



## Contrats de performance énergétique, tiers-investisseur et marchés publics

Namur, 20 mars 2016



## Index

---

- I. Notions de contrat de performance énergétique, de tiers-investisseur et de société de services énergétiques (ESCO)
- II. Qualifications des contrats de performance énergétique
- III. Procédures d'attribution des contrats de performance énergétique
- IV. Collaboration de plusieurs pouvoirs adjudicateurs
- V. Clauses du cahier spécial des charges
- VI. Phasage du contrat de performance énergétique

## I. Notions

- **Contrat de performance énergétique (Dir. 2012/27/UE)**

Art.2, 27°: « Accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, vérifiée et surveillée pendant toute la durée du contrat, aux termes duquel les investissements (travaux, fournitures ou services) dans cette mesure sont rémunérés en fonction d'un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ou d'un autre critère de performance énergétique convenu, tel que des économies financières. »

→ Analyse possibilités d'amélioration (audit): déf. audit énergétique: art. 2, 25°

→ Réalise travaux, fournitures, services (exécution mesures)

→ Garantit (conditions de rémunération) un niveau d'amélioration contractuel: maintenance, garantie, risque, surveillance



Préfinancement: remboursement à partir de la réalisation (achevée)

## I. Notions

---

- **Fournisseur de services énergétiques (ESCO) (Dir. 2012/27/UE)**

Art, 2, 7° et 24°: Prestataire de mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique. Ensemble gérant toutes les prestations d'études, techniques (et même parfois aussi financières) nécessaires à l'aboutissement du projet entier.

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### ▪ Contrats passés par les autorités publiques

- Concessions domaniales
- Marchés publics de:
  - travaux
  - fournitures et
  - services
- Promotion de travaux et/ou fournitures (et services associés): ce sont des marchés publics

### **En principe dans le cadre de la réglementation des marchés publics**

- Transparence (règles strictes de publicité: publications)
- Traitement égalitaire (procédures concurrentielles, interdiction des conditions discriminatoires: cahier des charges)
- Critères d'attribution objectifs et pertinents
- Motivation

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### A. Concessions domaniales

= contrat administratif par lequel l'autorité accorde à une personne le droit de faire usage d'une portion du domaine public, pour une durée déterminée et d'une manière qui exclut l'utilisation par les tiers, étant entendu que ce contrat peut être modifié ou résilié unilatéralement par l'autorité pour des raisons d'intérêt général.

→ Droit d'utilisation privative des biens du domaine public' & pas de commande faite par l'autorité >< concessions de travaux/services (Directive 2014/23/UE du 26 fév. 2014)

→ Pas de procédure d'attribution prévue par la loi

- La réglementation des marchés publics n'est en principe pas applicable
- Application minimale des principes d'égalité et de transparence
- Procédure négociée toujours possible

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

### A. Concessions domaniales

➔ Attention : si la concession domaniale est combinée avec une possibilité ou une obligation d'achat (risque de requalification en marché public)

#### Exemple:

- Concession pour le placement et l'exploitation de panneaux photovoltaïques solaires sur les toits de bâtiments publics
  - Pas selon le modèle du “tiers investisseur” – l'investisseur privé est et reste propriétaire des panneaux solaires placés
  - Le concédant reçoit un prix de location ou redevance, ainsi que la possibilité d'acheter à prix réduit de l'énergie verte produite !!! Danger de requalification

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### **B. Marchés publics de travaux, de fourniture et de services (avant transposition Directive 2014/24 UE du 26 fév. 2014)**

- = contrat à titre onéreux conclu entre une entité adjudicatrice et un tiers, ayant pour objet l'exécution de travaux, de fournitures ou de services (commande/achat de l'autorité).
- L'entité adjudicatrice pourvoit elle-même au paiement (le cas échéant en recourant à un contrat autonome de financement)

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### B. Marchés publics de travaux, de fourniture et de services (avant transposition Directive 2014/24 UE du 26 fév. 2014)

- **Travaux**
  - Concerne soit (la conception et) l'exécution de travaux visés à l'annexe I de la loi du 15 janvier 2006, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage, qui correspond aux besoins exprimés par l'entité adjudicatrice.
- **Fournitures**
  - Concerne la mise à disposition de produits
  - Acquisition de produits par contrat d'achat, location, location-vente ou crédit-bail, avec ou sans option d'achat
  - Éventuellement travaux de pose ou d'installation (caractère accessoire).
- **Services**
  - Services énumérés à l'annexe 2 de la loi du 15 juin 2006: services d'entretien et de réparation, services d'architecture, financiers, etc.

