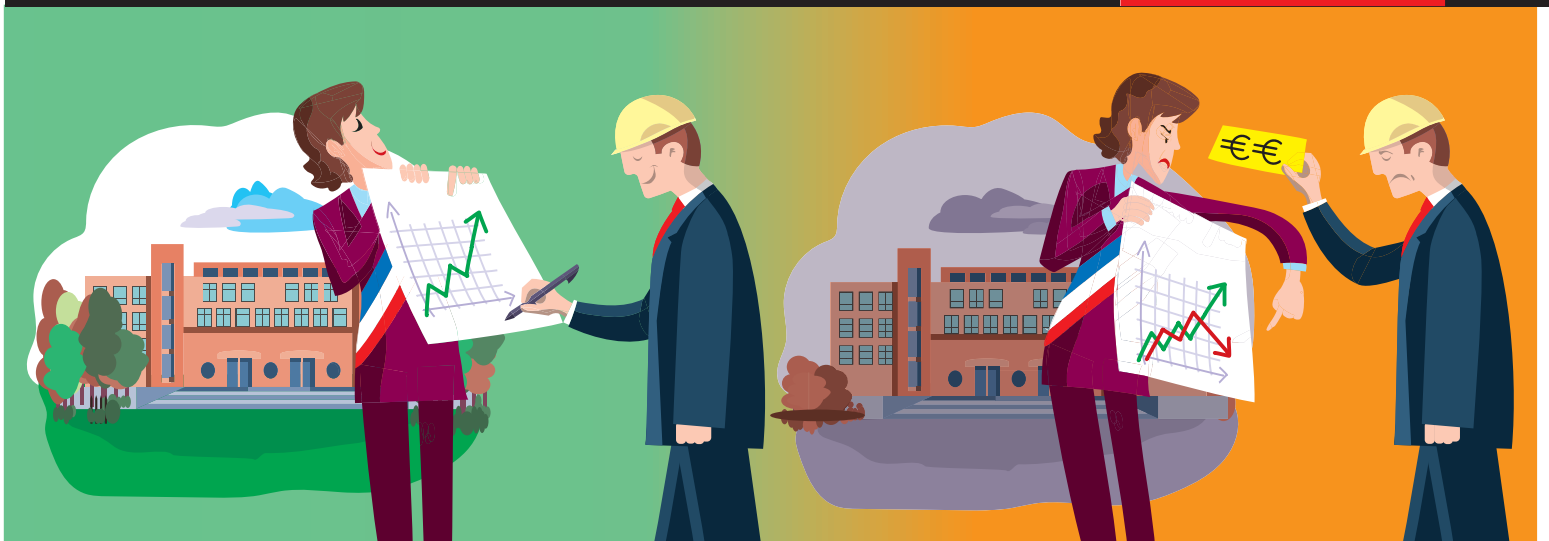


Opérations Immobilières

@OImmobilieres

N° 166-167 - Juin / Juillet 2024

LE MONITEUR



DOSSIER

LA RÉVOLUTION DES CONTRATS DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

- Analyse des caractéristiques et potentialités d'un CPE
- Décryptage de la mise en place du tiers financement
- Retours d'expérience de chacune des parties prenantes

Direction scientifique du dossier : Olivier Ortega, avocat LexCity Avocats.

LE POINT SUR...

La logistique urbaine
à Paris

10 QUESTIONS SUR...

La garantie décennale post
revirement de jurisprudence

PERSPECTIVE

L'IA en architecture, à trop
attendre...

DOSSIER

CONTRAT DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE : UN OUTIL RÉVOLUTIONNAIRE POUR LA RÉNOVATION DU PARC PUBLIC

Depuis 10 ans, le contrat de performance énergétique (CPE) s'est peu à peu imposé pour permettre aux 380 millions de M² du parc immobilier public de réduire ses consommations énergétiques et participer à la transition écologique du pays. Le CPE lie un maître d'ouvrage public ou privé et un opérateur titulaire du marché, pour atteindre, ensemble, l'objectif d'efficacité énergétique mesuré et garanti d'un bâtiment ou d'un parc de bâtiments, fixé dans les termes du contrat.

Ce dossier a pour but de répondre aux questions pratiques pour que l'ensemble des acteurs de la chaîne puisse se lancer en toute confiance.

Olivier Ortega, avocat, directeur scientifique du dossier.

