

# CONTRATS DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

## Etude de Faisabilité Juridique

LIVRABLE N° 1.

Version : définitive  
Date : 15 janvier 2010  
Auteurs : William AZAN  
Christian CARUELLE  
Damien MADOULÉ



**PROJET FRESH - CONTRAT N° IEE/08/668/SI2.528421.FRESH**

**Intelligent Energy** Europe

## Table des matières

1. Rappel du contexte et de la mission .....	4
1.1. Le contexte.....	4
1.2. La mission.....	4
2. DEFINITION DES CONCEPTS .....	7
2.1. Le contrat de performance énergétique aujourd'hui : point de la situation. ....	7
2.2. Tiers investissement.....	9
2.3. La société de services énergétiques (ESCO) .....	10
3. CADRE JURIDIQUE DE LA REFLEXION .....	11
3.1. Statuts d'ICF et droit applicable au contrat de performance énergétique.....	11
3.1.1. Un contrat administratif par détermination de la loi ?.....	12
3.1.2. Qualification jurisprudentielle des contrats de performance énergétique. ....	13
3.2. DISTINCTION DES DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS ENVISAGEABLES AU CAS D'ESPECE.....	15
3.2.1. Le contrat de performance énergétique « classique » .....	17
3.2.2. Le contrat de performance énergétique « Global », en application de l'article 5 du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009.....	19
3.2.3. Financement des contrats de performance énergétique.....	21
3.2.4. Le contrat de Partenariat Public Privé .....	22
3.2.5. Organisation de la maîtrise d'ouvrage .....	26
3.2.6. Propriété des investissements.....	28
4. POSITION DU LOCATAIRE DANS LE MONTAGE CONTRACTUEL.....	30
4.1. Les limites réglementaires à la liberté contractuelle d'ICF. ....	32
4.2. De la nécessité d'un accord local avec les locataires .....	37
4.2.1. Les conditions préalables à la contractualisation d'un accord local .....	37
4.2.2. Mise en œuvre pratique de l'accord local. ....	39
5. ORGANISATION DE LA PASSATION DU CPE .....	40
5.1. Risques.....	40

5.1.1. Ententes et offres de couverture .....	40
5.1.2. Infructuosité .....	41
5.1.3. Surcoûts.....	42
5.2. Actions préventives .....	43
5.2.1. La publicité.....	43
5.2.2. Procédure de dialogue compétitif.....	44
6. ANALYSE et PREVENTION DES RISQUES.....	47
6.1. Enoncé des risques.....	47
6.2. Maîtrise financière du projet .....	48
6.2.1. Phase travaux.....	48
6.2.2. Après la réception .....	49
6.2.3. Prévention des risques techniques.....	50
7. VOLET FISCAL .....	52
7.1. Les travaux réalisés sont-ils des travaux d'entretien ou des travaux de construction ? .....	53
7.1.1. Le taux de TVA .....	53
7.2. Classement en charge ou en immobilisation .....	56
7.2.1. Distinction entre charge et immobilisation .....	56
7.2.2. Intérêt de la distinction entre charge et immobilisation.....	59
7.3. La TVA est elle récupérable ? .....	61
8. Définition du service rendu dans le CPE.....	63
8.1. Objet du contrat de performance énergétique .....	63
8.1.1. Prestations attendues par ICF.....	63
8.1.2. Prestations attendues par le locataire .....	64
8.1.3. Obligations attendues par l'ESCO.....	64
8.2. La garantie de résultat.....	65
8.3. Les mesures de vérification.....	65
8.4. Les éléments facturables.....	66
8.4.1. Le poste P1 : l'Energie .....	66
8.4.2. Le poste P2 : La maintenance.....	67
8.4.3. Le poste P3 : La Garantie totale.....	67
8.4.4. le poste P4 : Le financement des travaux.....	68
8.4.5. Le poste P5 : Les organes de contrôles .....	68

## **1. RAPPEL DU CONTEXTE ET DE LA MISSION**

### **1.1. Le contexte**

Le Groupe ICF envisage d'examiner les conditions du recours au Contrat de Performance Energétique (CPE) pour l'amélioration énergétique de son patrimoine. Le terme CPE tel qu'employé par le Groupe ICF recouvre potentiellement un certain nombre d'actions dont les modalités et la responsabilité devront être définies dans le cadre de la mission :

- Diagnostic énergétique du bâtiment
- Définition des travaux d'amélioration énergétique à entreprendre, ces travaux devant viser l'enveloppe, les systèmes thermiques, la ventilation et éventuellement l'implantation d'énergies renouvelables
- Financement des travaux y compris le remboursement par les économies d'énergie générées
- Réalisation et contrôle des travaux
- Exploitation et maintenance des installations énergétiques avec un engagement sur un niveau de consommation énergétique garanti aux locataires

Une opération pilote a été retenue à Strasbourg, propriété de sa filiale la SA HLM ICF Nord-Est.

Par ailleurs, la présente mission s'inscrit dans le projet FRESH financé par le programme Intelligent Energy Europe de l'Union Européenne (contrat n° IEE /08 /668 /SI2.528421. FRESH). Dans ce cadre, outre la mise en œuvre d'un prototype opérationnel, cette mission a pour objet une analyse de fond quant à l'intérêt du dispositif pour d'autres opérations de travaux sur un patrimoine HLM, et le développement d'outils et méthodes susceptibles d'être mis en œuvre pour ce faire.

### **1.2. La mission**

Conformément aux termes du marché conclu avec ICF (nommé ci-après le Client), l'objet de la mission confiée au groupement AZAN AVOCATS ASSOCIÉS – BEST ENERGIE, représenté par son mandataire commun AZAN AVOCATS ASSOCIÉS, consiste dans la réalisation d'une étude dont l'objectif est d'analyser la faisabilité financière et juridique de la mise en place de contrats de performance énergétique pour la réhabilitation du parc immobilier locatif d'ICF et plus particulièrement sur un site pilote.

A cet effet, le cahier des clauses techniques et particulières de l'étude s'articule selon trois phases successives:

- Phase 1 : Mener un diagnostic juridique, énergétique et financier permettant au Client de se prononcer sur la faisabilité et les différentes modalités possibles d'un CPE sur le site de Strasbourg ;
- Phase 2 : Assister le Client dans la conception et la contractualisation d'un CPE ;
- Phase 3 : Assister le Client dans le contrôle de la mise en œuvre du CPE (conception, travaux et exploitation).

Le cahier des clauses techniques particulières décrit précisément les questions juridiques et réglementaires à traiter dans le cadre de la présente consultation :

Il s'agit de :

*«Les questions à traiter sont notamment les suivantes (liste non exhaustive) :*

- *Objet du contrat ;*
- *Types de contrats possibles et analyses des coûts-avantages ;*
- *Durée estimée du contrat ;*
- *Impact sur le mode de passation du marché et recommandation sur la procédure la plus adaptée ;*
- *Impact sur les baux ;*
- *Analyse des possibilités de rembourser l'investissement à travers les charges récupérables, la conclusion d'un accord collectif ou la création d'une troisième ligne de loyer ;*
- *Au regard de la réglementation sur les charges locatives, faisabilité d'une facturation énergétique déconnectée de la consommation effective ;*
- *Fiscalité applicable au CPE ;*
- *Transférabilité des financements et incitatifs fiscaux à un tiers investisseur ;*
- *Propriété des investissements et gestion des litiges en cas de tiers investisseurs ; »*

Le projet de réhabilitation énergétique d'ICF repose sur l'articulation de différents savoir faire financier et juridiques qui ensemble, constituent le socle du financement de projet dans le secteur particulier des économies d'énergie.

Cette approche transversale réclame une définition préalable des différents concepts (II) permettant aux acteurs de ce projet de l'appréhender sous un référentiel commun.

Le contrat de performance énergétique n'est pas, en effet, un nouveau contrat nommé de la commande publique, comme ce peut être le cas pour les marchés publics, les délégations de services publics ou les contrats de partenariat public privé.

Pour autant il s'inscrit dans le droit de la commande publique ou assimilée.

Il s'agira d'en appréhender les spécificités pour une SA d'HLM, personne morale de droit privé soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence particulières au titre de l'ordonnance du 6 juin 2005, n°2005-649 (III).

Ceci posé, la présence d'un tiers au contrat de performance énergétique, le locataire, introduit un élément de complexité supplémentaire, notamment, au titre de sa participation financière au financement de projet dont l'approche sera différente selon la nature même du contrat proposé (IV).

Cette étude permettra, au regard des différentes spécificités préalablement développées, d'appréhender la procédure de publicité et de mise en concurrence la plus à même de prévenir les risques inhérents à un tel projet (V) et les mesures de prévention induites (VI) ainsi qu'une garantie de résultat (VII).

Le volet fiscal, crucial pour l'économie global du projet, fait l'objet d'un chapitre particulier (VIII).

## 2. DEFINITION DES CONCEPTS

**Le contrat de performance énergétique n'est pas un contrat nommé en droit et doit pour son application épouser une forme contractuelle existante.**

**L'idée même du contrat de performance énergétique repose sur le financement du projet qui s'effectue dans le temps par l'économie des charges réalisées après les travaux.**

**L'avance des fonds peut être effectuée par un investisseur tiers au contrat.**

**En tout état de cause, les travaux pourront être réalisés par une ESCO (société de services énergétiques) qui sera en charge de la conception et de la réalisation des travaux.**

La réflexion sur le contrat de performance énergétique demande à titre liminaire de préciser certains concepts et expressions utilisés depuis la publication de la directive européenne 2006/32 du Conseil du 5 avril 2006, relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques (non encore totalement transposée en droit français).

En effet, le contrat de performance énergétique est défini par la directive européenne 2006/32/CE du 5 avril 2006 relative aux services énergétiques, comme « *un accord contractuel entre les bénéficiaires et les fournisseurs autour d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure seront consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration d'efficacité énergétique contractuellement défini* ».

### 2.1. Le contrat de performance énergétique aujourd'hui : point de la situation.

Dans le contexte particulier hérité du droit européen la question se pose de savoir si le contrat de performance énergétique doit s'entendre comme un nouveau contrat public, type marché public ou partenariat public privé ou s'il s'agit de mettre en œuvre des contrats nommés en droit interne, uniquement dans un but de performance énergétique.

A ce jour le **CPE n'est pas un contrat de droit public nommé**, régi par des dispositions législatives et réglementaires spécifiques, à l'instar de la délégation de service public régie par les lois n°93-122 du 29 janvier 1993 et n°2001-1168 du 11 décembre 2001, ou du marché public régi quant à lui par le Code des marchés publics.

Le Grenelle 1, outil d'intégration partielle en droit interne de la directive 2006/32, est venu répondre à cette interrogation dans le texte de son article 5 :

*« Si les conditions définies par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat sont satisfaites, il pourra être fait appel à des contrats de partenariat pour réaliser les travaux de rénovation en matière d'économie d'énergie portant respectivement sur les 50 et 70 millions de mètres carrés de surface des bâtiments de l'Etat et de ses principaux établissements publics.*

*Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement. »*

Ainsi, le contrat de performance énergétique **n'est pas un nouveau contrat** et doit s'inscrire dans le droit de la commande publique existant ou dans le cadre de l'ordonnance du 17 juin 2004, propre aux contrats de partenariat public privé.

Sur un plan strictement juridique le terme de contrat de performance énergétique n'indique en rien la nature du véhicule contractuel mis en œuvre, puisqu'il peut s'agir d'un marché public ou privé de performance énergétique, contrat de partenariat public privé de performance énergétique etc...

Au gré de la volonté des parties, il peut avoir un caractère forfaitaire ou non ; comporter des clauses d'intéressement ou non ; comprendre une part essentielle de travaux ou de service selon les cas.

En ce domaine plus que tout autre, il existe une large place à l'innovation juridique à condition de respecter les dispositions d'ordre public applicables à tout contrat en droit interne et tout particulièrement dans le secteur locatif.

Il n'existe pas à ce jour de clausier type approuvé par décret ou ayant une valeur normative comme la NFP 03/01.

Au total sur ce point, la directive 2006/32 et le Grenelle 1 de l'environnement ne créent pas un nouveau contrat mais une nouvelle catégorie définie par le but poursuivi dans une perspective classique à la « common law ».

La commission de travail du MEDAATT dirigée initialement par Monsieur LEBoulenger s'est penchée sur l'établissement de modèles types de contrats de performance énergétique.

Cette commission a abordé la qualification contractuelle de la performance énergétique aussi bien sous la forme de marchés que de contrats de partenariats publics privés, néanmoins elle s'est concentrée sur le premier de ces deux montages contractuels.

Des modèles de contrat de performance énergétique ont été établis par cette commission mais une vision large de ces contrats a été adoptée et aucun projet spécifique n'a servi de base de travail à cette réflexion.



Toutefois, les questions de théorie juridique ont été posées notamment sur le point de savoir si les contrats de performance énergétique étaient des contrats de travaux ou de service, cette qualification dépend en grande partie de l'objet même des réhabilitations, réalisées sur le bâti ou seulement sur l'unité de chauffage.

La réponse à cette question n'est pas aisée et dépend directement du plan de financement, en effet il s'agit d'un contrat dont l'essence même est une prestation de service, sauf si le montant des travaux est supérieur au montant cumulé des factures de services rendus sur la durée du contrat.

## 2.2. Tiers investissement

Si le droit européen définit le contrat de performance énergétique, il propose dans un second temps (point k) un système de financement permettant sa mise en œuvre effective, à savoir le tiers investissement.

Le principe de tiers investissement repose donc sur une logique simple ayant pour but de faire appel à un tiers au contrat pour le financement du projet, ce dernier se remboursant dans le temps, avec un bénéfice obtenu le cas échéant (contre-partie du risque pris).

Dans le cas d'un contrat de performance énergétique, le tiers investisseur apporte le capital nécessaire aux travaux de réhabilitation et se rembourse de ce préfinancement par la différence existante entre les charges avant les travaux de performance énergétique et le gain économique obtenu tout au long du contrat.

Le schéma implique donc dans tous les cas une baisse des charges énergétiques des locataires.

Ce mécanisme de financement de la réhabilitation énergétique réclame pour la société tiers de mobiliser des sommes importantes, les travaux de réhabilitation énergétique représentant un coût substantiel (y inclus la rémunération du capital investi).

En outre, le temps de retour sur investissement est un élément essentiel de ce type de financement puisqu'il conditionne la durée de remboursement du coût des travaux, et ce notamment dans les cas où le bâti de l'immeuble fait l'objet de travaux.

A ce stade de l'exposé, il convient de noter qu'**une part non négligeable du financement de projet devra être supportée par le propriétaire, du fait de l'impossibilité légale de récupérer auprès du locataire l'ensemble des économies monétaires générées par les investissements.** L'objectif de la procédure de mise en concurrence menée avec les ESCO se portant candidates auprès d'ICF étant précisément de réduire cette part de financement du bailleur tout comme de garantir les économies réalisées effectivement.

Dans un souci d'efficacité de la concertation menée avec les locataires en toute transparence **il serait opportun que le montant maximum des charges récupérables au titre de l'accord local n'excède pas la part contributive du propriétaire dans le financement du CPE lui-même.**

Cela nous conduira à prévoir dans le dialogue compétitif des "contributions de réserve" au-delà desquelles ICF pourra déclarer la procédure infructueuse.

On intégrera cette éventualité à chacune des étapes de la réflexion et tout particulièrement au stade de l'élaboration du document de consultation des entreprises (DCE) (phase 2).

### **2.3. La société de services énergétiques (ESCO)**

Des sociétés dites ESCO (sociétés de services énergétiques) sont nées précisément pour répondre à ce mode de financement.

Elles proposent à leurs clients de prendre en charge les travaux de réhabilitation, la maintenance des équipements, la fourniture de l'énergie de façon maîtrisée et leur financement, charge à elles de se refinancer sur les économies d'énergies réalisées.

