

Les risques attachés aux marchés de REM/CREM

- La préparation du lancement des marchés de REM-CREM doit faire l'objet d'une attention toute particulière. En effet, les besoins doivent être définis avec précision en définissant notamment une situation de «référence». Or, cette étape peut s'avérer complexe. Il en est de même de la détermination de la durée du marché.
- Au stade de l'exécution, la vérification du respect des objectifs de performance constitue là aussi une opération délicate.

Auteurs

Bernard Cheysson et Yann Simonnet, avocats au barreau de Paris, Cheysson Marchadier & Associés

Référence

Texte...

Mots clés

Adaptabilité • AMO • Contrôles • Délais • Dialogue compétitif • Durée • Garantie de performance • Pénalités • Situation de référence •

POUR ALLER PLUS LOIN

Texte *avec* de l'italique...

Aux termes de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'Environnement⁽¹⁾, l'État s'était fixé comme objectif de réduire les consommations d'énergie de son parc immobilier d'au moins 38% d'ici à 2020. La loi précisait que l'État devait inciter les collectivités territoriales, « dans le respect de leur libre administration », à s'engager dans des programmes de rénovation de leurs bâtiments aux fins d'atteindre ces mêmes objectifs⁽²⁾.

Pour que l'État et les collectivités puissent disposer des outils juridiques permettant d'atteindre ces objectifs, le législateur avait pris soin de préciser que le droit de la commande publique devait prendre en compte cet objectif de réduction des consommations d'énergie des bâtiments publics « 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 ». Concrètement, il s'agissait de permettre aux personnes publiques de confier à un prestataire une mission « globale » assortie d'objectifs de performances dont l'atteinte conditionnerait le niveau de rémunération.

Si le recours aux contrats de partenariat pour ce type de mission ne présentait pas de difficultés majeures, en revanche le recours aux marchés publics se heurtait à deux écueils⁽³⁾ : le principe de l'allotissement et, pour les contrats comportant des travaux relevant de la loi MOP, l'interdiction de confier les missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur à un même prestataire⁽⁴⁾.

(1) Dite Loi « Grenelle 1 ».

(2) Article 5-I alinéa 2.

(3) Voir le « Rapport sur les contrats de performance énergétique » au Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement réalisé par Olivier Ortega.

(4) Article 7 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985.

C'est donc aux fins de sécuriser le recours aux marchés publics pour la passation de contrats de performance énergétique que l'article 20 du décret n° 2011-100 du 25 août 2011⁽⁵⁾ a inséré dans le code des marchés publics un nouvel article 73 qui permet de conclure des marchés « globaux » qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation de prestations, voire leur conception, afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis en termes d'efficacité énergétique.

Toutefois, le décret du 25 août 2011 n'a pas circonscrit ces contrats globaux à la seule efficacité énergétique, les pouvoirs adjudicateurs pouvant également conclure ce type de marchés « notamment » (la liste de l'article 73 du CMP n'est pas exhaustive) pour la réalisation d'objectifs de performance en termes de niveau d'activité, de qualité de service ou d'incidence écologique.

Si les marchés globaux ne sont pas une nouveauté dans le paysage français de la commande publique⁽⁶⁾ et si, depuis 2006, le CMP permet aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir des primes de performance, les marchés globaux de performance (également désignés par les acronymes REM et CREM) présentent toutefois une vraie nouveauté pour les acheteurs publics. En effet, dans ces marchés, la performance n'est pas une modalité ou une condition d'exécution d'un marché dont l'objet principal serait la construction (ou la réhabilitation) d'un ouvrage, la fourniture et/ou l'installation d'équipements. Le propre des marchés de REM et de CREM est que l'objectif de performance en est l'objet principal, la non-atteinte de ces objectifs donnant lieu à une indemnisation du pouvoir adjudicateur (garantie de performance).

