il porte ?

Comme indiqué dans la réponse à la question précédente, la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 dispose que ces contrats doivent être conclus « *pour la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs (...) bâtiments* ». Il en résulte donc que l'objet principal d'un tel contrat doit bien être la rénovation énergétique du ou des bâtiments en cause, ainsi que les travaux qui lui sont indissociablement liés. A titre d'exemple, certains travaux de mise aux normes peuvent être obligatoires à partir d'un certain niveau d'intervention au sein du ou des bâtiments concernés.

Cela n'exclut pas que d'autres travaux soient inclus dans le périmètre de ces contrats, pour autant que ces derniers ne remettent en cause l'objet principal du contrat. Il peut s'agir, par exemple, de travaux de réaménagement des espaces, de végétalisation ou d'amélioration du confort des usagers qui n'ont pas d'effet direct de réduction des consommations énergétiques.

La détermination de l'objet principal passe par une appréciation globale des caractéristiques du contrat, du projet en cause et de ses objectifs. La part du coût des actions de rénovation énergétique et des travaux qui leurs sont nécessairement liés dans le coût total du projet peut à cet égard constituer un indice utile pour déterminer cet objet principal. Ainsi, si cette part est nettement majoritaire, l'objet principal du contrat sera presque certainement une opération de rénovation énergétique.

Même si cette part est minoritaire, le fait que l'objet principal du contrat soit en lien avec la rénovation énergétique ne peut être entièrement exclu, dès lors que l'acheteur peut démontrer factuellement que son intention principale est de

conduire la rénovation énergétique du ou des bâtiments en cause et que les autres travaux inclus dans le projet ne sont qu'accessoires ou indirectement liés à ces derniers dans une démarche environnementale globale (amélioration du confort d'été, moindre artificialisation des espaces extérieurs, ...).

6. Un MGPEPD peut-il comprendre une opération de valorisation immobilière ?

L'article 1^{er} de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 indique expressément que la rémunération du titulaire d'un MGPEPD tient compte des éventuels revenus issus de la valorisation du domaine. Il est donc possible de prévoir, dans le cadre de ce montage, que le titulaire bénéficie de recettes liées à une opération de valorisation immobilière. Les modalités d'incidence de ces recettes sur le montant à financer ou les redevances payées par l'acheteur devront être négociées entre ce dernier et les candidats à l'attribution du contrat.

Conditions de recours

7. Existe-t-il une condition de seuil pour recourir au MGPEPD ?

Non, il n'y a aucune condition de seuil pour avoir recours à ce nouveau montage.

8. Comment justifier le recours à un MGPEPD ?

Le IV de l'article 2 de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 dispose que le lancement de la procédure de passation d'un MGPEPD « *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 paiement différé n'est pas suffisant à lui seul pour justifier que le recours au MGPEPD est plus favorable que le recours à d'autres montages contractuels.

Le bilan plus favorable doit être établi en comparant le MGPEPD à d'autres montages contractuels sans paiement différé, en tenant compte, en particulier, des éléments suivants, conformément aux dispositions du décret n°2023-913 du 3 octobre 2023 :

- « a) Des objectifs de performance retenus par l'acheteur, notamment en matière 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 ;
- b) Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
- c) Des principaux risques du projet et de leur répartition entre l'acheteur et le titulaire ;
- d) De la structure de financement ainsi que de son incidence sur le coût du projet ;
- e) Le cas échéant, des effets de la mutualisation du projet avec d'autres acheteurs. »

La méthodologie de mise en œuvre de cette démonstration est disponible ci-dessus.

10. Quelle méthodologie les porteurs de projet doivent-ils suivre pour la réalisation de l'étude de soutenabilité budgétaire prévues à l'alinéa V de l'article 2 de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 ?

L'article 4 du décret n°2023-913 du 3 octobre 2023 *relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé* précise que l'étude doit notamment présenter :

1. Le coût prévisionnel du contrat, hors prise en compte des risques, indiqué en moyenne annuelle et précisant la part des dépenses d'investissement, de financement et de fonctionnement ;
2. La part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur, et son effet sur sa situation financière.

Pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, l'étude de soutenabilité budgétaire comprend l'indication de la part que les dépenses de fonctionnement et les dépenses de financement représentent par rapport aux recettes réelles de fonctionnement ainsi que la part que les dépenses d'investissement représentent par rapport à l'épargne brute de l'acheteur et son effet sur sa situation financière ;
3. L'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ;
4. Une analyse des coûts prévisionnels pouvant résulter d'une rupture anticipée du contrat ;
5. Une appréciation des principaux risques du projet

Pour les points 1 à 4, le porteur de projet pourra s'inspirer de ce qui est demandé pour l'étude de soutenabilité budgétaire préalable au lancement d'un marché de partenariat.

S'agissant du point 5, l'acheteur effectue une analyse des risques de son projet (par exemple amiante, pollution, ...) et présente l'incidence de ces risques sur le coût du projet, lorsque cela est possible. Si une telle évaluation chiffrée n'est pas possible, il le justifie et propose une analyse qualitative du risque en cause. Par ailleurs, il propose une méthode pour gérer chacun des risques identifiés, le cas échéant au travers de la constitution de provisions, dont il justifie alors le montant.

11. Dans quel délai l'organisme expert mentionné à l'article L. 2212-2 du code de la commande publique et le service compétent de l'Etat doivent-ils émettre leur avis respectivement sur l'étude préalable et sur l'étude de soutenabilité budgétaire ?

Ces avis sont rendus dans un délai d'un mois. En l'absence de réponse dans ce délai, l'avis est réputé favorable.

Régime

12. De quelle façon les engagements financiers résultant d'un tel contrat sont-ils traités comptablement par les collectivités territoriales ?

Les collectivités concernées sont invitées à se reporter à ce sujet à la fiche dédiée préparée par la Direction générale des finances publiques : « Fiche GP1A-GP1B_Contrats_performance_énergétique_vdef2 » disponible sur Ulysse.

13. Quelle peut être la durée envisageable pour un MGPEPD ?

Conformément au XIV de l'article 2 de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023, la durée du MGPEPD « *est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues* ». Ces dispositions reprennent celles qui figurent à l'article L. 2213-2 du code de la commande publique pour les marchés de partenariat.

En pratique, si ces contrats portent sur le renouvellement d'éléments structurels lourds d'un bâtiment (toiture ou façades, par exemple), leur durée peut être de 20 à 30 ans, cette durée correspondant à la durée d'amortissement de ces éléments.

14. De quelle façon sont rémunérés les sous-traitants du titulaire d'un MGPEPD ?

L'article 1er de la loi n°2023-222 du 30 mars 2023 dispose que les sous-traitants directs du titulaire du marché global de performance sont soumis au régime de l'action directe prévu par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Ils ne bénéficient donc pas du paiement direct.

15. Existe-t-il des obligations en matière d'accès des PME et des artisans à la commande publique dans le cadre d'un MGPEPD ?

Conformément à l'article R. 2171-23 du code de la commande publique, comme dans tout marché global, dix pour cent du montant prévisionnel du MGPEPD doit être confié directement ou indirectement à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.

16. L'acheteur peut-il recourir au mécanisme de cession de créance dit « Cession Dailly » dans le cadre d'un MGPEPD ?

Les dispositions relatives à la cession de créances et son acceptation par la personne publique applicables au marché de partenariat sont ainsi également applicables aux MGPEPD conformément au XIX de l'article 2 de la loi du 30 mars 2023.