Une nuance sur ce point s'avère nécessaire car il est possible également de confier à une société de services énergétiques une prestation n'incluant pas ipso facto un financement externalisé (tiers investisseur), mais simplement la conception et réalisation des travaux ainsi que l'exploitation des systèmes énergétiques.

L'ESCO doit être considérée comme **un ensemble de la performance énergétique** qui sera à même de gérer la totalité des prestations tant techniques que financières, nécessaire à l'aboutissement du projet tout entier.

Toute opération de réhabilitation énergétique part, en effet, de la constatation partagée que le bâtiment en question est énergivore et qu'il est nécessaire de réduire, d'une part la dépense énergétique et d'autre part, les émissions de gaz à effets de serre.

Cette première constatation se fonde sur un audit énergétique qui servira de base de travail au projet de réhabilitation et servira de base à la rémunération de l'ESCO sur la durée du contrat.

Ces différentes notions propres aux contrats de performance énergétique viennent se heurter parfois avec des notions juridiques classiques du droit des contrats (privés) qu'il nous appartient de conserver à l'esprit aux différentes étapes de l'étude.

### 3. CADRE JURIDIQUE DE LA REFLEXION

#### 3.1. Statuts d'ICF et droit applicable au contrat de performance énergétique.

**Les contrats de performance énergétique d'ICF sont bien des contrats de droit privé, soumis à obligations de publicité et de mise en concurrence préalables par application de l'ordonnance du 6 juin 2005 n° 2005- 649.**

La qualité du bénéficiaire des travaux de performance énergétique est particulièrement importante car elle détermine la qualification du contrat et le régime juridique applicable aux relations contractuelles entre les parties, une fois le contrat de performance énergétique conclu et mis en œuvre.

En effet, comme il a été précédemment précisé, les contrats de performance énergétique ne sont pas une nouvelle catégorie de contrats nommés mais des conventions ayant pour contenu des clauses de performance énergétique (avec obligation de résultat sur une durée librement fixée entre les parties).

Le droit interne effectue une distinction entre les bailleurs sociaux de droit privé Société Anonymes, Société d'économie mixte ... et ceux de droit public, les Offices Publics de l'Habitat (**ordonnance du 1er février 2007 n° 2007-137**).

Quant à elle ICF Nord-Est est bien une personne morale de droit privé, constituée sous la forme d'une Société Anonyme d'HLM en application de ses statuts inscrite en tant que telle au registre du commerce et des sociétés de Metz.

Son objet la soumet de facto à l'ordonnance du 6 juin 2005 n° 2005-649, en application de l'article L 433-1 du code de l'habitation et de la construction :

**« Les marchés conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. »**

Ainsi, les organismes privés de logements sociaux sont donc qualifiés de **pouvoirs adjudicateurs** selon les dispositions même de l'article 3 de ladite ordonnance.

Ils doivent en conséquence appliquer les obligations de publicité et de mise en concurrence pour leurs marchés de travaux, service ou fournitures, en application de l'article 1 :

**« Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou les entités adjudicatrices définies à l'article 4, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.**

*Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou une des entités adjudicatrices définies à l'article 4 et des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. »*

Au total, en qualité de pouvoir adjudicateur, ICF Nord-Est se doit de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence du décret du 1<sup>er</sup> décembre 2005 n°2005-1742, pour ses contrats de performance énergétique en vue de la réhabilitation de son parc locatif, que le financement du projet intègre ou non des économies d'énergie.

Se pose dès lors la question de savoir si les contrats de performance énergétique répondant à un besoin d'intérêt général et étant soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence sont des contrats de droit administratif ou de droit privé.

En effet, les bailleurs sociaux qu'ils soient personnes morales de droit public ou personnes morales de droit privé ont le même objet et sont soumis à des règles similaires de publicité et de mise en concurrence, respectivement le code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005 n°2005-649.

L'exigence posée d'une procédure de mise en concurrence préalable marché conclu par une SA d'HLM ne suffit pas à trancher la question de la qualification de droit privé ou de droit public de la convention dont s'agit.

La réponse à cette question n'a pas seulement un intérêt académique.

Elle détermine aussi le champ du possible pour le bailleur social dans la négociation de son contrat de performance énergétique, le droit privé étant d'essence plus souple que le droit public (notamment quant à la durée du contrat, seules les clauses de tacite reconduction étant en toute hypothèse écartées).

### **3.1.1. Un contrat administratif par détermination de la loi ?**

On le sait, les contrats peuvent être qualifiés législativement.

Ainsi, par exemple les contrats de travaux publics sont-ils des contrats administratifs par application de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Dans le secteur de la commande publique la difficulté s'est posée avec le Code des Marchés Publics car il existait auparavant des marchés publics qui étaient dans le même temps des contrats de droit privé.

La loi Mesures Urgentes des Réformes à Caractère Economique (MURCEF) du 11 décembre 2001, n° 2001-1168 est venue mettre un terme à ce débat en disposant dans son article 2 :

**« Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.**

*Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi. »*

**Dés lors, tous les contrats soumis au code des marchés publics sont bien des contrats administratifs par détermination de la loi.**

Au cas d'espèce, la SA ICF n'est pas une personne publique soumise au code des marchés publics mais **un pouvoir adjudicateur** soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, n° 2005-649.

Or l'ordonnance du 6 juin 2005 n'entre pas dans le champ d'application de la loi MURCEF de 2001.

En effet, ladite ordonnance s'applique à des pouvoirs adjudicateurs, qui peuvent aussi bien être des personnes privées que des personnes publiques et ne se prononce pas sur la qualité des contrats passés.

Il y a donc lieu d'appliquer les critères dégagés par la jurisprudence pour qualifier les contrats de performance énergétique que vous vous proposez de conclure.

### **3.1.2. Qualification jurisprudentielle des contrats de performance énergétique.**

On le sait le contrat de droit privé est le principe, le contrat administratif est l'exception lorsque l'intention du législateur n'a pas été de qualifier le type de contrat qu'il institue.

Il s'agit, à ce stade, d'évaluer les critères jurisprudentiels du contrat administratif afin de vérifier si les derniers sont ou non susceptibles d'être remplis.

En l'espèce, une réponse négative s'impose pour les motifs de droit suivants :

Le juge administratif adopte un raisonnement pragmatique et se réfère à un faisceau d'indices pour qualifier une convention de contrat administratif.

L'arrêt du Conseil d'Etat de 1963 *Narcy* met en exergue trois critères :

- Le critère organique (présence d'une personne publique) ;
- Le critère du service public (confier un service public au prestataire cocontractant) ;
- Le critère des clauses exorbitantes du droit privé (inégalité contractuelle au profit de la personne publique) ;

**Au cas d'espèce, le premier critère ne saurait être rempli, considérant le statut de Société Anonyme d'ICF propre aux personnes de droit privé.**

ICF ne remplit donc pas le critère organique de qualification du contrat.

Dans un deuxième temps le juge administratif porte son raisonnement sur le point de savoir si le contrat passé a pour but de remplir une mission de service public (*CE 4 mars 1910 Thérond, Rec p 193, CE 20 avril 1956, Epoux Bertin ; CE Section 20 avril 1956 Ministre de l'agriculture C/ Consorts Grimouard*).

Il est à noter que la jurisprudence ne reconnaît pas le caractère d'administratif à un contrat conclu « pour les besoins du service public » (*CE 11 mai 1956, Sté des transports Gondrand, Rec p 202*).

Au cas d'espèce, force est de constater qu'ICF en optant pour la réhabilitation de son parc immobilier locatif, s'il remplit une mission d'intérêt général, **ne délègue pas une mission de service public** à son cocontractant et ne peut *de facto* remplir ce deuxième critère.

Enfin, le troisième et dernier indice du faisceau est analysé avec beaucoup d'attention par le juge, la majorité de la jurisprudence relative aux contrats administratifs s'étant développée par l'intermédiaire de ce dernier.

Ainsi, la notion de clauses exorbitantes de droit privé est apparue pour la première fois dans l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïques des Vosges, Rec p 15* :

« *Considérant que le marché passé entre la ville et la société, était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer **selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers** ; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître ; que, par suite, la requête de la société n'est pas recevable ; »*

Le juge administratif est dès lors particulièrement attentif à l'existence de clauses exorbitantes de droit privé dans les contrats passés entre des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé.

Au cas d'espèce, **aucune clause exorbitante du droit privé ne sera présente** dans les contrats de performance énergétique puisque ces dernières répondent à un besoin engendré par des prérogatives de puissance publique dont ICF n'est pas investi.

A titre d'exemple, les contrats administratifs comportent le plus souvent des clauses de modification et de résiliation du contrat pour motif d'intérêt général.

Nous considérons donc que les contrats de performance énergétique que nous mettrons en place ne pourront être qualifiés de contrats administratifs en application du faisceau d'indices dégagé par la jurisprudence administrative française.

Une jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de référé confirme cette approche CE 3 juin 2009 OPAC du RHONE n°324405 :

*« que de même, la circonstance qu'aux termes de l'article L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation : **Les marchés conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics , est sans incidence sur la nature du contrat et la compétence juridictionnelle pour connaître de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence qu'elle institue ; qu'en effet, l'article 24 de cette ordonnance ne confie la compétence au juge administratif des référés pour connaître de tels manquements que pour les seuls contrats administratifs »***

**En conclusion, les contrats de performance énergétique d'ICF sont des contrats de droit privé, simplement soumis à obligations de publicité et de mise en concurrence préalables par application de l'ordonnance du 6 juin 2005 n°2005-649.**

### **3.2. DISTINCTION DES DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS ENVISAGEABLES AU CAS D'ESPECE**

**En synthèse, on retiendra les catégories suivantes :**

**CPE « classique » : un prestataire pour chaque mission du projet (conception, travaux, maintenance etc...), ICF conservant la maîtrise d'ouvrage.**

**CPE « Global » : Un seul prestataire doit effectuer les missions de conception, réalisation et maintenance, ICF conservant la maîtrise d'ouvrage.**

**PPPE : un prestataire est en charge de la maîtrise d'ouvrage, la conception, la réalisation, la maintenance et le financement du projet.**



Le code de la construction et de l'habitation ouvre deux possibilités à ICF pour la conclusion de ses contrats de performance énergétique, au regard de son obligation de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

D'une part, l'article L 433-1 du code de la construction et de l'habitation soumet les SA d'habitations à loyers modérés à l'ordonnance du 6 juin 2005 n°2005-649.

D'autre part, l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004 n° 2004-559 sur les partenariats publics privés dispose que :

*« Le titre Ier ainsi que les articles 25-1, 26 et 27 de la présente ordonnance sont applicables aux **pouvoirs adjudicateurs mentionnés aux 1° et 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005** relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, aux entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de ladite ordonnance ainsi qu'aux groupements d'intérêt public. Toutefois, le quatrième alinéa de l'article 9 de la présente ordonnance ne leur est pas applicable. »*

L'application de ces deux modèles contractuels a été mise en avant par le législateur dans l'article 5 de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement :

*« Si les conditions définies par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat sont satisfaites, **il pourra être fait appel à des contrats de partenariat** pour réaliser les travaux de rénovation en matière d'économie d'énergie portant respectivement sur les 50 et 70 millions de mètres carrés de surface des bâtiments de l'Etat et de ses principaux établissements publics.*

*Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, **en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global** regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement. »*

Dés lors, ces deux possibilités seront analysées, afin de déterminer les avantages et inconvénients de chacune d'entre elles pour ICF.

Le contrat de performance énergétique peut être soit un marché que nous appellerons, dans un souci de clarté intellectuel, soit « classique », soit « global ».



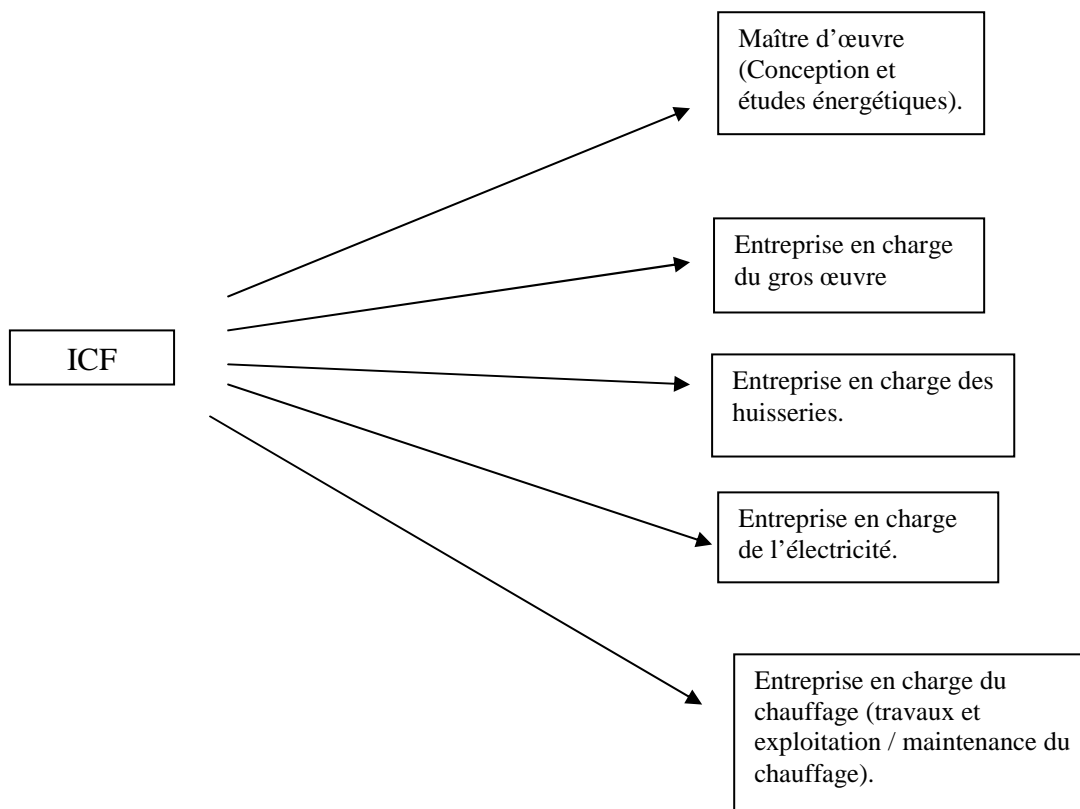
### 3.2.1. Le contrat de performance énergétique « classique ».

**ICF est le Maître d'Ouvrage de l'opération et contracte avec autant de prestataires que nécessite le projet.**

**Pour notre part, nous excluons de recourir à cette solution qui comporte notamment les inconvénients suivants pour ICF :**

- Pas de transfert réel du risque de travaux à la charge des prestataires ;
- Pas de transfert réel du risque de non performance énergétique, sauf à mettre en place une garantie de résultat particulièrement contraignante pour le prestataire et donc impliquant un surcoût financier non négligeable pour ICF Nord-Est ;
- Importants risques contentieux induits à l'interface des lots et entre les constructeurs et l'exploitant, l'ESCO pouvant aisément en tirer parti pour ne pas s'engager réellement.

En premier lieu, ICF peut choisir de contracter la réhabilitation de son parc locatif sous forme de marché passé en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 n° 2005-649, comme il procède déjà pour ses différents achats :



Ce marché de performance énergétique doit donc être considéré comme un marché de travaux classique avec :

- un Maître d'œuvre en charge de la conception ;
- La division des travaux par lots permettant à différents entrepreneurs de soumissionner ;
- Certains lots faisant appel à des ouvrages techniques, tel que le chauffage, peuvent avoir un double objet : la réalisation des travaux de chauffage et la maintenance de l'équipement.

Ce type de marché ne pose aucun problème juridique particulier puisqu'il s'agit d'un marché classique de travaux, tel que l'on peut en trouver sur des projets de construction ou de réhabilitation.

Néanmoins, cette procédure de passation implique des contraintes importantes pour le maître d'ouvrage.

En effet, ICF en qualité de maître d'ouvrage devra diriger les travaux avec l'aide de son maître d'œuvre ce qui implique, considérant la technicité du projet, qu'elle dispose de personnel compétent pour assurer cette mission.

