[Tribune] : Quelle articulation entre les certificats d'économie d'énergie (CEE) et le droit de la commande publique ?

Tribune 04/11/21 Nicolas Charrel · Ajouter aux favoris | partager : · 0 Commentaire

- Cet article fait partie du dossier : Certificat d'économie d'énergie SOMMAIRE

Alors que la cinquième période des Certificats d'Économie d'Énergie (CEE ou C2E) s'ouvrira le 1er janvier 2022, Me Ariane Bardoux et Me Nicolas Charrel s'interrogent quant à la qualification, au regard du droit de la commande publique, des contrats ayant pour objet la réalisation de travaux intégralement financés par le dispositif en matière de CEE et rappelle les modalités d'utilisation de ce dispositif dans les procédures de passation.

Alors que la cinquième période des Certificats d'Économie d'Énergie (CEE ou C2E) s'ouvrira le 1er janvier 2022 et que le Gouvernement a récemment ajusté les "coups de pouce" concernant la 4e période et les modalités de contrôle, il apparaît utile de se pencher une nouvelle fois sur l'articulation des certificats d'économie d'énergie (CEE) et le droit de la commande publique. Pour mémoire, les fournisseurs d'énergie ("obligés") sont tenus de réaliser des économies d'énergie sur une période donnée (**art. R.221-1 du code de l'énergie**). Afin d'en justifier, ils doivent produire, à l'issue de la période, un certain nombre de CEE, sous peine de se voir infliger de fortes pénalités (**art. L. 221-1 du code de l'énergie**).

Conformément aux dispositions des **articles L. 221-2 et suivants du code de l'énergie**, pour se voir délivrer des CEE, les fournisseurs d'énergie peuvent :

- soit réduire directement leur propre consommation d'énergie ;
- soit contribuer à des programmes de travaux visant à réaliser des économies d'énergie ;
- soit acquérir des CEE directement auprès de personnes dites « éligibles » (à savoir d'autres fournisseurs d'énergie, des collectivités territoriales ou encore des sociétés d'économie mixte).

Par ailleurs, comme le précisent les **articles R. 221-5 et suivants du code de l'énergie**, les fournisseurs d'énergie peuvent confier leurs obligations à un délégataire, lequel devient à son tour un « obligé » devant satisfaire à l'obligation de réaliser des économies d'énergie.

C'est dans ce cadre qu'il convient de s'interroger quant à la qualification, au regard du droit de la commande publique, des contrats ayant pour objet la réalisation de travaux intégralement financés par le dispositif en matière de CEE puis quant aux modalités d'utilisation de ce dispositif dans les procédures de passation.

Qualification des "conventions" dinancées par le dispositif en matière de CEE

Me Nicolas Charrel

La 4e période s'achevant le 31 décembre prochain, il reste peu de temps aux obligés pour réunir le nombre de CEE nécessaires leur permettant d'éviter l'application de pénalités. Les obligations leur incombant seront plus fortes au cours de la 5ème période. Aussi, il n'est pas rare que des acheteurs publics se voient solliciter pour conclure des « conventions » aux termes desquels un opérateur économique s'engage à réaliser ou à faire réaliser des travaux d'économie d'énergie intégralement financés par le dispositif des CEE et ne conduisant pas à un « décaissement » direct. Le cas échéant, les acheteurs publics doivent demeurer vigilants car de telles « conventions » constituent en réalité de véritables contrats de la commande publique.

> Les acheteurs publics doivent demeurer vigilants car de telles " conventions" constituent en réalité de véritables contrats de la commande publique

En effet, ces conventions nous semblent assurément remplir les critères de qualification des contrats de la commande publique, rappelés à l'article L. 2 du code de la commande publique, à savoir : un contrat ; conclu par un acheteur ou une autorité concédante ; avec un opérateur économique ; à titre onéreux ; pour répondre aux besoins du premier. Si les trois premiers critères ne posent pas de difficultés particulières, il peut être opportun de revenir sur les deux derniers critères de qualification.

D'une part, il est clair que le contrat permettra de répondre aux besoins de l'acheteur. Certes, à première vue, cela sera le plus souvent l'opérateur économique qui aura l'initiative de la conclusion du contrat. Ce faisant, d'aucuns pourraient être tenter de considérer que l'acheteur n'a procédé à aucune « commande ».
Pourtant, dans la mesure où les travaux seront réalisés dans les locaux appartenant à l'acheteur et donc qu'il en bénéficiera, il est difficile de considérer que les prestations réalisées ne répondront pas à son « intérêt économique direct » (**CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08**). En outre, force est de relever qu'il s'agira le plus souvent de prestations figurant dans la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique (annexe n° 1 du code de la commande publique ; voir pour l'utilisation d'un tel critère dans la qualification d'un contrat de la commande publique : CE 22 janvier 2019, avis n° 396221).

