

Dossier Paie ment

Analyse critique de la méthodologie de l'étude préalable publiée par Fin Infra

Yann-Gaël Nicolas

Avocat à la Cour

Seban et Associés

Le décret du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé a précisé les modalités selon lesquelles les avis de Fin Infra et du Ministre chargé du budget seront rendus respectivement sur l'étude préalable et sur l'étude de soutenabilité budgétaire. Le 17 novembre dernier Fin Infra a publié une méthodologie détaillant le contenu de l'étude préalable. L'analyse de ce document démontre une oscillation entre certaines tentatives de simplification de Fin Infra et l'inévitable complexité de l'élaboration de l'étude préalable.

Le décret n° 2023-913 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé, publié le 3 octobre dernier en application des dispositions de la loi n° 2023-222 en date du 30 mars 2023, a précisé les modalités selon lesquelles les avis de la Mission d'appui au financement des infrastructures (ci-après « Fin Infra ») et du Ministre chargé du budget seront rendus respectivement sur l'étude préalable qui a objet de démontrer l'intérêt du recours à un marché global de performance énergétique à paiement différé (ci-après « MGPEPD »), et sur l'étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

S'il ressort aujourd'hui une volonté manifeste de Fin Infra¹ de favoriser le déploiement des opérations de rénovation énergétique des bâtiments publics à l'occasion des avis que ce service aura à rendre sur les études préalables qui lui seront soumises, l'analyse du décret révèle une complexité non négligeable pour les collectivités territoriales et leurs groupements, et tout particulièrement dans l'élaboration des dossiers constitutifs de l'étude préalable et de l'étude de soutenabilité budgétaire.

À ce titre, les éléments méthodologiques de Fin Infra étaient particulièrement attendus pour mieux évaluer, dans la pratique, le niveau de précision de l'étude préalable qui est soumise à son avis, et pour évaluer globalement la lourdeur de la procédure à mettre en œuvre pour passer des MGPEPD.

L'analyse de cette méthodologie, publiée le 17 novembre 2023, démontre une oscillation entre certaines tentatives de simplification de Fin Infra et l'inévitable complexité de l'élaboration de l'étude préalable, notamment au titre de la comparaison des avantages et inconvénients de chaque option de montage contractuel.

En particulier, si elle met en lumière le caractère qualitatif de l'appréciation que Fin Infra portera sur l'étude préalable dès lors qu'elle sera essentiellement liée à la performance énergétique de chaque projet – en lieu et place d'une analyse portant principalement sur le plan financier pour les marchés de partenariat – elle ne permet pas d'écarter les craintes liées à la complexité de l'élaboration de cette étude dont il ressort qu'elle impliquera un niveau élevé de maturité du projet et, par voie de conséquence, la compilation par le maître d'ouvrage de nombreuses données ainsi qu'une appréciation juridique avancée.

Plus précisément, dans la méthodologie publiée par Fin Infra, les éléments que doit comprendre l'étude préalable du MGPEPD qui lui sera soumise pour avis, sont les suivants :

Une présentation générale du projet

Cette présentation générale du projet devra inclure différents éléments qui, selon Fin Infra, sont seulement utiles à l'acheteur sans constituer des données nécessaires afin qu'elle prononce un avis favorable³.

¹ J. Bensaïd ; « Commande publique : "Un outil plus simple, plus souple que le marché de partenariat" », *Le Moniteur* 27 novembre 2023.

³ « Néanmoins, ces éléments ne contribuent pas directement à la comparaison entre les montages et peuvent donc être adaptés en fonction des données dont dispose l'acheteur », Jean Bensaïd, précité.

Les caractéristiques du projet, son équilibre économique et ses enjeux

Si les caractéristiques du projet qui doivent être développées au titre de l'étude préalable comportent en partie des éléments financiers, ces derniers ne semblent pas devoir être précisément détaillés. Il s'agit seulement d'indiquer la répartition des coûts prévisionnels du projet par grande typologie de coûts d'investissement et les paramètres de l'équilibre économique prévisionnel de l'opération (coût d'investissement, aides/subventions, projets de valorisation, économies d'énergie attendues).

À ce titre, il peut être relevé de manière positive que la valorisation foncière du bâtiment réhabilité – notamment par la location d'une partie du bâti rénové – pourra être prise en compte, ce qui facilitera le financement de l'investissement.