De plus, cette procédure se révélera particulièrement lourde à gérer sur un plan administratif tant au niveau de la passation puisqu'il s'agira de conclure un marché distinct avec chaque entreprise, qu'au niveau de l'exécution et du suivi du projet avec le Maître d'œuvre.

Sur le plan financier le coût de la publicité sera multiplié par autant de marché qu'il y aura à passer.

Enfin, sur un plan technique, il nous semble que l'atteinte des objectifs de performance fixés ne pourra être réalisée qu'à la seule condition de l'homogénéité des travaux, condition qui sera difficile de respecter en faisant appel à des entrepreneurs distincts en charge des différents lots.

Le législateur conscient des difficultés technique des futurs contrats de performance énergétique a mis en avant la contractualisation sous forme de contrat global, permettant de faire réaliser par un seul prestataire la conception, la réalisation et la maintenance du projet (article 5 du grenelle de l'environnement).

**Pour notre part, nous excluons de recourir à cette solution qui comporte notamment des inconvénients suivants pour ICF :**

- **Pas de transfert réel du risque de travaux ;**

- Pas de transfert réel de non performance énergétique, sauf à mettre en place une garantie de résultat particulièrement contraignante pour le prestataire ;
- Risques contentieux induits importants à l'interface des lots et entre les constructeurs et l'exploitant, l'ESCO pouvant aisément en tirer parti pour ne pas s'engager réellement.

### 3.2.2. Le contrat de performance énergétique « Global », en application de l'article 5 du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009.

ICF ne traite qu'avec un seul prestataire en charge de la conception, de la réalisation et de la maintenance du projet.

Il présente surtout l'avantage de comporter un véritable engagement de performance sur l'ensemble, qui supportera le risque réel du projet.

Le financement du projet reste à la charge d'ICF, soit directement (ESCO simple prestataire), soit indirectement (ESCO tiers investisseur).

Le contrat de performance énergétique n'est pas per se un nouveau véhicule contractuel en droit interne, mais l'article 5 du Grenelle du 3 août 2009 présente un contrat de performance énergétique global comme une convention permettant de confier la conception, la réalisation et la maintenance du projet à un même prestataire.

ICF en qualité de SA HLM est soumise, au même titre que les personnes morales de droit privé à **la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985** modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, en application de son article 1 – 4).

Or cette dernière prohibe le cumul de la mission de maître d'œuvre avec la mission d'entrepreneur, en d'autres termes, il n'est pas possible de confier la mission de conception et de réalisation à une seule et unique personne, en application de son article 7 :

*« La mission de maîtrise d'œuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2.*

***Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur. »***

Au cas d'espèce, l'article 5 du Grenelle vient modifier cette situation juridique puisqu'il permet à un pouvoir adjudicateur désirant améliorer la performance énergétique de ses bâtiments de conclure un contrat global de conception réalisation sans voir obérées ses

capacités de financement puisque les clauses de paiement différé ne sont pas interdites pour les SA d'HLM.

Il sera donc possible pour ICF, si la totalité des conditions sont remplies (performance énergétique ne pouvant être atteinte seulement si le même entrepreneur conçoit et réhabilite le bâtiment, dissociation des coûts de conception, construction, maintenance...) de confier les missions de : conception (Maîtrise d'œuvre), réalisation et maintenance de l'ouvrage à un seul et unique prestataire.



La société à laquelle fera appel ICF sera une ESCO (société de services énergétiques) qui prendra en charge la totalité du projet, de sa conception à la maintenance en passant éventuellement par le préfinancement des travaux au-delà d'un simple crédit bail.

Ce type de société aura donc une approche globale du projet qui permettra à ICF d'avoir un seul interlocuteur pour mener à bien l'opération.

Le marché sera donc moins lourd à gérer administrativement et moins cher en termes de publicité puisqu'une seule procédure permet de confier la conception, la réalisation et la maintenance au même prestataire.

### 3.2.3. Financement des contrats de performance énergétique.

**La qualité de personne privée d'ICF et l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 lui confère le droit de financer les prestations fournies par un paiement différé.**

**En pratique, ce mode de financement peut s'appliquer dans un contrat « global » mais non dans un contrat « classique ».**

Le financement (classique ou externalisé) des marchés de performance énergétique, en application de l'ordonnance du 6 juin 2005, se présente dans la même situation qu'il s'agisse d'un marché classique ou global.

Il y a lieu de prendre en considération la distinction existante entre le paiement des marchés administratifs et les marchés de droit privé soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

En effet, comme il a été précédemment précisé que l'application de procédures de publicité et de mise en concurrence n'emporte en rien qualité de contrat administratif.

En conséquence, si l'interdiction des paiements différés est un des fondements principaux de l'exécution des marchés publics, **il n'en est rien pour les marchés de droit privé.**

D'ailleurs l'ordonnance du 6 juin 2005 n° 2005-649, fait une distinction dans son article 19, entre les contrats des Etablissements Publics Industriels et Commerciaux de l'Etat et les autres pouvoirs adjudicateurs :

*« Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont déterminés par le marché, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.*

***L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite pour les marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat. »***

Si l'on procède à une simple lecture **a contrario** de l'alinéa 2 de l'article 19 on se doit de conclure qu'il est possible d'insérer des clauses de paiement différés dans les marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur (autre qu'un Etablissement public de l'Etat) et son prestataire.

**Il sera donc parfaitement possible pour ICF d'insérer une clause de paiement différé dans ses marchés de performance énergétique.**

Ainsi, qu'il s'agisse d'un marché « classique » ou d'un marché « global », ICF pourra mettre en place un paiement différé et rémunérer ses prestataires par les économies d'énergies réalisées.

Néanmoins, dans la pratique, une distinction est à effectuer entre « le marché classique » et « le marché global » car, si une ESCO, en charge de la totalité de l'opération, peut accepter le paiement différé selon un plan de financement établi préalablement, il n'en sera pas de même des entrepreneurs et d'un maître d'œuvre agissant dans leur domaines respectifs, qui demanderont légitimement, à recevoir la totalité du solde à la fin de leur prestation.

Concernant le contrat global, l'ESCO pourra être rémunérée selon un plan de financement défini préalablement, en adéquation avec les économies réalisées mais aussi les charges refacturées aux locataires.

Dans cette configuration, l'ESCO pourra bien assurer le préfinancement des ouvrages et se rémunérer au moins pour une part substantielle (supérieure à 50 %) sur les économies réalisées.

**Il ne s'agit pas ici de traiter de la problématique du financement des travaux en application de la loi MOLLE mais simplement de constater que le principe de paiement différé s'il peut s'appliquer dans un contrat global, aura de nombreuses difficultés à être admis dans un contrat classique.**

#### **3.2.4. Le contrat de Partenariat Public Privé**

**Le contrat de partenariat public privé est un contrat de droit public par détermination de la loi et ne peut être mis en œuvre que si une des conditions suivantes est remplie :**

- Urgence ;
- Complexité du projet ;
- Bilan coût avantage de l'opération ;

**Le PPP se compose de quatre missions :**

- Conception ;
- Réalisation ;
- Maintenance et/ou exploitation ;
- Financement ;

**Nous ne conseillons pas à ICF de contracter un PPP pour deux raisons principales :**

- Un PPP implique un transfert de la propriété économique (+ 15 % environ) du bien et en conséquence la perte de la fiscalité propre à ICF.
- Un PPP est toujours plus cher, au final, du fait de l'externalisation du financement.

Ce modèle contractuel correspond au contrat de partenariat public privé (le P.P.P) de l'ordonnance du 17 juin 2004, n°2004-559, modifiée par la loi du 28 juillet 2008 et la loi du 17 février 2009, applicable aux SA d'habitation à loyer modéré, en application de son article 25.

L'article 1<sup>er</sup> de ladite ordonnance définit ce contrat comme suit :

*« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat (ou les Collectivités Territoriales) ou un établissement public de l'Etat (ou des CT) confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.*

*Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».*

Le contrat de partenariat public privé est donc **un contrat administratif global** permettant de confier les prestations de conception, réalisation, maintenance et financement à un seul prestataire qui sera le maître d'ouvrage de l'ensemble sans que la loi du 12 juillet 1985 n'ait à s'appliquer.

En comparaison avec le marché de performance énergétique précédemment étudié trois différences ressortent :

- D'une part, sa qualité de contrat administratif par détermination de la loi ;
- D'autre part, le caractère intrinsèque de la mission de financement ;
- Enfin, le transfert de la maîtrise d'ouvrage entre les mains du cocontractant.

#### **3.2.4.1. La qualité administrative d'un contrat de partenariat public privé.**

Le droit administratif opère une distinction entre les contrats administratifs par détermination de la loi et les contrats administratifs en application des critères jurisprudentiels.

Si les contrats passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 n° 2005-649 peuvent être administratifs ou de droit privé en application des critères jurisprudentiels et plus particulièrement du critère organique (une des parties au moins est une personne publique), il n'en va pas de même du contrat de partenariat public privé dont la qualité d'administratif résulte de l'article 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

Ainsi, dans le cas où ICF déciderait de retenir la formule d'un partenariat de performance énergétique, ces derniers auront la qualité de contrats administratifs et seront en conséquence soumis à cet ordre juridictionnel mais aussi au corps de règles qui leur sont attachés, à la différence des marchés de performance énergétique conclus en application de l'ordonnance du 6 juin 2005.

#### **3.2.4.2. Le financement du projet, mission intrinsèque au contrat de partenariat public privé.**

Le partenariat public privé est à ce jour le seul mode de tiers investissements publics défini par les textes, dans le domaine de la performance énergétique.

Les autres modes de tiers investissement se trouvent dans les montages contractuels complexes comme par exemple les baux emphytéotiques administratifs ou les autorisations d'occupation temporaire du domaine public, assorties d'un bail avec option d'achat.

En outre, ce type de contrat a été spécialement créé pour répondre à un besoin de financement des personnes publiques et comme une exception au principe d'interdiction des paiements différés des contrats administratifs.

Ainsi, le contrat de partenariat public privé ne peut être mis en place que sous certaines conditions et n'est pas considéré comme un contrat de droit commun, au regard de ses conditions d'application et de la volonté du législateur.

#### **3.2.4.3. Les conditions d'application du contrat de partenariat public privé.**

Le contrat de partenariat ne peut être conclu avant la réalisation d'une étude préalable d'évaluation démontrant la complexité et/ou l'urgence du projet.

Malgré la volonté à l'époque de la doctrine de voir la naissance d'un nouveau contrat administratif permettant le financement par les personnes privées le Conseil Constitutionnel n'a pas fait droit à cette demande et a soumis l'application de cette convention à deux critères alternatifs dans sa décision n° 2003- 473 DC du 26 juin 2003 que sont la complexité et/ou l'urgence du projet lui-même.

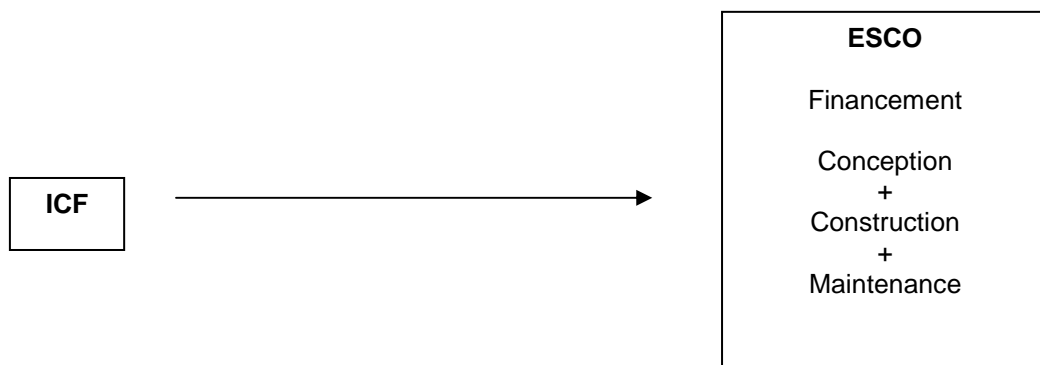
Un nouveau critère d'application a été ajouté et aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008 et la loi du 17 février 2009, le recours aux contrats de partenariat donne obligatoirement lieu à une évaluation préalable démontrant :



- soit la complexité du projet, qui ne permet pas à l'organisme de logements sociaux de définir seul et à l'avance les moyens techniques de répondre à son projet, ou d'en établir le montage juridique ou financier,
- soit l'urgence du projet,
- soit, depuis la modification législative du 28 juillet 2008 que le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique, étant précisé que le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage notamment pour ce qui concerne les seuils d'endettement public définis par le Traité de Maastricht.

Le contrat de partenariat public privé est donc soumis à des conditions préalables à sa passation.

Le contrat de partenariat permettrait à ICF de confier la conception, la réalisation et la maintenance à son prestataire mais aussi d'externaliser le financement dans sa totalité.



### Analyse :

**Ceci posé, force est de constater que si le contrat de partenariat apparait comme un moyen privilégié pour les personnes publiques en vue d'obtenir un financement externe et de déroger au principe d'interdiction du paiement différé, il n'en va pas de même pour ICF, personne morale de droit privé, qui a la possibilité d'insérer des clauses de paiement différé de son choix dans ses marchés et de s'entendre avec le prestataire sur un plan de financement.**

L'intérêt premier du contrat de partenariat public privé se trouve donc totalement annihilé.

En outre, la propriété économique et la propriété juridique sont dans la plupart des cas intimement liées par les différents mécanismes des sûretés.

Le mode de financement du contrat de partenariat étant extérieur, la société porteuse du projet demandera des suretés.

Pour information, on considérera dans le cadre de cette étude que ce terme comprend l'ensemble des garanties de nature financière prises par l'ESCO ou ses créanciers sur le bailleur social (domiciliation du cash flow, garantie à première demande, caution bancaire réclamée à ICF).

En effet, le contrat de partenariat permet de transférer la propriété économique du bien au cocontractant afin de garantir le remboursement du financement.

### **3.2.5. Organisation de la maîtrise d'ouvrage**

**CPE :**

**ICF est soumis à la loi MOP du 12 juillet 1985 et en conséquence ne peut transférer sa maîtrise d'ouvrage à un cocontractant.**

**Les missions sont donc réparties comme suit :**

- **ICF est le maître d'ouvrage ;**
- **L'ESCO est en charge de la conception (maîtrise d'œuvre), la réalisation des travaux et l'exploitation/maintenance ;**
- **Le financement revient à ICF sauf à l'externaliser (ce peut être l'ESCO) par tiers investissement ;**

**Partenariat Public Privé :**

**L'ESCO sera en charge de :**

- **La maîtrise d'ouvrage ;**
- **La conception (maîtrise d'œuvre), la réalisation des travaux, la maintenance/ exploitation ;**
- **Le financement du projet ;**

**L'organisation de la maîtrise d'ouvrage diffère entre ces deux contrats car dans un CPE elle reste à la charge d'ICF et dans un partenariat public privé elle est transférée au cocontractant (comme dans le cas du contrat conclu avec COFELY pour la région Alsace (article 21) dans le droit fil de l'ordonnance du 17 juin 2004).**

### **3.2.5.1. Organisation de la maîtrise d'ouvrage dans le CPE.**

Il y a lieu d'avoir à l'esprit la répartition des différentes missions du projet :

- ICF est le Maître d'Ouvrage (loi MOP du 12 juillet 1985) ;
- L'ESCO possède une mission de conception (maîtrise d'œuvre), réalisation et exploitation ;
- La mission de financement revient soit à ICF, soit à un tiers (si tiers investissement) ce dernier pouvant être l'ESCO.

Partant de ce postulat ICF en tant que maître d'ouvrage doit assurer les missions suivantes définies par l'article 2 de la loi MOP de 1985 :

***« Il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux. »***

En d'autres termes, ICF sera en charge d'une mission classique de maîtrise d'ouvrage comme il l'exerce déjà dans ses différents marchés de travaux, la seule différence étant que le marché n'est pas alloti.