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### B. Marchés publics de travaux, de fourniture et de services (avant transposition Directive 2014/24 UE du 26 fév. 2014)

#### « Contrats simples, sans financement intégré »

##### ▪ Exemple 1: *travaux*

- Placement de panneaux solaires photovoltaïques selon la commande de l'entité adjudicatrice ≠ concession domaniale
- Isolation de toitures et installations de chauffage

##### ▪ Exemple 2: *services*

- Développement et mise en service d'une comptabilité énergétique et d'un service de monitoring énergétique « on line »
- Exécution d'audits énergétiques approfondis d'un certain nombre de bâtiments utilisés par des autorités publiques

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### B. Marchés publics de travaux, de fourniture et de services (avant transposition Directive 2014/24 UE du 26 fév. 2014)

« Contrats simples, sans financement intégré »

▪ **Exemple 3: *fournitures***

- Acquisition de chaudières à gaz à condensation pour la production d'eau chaude au lieu de boilers électriques
- Achat de lampes économiques, d'appareils économiseurs d'énergie, etc.

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

### C. Et les contrats intégrés ?

Figure A

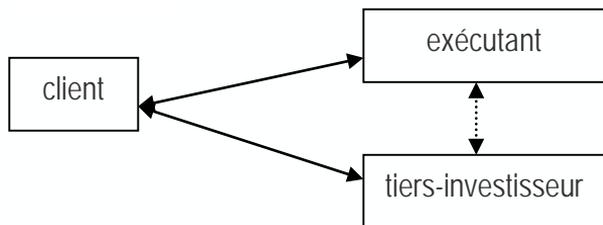


Figure B

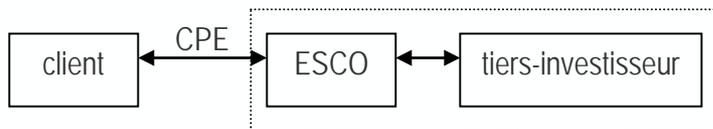


Figure A:

- Premier modèle de tiers-investisseur
- Deux (au moins) contrats de marchés publics
- Marché public de services de financement (distinct)
- Marchés de travaux, de fournitures ou de services

Figure B:

- Second modèle de tiers-investisseur
- Un seul contrat de marché public: « intégré »

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### C. Et les contrats intégrés ?

#### (1) Contrats intégrés sans financement

- ➔ **Marché public ayant trait simultanément à plusieurs objets (travaux, fournitures et services), comme l'exécution d'un audit énergétique et l'exécution des travaux, fournitures et services requis afin de mettre en œuvre les recommandations de l'audit.**
  - Un marché public mixte qui a trait à la fourniture de produits et accessoirement à des travaux d'installation est considéré comme un marché de fournitures
  - Un marché public qui a trait aussi bien à la prestation de services visés à l'annexe II de la loi et à des fournitures, est considéré comme un marché de services si la valeur des services est plus élevée que celle des fournitures

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### C. Et les contrats intégrés ?

#### (1) Contrats intégrés sans financement

- Un marché public qui a trait à des services visés à l'annexe II de la loi et qui, compte tenu de l'objet principal du marché, nécessite des travaux complémentaires tels que visés à l'annexe I de la loi, est considéré comme un contrat de services
- Critère pour qualifier un marché mixte?
  - Si fournitures/services: montants dans le budget
  - Si travaux/services, fournitures: objet principal du marché
- Incidence de la qualification du marché: attribution, exécution (règles différentes – nécessité de qualifier?)

➔ **Financement: marché public de services**

## II. Qualifications des contrats de performance énergétique

---

### C. Et les contrats intégrés ?

#### (2) Contrats de performance énergétique (intégrés avec financement)

- Quel type de contrat pour un CPE intégré avec financement?

Concerne l'exécution de travaux, de fournitures et/ou de services, ainsi que leur financement et les études.

- Obligations de l'ESCO: assurer et garantir les économies d'énergie
- Obligations du client: utiliser l'immeuble conformément à sa destination et son affectation normale
  - Si travaux sont primordiaux: marché de travaux (*supra*)
  - Si services sont primordiaux: marché de services

Csq: sur mode d'attribution (*infra*)

## III. Procédures d'attribution d'un CPE

---

- **Les principales règles légales**

- Adjudication / appel d'offres: choix libre
- Procédure négociée sans publicité: art. 26, §1<sup>er</sup>, loi 15 juin 2016
  - Contrats de valeur réduite (seuils fixés par le Roi : 85.000 euros)
  - Offres irrégulières ou pas d'offres suite à adjudication/appeal d'offres
  - Travaux ou services complémentaires (50%) circonstances imprévues
  - Travaux ou services nouveaux: répétition d'ouvrages ou services similaires attribués par adjudication/appeal d'offres (si annoncé et dans les 3 ans de la conclusion)