La préparation du lancement de ce type de marché suppose pour les maîtres d'ouvrage une attention particulière quant à la définition du besoin (I), ainsi qu'aux modalités d'exécution du marché permettant de garantir l'effectivité de la recherche de performance (II). Une mauvaise appréciation de ces éléments peut être une cause de mauvaise exécution du marché, celle-ci se traduisant pour le maître d'ouvrage par le paiement de prestations ne répondant aux objectifs poursuivis ou, pour l'opérateur privé, par une dérive financière difficile à assumer.

I. Les risques attachés à la définition des besoins

A) La définition de la situation de référence

L'objet des marchés publics globaux de performance est de fixer à un opérateur des objectifs de performance, la non-atteinte de ces derniers ayant un impact sur le niveau de rémunération de cet opérateur.

Bien entendu, la fixation d'objectifs de performance suppose la recherche de l'amélioration d'une situation « de référence » (ou « initiale »).

(5) Décret modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.

(6) Le législateur ayant notamment multiplié les textes dérogatoires dans les années 2000 aux fins de permettre la conclusion de ce type de marchés dans les domaines de la sécurité intérieure (loi n° 2002-1094 du 29 août 2002, Lopsi), de la justice (loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, LOPJ), de la défense (loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003), de la santé (ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003) et du logement social (loi n° 2009-232 du 25 mars 2009).

Or, l'identification et la description de cette situation « de référence » est une étape importante du processus de réflexion qui doit précéder le lancement d'un marché de REM ou de CREM. En effet, si le pouvoir adjudicateur minore les performances « initiales » de son ouvrage, il risque de fixer des niveaux de performance que ses cocontractants n'auront que peu de difficultés à atteindre; le pouvoir adjudicateur risquerait donc de conclure un marché qui n'entraînerait aucun apport significatif réel en termes de performances. À l'opposé, si le pouvoir adjudicateur surestime ces performances « initiales », dès lors que cette erreur d'évaluation serait identifiée, celle-ci pourrait conduire à la remise en cause de l'exécution du marché.

Cette situation « de référence » doit donc être décrite avec précision au regard des caractéristiques propres au bâtiment ou à l'ouvrage concerné par les garanties de performance: dimensions, surfaces, date de construction, niveau d'isolation etc. Elle doit également en préciser les conditions d'utilisation et l'affectation.

Bien entendu, la « situation de référence » doit permettre d'identifier le niveau initial des performances que le pouvoir adjudicateur entend voir améliorer. Dans le cas d'un marché portant sur la performance énergétique, ce sera le niveau de consommation d'énergie d'un bâtiment. Dans le cas d'un marché portant sur l'activité, ce pourra être le taux de fréquentation.

La difficulté rencontrée lors de la détermination de la « situation de référence » réside dans le fait que celle-ci ne saurait être appréciée à une date précise; elle doit être appréciée sur une « période représentative »⁽⁷⁾. En d'autres termes, la « situation de référence » va être le fruit d'un travail de reconstitution de la performance « standard » obtenue avant la mise en œuvre d'un marché de REM ou de CREM. Ce travail s'opère grâce à des ajustements permettant d'intégrer les variations intervenant au cours de la période représentative: variations des consommations d'énergie selon les saisons, variations de la fréquentation d'un bâtiment selon les jours de la semaine ou des périodes de l'année etc.

Par ailleurs, l'ajustement de cette « situation de référence » doit permettre de prendre en compte les évolutions prévisibles; en effet, dès lors que, au jour du lancement du marché de REM ou de CREM, il est acquis qu'un ouvrage verra son fonctionnement modifié, il est nécessaire que les conséquences de cette modification soient prises en compte pour la détermination de la « situation de référence », faute de quoi les engagements du titulaire deviendraient caducs. À titre d'illustration, dès lors qu'un centre aquatique est situé à proximité d'établissements scolaires en construction, il est nécessaire d'intégrer une augmentation de la fréquentation par les élèves de cette installation. De même, si un marché porte sur une station d'épuration, le raccordement ou l'installation prochaine d'industries sur le réseau impose d'anticiper non seulement l'augmentation des volumes d'effluents à traiter mais également, et surtout, l'évolution de la nature de ces effluents.