L'ESCO sera donc en charge en qualité de maître d'œuvre de concevoir le projet, puis en qualité d'entrepreneur, de réaliser les travaux, le tout sous le contrôle d'ICF.

### **3.2.5.2. Organisation de la maîtrise d'ouvrage dans le partenariat public privé.**

Le partenariat public privé diffère du CPE en ce qu'il transfère la maîtrise d'ouvrage au prestataire, au cas d'espèce l'ESCO.

Dans ce cas précis il ne s'agit pas d'une délégation de maîtrise d'ouvrage dans laquelle un tiers représente « au nom et pour le compte » du mandant mais d'un véritable transfert de cette mission, rendant le cocontractant seul responsable de sa bonne exécution.

Au cas d'espèce l'ESCO serait en charge des missions de :

- Maîtrise d'ouvrage ;
- Maîtrise d'œuvre (conception) ;
- Réalisation des travaux et leur exploitation ;
- Financement ;

Le partenariat public privé doit être considéré comme un « package » permettant de confier la totalité des missions du projet à un seul et unique prestataire.

### 3.2.6. Propriété des investissements

**CPE :**

**ICF conserve la propriété pleine des investissements du CPE pour ne pas perdre ses avantages fiscaux.**

**Si un financement par tiers investissement est choisi, ICF devra permettre à ce tiers de constituer une sureté auprès d'un établissement de crédit mais sans que celle-ci ne transfère la propriété du bien (ex : une caution de la part d'ICF).**

**Partenariat public privé :**

**Dans le cadre d'un partenariat public privé, il y a automatiquement transfert de propriété et donc perte des avantages fiscaux, ce qui est un obstacle majeur dans le cas du logement social.**

### 3.2.6.1. La propriété des investissements dans le CPE.

Le CPE concernant la propriété des investissements, doit être appréhendé dans les mêmes conditions qu'un marché classique d'ICF pour une prestation de travaux.

La différence étant qu'un seul prestataire réalise la totalité du projet.

Partant de ce postulat la propriété des investissements reste à la charge d'ICF et n'est pas transférée à un tiers.

La situation est un peu différente si ICF fait appel à un tiers investisseur pour le financement de la réhabilitation de l'immeuble.

En effet, il est peu probable que le tiers investisseur possède la totalité des fonds et devra en conséquence, faire appel à un établissement de crédit pour obtenir une partie du financement.

Or l'établissement bancaire n'accordera de crédit qu'en contre partie d'une sûreté bancaire (hypothèque, nantissement, caution etc...)

Toutefois, certaines sûretés telle que l'hypothèque, induisent de par leur nature, de transmettre la propriété du bien (ou tout du moins une partie) au prestataire.

En conséquence, si ICF désire mettre en place un financement par tiers investisseur il sera nécessaire de conférer la possibilité pour celui-ci de constituer une sûreté n'impliquant pas une transmission de la propriété, par exemple la constitution d'une caution au profit de l'ESCO.

### 3.2.6.2. La propriété des investissements dans un partenariat public privé.

La propriété des investissements dans un contrat de partenariat public privé n'est pas identique à celle du CPE.

Ainsi, ce contrat a pour but de confier le financement de l'opération au prestataire, l'ordonnance du 17 juin 2004 permettant de lui conférer des droits réels sur les ouvrages afin qu'il puisse avoir les mêmes prérogatives que le propriétaire et contracter une sûreté auprès de l'établissement de crédit prêteur.

Or l'étude fiscal (partie 8) démontre qu'il est nécessaire pour ICF de garder la pleine propriété du bien afin de conserver son régime fiscal plus avantageux.

**Nous ne vous conseillons pas en conséquence de contracter ce type de convention au regard de l'intérêt fiscal à conserver la propriété du bien.**

## 4. POSITION DU LOCATAIRE DANS LE MONTAGE CONTRACTUEL

**Le locataire se trouve au cœur du dispositif d'un projet de CPE.**

**La participation financière, indirecte d'ailleurs, à la rémunération de l'ESCO est plafonnée par le législateur à 50 % du montant des économies d'énergies.**

**Cette disposition étant d'ordre public il n'est donc pas possible d'y déroger par quelque montage que se soit.**

**En outre, et quelque soit le montage envisagé, le locataire n'aura aucun lien de droit direct avec l'ESCO, le CPE étant un contrat conclu entre ICF et l'ESCO.**

A la différence de ce que l'on peut connaître, notamment dans le domaine des bâtiments publics, la conclusion d'un CPE par un bailleur social n'est pas une opération juridique simplement bilatérale entre une ESCO et le propriétaire.

Le locataire est au plan pratique un **acteur majeur du gain énergétique**.

Son comportement peut sur la durée d'amortissement des travaux remettre en cause, pour partie, les équilibres énergétiques à l'origine du CPE lui-même.

Comment, dans ces conditions, articuler le contrat de performance énergétique avec le contrat de bail ?

Deux approches au plan juridique sont, en première analyse, envisageables.

La première consiste à établir un lien de droit direct entre l'ESCO et le locataire, en complément du bail conclu entre ce dernier et le propriétaire.

Dans cette perspective, le propriétaire conclut un CPE avec l'ESCO au terme duquel cette dernière assurera les travaux de performance énergétique et la maintenance associée, des ouvrages et équipements pendant la durée du contrat qu'elle aura préfinancé.

La facturation de ces prestations et services ne sera pas alors adressée en totalité au propriétaire mais à son locataire qui bénéficiera des économies réalisées en versant une soule à l'ESCO (**montant qui par hypothèse est inférieur à ce qu'il supporte aujourd'hui ou à ce qu'il supporterait si rien n'était fait dans les prochaines années**).

Cette hypothèse doit, *in limine*, être écartée car le locataire ne peut, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation faire son affaire personnelle de la conclusion d'un contrat avec un prestataire de service retenu par son propriétaire pour effectuer des travaux qui sont susceptibles de relever des charges récupérables.

La seconde hypothèse de réflexion repose sur le principe fondamental de **l'effet relatif des conventions** puisqu'aucun lien de droit direct n'existe alors entre l'ESCO et le locataire.

Dans la pratique l'équilibre du CPE repose sur deux engagements réciproques.

Le premier est pris par l'ESCO qui fournit un service au bailleur social.

Ces services, exprimés selon une température constante, sont ensuite proposées au locataire au titre du bail indépendamment du CPE lui même.

En contrepartie, la SA rémunère l'ESCO quelque soit les paiements du locataire.

La circonstance que ce dernier ne paye pas ses charges est sans incidence sur cette rémunération comme sur l'étendue des engagements pris par l'ESCO.

En d'autres termes, les deux liens contractuels que sont le CPE d'une part, le bail d'autre part sont indépendants l'un de l'autre.

Le contrat de CPE conclu entre le propriétaire et la société de services énergétiques ne prévoit aucun paiement direct du locataire au profit de l'ESCO.

Les économies d'énergie réalisées par le locataire ne seront qu'indirectement la source du financement des travaux (en complément d'une contribution du propriétaire si cela est nécessaire).

Cet axe de travail est celui retenu jusqu'à ce jour par le législateur tant en matière de charges récupérables que de travaux d'amélioration de la performance énergétique des logements mis en location.

Il s'exprime au travers des décrets d'application (décret en date du 23 novembre 2009, n° 2009-1438, relatif à la contribution du locataire, au partage des économies de charges issues des travaux d'économie d'énergie réalisés par un bailleur social) de la loi du 25 mars 2009 (n°2009-323, dite loi MOLLE).

Ceci posé, quelque soit le mécanisme contractuel que retiendra ICF pour impliquer ses locataires dans le montage juridique et financier qu'est le CPE, **nous devons veiller au respect des règles d'ordre public qui limitent avec précision le champ du possible pour l'ensemble des bailleurs.**

L'étude de ces contraintes particulières nous amènera à approfondir le dispositif de la loi MOLLE et celui de la loi ENL, mais surtout à utiliser le vecteur des accords locaux pour définir en concertation avec les locataires, le plus en amont possible de l'opération, les travaux récupérables au titre des charges attaché au projet lui même.

#### 4.1. Les limites réglementaires à la liberté contractuelle d'ICF.

**Il est possible de faire participer le locataire à hauteur d'un montant fixe équivalent à 50 % des économies réalisées sur une période de 15 ans, sous conditions du décret n° 2009-1438 relatif à la contribution du locataire au partage des économies de charges issues des travaux d'économie d'énergie réalisés par un bailleur social.**

**On ne peut en aucune manière déroger à ces principes fondamentaux.**

A titre liminaire, on rappellera que le droit des baux d'habitation est profondément marqué par la notion d'ordre public.

Pour comprendre les limites à la liberté contractuelle d'ICF dans ses rapports avec ses locataires il y a lieu d'articuler trois textes que sont :

- Le décret du 9 novembre 1982 modifié, dit « décret charges », qui fixe de façon limitative la liste des charges récupérables sur le locataire ;
- La loi n° 89-642 du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 ;
- La loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, dite « loi MOLLE » ;

Le décret charges dresse une liste limitative des charges récupérables par le bailleur aux frais du locataire, il y a lieu de noter que la jurisprudence fait une interprétation stricte de cette dernière :

« *Liste des charges récupérables :*

- *Ascenseurs et monte-charges ;*
- *Eau froide, eau chaude et chauffage collectif des locaux privés et des parties communes ;*



- *Installations individuelles ;*
- *Parties communes intérieures au bâtiment ou à l'ensemble de bâtiments d'habitation ;*
- *Espaces extérieurs au bâtiment ou à l'ensemble de bâtiments d'habitation ;*
- *(Voies de circulation, aires de stationnement, abords et espaces verts, aires et équipements de jeux) ;*
- *Hygiène ;*
- *Equipements divers du bâtiment ou de l'ensemble de bâtiments d'habitation ;*
- *Impositions et redevances ; »*

Ne peuvent ainsi être mises à la charge du locataire les dépenses de modernisation des chaufferies au motif que la liste des charges récupérables annexées au Décret du 9 novembre 1982, ce qui ne comprend pas ces dernières (C. Cass. 3 - 6/12/1995 req. n°9317250 NB : cas de jurisprudence fixant le droit applicable).

La loi du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 régit les rapports entre les bailleurs et les locataires.

A ce titre, elle renvoie au décret du 9 novembre 1982 concernant les charges facturables au locataire.

Toutefois, la loi MOLLE du 25 mars 2009 est venue modifier la loi du 6 juillet 1989 en intégrant notamment la possibilité de facturer 50 % des économies d'énergie réalisées par les travaux de performance énergétique au locataire et sur une période de 15 ans.

Il est important de noter que l'article 2 de ladite loi érige ces dispositions en norme d'ordre public donc insusceptible d'être modifiée ou contournée.

En d'autres termes nous ne pouvons vous proposer un projet de montage financier illégal car contraire à cet ensemble de règles.

Enfin, le gouvernement a adopté un décret en date du 23 novembre 2009, n° 2009-1438, relatif à la contribution du locataire, au partage des économies de charges issues des travaux d'économie d'énergie réalisés par un bailleur social.

Cette norme définit les conditions dans lesquelles il est possible de faire contribuer le locataire à la rénovation énergétique.

Ainsi, l'article R 442-27 du code de la construction et de l'habitation dispose dans son article R 442-27 :

*« La contribution du locataire peut être demandée pour financer les travaux d'économie d'énergie suivants :*

*1° Soit des travaux correspondant à une combinaison d'au moins deux actions d'amélioration de la performance énergétique du logement ou du bâtiment concerné, parmi les actions suivantes :*

- a) Travaux d'isolation thermique des toitures ;
- b) Travaux d'isolation thermique des murs donnant sur l'extérieur ;
- c) Travaux d'isolation thermique des parois vitrées donnant sur l'extérieur ;
- d) Travaux de régulation ou de remplacement de systèmes de chauffage ou de production d'eau chaude sanitaire ;
- e) Travaux d'installation d'équipements de chauffage utilisant une source d'énergie renouvelable ;
- f) Travaux d'installation d'équipements de production d'eau chaude sanitaire utilisant une source d'énergie renouvelable,

sous réserve que ces travaux et le niveau minimal de performance énergétique atteint soient conformes, a minima, aux exigences définies aux articles R. 131-25 à R. 131-28. Les niveaux minima à atteindre pour chaque catégorie de travaux sont précisés par un arrêté conjoint des ministres chargés de la construction et de l'énergie.

2° Soit des travaux conformes a minima aux exigences définies aux articles R. 131-25 à R. 131-28 et permettant d'amener la consommation d'énergie du bâtiment pour le chauffage, la ventilation, la production d'eau chaude sanitaire, le refroidissement et l'éclairage des locaux en dessous d'un seuil défini par un arrêté conjoint des ministres en charge de la construction et de l'énergie. »

Au cas d'espèce, il nous semble que les travaux envisagés rempliront ces conditions sans difficulté.

**Dès lors, il y a lieu de se référer à la loi du 6 juillet 1989 n° 89-642 modifiée et au nouveau chapitre II du titre IV du livre IV du code de la construction et de l'habitation, pour déterminer les relations entre le bailleur et ses locataires sur un plan juridique.**

En substance, le législateur prohibe toute disposition contractuelle d'un bail, d'un avenant ou plus généralement de tout montage contractuel qui ne serait pas autorisé au titre de la loi du 6 juillet 1989 (loi n°89-642).

Celle-ci dispose, en effet, que serait réputée non écrite toute clause du bail à caractère abusive.

*« Est réputée non écrite toute clause : Par laquelle le locataire s'engage par avance à des remboursements sur la base d'une estimation faite unilatéralement par le bailleur au titre des réparations locatives... »*

L'intention du législateur est claire.

Il s'agit d'éviter que le propriétaire impose au locataire des charges et conditions à caractère déséquilibré donc léonines ou abusives tant en matière d'augmentation du loyer que d'usage du bien loué voir, bien entendu, de financement de travaux d'amélioration du bien.

La jurisprudence abonde d'exemples de tentatives des propriétaires de mettre à la charge des locataires des travaux (ou des services) insusceptibles de leur être refacturés en totalité.

**Est ainsi nul de droit, le montage selon lequel le locataire doit faire son affaire personnelle de la souscription d'un contrat de vente de chaleur auprès d'une société dont les factures ne distinguent pas les charges locatives et les dépenses d'amortissement des installations de chauffage et les grosses réparations.**

(C. Cass. 3<sup>ème</sup> chambre civ. - 9 mars 2005, 2 arrêts, n° 03-13062, Bull. civ. 2005 III n°59 AJDA 2005 p.390 - note ROUQUET ; RJDA 7/2005 n°793) ; arrêt selon lequel ne figure pas sur la liste des charges récupérables limitativement énumérées par décret les frais de financement et d'amortissement des installations de chauffage et d'alimentation en eau chaude sanitaire d'un immeuble d'habitation.

De plus, ne peuvent être mis à la charge du locataire les dépenses de modernisation des chaufferies au motif que la liste des charges récupérables annexées au Décret du 9 novembre 1982 ne comprend pas les dépenses de modernisation des chaufferies (C. Cass. 3 - 6/12/1995 req. n°9317250).

A contrario, sont considérées comme des charges récupérables les prestations de service correspondantes à un service rendu aux locataires (par exemple l'entretien de la chaufferie) (même arrêt). Ce point nous retiendra plus loin en détail.

A ce stade de l'exposé, on retiendra donc que la jurisprudence annule toute convention visant à contourner les dispositions du décret du 9 novembre 1982 modifié qui fixe de façon limitative la liste des charges récupérables sur le locataire.