Les nouveaux standards des contrats de performance énergétique du parc public

Les contrats de performance énergétique se sont imposés comme un instrument contractuel privilégié de la rénovation énergétique du parc immobilier public, en particulier auprès des collectivités territoriales. Après plus de 10 ans de pratique, la plasticité de cet instrument contractuel permet entre autres d'embarquer de nouvelles préoccupations des acteurs de la commande publique. Ce type de contrat permet également de relever le défi de la maîtrise des émissions de carbone.

La directive européenne 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique¹ définit le contrat de performance énergétique (CPE) comme « un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, vérifiée et surveillée pendant toute la durée du contrat, aux termes duquel les investissements (travaux, fournitures ou services) dans cette mesure sont rémunérés en fonction d'un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ou d'un autre critère de performance énergétique convenu, tel que des économies financières ».

Après plus de dix années de pratique par un nombre chaque jour croissant de maîtres d'ouvrage publics, il apparaît que la plasticité de l'instrument contractuel conduit à un élargissement des préoccupations environnementales qu'il permet d'embrasser.

Le CPE conduit en outre les maîtres d'ouvrage à embarquer les préoccupations nouvelles de la commande publique et offre la possibilité de relever les défis à venir en ce qui concerne la maîtrise des émissions de carbone.

La plasticité des CPE du parc public

Les CPE définis et mis en œuvre par les maîtres d'ouvrage publics démontrent la plasticité de l'instrument contractuel dont ils n'hésitent plus à s'emparer.

Conclus, le plus souvent, sous la forme d'un marché global de performance au sens de l'article L. 2171-3

du Code de la commande publique, les contrats de performance énergétiques des maîtres d'ouvrage publics exploitent de plus en plus le potentiel contractuel qu'offre ce texte, aux termes duquel : « Le marché global de performance associe 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. »

Le Code de la commande publique n'encadre que légèrement les choix des maîtres d'ouvrage publics, en ce qui concerne en particulier les obligations qu'il est possible de mettre à la charge des opérateurs économiques.

Certes, la plupart des CPE présentent des similarités, dans la mesure où la pratique de marché en la matière conduit à stipuler généralement cinq catégories de clauses que nous retrouvons que dans cette famille de contrats :

- une clause d'objet relative aux performances recherchées
- un ou plusieurs objectifs d'amélioration de la performance énergétique, notamment assortis de leurs causes et modalités d'ajustement éventuelles en fonction de facteurs extérieurs ou intrinsèques
- le cas échéant des causes légitimes ou exonératoires de responsabilité
- des mécanismes de mesure et de vérification des performances recherchées
- une ou plusieurs clauses de garantie, qui peuvent être réelles ou conventionnelles

¹ Ce texte abroge les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE respectivement des 11 février 2004 et du 5 avril 2006.

L'une des singularités des CPE réside le plus souvent dans la contractualisation d'objectifs d'amélioration de performances, qui expriment les engagements contractuels auxquels il est demandé au titulaire de souscrire, et qui constituent son obligation de résultat.

Plus précisément, il s'agit pour le titulaire de garantir des performances réelles, mesurées, vérifiées et sanctionnées dans la durée.

Ces sanctions peuvent suivre une logique indemnitaire, comme en matière d'énergie, où il s'agit d'indemniser le préjudice consistant en la consommation excessive d'énergie. Lorsque la fixation d'une indemnité ne paraît pas adaptée à l'objectif, une logique plus traditionnelle de pénalisation peut être stipulée. Dans ce cas, la réparation due au maître d'ouvrage est forfaitisée contractuellement. Cette réparation peut ne pas être à la mesure du préjudice subi.

Certains contrats substituent ou ajoutent en outre à ces dispositifs de réparation et de sanction une dimension supplémentaire consistant à exiger du titulaire défaillant la remise en état ou à niveau des installations dont la performance ou la qualité est particulièrement dégradée.

Un modèle contractuel souple et évolutif : vers le contrat de performance environnementale

En l'absence de contrainte légale ou réglementaire, les maîtres d'ouvrages publics sont libres du choix et de la définition de la mécanique contractuelle, selon que l'obligation mise à la charge de l'opérateur est de moyen ou de résultat.

Il n'existe pas de schéma contractuel défini, réglementé par des textes d'ordre public, de sorte que chaque projet peut faire l'objet d'une adaptation particulière, compte tenu de la culture, des pratiques et des objectifs du maître d'ouvrage.