Le caractère sensible de la détermination de la « situation de référence », ainsi que la nécessité de ne pas voir celle-ci remise en cause en cours d'exécution du marché par son cocontractant devrait inciter les pouvoirs adjudicateurs à privilégier, du moins lorsque les conditions sont réunies, le recours à une procédure

(7) C. Laroche, Mon. TP, septembre 2012, p. 57.

de dialogue compétitif afin d'associer les candidats à la détermination de cette « situation de référence »⁽⁸⁾.

En tout état de cause, au regard de la complexité de la phase de rédaction d'un marché global de type REM ou CREM, il doit être conseillé aux maîtres d'ouvrages publics de s'aménager les compétences nécessaires aux fins de pouvoir mener un dialogue équilibré et productif avec les candidats. Cela sera d'autant plus nécessaire lorsque le marché portera tout à la fois sur la conception et la réalisation, le maître d'ouvrage ne pouvant s'appuyer sur une maîtrise d'œuvre indépendante.

Le renforcement des compétences internes n'étant pas toujours possible (notamment pour des raisons financières), les maîtres d'ouvrages pourront donc décider le recours à une assistance technique à maîtrise d'ouvrage (AMO) ou à un mandataire.

B) La détermination de la durée du marché

L'une des difficultés que peuvent rencontrer les pouvoirs adjudicateurs lors de la préparation d'un marché de REM ou de CREM concerne la fixation de la durée de ce marché.

L'article 73 du CMP prévoit que la durée de ce type de marché doit tenir compte des « délais nécessaires » à la réalisation des objectifs et des engagements de performance qui constituent l'objet du contrat.

Les contours de la notion de « délais nécessaires » n'étant pas forcément faciles à déterminer, le réflexe qu'auront les pouvoirs adjudicateurs sera de fixer une durée permettant l'amortissement des investissements effectués dans le cadre du marché.

Toutefois, deux écueils sont impérativement à éviter, et ce quel que soit le montant des investissements.

D'une part, même si pour les marchés prévoyant des investissements importants (notamment ceux portant sur l'exécution de travaux), il est envisageable de conclure des contrats ayant une durée pouvant atteindre quinze ans (voire plus)⁽⁹⁾, la durée du marché ne doit pas conduire à l'obsolescence des équipements. En effet, dans les domaines faisant l'objet d'importantes évolutions technologiques et/ou réglementaires, tels l'efficacité énergétique ou la maîtrise de l'impact environnemental, il peut être inopportun de s'engager sur une très longue durée pour une solution technologique à propos de laquelle les professionnels manquent de recul quant à sa fiabilité dans le temps et, surtout, dont on peut craindre qu'elle soit très vite dépassée par des solutions plus efficaces et... moins onéreuses.

D'autre part, des durées trop longues pour des marchés de REM ou de CREM risqueraient de dissuader les opérateurs n'appartenant pas à de grands groupes de répondre aux consultations⁽¹⁰⁾. En effet, le titulaire du marché doit avoir la solidité financière suffisante pour assumer l'éventuelle indemnisation du pouvoir adjudicateur lorsque seront constatés des écarts entre le niveau de performance contractuellement fixé et celui effectivement constaté (voir infra). Il est certain que beaucoup de PME n'osent pas s'exposer à un risque financier qui pourrait courir sur quinze ou vingt ans. Et ce d'autant plus si les solutions technologiques proposées doivent être innovantes et donc, par essence, soumises à des aléas.

(8) O. Ortega et B. Louis, BJCP n°80, p. 3.

(9) « Rapport sur les contrats de performance énergétique » au Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, préc., p. 24 ; C. Laroche, préc., p. 58.

(10) O. Ortega et B. Louis, BJCP n° 80, p. 7.

Enfin, la durée (longue) d'un marché de CREM ou de REM ne doit pas être le moyen d'une recherche d'autofinancement du contrat par les gains escomptés par le pouvoir adjudicateur (baisse de la consommation énergétique, recettes supplémentaires grâce à une augmentation de la fréquentation etc.), un tel autofinancement étant utopique dès lors que les investissements revêtent une certaine importance⁽¹¹⁾.