*Liste des charges récupérables définies par l'annexe du décret charges :*

- *Ascenseurs et monte-charges ;*
- *Eau froide, eau chaude et chauffage collectif des locaux privés et des parties communes ;*
- *Installations individuelles ;*
- *Equipements divers du bâtiment ou de l'ensemble de bâtiments d'habitation ;*

S'agissant des travaux d'économie d'énergie ayant pour objet le développement durable, l'article 23-1 de la loi de 1989, modifié par la loi MOLLE du 25 mars 2009 est ainsi rédigé :

*« Lorsque des travaux d'économie d'énergie sont réalisés par le bailleur dans les parties privatives d'un logement ou dans les parties communes de l'immeuble, une contribution pour le partage des économies de charge peut être demandée au locataire du logement loué, à partir de la date d'achèvement des travaux, sous réserve que ces derniers lui bénéficient directement et qu'ils lui soient justifiés.*

*Elle ne peut toutefois être exigible qu'à la condition qu'un ensemble de travaux ait été réalisé ou que le logement atteigne un niveau minimal de performance énergétique.*

*Cette participation, limitée au maximum à quinze ans, est inscrite sur l'avis d'échéance et portée sur la quittance remise au locataire.*

*Son montant, fixe et non révisable, ne peut être supérieur à la moitié du montant de l'économie d'énergie estimée ».*

Les conditions de facturation de l'économie d'énergie au locataire, par application de la loi MOLLE peut, en tant que disposition d'ordre public, être relevée d'office par le juge à l'occasion de tout litige né entre la propriétaire et son locataire.

Ainsi, tout locataire refusant de payer les charges correspondantes aux économies d'énergies qui lui seraient quittancées, au-delà de ce qu'autorise la loi MOLLE, pourrait obtenir aisément gain en justice pour écarter les demandes en paiement de son bailleur social.

**La qualité d'ordre public de cette norme nous a conduit à écarter de notre champ de réflexion tout mécanisme qui viserait à contourner le dispositif législatif de la loi MOLLE en mettant à la charge du locataire plus de 50% des économies d'énergie sur 15 ans.**

Seraient ainsi probablement annulées les conventions dites de "services énergétiques" que le propriétaire imposerait aux locataires de conclure avec des ESCO après mise en concurrence.

Nonobstant la définition prise, **on ne peut estimer sérieusement que le contrat de service énergétique (vendre au locataire un service d'économie d'énergie avec une température garantie) ne soit pas en réalité un moyen de contourner le décret charges et les décrets d'application de la loi MOLLE.**

Pour ma part, je considère que le risque est supérieur à 50 % nonobstant la part substantielle de services attaché à un CPE ; l'interprétation du juge étant stricte pour garantir les droits du locataire lui-même.

**De même tout fractionnement dans le temps des marchés de travaux attachés à la performance énergétique (ex : 1 fois 10 ans + 10 ans supplémentaires au travers d'une tacite reconduction) pour contourner l'interdit de 15 ans serait-il lui aussi déclaré nul ; le juge n'étant jamais tenu par la qualification juridique des conventions que pourraient proposer les propriétaires à leurs locataires.**

Ce même risque existe pour tout mécanisme dit de "vente forcée d'énergie" non plus seulement à raison de la loi du 6 juillet 1989 mais aussi de l'ordonnance de 1986 qui prohibe cette manœuvre au travers de son article 8.

Ce mécanisme est d'autant plus impératif qu'il vise en l'occurrence à protéger les consommateurs.

- ◆ En conclusion sur **ce premier point**, on retiendra donc que le montage du CPE doit respecter les contraintes suivantes :
- ◆ Le CPE sera conclu entre ICF et le titulaire qui 'aura aucun lien de droit avec les locataire ; la récupération partielle des économies d'énergie étant du ressort d'ICF dans le cadre du contrat de bail ;
- ◆ Il ne pourra être exigé auprès du locataire que le paiement des charges définies par le Décret du 9 novembre 1982 (décret charges)
- ◆ Les conditions de refacturation au titre de la loi MOLLE doivent être limitées directement ou indirectement à 50% du montant des économies d'énergies et sur une durée d'amortissement de 15 ans.
- ◆ Un mécanisme d'attestation et de contrôle est indispensable.

Ces conclusions nous conduisent à proposer au maître d'ouvrage de mettre en œuvre les préconisations détaillées ci-après d'une part au titre des charges récupérables et, d'autre part, dans le cadre de la loi MOLLE.

## **4.2. De la nécessité d'un accord local avec les locataires**

Le décret n°2009-1438, venant déterminer les conditions de la participation du locataire aux travaux pour les économies d'énergie impose une concertation avec les associations représentatives (article R 442-24 du code de la construction et de l'habitation).

Si seule une concertation est obligatoire, un vote positif serait préférable pour sécuriser le dispositif.

### **4.2.1. Les conditions préalables à la contractualisation d'un accord local**

Comme exposé au paragraphe précédent, le juge est attentif à ce que la quittance de loyer ne comprenne au titre des charges que des éléments de facturation compris dans la liste annexée au Décret du 9 novembre 1982 modifié.

Les dépenses incluses dans la liste des charges récupérables sont d'interprétation stricte et ne doivent constamment qu'être **la contrepartie du seul usage de l'appartement loué**.

Sont ainsi exclues les dépenses qui en réalité incombent au seul propriétaire telles les charges correspondant à l'installation d'une GTC liée au chauffage (C. Cass. civ. 3<sup>ème</sup> chambre civ. 23 mars 2004) ou des dépenses de gros entretien et de grosses réparations des installations de chauffage qui appartiennent au propriétaire (C. Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6/12/1995 Gaz Pal 1996 - 2 pau jp. 197).

En substance, au titre des charges locatives, ne sont à la charge du locataire que les seules interventions ou services visés dans la liste annexée au Décret de 1982 ou du 26 août 1987 et qui remplissent, par ailleurs, les conditions suivantes :

- ◆ la facturation ne doit pas comprendre les dépenses d'amortissement.
- ◆ La facturation doit être transparente.

Ceci posé, des dérogations à cette liste sont cependant envisageables au cas d'espèce.

En effet, l'article 23 de la loi du 6 juillet 1989 modifiée par la loi ENL du 13 juillet 2006 dispose que :

*« La liste de ces charges est fixée par décret en Conseil d'Etat.*

***Il peut y être dérogé par accords collectifs locaux portant sur l'amélioration de la sécurité ou la prise en compte du développement durable, conclus conformément à l'article 42 de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 précitée.***

*Les charges locatives peuvent donner lieu au versement de provisions et doivent, en ce cas, faire l'objet d'une régularisation au moins annuelle.*

*Les demandes de provisions sont justifiées par la communication de résultats antérieurs arrêtés lors de la précédente régularisation et, lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété ou lorsque le bailleur est une personne morale, par le budget prévisionnel.*

*Un mois avant cette régularisation, le bailleur en communique au locataire le décompte par nature de charges ainsi que, dans les immeubles collectifs, le mode de répartition entre les locataires.*

*Durant un mois à compter de l'envoi de ce décompte, les pièces justificatives sont tenues à la disposition des locataires.*

*Pour l'application du présent article, le coût des services assurés dans le cadre d'un contrat d'entreprise correspond à la dépense, toutes taxes comprises, acquittée par le bailleur. »*

En outre, le décret n° 2009-1438, venant déterminer les conditions de la participation du locataire aux travaux pour les économies d'énergie impose une concertation avec les associations représentatives (article R 442-24 du code de la construction et de l'habitation).

#### 4.2.2. Mise en œuvre pratique de l'accord local.

Dans ces conditions, un accord local peut être conclu à bon droit puisqu'il peut porter, soit sur la sécurité, soit sur des engagements de développement durable par l'effet des dispositions de l'article 42 de la loi du 23 décembre 1986 modifiée.

Pour notre part, nous estimons que l'accord local peut comprendre plusieurs axes au terme d'une concertation fructueuse avec les habitants concernés par l'opération de réhabilitation énergétique du site pilote.

Le montant maximal susceptible d'être mis à la charge des locataires aura été validé en son principe au stade de l'accord local après concertation.

De même, nous devons inclure dans le chemin critique du projet les délais nécessaires à la concertation avec les locataires.

En conclusion sur ce point, l'accord local devra définir une liste de charges récupérables prenant en compte les spécificités d'une opération de performance énergétique qui, tout à la fois, visera à renouveler le patrimoine bâti d'ICF mais aussi réduira sensiblement la facture énergétique de ses locataires.

## **5. ORGANISATION DE LA PASSATION DU CPE**

La procédure de passation d'un marché public ne doit pas être uniquement envisagée comme une contrainte procédurale à respecter mais comme un moyen de limiter les risques de prix élevés, surcouts ou encore d'infructuosité.

Mais l'on peut prévenir ces risques en mettant en œuvre, à la fois une publicité adéquate et une procédure permettant à ICF de laisser les candidats libres des moyens à utiliser pour atteindre le but défini.

La procédure que nous vous proposons est le dialogue compétitif qui se réalise en deux phases :

- Le dialogue permettant au prestataire de comprendre vos besoins ;
- L'offre où il est fait une comparaison puis un choix parmi les différentes propositions.

### **5.1. Risques**

#### **5.1.1. Ententes et offres de couverture**

Toute procédure de marché soumise à obligation de publicité et de mise en concurrence appelle un risque de pratique ayant pour but de fausser la libre concurrence.

Le droit français s'est attaché à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, n° 86-1243 en est devenue le texte de référence, en définissant les règles applicables dans ce domaine et les infractions qui résultent de leur non respect.

Au cas d'espèce, les marchés publics ou privés soumis à publicité et mise en concurrence sont directement exposés aux pratiques anticoncurrentielles et plus particulièrement à l'infraction d'entente (article 81 du traité de Rome).

Toutefois, ICF ne doit pas interpréter le principe de liberté de la concurrence comme ayant pour seul intérêt le respect de la loi par les prestataires.

En effet, l'acheteur a toujours pour but de contracter selon le meilleur rapport qualité prix mais ce dernier n'est déterminé que par le respect des règles de publicité et de mise en concurrence.

Ainsi, la prestation et l'analyse des offres se trouvent faussées dès lors que les candidats se sont entendus pour laisser le marché à une entreprise préalablement désignée.



La **pratique des offres de couverture** permet de faire croire au bon respect de la mise en concurrence, car si une seule entreprise candidate, le marché aura de fortes chances d'être déclaré infructueux, alors qu'il ne le sera pas si d'autres offres plus élevées sont déposées par des concurrents.

Cette pratique, si elle est particulièrement simple, voir simpliste, n'en est pas moins très difficile à détecter pour l'acheteur en l'occurrence ICF, qui ne peut que constater la remise d'offres valables lors de l'analyse.

Les candidats sont particulièrement tentés de fausser le jeu de la concurrence dans les secteurs où peu de professionnels sont capables de réaliser la prestation attendue et où un nombre important de marchés vont être passés par tranches successives (ce sera probablement notre cas).

Au cas d'espèce, nous ne pouvons que vous conseiller de prendre d'importantes précautions afin que ces pratiques n'aient pas cours lors de la passation de vos marchés et ainsi obtenir la meilleure offre possible.

A ce stade nous préconisons la première série de mesures suivantes :

- Dialogue compétitif.
- Audition concomitante (avec deux équipes dédiées) des candidats pressentis surtout lors du dernier round de négociations financières.
- Analyse des offres sur support sécurisés au sein du cabinet.
- Contribution de réserve. (montant maximum qu'ICF est prêt à verser au titulaire du CPE pour équilibrer le coût des travaux, augmentant ainsi la rentabilité du CPE pour le titulaire)

Ces préconisations si elles ne peuvent empêcher à coup sûr les ententes, ont pour mérite de rendre ces dernières beaucoup plus difficiles dans la mesure où les candidats ne peuvent planifier les différents projets à intervenir ou se concerter sur les offres financières définitives.

### 5.1.2. Infructuosité

L'article 24 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, définit les cas dans lesquels une offre peut être qualifiée d'irrégulière, d'inacceptable ou d'inappropriée :

*« 1. - Pour l'application des dispositions du présent chapitre, sont qualifiées :*

- *d'irrégulière une offre incomplète ou non conforme aux exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation ;*
- *d'inacceptable une offre dont l'exécution implique des conditions méconnaissant la législation en vigueur ou dont le financement ne peut être réalisé par les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ;*
- *d'inappropriée une offre présentant une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur qui équivaut à une absence d'offre.*

*Les offres n'encourant aucune de ces causes d'élimination sont qualifiées de conformes. »*

Ce dispositif n'est pas théorique.

En effet, le caractère technique du contrat de performance énergétique est ici particulièrement important puisqu'il obligera ICF à définir avec précision ses demandes en incluant les diagnostics de performance énergétique dans les documents de consultation énergétique.

Une mauvaise définition des besoins d'ICF pourra vous conduire à écarter la totalité des offres présentées.

Les conséquences d'infructuosité des offres peuvent se traduire de différentes manières, selon la procédure de publicité et de mise en concurrence qui aura été retenue.

Une procédure d'appel d'offres ou de dialogue compétitif devenue infructueuse peut se transformer en procédure négociée sans publicité et mise en concurrence préalable.

Cette solution s'explique aisément : la formalité a déjà été effectivement remplie (article 33 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005).

Si une autre procédure a été passée en application du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005, cette dernière devra être annulée et relancée avec une meilleure définition des besoins.

La solution est donc de respecter strictement les règles de publicité et de mise en concurrence en application d'une procédure de dialogue compétitif.

### **5.1.3. Surcoûts**

Le dernier risque substantiel est constitué par les surcoûts éventuels des prestations, ce qui peut intervenir en pratique.

Il sera constitué lorsque des travaux supplémentaires sont facturés, ce qui suppose que le forfait initialement conclu n'en est pas un en réalité.

Pour éviter ce risque de déséquilibre financier plusieurs solutions doivent être alternativement mise en œuvre.

Tout d'abord, il convient de veiller à ce que le référentiel énergétique initial soit accepté SANS RÉSERVE par le prestataire.

Ensuite, s'attacher à une programmation stricte des travaux et éviter de confondre travaux de renouvellement et d'extension ou de mise aux normes, l'intérêt de l'intangibilité du CPE étant particulièrement important.

Sans même évoquer le déséquilibre du montage financier du projet, cette hypothèse engendre un risque contentieux important.

Ainsi, non seulement une mauvaise estimation entraîne un surcoût mais risque aussi d'entacher le contrat d'irrégularité si le montant cumulé des avenants acceptés dépasse de plus de 15 % le prix du marché, en application d'une jurisprudence constante interdisant le bouleversement économique du contrat (*CE 30 janvier 1995 Sté Viafrance, RD imm. 1995 p 318*).

## **5.2. Actions préventives**

Plusieurs actions permettent de prévenir les risques liés à la passation de la procédure.

### **5.2.1. La publicité**

La publicité du contrat de performance énergétique à conclure est particulièrement importante tant sur le plan de la prévention du risque juridique que du risque technique.

En premier lieu, les procédures de passation des marchés soumises à publicité et mise en concurrence sont particulièrement sujettes au contentieux, considérant la procédure de recours précontractuel même si celui-ci est de moins en moins fréquemment déclaré recevable (*Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, Titre II, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de droit privé*) (*TA Paris 15 septembre 2009 SAS IBM France*).

Cette ordonnance est venue préciser le recours en référé près le juge judiciaire pour les contrats de droit privé soumis à obligation de publicité et mise en concurrence.

Ce type de recours est totalement similaire à la procédure de référé de droit public, en conséquence de quoi, ce contentieux n'est fondé que sur les mentions de l'avis d'appel public à concurrence et le déroulement de la procédure de passation.

L'importance de la publicité est donc majeure puisqu'aucun élément de celle-ci ne doit permettre à un concurrent évincé d'engager une procédure qui peut conduire à l'annulation de la procédure de passation.

En second lieu, sur le plan technique, une publicité suffisante permet de cibler les prestataires éventuels et d'éviter que des entreprises inaptes à répondre à la demande soumettent une offre qui sera écartée par la suite.

En outre, les modes de diffusion de l'avis de marché se doivent de respecter des seuils pour déterminer dans quels journaux d'annonces ils pourront être diffusés.

A ce titre, nous conseillons à ICF de cibler un journal spécialisé dans lequel l'avis pourra être diffusé, ce dernier permettra de toucher directement un public de professionnels le plus à même de répondre aux attentes d'ICF, tant en France que pour l'ensemble de l'Europe.