L'absence de précision requise en matière de financement semble logique dès lors qu'à la différence des marchés de partenariat, l'étude préalable doit démontrer « que le recours à un tel contrat est plus favorable que le recours à d'autres modes de réalisation du projet, notamment en termes de performance énergétique »⁴ et non « sur le plan financier »⁵, comme l'a encore récemment souligné le directeur de Fin Infra 6.

Néanmoins, ces éléments financiers à inclure dans l'étude préalable supposeront nécessairement la réalisation d'une première étude relative à l'enveloppe de l'opération et à son financement.

Outre ces éléments, les caractéristiques du projet devront également rappeler son contexte (niveau de maturité, objectifs poursuivis, inscription dans un plan pluriannuel d'investissement ou dans une stratégie immobilière) ainsi que les modalités de mutualisation envisagées.

Les compétences de l'acheteur, son statut et ses capacités financières

À ces éléments visés par le décret du 3 octobre 2023, la méthodologie de Fin Infra a ajouté la présentation des capacités techniques de l'acheteur, notamment ses moyens techniques et humains – qui pourraient être mobilisés sur d'autres projets en cours –, son expérience à conduire le projet – au regard de projets comparables qu'il aurait conduit – et le recours à des compétences externes (techniques, financières, juridiques).

Ceci semble de nouveau confirmer que l'avis de Fin Infra portera essentiellement sur les éléments qualitatifs du projet – en l'espèce, la capacité du maître d'ouvrage à mettre en œuvre un MGPEPD – et non financiers.

Un état de la consommation énergétique et des émissions de gaz à effet de serre

Cette présentation enfin devra inclure un état de la consommation énergétique et des émissions de gaz à effet de serre de référence retenus pour apprécier la performance énergétique du projet.

Fin Infra rappelle à cet égard que la présentation de la situation de référence de la consommation énergétique et des émissions de gaz à effet de serre permettra d'apprécier la performance énergétique du projet en la comparant avec la situation après la réalisation des travaux.

Elle sera appréciée bâtiment par bâtiment et inclura une présentation de l'état initial (les caractéristiques du bâti et notamment son isolation thermique, la liste des équipements de chauffages, la présence ou non de systèmes de gestion technique du bâtiment ou centralisée, la situation du ou des bâtiment(s) au regard des obligations relatives au décret tertiaire – à savoir la réduction du niveau de consommation d'énergie par paliers, la communication des données de consommation d'énergie sur la plateforme OPERAT).

Comme il était attendu, Fin Infra semble ainsi avoir retenu une appréciation complète de la performance énergétique qui va au-delà de la mesure de la consommation énergétique et des émissions de gaz à effet de serre, afin de mesurer d'autres éléments tels que le niveau d'isolation des éléments de l'enveloppe, l'étanchéité à l'air, le pilotage des installations/système de régulation.

⁴ Article 2-IV de la loi n° 2023-222 en date du 30 mars 2023.

⁵ CCP, art. L. 2211-6.

⁶ « Par ailleurs, l'étude préalable nécessaire pour justifier le choix de ce contrat, dérogeant au droit de la commande publique, est très simplifiée par rapport au marché de partenariat : la démonstration du caractère plus favorable du contrat sera faite sur une base essentiellement qualitative et non plus quantitative ou financière. C'est surtout l'avantage en termes de performance énergétique qui comptera », Jean Bensaïd, précité.

Afin d'identifier la consommation énergétique de référence, il convient sans surprise de tenir compte de la consommation historique moyenne des trois dernières années calendaires consécutives et récentes, corrigées de tout facteur ayant une incidence sur la consommation, en la rapportant à la surface de plancher de l'opération telle que définie à l'article R. 111-22 du Code de l'urbanisme.

De même, les émissions de gaz à effet de serre correspondant à la consommation d'énergie de référence seront calculées en application de la méthode définie par l'arrêté du 15 septembre 2006 relatif au diagnostic de performance énergétique pour les bâtiments ou parties de bâtiment autres que d'habitation existants proposés à la vente en France métropolitaine (annexe 4).

En revanche, Fin Infra semble avoir abandonné d'intégrer dans sa méthodologie une analyse de l'empreinte carbone des matériaux utilisés pour la rénovation en kg de CO₂ par m² rénové, ce qui aurait été certes cohérent avec la réglementation RE 2020 qui requiert un changement de méthode dans la conception des constructions visant à limiter l'empreinte carbone du bâtiment⁷, mais source de complexité supplémentaire.

Description des options de montages contractuels écartées et envisagées

L'étude préalable doit également comprendre une description des options de montages contractuels de la commande publique qui sont écartées, et des options qui sont envisagées pour mettre en œuvre le projet.