En tout état de cause, il convient de ne pas perdre de vue que l'objet d'un marché de REM ou de CREM est l'atteinte d'un niveau de performance qui implique une modernisation et une requalification des ouvrages. Ainsi, même si ces contrats ne s'autofinancent pas grâce aux économies ou gains qu'ils procurent, ils concourent à la valorisation du patrimoine immobilier.

II. Les risques attachés à l'exécution du marché

A) L'adaptabilité du marché

Si, au jour où il décide de lancer une consultation, un pouvoir adjudicateur a connaissance d'éléments pouvant avoir, dans l'avenir, un impact sur l'ouvrage objet du marché, il doit les intégrer dans la détermination de la situation de référence⁽¹²⁾.

Toutefois, il n'est pas toujours possible d'anticiper toutes les évolutions qui pourront affecter l'ouvrage ou son environnement (surtout si la durée du marché est relativement longue).

Il est donc nécessaire de prévoir dans le marché la possibilité d'adapter les conditions de son exécution à ces évolutions.

Certaines évolutions pourront être raisonnablement envisagées : modification des amplitudes horaires de l'utilisation de l'ouvrage, montée en puissance de la fréquentation, évolution des conditions climatiques (pour les contrats de performance énergétique de longue durée) etc. Pour ces évolutions, la simple application de formules mathématiques peut permettre d'adapter les conditions d'exécution du marché.

D'autres évolutions, en raison de la difficulté de les prévoir ou du fait de leur importance, ne peuvent être traitées par la simple application de formules mathématiques. C'est le cas lorsqu'un bâtiment fait l'objet de travaux d'agrandissement. C'est également le cas lorsqu'un ouvrage voit son affectation modifiée. Par ailleurs, un ouvrage peut également voir son fonctionnement affecté par des éléments exogènes. Ainsi, pour reprendre l'exemple déjà cité d'une station d'épuration, la modification du réseau de collecte des eaux usées ou le développement d'une activité industrielle en amont, peuvent avoir des conséquences sur le volume d'effluents à traiter, mais également, et surtout, sur leur nature ; on ne peut exiger d'un opérateur l'atteinte de niveaux de performance arrêtés dans l'optique du traitement d'une eau essentiellement d'origine domestique dès lors que la station reçoit massivement des effluents industriels.

Pour faire face à de telles modifications, qui pourraient rendre caduques les engagements du titulaire du marché, l'insertion d'une clause de rencontre entre les parties doit permettre, sous réserve de ne pas modifier l'objet du marché ou de ne pas en bouleverser l'économie, de poursuivre et mener l'exécution du marché jusqu'à son terme.

(11) « Rapport sur les contrats de performance énergétique » au Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, préc., p. 47.

(12) Voir supra.

B) Les modalités de contrôle des performances

L'économie des marchés de REM et de CREM repose sur l'indemnisation du pouvoir adjudicateur lorsqu'un écart négatif est constaté entre le niveau de performance contractuellement fixé (par rapport à une « situation de référence ») et le niveau de performance effectivement constaté. Si la détermination de la « situation de référence » est une opération délicate (voir supra), celle des modalités de vérification du respect des objectifs de performance l'est tout autant dès lors que, si ces modalités s'avéraient inappropriées, le marché perdrait tout son intérêt pour le pouvoir adjudicateur.

Il convient tout d'abord de déterminer la nature du contrôle. En effet, ainsi que cela a pu être souligné dans le Rapport sur les contrats de performance énergétique au Ministre de l'écologie⁽¹³⁾, ce respect peut être vérifié à l'aune de performances « réelles » ou de performances « conventionnelles ». Le respect de performances « conventionnelles » consiste à évaluer les performances non pas à partir d'un contrôle réel, mais sur la base de données conventionnelles issues de calculs et de simulations numériques. Toutefois, il semble que le contrôle « réel » des performances emporte le suffrage des professionnels⁽¹⁴⁾.