### 5.2.2. Procédure de dialogue compétitif.

#### i) Principe et intérêt

Il ne sera pas aisé pour ICF de définir ses besoins et plus particulièrement au cas d'espèce où le contrat de performance énergétique demande un savoir faire et un haut degré de technicité.

Le droit européen de la commande publique (*Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*) a pris en considération ces spécificités propres à l'acheteur et a notamment mis en place la procédure de dialogue compétitif qui lui permet de définir ses besoins avec les entreprises candidates lors de différents « dialogues », pour dans un second temps choisir le prestataire ayant été le plus à même de répondre à ses attentes.

Les articles 38 et suivants du décret du 30 décembre 2005, n° 2005-1742, traitent de cette procédure (article 29 de la directive 2004/18) :

*« La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.*

*Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché est complexe, c'est-à-dire dans l'une ou l'autre ou dans les deux situations suivantes :*

*1° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;*

*2° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. »*

Il ressort clairement de cette définition que la procédure de dialogue compétitif est d'une part, conditionnée pour la complexité du projet, d'autre part, articulé en deux phases distinctes, l'une de dialogue entre les différents candidats l'autre allant jusqu'à la remise d'une offre finale.

En effet, la procédure de dialogue compétitif est une structure hybride au plan procédural alliant à la fois la procédure négociée, l'appel d'offre mais aussi la procédure de concours.

**Malgré cette complexité réelle, cette technique nous semble la plus à même de répondre aux questions et besoins d'ICF pour la concrétisation de contrats de performance énergétiques.**

Les entreprises seront donc en charge de proposer des solutions de conception et de réalisation pour atteindre les objectifs fixés.

ICF devra être particulièrement prudent sur le respect de l'égalité d'accès à la commande publique, ce qui se traduira en pratique par la stricte délivrance des mêmes informations durant les dialogues et le même comportement avec tous les candidats (ce qui renforce l'utilité d'auditions concomitantes ou à la suite).

De même, l'évolution du projet au cours du dialogue ne doit pas entraîner l'acheteur à révéler des secrets industriels aux autres entreprises ou l'avancement de leurs projets respectifs.

## ii) Déroulement concret de la procédure

A titre d'illustration, il peut être fait référence à l'article 67 du code des marchés publics car il retrace de manière synthétique la procédure du dialogue compétitif, même si celui-ci ne s'applique pas directement à ICF.

Ainsi les étapes les plus importantes de celle-ci sont les suivantes :

- Publicité d'un appel d'offre définissant les modalités de participation et de candidature au projet ;
- Réception des plis puis ouverture de ceux-ci pour analyse des candidatures ;
- Une liste de candidat est définie en fonction de la validité des dossiers présentés. Les candidatures ne remplissant pas les conditions requises sont éliminés ;
- Les candidats retenus sont invités à la phase de dialogue ;
- Une fois cette phase terminée une phase de remise des offres est ouverte où chaque candidat remet son offre finale ;
- En fonction des critères préalablement déterminés l'offre économiquement la plus avantageuse est retenue (meilleur rapport qualité/prix et non la moins chère);

Ceci posé, dans cette procédure s'il revient aux candidats de rédiger les cahiers des charges (ou programme fonctionnel) **rien n'interdit à ICF de déterminer des clauses intangibles** qui ne seront pas modifiables par le candidat.

En effet, lors de l'élaboration du programme fonctionnel par l'acheteur il lui est possible et conseillé de qualifier d'intangibles certaines clauses, **les candidats ne pourront les modifier sous aucun prétexte.**

L'absence de clauses intangibles dans le programme fonctionnel se traduira par la présentation d'offres ne répondant pas avec assez de précisions aux besoins d'ICF ou qu'il sera impossible à comparer car trop différentes.

**Les clauses intangibles permettent notamment de contrôler le coût du projet et de ne pas dépasser le budget alloué à l'opération.**

En tout état de cause, l'objet du contrat et les clauses intangibles ne peuvent faire l'objet de modifications durant toute la procédure de dialogue compétitif.

#### Conclusion d'étape :

Le dialogue compétitif n'est pas la procédure de publicité et de mise en concurrence la plus simple à mettre en œuvre mais elle est la plus à même de répondre aux attentes d'ICF et permettra de conjuguer concurrence et solutions techniques pour la réhabilitation énergétique du parc locatif.

Les clefs de la réussite de cette procédure sont donc :

- l'élaboration d'un programme fonctionnel ;
- un strict respect de l'égalité des candidats durant la phase de dialogue ;
- le respect du secret du savoir faire des candidats mais aussi de la structuration financière de leurs offres.

## 6. ANALYSE ET PREVENTION DES RISQUES

L'objectif poursuivi ici est de mettre en évidence les principales sources de risques pour le propriétaire.

Cette ventilation aura pour avantage, également, de constituer le socle de la procédure de dialogue compétitif que nous aurons à mener au titre de la tranche conditionnelle.

L'exercice s'articulera selon le mécanisme suivant :

- Enoncé du risque au plan pratique et opérationnel.
- Mesures préconisées en lien avec le droit positif en vigueur.

### 6.1. Enoncé des risques

Il s'agit d'éviter le risque d'une éventuelle mise en redressement judiciaire ou la liquidation de l'ESCO tant en phase travaux qu'au cours du contrat lui-même.

Ce risque peut s'exprimer au travers d'une éventuelle déclaration en cessation de paiements, avant la réception des travaux.

Dans cette hypothèse, les difficultés seraient nombreuses.

D'une part, les industriels ayant livré les équipements ne manqueraient pas de faire jouer les **clauses de réserve de propriété** ; les sous-traitants qui n'auraient pas été payés faisant quant à eux valoir les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 à l'égard d'ICF qui devrait les honorer.

La déconfiture de la société BERRY INGENIERIE dans le domaine de la cogénération financée par un tiers investisseur (SOFERGIE) illustre les difficultés propres à ce type de risque puisque le bénéficiaire devra alors :

- ◆ Renégocier le financement du projet ;
- ◆ Choisir un nouveau maître d'œuvre ;
- ◆ Conclure des avenants avec des sous-traitants sans que le respect des dispositions de l'ordonnance du 6 décembre 2005 ne soit garanti ;
- ◆ Sécuriser la réception des travaux et, dès lors, obtenir de nouveaux assureurs.

Après la réception, les risques d'une faillite du titulaire du CPE ne seront pas aussi lourdes de conséquence pour le bénéficiaire des travaux, en l'espèce ICF.

Seule devra être spécifiquement recherchée la sécurisation de l'exploitation même si la forfaitisation du risque propre au CPE de base ne pourra s'imposer au nouvel exploitant.

Les mesures à prendre au stade de la mise en concurrence et de la mise au point du CPE sont a minima les suivantes :

- ◆ Solvabilité du cocontractant avec examen des comptes sociaux, déclarations sociales et fiscales.
- ◆ Garantie à première demande des actionnaires de l'ESCO (ou d'une banque de premier rang sur la place).
- ◆ Maîtrise préalable (agrément) de toute cession du contrat ou d'un bloc de contrôle significatif dans le capital social de l'ESCO.
- ◆ Analyse détaillée des conventions conclues par l'ESCO pour la levée des fonds nécessaires au préfinancement des travaux.
- ◆ Déclaration de sous-traitance qui permet le paiement direct de cette dernière, la part de contribution d'ICF devant être par priorité affectée sur ce poste qui se révélera sûrement d'une importance substantielle.
- ◆ Convention de séquestre d'une partie des redevances correspondant au fonds d'entretien des équipements en état normal sur la durée du contrat (levée du séquestre au fur et à mesure de l'utilisation des provisions).
- ◆ Décaissement de la part contributive de la part d'ICF uniquement après constat d'achèvement des travaux et réception (mesure de prévention permettant également de maîtriser le dérapage de planning).

## 6.2. Maîtrise financière du projet

Il s'agit d'éviter que le recours à un CPE ne conduise à un surcoût au détriment du maître d'ouvrage en phase de construction principalement mais aussi tout au long de la maintenance de l'ouvrage en état normal d'entretien.

### 6.2.1. Phase travaux.

Il s'agit principalement de l'hypothèse de travaux supplémentaires de la part du cocontractant.



C'est le risque le plus classique en matière de construction.

Le dérapage financier du projet peut être évité si les mesures préventives suivantes sont adoptées :

- ◆ Contrat CPE de conception – réalisation - exploitation afin que la maîtrise d'œuvre, soit conformément à l'article 5 de la loi d'août 2009, assurée par le titulaire du contrat.
- ◆ Il s'agira en l'espèce d'un contrat "clefs en mains" afin d'éviter le **risque d'interface** qui est la principale cause juridique des travaux supplémentaires en matière de marché à forfait.
  
- ◆ Validation sans réserve de la part de l'ESCO du diagnostic énergétique initial et de toutes les valeurs de références du projet afin d'éviter que d'éventuels écarts ne soient invoqués par l'ESCO pour remettre en cause l'équilibre initial du CPE sans lequel aucune des parties n'aurait contractée.
  
- ◆ Obligation de résultat à la charge de l'ESCO qui devra seule prendre en charge le risque énergétique
  
- ◆ Exclusion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au profit de l'ESCO à travers le principe d' « intangibilité » de certaines clauses du DCE.
  
- ◆ La responsabilité ne soit pas écartée en cas de simple faute, d'erreur de conception ou que le *montant* de l'indemnité qui vous serait due ne soit pas limité.
  
- ◆ Article aménageant les conditions de preuve afin d'éviter que l'ESCO ne puisse, grâce à une rétention documentaire, entraver votre droit d'action en réparation du préjudice subi.
  
- ◆ Assurance complètes avec délégation au profit d'ICF.

### 6.2.2. Après la réception

Le risque financier est là d'une double nature ; soit il résidera dans une augmentation non maîtrisée des annuités facturées par l'ESCO, soit par une politique de rétention des provisions d'entretien et de renouvellement constitués (on examinera les risques d'opacité des travaux d'amélioration au point suivant).

Le risque d'augmentation non maîtrisée des redevances perçues par l'ESCO sera, tout d'abord, constitué par des indices de révision déséquilibrés voire non renseignés.

De par sa nature, le contrat de performance énergétique a une double dimension énergétique et immobilière.

Il convient d'éviter enfin, que les provisions d'entretien et de renouvellement des ouvrages et équipements ne soient pas utilisées par l'ESCO à leur juste mesure.

Ce risque peut être maîtrisé, à notre avis, par les mesures préventives suivantes (alternativement ou cumulativement mises en œuvre) :

- ◆ Plan quinquennal d'entretien et de renouvellement
- ◆ Contrôle comptable des factures et bons de commande.
- ◆ Contrôle des bons d'intervention.

### 6.2.3. Prévention des risques techniques

Les écueils à éviter sont en phase d'étude, en phase travaux puis se retrouvent tout au long de la durée du CPE.

En phase étude, le principal risque tient à un diagnostic énergétique insuffisant, une erreur de conception principalement.

Les mesures préventives sont à prévoir aux différents stades du projet lui-même.

Tout d'abord, il s'agira de construire de façon détaillée le programme de travaux au travers de la procédure de dialogue compétitif (cf. plus haut).

Celle-ci n'aura pas simplement pour objet d'obtenir la meilleure offre financière mais surtout de conduire à une solution technique efficace en considération des spécifications techniques et fonctionnalités définies par le maître d'ouvrage.

L'engagement de l'ESCO devra, également, porter sur la validation sous réserve du diagnostic de performance énergétique et de la situation de références, base de calcul de l'ensemble des équilibres contractuels.

Ceci posé, dans le cadre d'un marché de conception-réalisation-exploitation, (servant de cadre au CPE par l'effet des dispositions de la loi dite du Grenelle I), l'ESCO assurera la conception de l'ensemble du projet.

Votre responsabilité sera limitée à la validation des plans guides, sans préjudice des obligations classiques de la maîtrise d'ouvrage.

Pour le surplus, le risque d'interface (et donc de dilution des responsabilités) sera écarté puisque l'ESCO aura une mission de conception réalisation lui imposant la livraison "clefs en mains" des ouvrages et équipements, l'ensemble des opérations s'apparentant à un projet industriel.

Nous ajusterons avec votre département technique les dispositions du CCTP en considération de votre politique habituelle de management contractuel.

En phase travaux, le principal risque n'est pas celui d'un décalage de planning.

En effet, l'ESCO ne pourra obtenir de financement de votre part avant la réception.

Elle aura donc intérêt à proposer les ouvrages et équipements au plus vite à la réception du maître d'ouvrage.

Seul bémol à ce postulat, la pression des locataires pour un projet long.

Des pénalités de retard seront donc négociées dans la procédure de dialogue compétitif afin de sanctionner tout retard de planning sans avoir à démontrer que celui-ci vous cause un préjudice.

Ce mécanisme est généralement utilisé comme un levier de négociation avec l'ESCO...

En revanche, la plus grande attention doit être portée sur la réception des travaux.

Non seulement cela aura des conséquences en terme de garantie de parfait achèvement, de décennale au sens des articles 1792 et 2270 du Code Civil (sur le modèle de ce qui existe en matière de crédit bail immobilier) mais surtout en termes financiers.

En effet, ce sera cette date qui déclenchera les premières annuités à la charge d'ICF.

Les mesures préventives d'une réception sans réserves tiennent donc à un planning de contrôles suffisant pour éviter que les opérations ne se fassent dans la précipitation et une procédure très détaillée de validation.

Au-delà de la réception, le plan quinquennal de travaux devrait imposer un entretien qui maintienne en état normal les équipements.

## **7. VOLET FISCAL**

**En substance, si le CPE mis en place confère à l'ESCO la propriété ou des droits réels sur les biens financés, le risque est important d'un surcoût fiscal.**

**Taxe Foncière sur les Propriétés Bâties :**

**Il est possible pour ICF de bénéficier d'un dégrèvement de 25 % de taxe foncière sur les propriétés bâties la première année si elle remplit les conditions des instructions (BOI 6C 2-08 et 6 C-2-09 du 14 octobre 2009).**

**TVA :**

**ICF en qualité de bailleur social peut bénéficier d'un taux de TVA de 5,5 %, si l'opération porte sur une livraison à soi-même financée par certains prêts aidés et ayant pour objet une réhabilitation d'immeubles à usage d'habitation.**

**Imputation en charges ou immobilisations :**

**La qualification de charge ou d'immobilisation dépendra de l'ampleur de la réhabilitation et du coût des travaux.**

**Le Tiers Investissement :**

**Sur le plan fiscal il est important que le financeur agisse « au nom et pour le compte » d'ICF afin de bénéficier de la TVA à 5,5 %, du dégrèvement de TFPB et permettra d'imputer les dépenses en immobilisation.**

La dimension fiscale du CPE dépend principalement de la TVA, notamment du taux applicable aux opérations réalisées pour aboutir à la performance énergétique attendue, et des modalités de récupération ou de déduction éventuelle de cette taxe.

Cette dimension dépend aussi de la nature et des qualifications successives des schémas mis en place : s'agit-il d'une simple opération de prêt pour la réalisation de travaux... ou d'une opération plus complexe, soumise à des conditions aléatoires, comportant la réalisation de travaux, nécessitant l'anticipation et la qualification de leur appréhension.

En effet, ces travaux s'incorporent à l'immeuble au fur et à mesure de leur réalisation, s'agit-il de dépenses d'entretien ou d'amélioration ou ne s'agit-il pas d'une construction sur sol d'autrui, pour tenir compte du caractère aléatoire des contrats, et, dans cette hypothèse, quelles sont les modalités de retour au propriétaire de l'immeuble.

Y a-t-il lieu d'opérer une livraison à soi-même par l'organisme d'HLM ? Et à quel moment ? pour bénéficier du taux réduit de TVA y compris sur les travaux d'entretien et de réhabilitation.