La liberté offerte aux maîtres d'ouvrages publics est un facteur explicatif essentiel de l'enrichissement progressif des pratiques contractuelles actuellement identifiées sur le marché, qui excèdent de plus en plus le champ de la réduction des consommations d'énergie.

Le CPE permet en effet au maître d'ouvrage de définir librement les actions d'amélioration de la performance énergétique : travaux, fournitures et services, en tenant compte de son horizon de conservation du bien, en évaluant la continuité ou la discontinuité des usages identifiés dans le bâtiment, en prenant en considération la place de l'utilisateur ou de l'occupant, s'il ne l'est pas lui-même, et enfin en décidant du périmètre géographique de son projet (un bâtiment ou un parc de bâtiments).

La mécanique contractuelle du CPE, imaginée, développée et éprouvée en matière de réduction des consommations d'énergie du bâtiment, est de plus en plus étendue, sous réserve des adaptations

techniques nécessaires, à d'autres catégories de performance.

La première catégorie a trait à l'empreinte environnementale du bâtiment, et conduit à mesurer – par exemple – les émissions de gaz à effet de serre directes, liées aux consommations énergétiques, et indirectes, liées aux matériaux mis en œuvre dans le cadre des travaux, ainsi que les consommations d'eau ou la production de déchets. Il peut également s'agir de la préservation de la biodiversité, la qualité de l'air intérieur, enjeu de santé publique, notamment dans les établissements scolaires, avec une mesure du taux de CO₂.

Une seconde catégorie de performance de plus en plus recherchée s'adresse davantage aux utilisateurs des immeubles concernés. Il s'agit alors, dans le contexte du changement climatique, d'améliorer le confort estival grâce notamment à un monitoring des températures intérieures, ou encore, dans la perspective d'un confort accru, de veiller à la qualité de l'éclairage ou à la maîtrise des niveaux sonores.

Le CPE : synthèse des ambitions de la commande publique en matière d'économie circulaire

Le modèle du CPE permet aux maîtres d'ouvrages publics de déployer leurs ambitions en ce qui concerne la performance de leur parc immobilier, au bénéfice de ses utilisateurs et de ses occupants. Il constitue en outre le véhicule privilégié des ambitions de la commande publique et d'une rénovation des pratiques d'achat.

Le CPE, compte tenu de son objet composite, est propice au développement des préoccupations croissantes dans le domaine de l'économie circulaire.

Ce nouveau modèle de production et de consommation vise à respecter les limites planétaires que constituent l'épuisement des ressources et le défi climatique. Elle est basée sur l'utilisation raisonnée des ressources naturelles et sur la prévention et la revalorisation des déchets.

L'économie circulaire est particulièrement pertinente pour le secteur du BTP, premier producteur de déchets et premier consommateur de matières en France. C'est également un outil puissant au service du bas carbone.

Le CPE, compte tenu des programmes environnementaux qu'il embarque souvent, permet de définir des démarches d'économie circulaire proportionnées à l'ampleur des travaux de rénovation (volumes très significatifs de matériaux mobilisés), et de faire appel aux meilleures pratiques du secteur, mises en œuvre autant que possible par des acteurs locaux, à la faveur d'un écosystème local dense.

En rénovation, il est possible de travailler principalement sur les approches d'économie circulaire en offrant une seconde vie aux matériaux sortants et en respectant au mieux la hiérarchie de traitement des

déchets (prévention, réemploi, réutilisation, tri en vue du recyclage).

Il est également possible de privilégier les matériaux entrants issus de la seconde vie ou renouvelables et/ou écoconçus (matériaux réemployés, réutilisés, contenant des matières recyclées, réparables, recyclables...).

Dans les opérations neuves, les pratiques portant sur l'écoconception circulaire à l'échelle plus large du bâti (évolutivité, réparabilité, démontabilité, mutualisation d'usages...) peuvent être envisagées.

La durée de l'engagement, question centrale du CPE

Le CPE, compte tenu de ses caractéristiques et de la variété des prestations qu'il conduit à confier aux opérateurs économiques, incite les maîtres d'ouvrages publics à revisiter leurs pratiques d'achat, notamment en ce qui concerne la question de la durée de leurs engagements.

Les marchés globaux obéissent aux règles de droit commun du droit de la commande publique concernant la durée des marchés publics. En application de l'article L. 2112-5 du Code de la commande publique, celle-ci est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Si l'article 73 de l'ancien Code des marchés précisait que « la durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet », tel n'est plus le cas du Code de la commande publique, qui ne précise pas les éléments à prendre en compte pour déterminer la durée des marchés publics globaux de performance.