D'autre part, bien qu'il ne conduise pas à un règlement direct des prestations par l'acheteur, le contrat ne peut qu'être regardé comme conclu à titre onéreux. Sur ce point, il n'est pas inutile de rappeler la conception extrêmement souple de ce critère récemment dégagée par la Cour de Justice de l'Union européenne. Elle a considéré que le critère onéreux d'un contrat était vérifié même dans le cas de la mise à disposition gratuite d'un logiciel dès lors que cette mise à disposition n'apparaissait pas désintéressée (**CJUE 28 mai 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH c/ Stadt Köln, aff. C-796/18**, point 46).
Ainsi, l'existence du caractère onéreux peut être caractérisé par un règlement en nature (voir par exemple : **CE 22 février 1980, SA des Sablières modernes d'Aresy, req. n° 11939**) même versé par un tiers. C'est par exemple le cas du contrat confiant à un opérateur économique la réalisation de prestations de service en contrepartie du droit de se rémunérer directement sur les demandeurs de visas (**CE 29 juin 2012, Société Pro 2C, req. n° 357976** - voir également en ce sens **CE 26 septembre 2012, GIE Groupement de poursuites extérieures, req. n° 359389**).

> Une telle convention ne peut qu'être regardée comme ayant été conclue à titre onéreux. En revanche, la question de savoir si le titulaire supportera le risque d'exploitation demeure ouverte

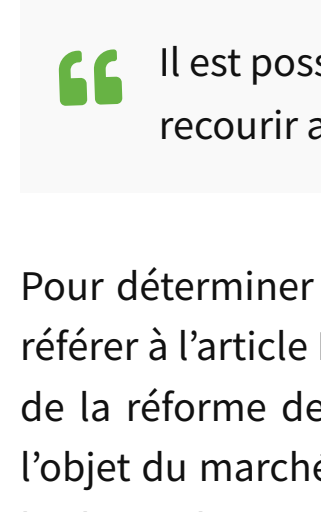
S'agissant d'une convention dans le cadre de laquelle une entreprise réaliserait ou ferait réaliser des travaux financés dans le cadre du dispositif des CEE, force est de relever que l'entreprise tirera une contrepartie de l'exécution de la convention , mais versée par un tiers sous forme de CEE. Une telle convention ne peut donc qu'être regardée comme ayant été conclue à titre onéreux. En revanche, la question de savoir si le titulaire supportera le risque d'exploitation (permettant de distinguer les marchés publics des contrats de concession) demeure ouverte compte tenu des conditions d'attribution des CEE et de cession desdits certificats.

En réalité, une telle convention constitue un contrat mixte au sens des **articles L. 1300-1 et suivants du code de la commande publique** puisqu'elle constitue un ensemble contractuel comprenant un marché de travaux et un contrat accessoire portant cession du droit de réclamer des CEE. Ainsi, il s'agit d'un contrat « des*tiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés* (…) » - à savoir la partie marché public de travaux - « *et, d'autre part, ne relèvent pas du* (code de la commande publique) » - à savoir la partie cession.

Or, conformément à l'**article L. 1312-1 du code de la commande publique**, les règles auxquelles il convient de se référer sont celles applicables à l'objet principal du contrat, en l'occurrence, le droit de la commande publique puisque la partie « cession » est clairement accessoire.

Toutefois, et comme le relève la Direction des affaires juridiques dans sa question-réponse consacrée à ce sujet, l'analyse serait différente si une telle convention avait eu pour unique objet celui de la cession par l'acheteur des CEE attribués à la suite de l'opération de rénovation de ses locaux ou du droit de réclamer ces CEE. En effet, dans ce cas, l'acheteur étant alors placé dans une simple position d'offrant, il est possible de conclure que de tels contrats ne relèvent pas de la commande publique.

Utilisation des CEE dans le cadre de la passation des contrats de la commande publique



Me Ariane Bardoux

La question se pose aussi de savoir dans quelle mesure les acheteurs peuvent utiliser les CEE lors de la passation des contrats de la commande publique. L'hypothèse est ici différente de la précédente : il s'agit pour l'acheteur de passer un marché de travaux mais dans le cadre duquel il souhaite utiliser le dispositif des CEE.

La première interrogation est celle de savoir s'il est envisageable d'imposer un tel dispositif aux opérateurs économiques. En d'autres termes, il s'agirait pour l'acheteur de contraindre les soumissionnaires à valoriser des CEE afin d'éviter un décaissement. Conformément à l'article L. 2112-2 du code de la commande publique, les acheteurs précisent les conditions d'exécution des prestations lesquelles doivent notamment être liées à l'objet du marché.