À ce titre, Fin Infra indique qu'il s'agira pour l'acheteur de présenter de façon synthétique les options de montage contractuel envisageables pour mettre en œuvre le projet et de vérifier juridiquement s'il peut y recourir, en précisant le cas échéant les motifs qui le conduisent à exclure tel ou tel montage.

Aussi peu contraignante soit-elle, il est regrettable de constater que cette description des options de montages contractuels de la commande publique, laquelle, précisons-le, n'est pas demandée pour les marchés de partenariat⁸, semble alourdir davantage l'étude préalable à laquelle l'acheteur doit procéder.

En effet, les acheteurs seront tenus de réaliser une étude juridique globale présentant l'ensemble des montages contractuels et justifiant l'exclusion de certains. Or, pour rappel, le nombre de montages contractuels analysables n'est pas négligeable (marchés de travaux et d'exploitation-maintenance allotés, marchés globaux de performance avec ou sans paiement différé, marchés globaux sectoriels, marchés de partenariat, concession de travaux, marchés de conception-réalisation).

L'appréciation portant sur l'ensemble des avantages et inconvénients du marché par rapport aux options de montages contractuels écartées

S'agissant de ce dernier élément requis dans l'étude préalable, Fin Infra précise que les marchés de partenariat n'auront pas à être inclus dans cette analyse dans la mesure où ils autorisent également le paiement différé. Ceci est issu de la rédaction du décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 qui a indiqué que cette analyse comparative des avantages et inconvénients du MGPEPD devait être réalisée au regard des options qui n'autorisent pas le paiement différé, ce qu'autorise à titre dérogatoire le marché de partenariat.

Si toute simplification est heureuse et s'il peut être logique de ne pas comparer le MGPEPD à un montage contractuel soumis à une procédure similaire dès lors qu'il autorise le paiement différé, cette exclusion semble *a priori* étonnante dès lors que la loi n° 2023-222 en date du 30 mars 2023 indiquait seulement que l'analyse ne pouvait porter sur le paiement différé dès lors que ce critère « ne peut à lui seul constituer un avantage ».

Or, s'ils bénéficient tous deux de la possibilité pour l'acheteur de procéder à un paiement différé, un marché de partenariat est régi par des dispositions différentes de celles du MGPEPD qui auraient mérité une analyse

⁷ À ce titre, les constructeurs doivent désormais prendre en considération l'impact carbone de tous les matériaux et équipements utilisés, à partir de données environnementales fournies par les fabricants. Nous renvoyons à cet égard à notre article intitulé « RE 2020 et constitutionnalité : l'enjeu sur les mesures fixant des résultats minimaux à atteindre concernant l'impact de la construction sur le changement climatique » <https://www.seban-associés.avocat.fr/re-2020-et-constitutionnalite-lenjeu-sur-les-mesures-fixant-des-resultats-minimaux-a-atteindre-concernant-impact-de-la-construction-sur-le-changement-climatique/>

⁸ Voir sur ce point l'article R. 2212-4 du CCP pour les marchés de partenariat.

comparative (seuils minimaux de recours, transfert ou non de maîtrise d'ouvrage, mission comportant potentiellement ou non la gestion d'une mission de service public, etc.).

Au contraire, l'exclusion des marchés globaux de performance sans paiement différé de l'analyse comparative aurait été pertinente au regard de l'absence de prise en compte de ce critère dans l'analyse comparative – ce qui ne semble pas avoir été le choix de Fin Infra qui établit deux exemples comparant les deux outils contractuels et en soulignant des avantages et inconvénients directement issus de l'interdiction ou de l'autorisation de paiement différé.

Ceci étant relevé, l'analyse doit comparer les avantages et les inconvénients des différents montages sur la base d'une durée correspondant à la durée d'amortissement des investissements, au regard de différents éléments.

• Analyse au regard des objectifs de performance retenus par l'acheteur

En premier lieu, il conviendra de comparer les montages contractuels au regard des estimations du gain attendu – notamment de l'objectif attendu par rapport à la situation de référence – en matière de consommation énergétique exprimée en énergie finale et du gain attendu en matière d'émission de gaz à effet de serre.

À ce titre, il semble néanmoins difficile d'envisager *a priori* des gains différents selon l'option de montage contractuel retenu – en dehors des mécanismes d'incitation, de garantie et de sanction qui font l'objet d'une analyse distincte.