Ces qualifications sont d'importance pour évaluer l'équilibre financier des contrats : qui pourra pratiquer l'amortissement de ces travaux ? Comment pourront être déduits ces travaux ?

Enfin, compte tenu de la nature des travaux et de l'objectif assigné, différents dispositifs concernant les orientations de la politique énergétique permettent d'obtenir un dégrèvement (25% des dépenses) de taxe foncière sur les propriétés bâties sur les cotisations afférentes aux immeubles d'habitation appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré visés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation ou à des sociétés d'économie mixte ayant pour objet statutaire la réalisation ou la gestion de logements (BOI 6C 2-08 et 6 C-2-09 du 14 octobre 2009)

**Il est donc possible pour ICF de bénéficier d'un dégrèvement de 25 % de taxe foncière sur les propriétés bâties la première année si elle remplit les conditions des instructions (BOI 6C 2-08 et 6 C-2-09 du 14 octobre 2009).**

**Un financement extérieur du projet induit pour ICF de conserver la propriété juridique du bien et en conséquence que le tiers agisse « en son nom et pour son compte ».**

**Ce point devrait faire l'objet d'un rescrit fiscal afin de le sécuriser.**

## **7.1. Les travaux réalisés sont-ils des travaux d'entretien ou des travaux de construction ?**

La distinction présente un intérêt quant au taux de TVA applicable (1), au classement des travaux en charges ou en immobilisations (2), à la récupération de la TVA (3).

### **7.1.1. Le taux de TVA**

**ICF en qualité de bailleur social peut bénéficier d'un taux de TVA de 5,5 %, si l'opération porte sur une livraison à soi-même ayant pour objet une réhabilitation des immeubles de logements sociaux financés par des prêts aidés (articles 257-7-1.c et 278 sexiès 1-2 du Code Général des Impôts).**

**Si un mécanisme de tiers investissement doit être mis en place, le financeur de l'opération devra représenter juridiquement ICF (« en son nom et pour son compte ») pour que l'opération puisse être qualifiée de livraison à soi-même et bénéficier d'un taux de TVA à 5,5 %.**

Selon les immeubles et/ou la nature des travaux concernés le taux de TVA peut être :

- le taux réduit de 5,5% (i)
- le taux normal de 19,6% (ii)
- les livraisons à soi-même (LASM) des immeubles sociaux : le taux réduit de 5.5% (iii)

#### **7.1.1.1. Le taux réduit de TVA (5,5%)**

Concernant les travaux d'amélioration, de transformation d'aménagement et d'entretien sur des locaux à usage d'habitation, achevés depuis plus de deux ans.

Le taux réduit de TVA s'applique a des travaux d'amélioration, de transformation d'aménagement et d'entretien sur des locaux à usage d'habitation, achevés depuis plus de deux ans. (Instruction 3 -7-06 du 8 décembre 2006 commentant les dispositions prévues à l'article 279-0 bis du CGI)

Pour la période du 15/9/1999 au 31/12/2010, la TVA est perçue au taux réduit sur les travaux d'amélioration, de transformation, d'aménagement ou d'entretien, portant sur des locaux à usage d'habitation achevés depuis plus de 2 ans, à l'exception de la fourniture de certains équipements ménagers ou mobiliers ou de certains gros équipements.

Sont concernées non seulement les prestations de main-d'œuvre directement liées à l'exécution de ces travaux ainsi que les matières premières et fournitures (pièces de faible valeur) nécessaires à la réalisation des travaux lorsqu'elles sont fournies et facturées par le prestataire, mais également la fourniture de certains équipements.

Bénéficient également du taux réduit les prestations d'études réalisées par un prestataire qui assure de même la maîtrise d'œuvre ou la réalisation des travaux éligibles

Seuls les travaux facturés directement au client peuvent être soumis au taux réduit.

Ce taux s'applique quelle que soit la qualité du preneur (propriétaire, locataire, syndicat de copropriétaires, marchand de biens, compagnie d'assurance, agence immobilière...).

#### **7.1.1.2. Le taux normal de TVA (19,6%)**

Le taux de 19,6% s'applique :

- aux travaux portant sur des locaux exclusivement affectés à une activité professionnelle, commerciale, industrielle, agricole ou administrative.

- aux travaux, réalisés sur une période de deux ans au plus, qui concourent à la production d'un immeuble neuf au sens de l'article 257, 7° -1-c, 2<sup>e</sup> à 6<sup>e</sup> alinéas du CGI
- aux travaux, réalisés sur une période de deux ans au plus, à l'issue desquels la surface de plancher hors œuvre nette (Shon) des locaux existants, majorée, le cas échéant, des surfaces des bâtiments d'exploitations agricoles mentionnées à l'article R 112-2, d du Code de l'urbanisme, est augmentée de plus de 10 %. Il est toutefois admis que soient soumis au taux réduit les travaux conduisant à une augmentation de la surface de plancher hors œuvre brute (Shob) ou de la surface au sol n'excédant pas 9 m<sup>2</sup> (cas notamment des travaux d'installation d'une chaudière ou d'un ascenseur rendant nécessaire la création d'une addition de construction) ;
- aux travaux de nettoyage, sauf lorsqu'ils sont préalables ou consécutifs à des travaux éligibles au taux réduit et que l'ensemble de l'opération est facturée par un même prestataire;
- aux travaux d'aménagement et d'entretien des espaces verts ;
- **aux travaux de démolition qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de travaux éligibles au taux réduit (travaux de démolition totale suivie ou non de travaux de reconstruction).**

En cas de sous-traitance, les travaux facturés par le sous-traitant à l'entrepreneur principal relèvent du taux normal. En cas de paiement effectué directement par le maître d'ouvrage (client) au sous-traitant, les sommes ainsi versées incluent une TVA au taux normal, mais elles ne peuvent excéder le montant du marché principal passé entre le client et l'entrepreneur principal ; ce dernier doit adresser au client une facture définitive soumise au taux réduit.

#### **7.1.1.3. Organisme HLM – Livraison à soi-même : application du taux réduit de TVA (5,5%)**

Il résulte de la combinaison des dispositions des articles 257-7-1.c et 278 sexiè 1-2 du Code Général des Impôts que les livraisons à soi même de logements sociaux financées par certains prêts aidés, ainsi que les livraisons à soi-même de travaux d'entretien et de réhabilitation des logements locatifs sociaux sont passible du Taux réduit de TVA (5,5%).

La livraison à soi-même est précisément définie à l'article 257-7-1.c du Code Général des Impôts ainsi, pour emporter cette qualification il est notamment nécessaire que l'opération :

- porte sur une réhabilitation de logements sociaux ;
- que les logements soient à usage d'habitation ;

- que le financement se fasse par certains prêts aidés ;

Ce dispositif, permet donc qu'en définitive, directement ou indirectement, les travaux qui vont porter sur des logements sociaux loués par des organismes d'HLM peuvent bénéficier du taux réduit de TVA, pour autant que les conditions d'applications ne soient pas remises en cause par les conditions d'appropriation des travaux.

## **7.2. Classement en charge ou en immobilisation**

Les travaux peuvent, selon leur nature, être comptabilisés soit en charge soit en immobilisation (2.1). Ce classement conditionne les modalités de déduction des travaux. (2.2). En outre, il convient de s'interroger sur le propriétaire des travaux/ des biens financés (2.3)

### **7.2.1. Distinction entre charge et immobilisation**

#### **7.2.1.1. Les travaux effectués sur des immeubles appartenant à autrui**

Les travaux effectués sur des immeubles appartenant à autrui qui, par leur importance, excèdent les simples frais d'entretien et de réparation, sont générateurs d'éléments d'actif amortissables pour l'entreprise qui les réalise. Ils figurent en comptabilité parmi les immobilisations corporelles (compte 214 « Constructions sur sol d'autrui » du PCG).

Les dépenses qui doivent être inscrites à l'actif de l'ESCO sont celles dont l'objet ne se limite pas à maintenir les éléments existants en état d'usage et de fonctionnement jusqu'au terme de leur période d'utilisation mais qui, au contraire, se traduisent soit par l'apparition d'un nouvel élément à l'actif du locataire, soit par une augmentation de la valeur des éléments existants, ou encore par la prolongation de leur durée d'utilisation.

On peut distinguer principalement les dépenses suivantes :

- l'installation ou l'aménagement de nouveaux agencements dans l'immeuble loué, comme par exemple, l'installation de bureaux, placards, cloisons supplémentaires, la réalisation de nouveaux sanitaires ou encore l'installation du chauffage central ;
- le remplacement d'éléments faisant partie intégrante de l'immeuble, comme par exemple la toiture ou les installations techniques diverses : (remplacement de l'installation électrique, de la chaudière, isolation des parois, mise en œuvre d'une ventilation)
- les travaux de surélévation de l'immeuble ;



- l'édification d'une nouvelle construction sur le terrain loué.

La jurisprudence a notamment qualifié de constructions sur sol la reconstruction d'un mur et la pose de canalisations souterraines (CE 24-7-1987 n°47321), ou encore la construction de serres (CE 15-5-1992 n°70845).

Le caractère amortissable des travaux réalisés par le locataire sur sol d'autrui est déterminé par l'application des critères de classement des dépenses entre charges et immobilisations fixés à propos des travaux réalisés directement par le propriétaire. (Ci-dessous 8.2.1.2)

#### **7.2.1.2. Norme IFRS**

Les modalités de déduction des dépenses dépendent du point de savoir si elles constituent des charges d'exploitation immédiatement déductibles ou doivent au contraire être inscrites à l'actif et faire l'objet d'un amortissement.

Les règles comptables relatives à la dépréciation des actifs immobilisés, issues du règlement CRC 2002-10 du 12 décembre 2002 applicable aux exercices ouverts depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, ont instauré une méthode d'amortissement dite « par composants » dont la mise en œuvre affecte profondément les règles de comptabilisation des dépenses d'entretien et de réparation et par voie de conséquence leurs modalités de déduction.

On peut distinguer quatre catégories de dépenses, dont le régime de déduction dépend :

- en premier lieu, des décisions prises par l'entreprise quant à la décomposition de l'élément d'actif concerné dans le cadre de la méthode d'amortissement par composants

- et en second lieu, du point de savoir si, conformément aux critères dégagés par la jurisprudence pour le classement des dépenses entre charges ou immobilisations, les coûts engagés à raison de l'élément considéré (bien non décomposé ou composant identifié) ont pour effet d'augmenter sa valeur ou sa durée réelle d'utilisation (CE 15-10-1990 n°72790).

a. Les dépenses courantes d'entretien et de réparation sont considérées comme des charges d'exploitation déductibles lorsqu'elles n'aboutissent pas au remplacement d'un composant et que, conformément aux critères dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 17-1-1975 n°86610), elles n'ont pas d'autre effet que de maintenir le bien ou le composant en état d'usage et de fonctionnement sans en augmenter ni sa valeur, ni sa durée d'utilisation, appréciée à la date de leur engagement (Inst. 4 A-13-05 n°37).

Tel est le cas par exemple de travaux périodiques de peinture, de nettoyage et de réfection partielle de plomberie et d'électricité (CE 8-7-1987 n°72701-72702)

b. Les dépenses de remplacement d'un composant identifié à l'origine entraînent obligatoirement l'inscription à l'actif d'un nouveau composant.

En effet, l'article 321-14 du PCG dispose que les coûts significatifs de remplacement ou de renouvellement d'un composant ou d'un élément d'immobilisation corporelle doivent être comptabilisés comme l'acquisition d'un actif séparé. La valeur nette comptable du composant remplacé ou renouvelé est passée en charges (CGI ann. III art. 38 quinquies).

Sa valeur d'origine doit être sortie de l'actif du bilan. Cette règle exclut la possibilité de constituer des provisions pour gros entretien destinées à faire face aux dépenses de remplacement.

Sont notamment concernées les dépenses engagées pour la réalisation d'échanges standards de pièces maîtresses de gros équipement (comme par exemple le remplacement d'un moteur), ces pièces répondant par leur nature à la définition d'un composant.

Il en est de même des travaux de réfection d'une toiture ou des dépenses engagées pour le remplacement des installations techniques d'un immeuble d'exploitation (ascenseur, électricité, climatisation, plomberie...), lorsque ces éléments ont été inscrits distinctement à l'actif lors de l'acquisition du bien.

En revanche, les dépenses de gros entretien qui ne consistent pas en un remplacement d'éléments existants peuvent faire l'objet de provisions pour gros entretien ou grande révision.

c. L'obligation d'immobiliser les dépenses de remplacement en tant que composant s'applique également en cas de remplacement des éléments qui répondent par nature à la définition d'un composant, mais que l'entreprise n'a pas identifiés comme tels à l'origine (exemple : remplacement d'un élément en cas de panne accidentelle).

En revanche, lorsque l'entreprise doit procéder au remplacement d'un élément qui, à l'origine n'a pas été, à juste titre, comptabilisé comme composant, les dépenses correspondantes ont le caractère de charges d'exploitation si elles n'ont pas pour effet d'augmenter la valeur du bien ni d'en prolonger sa durée d'utilisation (Inst. 4 A-13-05 n°38).

Dans le cas contraire, elles sont immobilisées.

d. Les dépenses qui ont pour objet la réalisation de nouveaux agencements, l'aménagement ou la transformation d'installations existantes ont pour effet, en règle générale, de faire entrer un ou plusieurs éléments à l'actif du bilan.

Dès lors, conformément à la jurisprudence, elles sont immobilisables et déduites par voie d'amortissement.

Tel est le cas par exemple des travaux de transformation d'un appartement en bureaux (CE 31-7-1992 n° 42280) ou encore des travaux d'aménagement intérieur ou de décoration (CE 16-3-1977 n° 89010).

Les dépenses de mise aux normes ne doivent être immobilisées que lorsqu'elles ont pour effet de prolonger la durée effective d'utilisation du bien concerné, appréciée indépendamment de l'évolution de la réglementation, ou d'en augmenter la valeur vénale

(pour des aménagements mineurs : TA Melun 1-7-2004 n° 01-5069; TA Amiens 10-11-2006 n° 03-2212 ; pour des travaux nécessitant une réfection très importante de l'installation électrique existante : CAA Marseille 9-1-2007

Au plan comptable, comme au plan fiscal, doivent être immobilisées les dépenses d'acquisition, de production ou de transformation d'immobilisations corporelles rendues obligatoires par des dispositions légales ou réglementaires dans le domaine de la sécurité ou de l'environnement, lorsque leur défaut de réalisation entraînerait l'arrêt immédiat ou différé de l'activité ou l'installation de l'entreprise et non pas l'application de sanctions pécuniaires (PCG art. 321-10, 2 ; Inst. 4 A-13-05 n°40).

### 7.2.2. Intérêt de la distinction entre charge et immobilisation.

**Deux situations se présentent :**

**- Investissement en direct : pratique habituelle**

**Tiers investissement : les redevances payées par ICF seront des immobilisations si le tiers investisseur agit « au nom et pour le compte » d'ICF.**

**Cette distinction doit être tranchée au regard de l'importance des travaux réalisés.**

**La qualification de charge ou d'immobilisation dépendra de l'ampleur de la réhabilitation et du coût des travaux.**

**En cas de tiers investissement, le financeur devra représenter ICF « en son nom et pour son compte » pour que l'opération de réhabilitation soit considérée, sur le plan comptable, comme une immobilisation et non une charge.**

#### 7.2.2.1. Charge : déduction immédiate

Les charges sont les dépenses engagées par une entreprise, qui traduisent une diminution de son actif net.

Les charges sont admises en déduction des résultats.

#### 7.2.2.2. Immobilisation : déduction étalée et amortissement

Dès lors qu'il se traduit par une augmentation de la valeur de l'actif, le prix d'acquisition d'une immobilisation ne constitue pas, en principe, une charge immédiatement déductible pour l'entreprise.

Les immobilisations dont l'usage attendu par l'entreprise est limité dans le temps donnent lieu à la déduction d'un amortissement.

Celles qui ne se déprécient pas de manière irréversible peuvent, le cas échéant, faire l'objet de provisions motivées par des circonstances particulières.