Il est vrai que la mise en œuvre d'un contrôle « conventionnel » pourrait aboutir à des situations ubuesques. En effet, dès lors que les parties n'auront pas anticipé le fait que certains paramètres puissent avoir une influence sur le niveau des performances attendues, et ne les auront donc pas intégrés dans les données servant à obtenir les performances « conventionnelles », on pourrait imaginer que les objectifs de performance contractuellement fixés soient atteints, alors même que des contrôles « réels » auraient permis de constater l'absence d'amélioration des performances de l'ouvrage.

Ainsi, en matière de contrats de performance énergétique, il convient d'éviter que des contrôles « conventionnels » attestent du respect des objectifs de performance, alors même que le pouvoir adjudicateur verrait le montant de sa facture énergétique augmenter (à coût constant).

En tout état de cause, quel que soit le mode de contrôle choisi, les procédures de vérification devront être soigneusement décrites dans le cahier des charges. Afin de minimiser tout risque de contestation des contrôles, il est important d'encadrer chaque stade du processus : périodicité, méthodes de calcul, modalités d'ajustement des mesures, contenu du rapport de vérification etc. Il paraît également utile que soient précisés les moyens

(techniques et humains) nécessaires à l'exécution de ces vérifications, ainsi que la partie chargée de fournir ces moyens. Pour trancher les éventuelles difficultés qui apparaîtraient lors de la mise en œuvre des procédures de vérification, on pourrait éventuellement insérer une clause prévoyant le recours à un tiers (expert, bureau d'études etc.).

C) Les garanties financières du titulaire du marché

Dans le cadre d'un marché de REM ou de CREM, le titulaire s'engage sur des objectifs de performance. Lorsque ces objectifs ne sont pas atteints, le titulaire doit indemniser le pouvoir adjudicateur au titre de la non-atteinte des niveaux de performances contractuellement fixés : il s'agit d'une garantie de performance. Cette garantie, qui porte sur l'écart entre la performance attendue et la performance réelle, implique l'application de pénalités pour chaque période à l'issue de laquelle les objectifs de performance ne sont pas atteints, lesdites pénalités prenant le plus souvent la forme d'un versement en numéraire.

Dans la mesure où l'exécution d'un marché de REM ou de CREM va s'étaler sur une durée qui n'est pas négligeable (entre cinq et quinze ans, voire plus), il est important pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer que, au cours de l'exécution du marché, son cocontractant aura les moyens de faire face aux pénalités qui lui seraient appliquées. En effet, si le titulaire du marché devait faire défaut lors de la mise en œuvre de la garantie de performance, l'objet du marché serait dévoyé.

Au stade de la passation des marchés de REM ou de CREM, il est donc impératif que les pouvoirs adjudicateurs exigent des candidats des garanties financières, qu'il s'agisse de garanties bancaires (type garantie à première demande), ou de garanties données par le groupe dont ferait partie l'entreprise candidate (garantie « corporate »).

Cela étant, il convient d'avoir conscience que le coût de ce type de garantie est de nature à restreindre l'accès à la commande publique, les PME n'ayant bien souvent pas les moyens de mobiliser et d'obtenir de telles garanties. À ce titre, il pourrait être envisagé de recourir à des polices d'assurance *ad hoc*. Bien entendu, si, en cours d'exécution du marché, ce dernier était cédé à un nouvel opérateur⁽¹⁵⁾ ou si la composition du groupement titulaire venait à être modifiée, il serait impératif que le maître d'ouvrage impose la reprise de l'ensemble des engagements et garanties financières qui avaient été initialement mis à la charge de l'opérateur « sortant ». ■

(13) *Préc.*, p. 21.

(14) « Rapport sur les contrats de performance énergétique », *préc.*, p. 21.

(15) Dans les conditions précisées dans l'avis de la section des finances du Conseil d'État relatif à la cession d'un contrat de marché public ou de délégation de service public (CE avis 8 janvier 2000, req. n°364803).