Le Code de la commande publique offre toutefois quelques pistes de réflexion. La première est que son article L. 2171-3 précise que « le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables », ce qui implique nécessairement de prévoir la durée d'exécution nécessaire à la mesure et à la vérification des engagements de performance. Dans le cas d'un contrat de performance énergétique, la vérification des engagements de performance suppose que soit confiée au titulaire l'exploitation-maintenance des installations énergétiques pendant plusieurs saisons de chauffe.

À cet égard, la question de la prise en compte de la durée d'amortissement dans la fixation de la durée du CPE devient centrale.

Dans la mesure où, sauf exception, le paiement des investissements est assuré par le maître d'ouvrage, la durée du marché peut prendre en considération la durée d'amortissement des investissements par le maître d'ouvrage. La doctrine administrative est en ce sens.

En effet, par une réponse à une question parlementaire publiée dans le JO du Sénat le 15 janvier 2015,

p. 119, le ministère de l'Intérieur indique « qu'aux termes de l'article 16 du Code des marchés publics, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ».

Il en va différemment des accords-cadres et des marchés à bons de commande, pour lesquels les articles 76 et 77 du même Code limitent leur durée à quatre ans, « sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans ».

Dans le même cadre, le même ministère précise que « la fixation de la durée par le pouvoir adjudicateur est donc libre, dans la limite générale d'une nécessaire remise en concurrence périodique, et dans la limite particulière de quatre ans pour les accords-cadres et des marchés à bons de commandes, sauf exception dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur. En effet, contrairement au régime des délégations de service public, le Code des marchés publics n'impose pas de faire coïncider la durée d'amortissement d'éventuels investissements avec celle du contrat. Cependant, afin d'assurer l'efficacité de la commande publique, il est souhaitable de transposer aux marchés publics une telle règle si l'amortissement des investissements réalisés à l'occasion de l'exécution du marché le nécessite »².

Rien ne permet donc d'exclure a priori que la durée d'amortissement par la collectivité des investissements qu'elle consent puisse être prise en considération pour fixer la durée d'un marché public global.

S'agissant d'un contrat de type performance énergétique impliquant la réalisation d'importants travaux, la notion de temps de retour peut être également prise en considération. À cette aune, une durée pouvant aller jusqu'à 15 ans paraît envisageable.

En tout état de cause, il ressort de la pratique du marché que :

- une durée trop faible n'offre pas une bonne attractivité du marché et une bonne appropriation des bâtiments et installations par le titulaire du CPE, au détriment de la qualité des prestations fournies
- une durée trop importante est un délai trop long pour assurer un dynamisme des acteurs tout au long du contrat et ne permet pas de bénéficier des effets positifs des mises en concurrence (performance économique, qualité de prestation, innovation technologique...)

Le CPE, instrument privilégié de la réduction des émissions de carbone

Dans le contexte du dérèglement climatique, la réduction des émissions de carbone devient un enjeu de plus en plus essentiel pour les propriétaires,

² Réponse du ministère de l'Intérieur publiée au JO du Sénat le 13 janvier 2015, page 248.

occupants et utilisateurs d'immeubles. Les maîtres d'ouvrages publics n'échappent pas à la règle.

Certes, les CPE contribuent mécaniquement à la réduction des émissions de carbone dans la mesure où toute diminution des consommations énergétiques, associée le cas échéant à une transition vers des sources d'énergie décarbonée, contribue en soi assez à la décarbonation du bâtiment rénové.

Cette conséquence, qui n'obéit qu'aux lois de la nécessité, ne fait généralement pas l'objet d'une attention contractuelle particulière, au-delà de précautions techniques liées à la mesure des émissions de carbone du bâtiment ou du parc de bâtiment.

Il reste qu'il est possible de dépasser ce qui n'est qu'une conséquence pour envisager le CPE comme un véhicule d'une ambition carbone particulière dans la perspective des évolutions législatives et réglementaires qui se dessinent, dont il y a fort à parier qu'elles excéderont le champ de la maîtrise des consommations d'énergie pour s'étendre à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Dans cette perspective, la réduction des émissions de carbone est susceptible d'acquiescer son autonomie et de faire l'objet d'un traitement contractuel particulier.

Il est de plus en plus envisagé, en effet, de mesurer l'impact carbone des bâtiments sur leur cycle de vie (la commande publique n'étant pas étrangère sur le principe à la notion de « cycle de vie »). Dans cette perspective, un dispositif contractuel inspiré des clauses désormais usuelles en matière d'énergie peut être construit.