L'inscription à l'actif et l'amortissement des constructions et aménagements sur sol d'autrui supposent que ces dépenses s'inscrivent dans le cadre d'une gestion commerciale normale.

A cet égard, l'entreprise locataire doit, en particulier lorsque le bail comporte une clause de retour gratuit des immobilisations au propriétaire en fin de bail et qu'il existe une communauté d'intérêts entre bailleur et preneur, démontrer que les travaux sont utiles aux besoins de son exploitation.

Normalement, seul un bien possédé par l'entreprise peut être inscrit à son actif et amorti par elle. L'article 39 D du CGI apporte une exception à ce principe en prévoyant, sans restriction aucune, l'amortissement des constructions et aménagements sur sol d'autrui.

Il en résulte selon la jurisprudence du Conseil d'Etat que le prix de revient de ces constructions et aménagements doit être porté à l'actif du bilan de l'entreprise qui les réalise (l'ESCO au cas d'espèce) même si les droits de celle-ci à leur égard ne sont pas ceux d'un propriétaire.

Par suite, **la déduction immédiate au titre des charges est impossible pour l'ESCO** qui doit donc amortir le bien construit sur sol d'autrui en application de l'article 39 D du CGI.

On notera que la nouvelle définition comptable des actifs (art. 211-1 du PCG) applicable aux exercices ouverts depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 n'exige plus le critère de propriété pour l'inscription des biens à l'actif d'une entreprise.

Ce critère est remplacé par une condition tenant au contrôle de l'élément concerné (Inst. 30-12-2005, 4 A-13-05 n°5).

Toutefois, dans son instruction du 30 décembre 2005, l'administration a indiqué que les critères d'immobilisation des constructions sur sol d'autrui demeurent inchangés (Inst. 30-12-2005, 4 A-13-05 n°5).

La jurisprudence, en accord sur ce point avec les règles comptables, traite dans tous les cas les aménagements réalisés sur sol d'autrui comme des éléments corporels d'actif.

Mais l'administration estime de son côté qu'il n'en va pas ainsi lorsque la propriété des travaux est acquise à ICF au fur et à mesure de leur réalisation, en vertu de l'article 555 du Code civil ; l'ESCO ne dispose alors, selon la doctrine administrative, que d'un droit incorporel de jouissance amortissable selon le mode linéaire.

En d'autres termes l'ESCO peut amortir le bien au fur et à mesure de sa construction qualifiée de construction sur sol d'autrui.

### 7.2.2.3. Qui est propriétaire des travaux / des biens financés?

Les biens financés par une ESCO sont susceptibles de relever tout à la fois de la propriété du bailleur social et de sa propre propriété ?

La propriété économique dans un contrat de partenariat public privé (PPP) appartient au prestataire qui finance le projet sur ses fonds, le bénéficiaire final en étant alors simple usager.

**La propriété juridique dans ce type de montage CPE découlera directement des conventions des parties, plusieurs options nous étant possible au terme de la consultation juridique d'ensemble.**

### 7.3. La TVA est elle récupérable ?

D'une manière générale, pour pouvoir exercer son droit à déduction, l'ESCO doit réaliser des opérations taxables à la TVA ce qui ne concerne pas la location d'immeubles nus à usage d'habitation.

En revanche l'assujettissement des LASM au taux réduit (cf. supra I-1.3) permet de limiter l'impact de la TVA en ne faisant supporter qu'un taux à 5.5%.

Annexe 1 : travaux effectués sur des immeubles existants qui concourent à la production d'un immeuble neuf au sens de l'article 257-7° du Code Général des Impôts (TVA Immobilière).

L'instruction 8 A-1-06 du 8 décembre 2006 définit par des critères objectifs les travaux effectués sur des immeubles existants qui concourent à la production d'un immeuble neuf au sens de l'article 257-7° du Code Général des Impôts (TVA Immobilière).

Aux termes de l'instruction, « constituent désormais des immeubles neufs, conformément au c du 1 du 7° de l'article 257 du CGI, les travaux portant sur des travaux existants qui rendent à l'état neuf :

1° soit la majorité des fondations ;

2° soit la majorité des éléments hors fondations déterminant la résistance et la rigidité de l'ouvrage ;

3° soit la majorité de la consistance des façades hors ravalement ;

4° soit l'ensemble des éléments de second œuvre mentionnés à l'article 245 A de l'annexe II au CGI dans une proportion au moins égale au deux tiers pour chacun d'entre eux. »

S'agissant de la production d'un immeuble neuf, l'instruction précise la nature et l'importance des travaux qui conduisent à la livraison d'un immeuble neuf dès lors qu'ils portent soit sur la majorité des fondations, soit sur la majorité des éléments (hors fondations) qui déterminent la résistance et la rigidité de l'ouvrage, soit sur la majorité de la consistance des façades (hors ravalement), soit sur l'ensemble des éléments de second œuvre dans une proportion au moins des deux tiers pour chacun d'entre eux.

## **8. DEFINITION DU SERVICE RENDU DANS LE CPE**

### **8.1. Objet du contrat de performance énergétique**

#### **8.1.1. Prestations attendues par ICF**

L'intérêt du CPE est donc d'atteindre une performance énergétique (efficacité + efficience) se composant d'une diminution de la consommation énergétique et de la réduction de l'émission de gaz à effet de serre, tout en confiant la totalité des prestations à réaliser à un seul prestataire.

L'efficience énergétique est un état de fonctionnement d'un système pour lequel la consommation d'énergie est minimisée pour un service rendu maximal.

L'augmentation de l'efficience énergétique permet de réduire les consommations d'énergie, à service rendu égal, et cela entraîne la diminution des coûts écologiques, économiques et sociaux liés à la production et à la consommation d'énergie.

Pour arriver à une maîtrise de l'énergie, un des principaux objectifs est l'amélioration de l'efficience énergétique.

ICF ajoutera des objectifs de confort et de service – l'efficacité énergétique produit l'effet attendu pour les utilisateurs finaux (les locataires)

L'intérêt du CPE est donc d'atteindre une performance énergétique (efficacité + efficience) se composant d'une diminution de la consommation énergétique et de la réduction de l'émission de gaz à effet de serre tout en garantissant un niveau de confort et de service donné.

Cette performance énergétique devra être garantie sur la totalité de la durée du contrat.

Des investissements sont consentis par l'ESCO afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini.

La garantie de résultat sera exprimée en énergie finale (celle facturée) pour le locataire, ICF pouvant fixer des objectifs en énergie primaire et en gaz à effet de serre.

ICF devra avoir défini une situation de référence de consommations d'énergie et de services partagée.

Le CPE doit assurer à ICF un niveau de maintenance et d'opérations « gros entretien » suffisant pour assurer la pérennité des installations et leur performance en fin de contrat.

ICF sera en mesure d'attendre de l'ESCO une prestation globale.

Toutefois, l'ESCO devra être capable de fournir les consommations d'énergie (prix individuel ou forfaitaire) des locataires d'ICF afin que celles-ci puissent leur être facturées sur la quittance (charges 2<sup>ème</sup> ligne de la quittance de loyer).

### 8.1.2. Prestations attendues par le locataire

Le CPE doit garantir une fourniture continue de services à un niveau qualitatif constant.

Il devra être prévu pour le locataire des normes de confort.

Le CPE doit garantir une fourniture continue de services à un niveau qualitatif constant : température intérieure de confort, renouvellement d'air, température de l'Eau chaude sanitaire auxquels peuvent s'ajouter le cas échéant une amélioration des performances énergétiques des utilités (éclairage, ascenseur, ...)

De plus, il devra être possible de certifier au locataire la maîtrise de ses charges, c'est-à-dire leur stabilité ou leur augmentation raisonnable et prévisible, et en référence à une situation de base.

L'indexation des charges sur l'augmentation du coût des énergies est donc une difficulté qui devra être résolue, le dialogue compétitif et la liberté laissée au candidat de traiter cette question pourra peut être apporter une solution.

### 8.1.3. Obligations attendues par l'ESCO

L'ESCO devra recevoir le paiement du prix de ses prestations selon les conditions financières définies dans le contrat.

ICF devra pouvoir présenter à son prestataire un référentiel concernant l'attitude de ses locataires sur le plan énergétique.



## 8.2. La garantie de résultat

La garantie de résultat est un élément essentiel du contrat considérant l'objet de celui-ci.

La garantie de résultat imposée par ICF à l'ESCO peut se faire selon différentes méthodes :

- Une garantie en volume : méthode classique selon laquelle ICF et l'ESCO s'accordent sur un volume de kilowattheures à fournir.
- Une garantie de résultat en euros : l'ESCO devra s'engager sur un montant en euros à ne pas dépasser. Charge à elle de prendre la différence en compte en cas de dépassement. Cette proposition apparaît difficile à mettre en œuvre considérant l'augmentation du prix de l'énergie.

Il pourrait être intéressant de mettre en place deux de ces garanties de résultat le cas échéant.

Par ailleurs, cette garantie est aussi une garantie dans le temps qui devra s'adosser à une indexation sur les prix de l'énergie et de la maintenance.

Le dialogue compétitif permettra aussi de sélectionner l'offre qui sera le plus possible découplée des variations du prix de l'énergie, en se reposant d'une part sur la réduction des déperditions, d'autre part sur les énergies gratuites.

## 8.3. Les mesures de vérification

**Le contrat devra comprendre des moyens de mesurer les taux de couverture et la mixité énergétique afin de définir un décompte d'énergie utile distribuée aux logements.**

Afin d'assurer une mesure de la performance, il est impératif de mettre en place les comptages adéquats (compteurs d'énergies, compteurs volumétriques, compteurs individuels).

Chaque source d'énergie devra pouvoir être mesurée pour connaître les taux de couverture et la mixité énergétique de la production (on pourra alors déterminer par exemple que 50 % de la chaleur est issue de telle énergie, 10% de telle autre et 40% de la 3<sup>ème</sup>).

Chaque énergie aura son coût unitaire.

La mesure de la performance reposera a priori sur un décompte de l'énergie utile distribuée aux logements.

Pour illustrer, dans un contrat classique d'exploitation de type PFI (Prestation Forfaitaire avec Intéressement), le locataire paie l'énergie consommée quelle que soit l'efficacité énergétique du bâtiment (déperditions de l'enveloppe et rendement de la chaufferie) ; dans un marché de comptage de l'énergie utile, le locataire paiera les kWh de chaleur qui lui sont effectivement livrés dans le logement.

Les différentes pertes, qu'il s'agisse de la perte de rendement, la perte de combustion etc... n'ont pas d'impact direct pour le locataire puisque c'est l'ESCO qui en assume le risque.

Ce système permet de s'assurer de la qualité de la maintenance mise en œuvre puisqu'une mauvaise maintenance entraînera des consommations élevées qui seront à la charge de l'ESCO.

## 8.4. Les éléments facturables

**Le CPE peut se démembrer en plusieurs prestations énergétiques facturables :**

- P1 : l'énergie
- P2 : la maintenance
- P3 : la garantie totale
- P4 : financement des travaux
- P5 : organes de contrôle

**Chacun de ces postes représente une fourniture ou un service dont la somme représente le coût du CPE.**

### 8.4.1. Le poste P1 : l'Energie

Une consommation d'énergie théorique en fonction d'une rigueur climatique donnée (mesurée en Degré Jour Unifié ou DJU) est définie. Par rapport à cette consommation, toutes les saisons, un bilan est calculé en fonction des résultats et de la rigueur climatique.

Si l'ESCO a bien géré ses installations, elle bénéficie d'une partie des économies d'énergies supplémentaires (au delà de la garantie), si elle a mal géré, elle assume les pertes.

Les économies d'énergie peuvent aussi être partagées entre le locataire et l'ESCO.

Il est également envisageable d'abonder un fonds avec l'économie supplémentaire pour lisser les coûts en cas de hausse des combustibles dans le temps

Chaque source d'énergie aura son prix unitaire et sa formule de révision.

#### **8.4.2. Le poste P2 : La maintenance**

L'entretien est l'obligation de maintenir en permanence, pendant toute la durée du contrat, le bon état de marche et d'entretien ainsi que le maintien des performances des installations concernées.

Il représente la valeur des prestations de conduite, de surveillance, de contrôle et de réglage ainsi que l'entretien courant. La bonne marche d'une installation de chauffage se doit :

- d'assurer la continuité du service
- d'obtenir un coût optimal du fonctionnement (rendements)
- de conserver le patrimoine dans le meilleur état possible

Cela implique des contraintes qui sont l'objet des tâches suivantes :

- conduite, surveillance, contrôles, réglages
- entretien courant, petites réparations
- dépannages et réparations éventuelles

#### **8.4.3. Le poste P3 : La Garantie totale**

La garantie totale est le maintien de la valeur de l'ensemble des installations par des prestations de gros entretien et de grosses réparations, ou de remplacement des matériels constituant les installations.

Elle couvre tous les travaux de gros entretien ou de renouvellement du matériel garantissant la permanence de fonctionnement et les performances des installations pendant toute la durée du marché.

Elle nécessite la tenue d'un compte d'exécution enregistrant annuellement les redevances P3 versées et les dépenses effectuées.

Le solde éventuel positif ou négatif peut être partagé entre les parties en fin de contrat.

Il existe deux types de garantie totale : la garantie totale transparente et la garantie totale opaque.

La première impose à l'Entreprise de fournir un devis chiffré et détaillé au Maître d'Ouvrage à chaque événement du ressort du P3 :

- Ce devis doit être accepté par le Maître d'Ouvrage ;
- Un compte de garantie totale (recettes - dépenses) est tenu ;
- Le solde positif du P3 est partagé au terme du marché entre le Maître d'Ouvrage et l'Entreprise dans une proportion à définir (le solde négatif peut être à la charge de l'ESCO, le positif partagé par exemple) ;

Cette clause impose le suivi de spécialistes afin d'apprécier l'opportunité financière et technique des dépenses ;

La garantie totale opaque (déconseillée par BEST ENERGIES) est un forfait annuel et l'Entreprise n'a pas à rendre compte sur ces recettes

#### **8.4.4. Le poste P4 : Le financement des travaux**

Il s'agit de la rémunération couvrant tous les investissements de rénovation et de modernisation des installations.

Ces modernisations auront une économie d'énergie qui permet sur la durée restante contractuelle, un temps de retour suffisant pour rentabiliser ses investissements.

Les travaux financés, l'annuité de remboursement des travaux s'ajoute alors aux prestations d'exploitation.

#### **8.4.5. Le poste P5 : Les organes de contrôles**

La mise en œuvre du CPE s'accompagnera des moyens de contrôles et de comptage. Il est envisageable que ce poste recouvre les investissements nécessaires pour l'installation et l'exploitation d'une Gestion Technique Centralisée permettant de piloter et suivre les performances (capteurs, compteurs, automates, ...)

#### **8.4.6. Mode de facturation de l'ESCO à ICF :**

La facturation de ces éléments pourra s'organiser selon les choix suivants :

- L'ensemble de ces postes pourra être regroupé sous un prix unitaire unique de Mwh facturé corrigé de la rigueur climatique et un prix forfaitaire de services. Cette solution est incompatible avec le décret sur les charges locatives.
- Les prix gardent une structure P1-P2-P3-P4-P5, ce qui est compatible avec la réglementation pour une refacturation au locataire (hors loi MOLLE).

Le P1 peut alors être :

- facturé en fonction des quantités consommées, plafonnées au niveau de la garantie, indexées sur la rigueur climatique et révisable selon l'évolution des combustibles.
- facturé de façon forfaitaire.
- facturé de façon forfaitaire, indexées sur la rigueur climatique et révisable selon l'évolution des combustibles.

Le P2 est facturé de façon forfaitaire, ce qui est classique.

Le P3 est facturé de façon forfaitaire, l'ESCO ayant la responsabilité d'optimiser son utilisation. L'ESCO devra rendre en fin de période un décompte des dépenses, dont le solde s'il est positif sera retourné à ICF.

Le P4 est une somme fixe par nature.