## III. Procédures d'attribution d'un CPE

---

### ▪ Les principales règles légales

- Procédure négociée avec publicité: art. 26, §2, loi 15 juin 2006
  - Travaux ou services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix
  - Services de nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante
  - Organiser la procédure négociée: examen des offres, «short list », BAFO
  
- Procédure directe avec publicité sous 600.000 € (travaux) ou 209.000 € (fournitures, services)
  
- Dialogue compétitif: « marché particulièrement complexe »
  - Directive 2004/18/CE
  - Loi 15 juin 2006 et AR 15 juillet 2011

## III. Procédures d'attribution d'un CPE

---

### A. Extension procédures « négociées » dans Directive 2014/24/UE (procédure concurrentielle avec négociation ou dialogue compétitif)

- ✓ Besoins du PA ne pouvant être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles
- ✓ Portant notamment sur de la conception ou des solutions innovantes
- ✓ Circonstances particulières liées à nature, complexité ou montage juridique/financier du marché, ou risques

## III. Procédures d'attribution d'un CPE

---

### B. Attribution d'un marché de services

- Si objet du CPE est principalement des services
  - Au départ: certitude quant aux importants services à exécuter (étude, financement, maintenance sur 10 ans...)
  - Au départ: incertitude quant à l'importance des travaux et fournitures (dépendent des solutions prescrites par l'étude)
- Recours possible à la procédure négociée avec publicité: art. 26, §2, loi 15 juin 2006 (cf. supra)
  - Publications
  - Procédure restreinte, en deux temps
  - Guider la comparaison des offres dans le cahier des charges:
    - Critères d'attribution
    - Méthode de négociation

## III. Procédures d'attribution d'un CPE

---

### B. Attribution d'un marché de services

- Quid du dialogue compétitif?
  - Projet particulièrement complexe sous l'angle technique, juridique, financier
  - Dialogue et secret d'affaires?
- Perspectives d'avenir ? Transposition Directive 2014/24 → 18 avril 2016???

## IV. Collaboration entre pouvoirs adjudicateurs

---

- Marché conjoint: art. 38, loi 15 juin 2006
  - Un seul marché passé pour plusieurs adjudicateurs (et le cas échéant personnes de droit privé)
  - Un pouvoir adjudicateur désigné par les autres pour agir dans la passation et l'exécution
  - Mandat: compétence du conseil communal + approbation mode de passation et CSC (art. 234 NLC; art. L. 1222-3 CWADEL)
  - Possibilité de prévoir un paiement séparé pour chaque personne bénéficiaire
- Centrale de marchés et d'achats
  - Un pouvoir adjudicateur qui fait des achats (fournitures/services) pour revendre ou passe des marchés pour d'autres pouvoirs adjudicateurs
  - Dispense de passer des marchés si règles centrales respectées
  - Autonomie de chaque pouvoir adjudicateur dans l'exécution: intéressant pour CPE? (objectif de regroupements)
  - Mandats = idem supra

## V. Clauses du CSC

---

- Critères d'attribution
  - Coût
  - Niveau de performance garanti (pré-étude)
  - Réduction gaz à effet de serre et polluants
- Clauses administratives spécifiques
  - Obligations de l'ESCO: étendue des prestations d'étude, mise en œuvre des mesures, niveau garanti de performances, maintenance, etc.
  - Dispositions relatives au financement
  - Transfert de propriété des travaux dès livraison (→ faillite)
  - Droits intellectuels sur étude – cession
  - Sanctions

## VI. Phasage du marché

---

- Article 64 AR 15 juillet 2011 – dérogation pour marchés comprenant conception et exécution
- Etudes:
  - Pré-étude dans l'offre
  - Étude de base: première phase du contrat
    - ⚠ Information transmise lors de la procédure d'attribution !
- Contrat en 3 phases:
  - Étude de base
  - Investissements: travaux
  - Maintenance: période de garantie (10 ans) et de paiement des annuités
- Quid si résultats de l'étude de base > offre
  - Condition à l'exécution phases 2-3
  - Clause de résiliation
  - Droits sur l'étude: problématique du rachat des droits intellectuels

Pour aller plus loin: B. LOMBAERT et N. FRANCOIS

« Les contrats de performance énergétique des bâtiments dans le secteur public local – Eclairages relatifs à l’application de la réglementation des marchés publics », Rev.dr.comm., 2010/4, pp. 12 et s.

## Contact

---



Bruno Lombaert

U.S.L.B.

Avocat associé Stibbe

Central Plaza – rue de Lozum 25

1000 Bruxelles

T +32 2 533 51 67

F +32 2 533 56 73

[bruno.lombaert@stibbe.com](mailto:bruno.lombaert@stibbe.com)

# Stibbe

---

[www.stibbe.com](http://www.stibbe.com)