En deuxième lieu, devront être comparés le calendrier comprenant la phase de consultation et la phase de conception et de réalisation des travaux, ainsi que la durée sur laquelle porte l'engagement d'exploitation et de performance énergétique.

En dernier lieu, l'acheteur devra comparer les différents mécanismes :

- d'incitation créés par le calendrier de paiement des prestations ;
- de garantie de paiement des pénalités (garanties ou mécanismes de compensation des pénalités sur les rémunérations) ;
- et des sanctions pour chaque phase du projet (construction, exploitation).

Certes, les garanties contractuelles apportées par les MGPE(PD) quant à l'atteinte des objectifs de réduction de la consommation d'énergie constitueront un avantage pour cette option de montage contractuel dans la mesure où la rémunération du prestataire dépendra de l'atteinte des objectifs fixés.

Un autre avantage des MGPEPD mis en avant par Fin Infra est logiquement l'incitation du prestataire à livrer les travaux le plus rapidement possible afin d'être rémunéré.

Toutefois, il convient de rappeler que l'acheteur pourrait également recourir à des clauses incitatives (primes, clauses d'intéressement, pénalités)¹⁰ dans des marchés alloués lui permettant d'introduire une évaluation de la performance et de mieux assurer l'atteinte des objectifs de réduction de la consommation d'énergie et de raccourcir la durée de la phase travaux.

Si ces avantages des MGPEPD apparaissent donc très relatifs, il est indéniable que le MGPEPD présentera comme un avantage d'envisager une période plus longue en phase d'exploitation que les autres marchés dès lors que le XIV de l'article 2 de la loi n° 2023-222 en date du 30 mars 2023 indique que leur durée « est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues ». Fin Infra évalue cette durée à 20-30 ans.

À l'inverse, le recours aux MGPEPD sera déprécié au regard de la longueur de la procédure de passation qui est rallongée d'un mois au titre de l'avis de Fin Infra sur l'étude préalable et d'un autre mois au titre de l'avis du ministre chargé du budget sur l'étude de soutenabilité budgétaire – et d'un autre mois au titre de l'autorisation des ministres chargés du budget et de l'économie pour les seuls projets de l'État et de ses établissements publics.

¹⁰ A ce titre, dans un arrêt récent rendu dans le cadre d'un marché de performance énergétique, la cour administrative d'appel de Marseille a bien analysé comme une pénalité contractuelle l'indemnité due à l'acheteur en vertu des mesures de réparation ou des mesures incitatives définies dans le CCAP en cas de surconsommation ou de sous-consommation énergétique, tenant compte du niveau de consommation d'énergie cible (CAA Marseille, 12 décembre 2022, n° 20MA02350).

- **Analyse au regard du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire**

Fin Infra précise qu'il s'agira notamment de comparer les missions restant à la charge de l'acheteur notamment au titre des missions d'exploitation-maintenance, ce qui sera notamment le cas, à la différence des MGPEPD, des marchés de travaux non accompagnés d'un marché d'exploitation-maintenance, ou des marchés de conception-réalisation.

- **Analyse au regard des principaux risques du projet et de leur répartition entre l'acheteur et le titulaire**

Fin Infra identifie quatre risques que l'acheteur sera libre de modifier et de compléter, à savoir :

- le risque lié à l'état du bâti initial, à la complétude et à l'exactitude des études préalables, ainsi qu'à la connaissance du patrimoine ;
- les risques « construction » liés au choix des matériaux, aux approvisionnements en phase travaux, aux causes d'interruption de chantier, aux modifications demandées par l'acheteur, ainsi que les risques de défaillance du titulaire et liés à la maîtrise d'ouvrage ;
- les risques « exploitation technique » liés aux usages du bâtiment, à la performance des installations techniques dans le temps, à la disponibilité de l'ouvrage et à la défaillance du titulaire ;
- le risque financier lié à l'évolution des taux de financement et à l'évolution des indices de prix.

Pour chaque catégorie identifiée, l'acheteur devra ainsi apprécier le niveau du risque en fonction de leurs effets sur les coûts et les délais et de leur probabilité d'occurrence.

Enfin, l'acheteur portera une appréciation sur la pertinence du transfert de risque opéré en fonction du niveau du risque et de ses capacités.

Outre la complexité de l'analyse ainsi rendue nécessaire, pour chaque option de montage contractuel, et qui suppose l'identification des risques, l'analyse de leur occurrence, de l'importance de leurs effets, et du partage de ces risques entre l'acheteur et le titulaire du marché, on peine à distinguer les véritables avantages et inconvénients qui pourraient se dégager en raison des caractéristiques intrinsèques de chaque montage (sinon les risques liés aux interfaces entre les missions de travaux et d'exploitation-maintenance en cas d'allotissement). Ceci, d'autant plus que chaque montage contractuel pourra prévoir des clauses spécifiques limitatives desdits risques pour l'acheteur.