Il s'agit alors de définir des objectifs d'émission de carbone, d'organiser les périodes de suivi des émissions (qui pourront différer des périodes de suivi en usage

en ce qui concerne les consommations d'énergie), de stipuler les conséquences pour l'opérateur économique de son incapacité ponctuelle ou structurelle à respecter les objectifs convenus. Certains maîtres d'ouvrage organisent d'ores et déjà une garantie de résultat assortie d'une indemnisation, sur la base d'un prix contractuel de la tonne de CO₂, à l'image de ce qui est usuellement pratiqué en ce qui concerne la garantie de performance énergétique.

L'enjeu de la maîtrise des émissions de carbone réside non pas tant dans le traitement contractuel que cette question peut recevoir, que dans le périmètre pris en considération pour la définition de l'objectif associé.

S'il semble peu difficile d'envisager les émissions de carbone directement liées à l'exploitation technique de l'immeuble, les standards futurs des CPE conduiront à n'en pas douter les maîtres d'ouvrage publics à prendre en considération des émissions de plus en plus variées et nombreuses, telles que les émissions de carbone des opérations de rénovation ou celles liées à la déconstruction future du bâtiment.

L'élargissement du CPE à une performance carbone ambitieuse, aussi souhaitable soit-elle, doit prendre en considération la maturité des acteurs (maîtres d'ouvrage, assistants à maître d'ouvrage, maîtres d'œuvre et opérateurs, entreprises, exploitants), sur ces différents sujets afin d'organiser des transferts de risques maîtrisés contractuellement, techniquement et économiquement.

Benoit Louis,
Avocat,
LexCity Avocats

SOMMAIRE THÉMATIQUE

Urbanisme et environnement

| | |
|---|----|
| La logistique urbaine à Paris : les parkings, nouvel actif ou phénomène éphémère ? | 7 |
| Favoriser l'installation de panneaux solaires | 10 |
| Accompagner les entreprises dans la rénovation énergétique | 10 |
| Classement des zones à risque d'incendie | 12 |
| Ombrières : définition des conditions économiquement acceptables d'installation | 12 |
| Les nouveaux objectifs de réduction des consommations d'énergie finale pour 2023 | 13 |
| Agrivoltaïsme : publication du décret tant attendu | 13 |
| Assouplissement et actualisation des étiquettes du DPE à partir du 1er juillet 2024 | 14 |

Construction

| | |
|--|----|
| Mesures de soutien en faveur des professionnels du bâtiment et des travaux publics | 19 |
| Des outils méthodologiques à destination des maîtres d'ouvrage publics | 30 |
| Retour d'expérience d'un bureau d'études techniques | 39 |
| Retour d'expérience des opérateurs du bâtiment : les facteurs clés de succès d'un CPE | 42 |
| Retour d'expérience des opérateurs de services d'efficacité énergétique | 46 |
| La garantie décennale post revirement de jurisprudence | 59 |
| L'IA en architecture, à trop attendre | 64 |
| La garantie des vices et défauts de conformité apparents en cas de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) | 62 |

Vente et contrats spéciaux

| | |
|---|----|
| Lutter contre les congés locatifs frauduleux | 11 |
| Modification des modalités du dispositif d'occupation de locaux vacants par des résidents temporaires par suite de sa pérennisation | 15 |
| Obligation de débroussaillage et prévention du risque incendie : précisions des modalités de mise en œuvre de ces obligations applicables aux transactions immobilières | 15 |
| Quelles garanties pour un logement pour toutes et tous | 19 |
| Les nouveaux standards des contrats de performance énergétique du parc public | 23 |
| Permettre à la commande publique de s'appuyer sur des documents-types fiables et simples | 27 |

Gestion

| | |
|--|----|
| Lutte contre l'habitat indigne et dégradé : aperçu des nouvelles mesures législatives en la matière issues de la loi du 9 avril 2024 | 16 |
| L'impact positif des réglementations françaises et européennes, dans l'accélération de la rénovation énergétique des bâtiments | 51 |
| La triple révolution de la rénovation énergétique et environnementale du bâtiment : exemple de la géo-énergie garantie | 55 |

Financement

| | |
|---|----|
| Le marché global de performance énergétique à paiement différé : une expérimentation en devenir | 33 |
| Le rôle de Fin Infra en matière de marché global de performance énergétique à paiement différé | 36 |