- **Analyse au regard de la structure de financement ainsi que de son incidence sur le coût du projet.**

Fin Infra indique à cet égard que l'acheteur devra présenter pour chaque mode de réalisation et à titre prévisionnel :

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

Cette comparaison avec les autres montages semble effectivement nécessaire, bien que source de complexité supplémentaire, dès lors qu'il n'est pas acquis que le MGPEPD demeure, au total, moins cher que l'emprunt bancaire classique auquel pourrait recourir une personne publique, puisque le tiers-financeur ne bénéficiera pas des mêmes conditions de crédit que l'État ou les collectivités territoriales et répercuterait, *in fine*, ce coût supplémentaire lors du remboursement de sa créance.

Par ailleurs, le directeur de Fin Infra a précisé qu'il n'y aura aucune obligation de recourir à du financement structuré et que les projets de petites taille pourront parfaitement recourir à du financement corporate classique¹¹.

¹¹ « Il n'y a pas du tout d'obligation de recourir à du financement structuré. Ça sera surtout une question de taille. Pour la plupart des petits projets, l'entreprise titulaire recourra certainement à du financement corporate classique. En revanche, pour des opérations d'ampleur ou qui mutualisent plusieurs projets, on peut imaginer que les techniques de financement structuré seront plus adaptées. Notre méthodologie ne traite d'ailleurs pas de cette question, pas de consignes particulières en la matière », Jean Bensaïd, précité.

- **Analyse au regard des effets de la mutualisation du projet avec d'autres acheteurs**

Le cas échéant, l'analyse sera effectuée au regard des effets de la mutualisation du projet avec d'autres acheteurs, au titre de laquelle il peut être relevé de manière satisfaisante que le directeur de Fin Infra a confirmé que les projets mutualisés seront favorisés¹².

À ce titre, Fin Infra précise que l'analyse devra détailler les impacts de la mutualisation, notamment en matière d'économies d'échelle, et indiquer si ces derniers sont de nature à favoriser la réalisation du projet dans son ensemble ou s'ils génèrent des risques ou des contraintes supplémentaires.

De nouveau, on peine toutefois à appréhender dans quelle mesure un MGPEPD pourrait présenter un avantage au titre de la mutualisation en permettant d'amortir les coûts fixes de l'opération sur une base plus importante que d'autres montages contractuels qui peuvent également faire l'objet d'une mutualisation en vertu du dernier alinéa de l'article L. 2224-34 du CGCT, ce qui est d'ores et déjà pratiqué aujourd'hui notamment à travers le dispositif Intracting mutualisé proposé par la Banque des territoires ou des pools bancaires.

Autres précisions apportées par la méthodologie

Enfin, Fin Infra apporte d'autres précisions qui étaient attendues dans sa méthodologie, en particulier que :

– le MGPEPD peut porter sur des prestations qui ont pour objet de réduire la consommation énergétique d'un ou plusieurs bâtiments, quelle que soit la nature de ces dernières, de sorte qu'il peut porter sur des travaux d'isolation, de remplacement d'équipements techniques (chauffages, traitement d'air, ventilation...), sur la mise en place d'outils de pilotage et de contrôle de la consommation, ou encore sur l'installation d'unités de production d'électricité ou de chaleur renouvelable en autoconsommation ;

– si l'objet principal des MGPEPD doit bien porter sur la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs bâtiments ainsi que sur les travaux qui lui sont indissociablement liés, cela n'exclut pas d'autres travaux dans le périmètre de ces contrats pour autant que ces derniers ne remettent pas en cause cet objet principal (réaménagement des espaces, végétalisation, amélioration du confort des usagers...).

En définitive, si Fin Infra entend apprécier de manière conciliante les projets qui seront soumis à son avis, il ressort de ce qui précède que l'élaboration de l'étude préalable représentera une certaine complexité pour les collectivités territoriales et leurs groupements disposant de peu de moyens internes, et rendra les MGPEPD particulièrement intéressants pour des opérations atteignant une taille critique, notamment via les mécanismes de mutualisation.

¹² « On va favoriser les opérations qui concernent plusieurs personnes publiques, plusieurs sites, plusieurs écoles par exemple, en même temps », Jean Bensaïd, précité.