> Il est possible de considérer que des conditions d'exécution imposant au titulaire de recourir au dispositif en matière de CEE seraient liées à l'objet du marché

Pour déterminer si les conditions d'exécution sont liées à l'objet du marché, il convient de se référer à l'article L. 2112-3 du code de la commande publique. Les nouvelles dispositions issues de la réforme de 2016 font preuve d'une relative souplesse dans l'appréciation du lien avec l'objet du marché, souplesse dont s'est saisi le juge administratif (voir par exemple au sujet de la clause d'interprétariat : **CE 4 décembre 2017, Ministre de l'Intérieur, req. n° 413366**). Aussi, il est possible de considérer que des conditions d'exécution imposant au titulaire de recourir au dispositif en matière de CEE seraient liées à l'objet du marché.

Néanmoins, et compte tenu des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique, rappelés à l'article L. 3 du code de la commande publique, les conditions d'exécution d'un marché public ne doivent pas non plus être discriminatoires (voir en ce sens : **CJUE 17 novembre 2015, RegioPost GmbH & Co. KG, aff. C- 115/14**, point 56 ; voir également considérant 98 du préambule de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Rép. min. n° 23439, JOAN Q du 27 octobre 2003). A titre d'exemple, une clause pourrait enfreindre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité s'il s'avère que la condition qu'elle pose ne pourrait être remplie que par les opérateurs économiques nationaux ou plus difficilement par les opérateurs économiques étrangers (**CJCE 20 septembre 1988, Beentjes, aff. C-31/87**, point 30).

> Il est donc possible de considérer, à l'instar de la Direction des Affaires juridiques, que l'acheteur ne peut imposer le paiement en CEE

Or, une condition d'exécution relative à la valorisation des CEE nous semble discriminatoire à deux égards. D'une part, il convient de relever qu'en application de l'**article L. 221-10 du code de l'énergie**, seules les personnes morales peuvent ouvrir un compte dans le registre national permettant de valoriser des CEE sur le marché. Aussi, *ipso facto*, une telle condition d'exécution est susceptible d'écarter tous les opérateurs économiques « personne physique » de l'attribution du contrat puisqu'ils ne disposeront pas de la possibilité de valoriser les CEE. D'autre part, il est probable qu'une telle condition d'exécution sera de nature à favoriser les opérateurs économiques liés à un fournisseur d'énergie ou à un délégataire puisqu'il sera plus aisé pour ces derniers de céder les CEE à des conditions économiques plus favorables que des prestataires indépendants.
Il est donc possible de considérer, à l'instar de la Direction des Affaires juridiques, que l'acheteur ne peut imposer le paiement en CEE.

La seconde interrogation porte sur la manière dont peut être déterminée l'offre la moins-disante lorsque des opérateurs économiques proposent de valoriser des CEE dans le cadre de leur réponse à un marché public. Sur ce point, il convient de rappeler que la méthode de notation, c'est-à-dire les modalités mises en œuvre pour attribuer une valeur chiffrée à une proposition au regard d'un critère donné (voir en ce sens : B. Dacosta, concl. sur **CE 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711**), ne doit pas conduire à les priver de leur portée ou à neutraliser leur pondération (**CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362** - voir récemment **CE 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, req. n° 439525**).

> Il ne sera pas possible de prévoir un sous-critère à part entière consacré à la valorisation des CEE

Bien évidemment, il ne sera pas possible de prévoir un sous-critère à part entière consacré à la valorisation des CEE. De même, une comparaison du seul « reste à sa charge pour l'acheteur » apparaît discriminatoire, puisqu'il favorisera nécessairement les opérateurs économiques procédant à cette valorisation. Toutefois, il est nécessaire que la méthode de notation du critère financier tienne compte de la possibilité offerte aux soumissionnaires de valoriser des CEE.

Dans une telle configuration, l'acheteur doit donc déterminer le montant qu'il devra verser à son prestataire, soit le prix proposé (ce qui ne pose aucune difficulté) ainsi que e montant de l'abandon de recettes consenti par la cession de son droit de réclamer des CEE.

Le montant de cet abandon de recettes sera identique quel que soit l'opérateur économique. En effet, si tous les opérateurs économiques concernés ne valoriseront pas les CEE de la même manière (cela sera répercuté dans le prix proposé), ce qui importe c'est le montant de l'abandon de recettes vis-à-vis de l'acheteur. Pour assurer le respect de l'égalité de traitement entre les candidats, ce montant nous semble devoir être déterminé par avance. Pour ce faire, il convient de se référer au prix moyen des CEE sur une période donnée (lequel fait l'objet d'une diffusion publique) et au nombre de CEE pouvant être délivrés à la suite d'une opération de travaux (pour les opérations standardisées, ce nombre est défini par arrêté), lequel n'est pas susceptible de varier en fonction de l'opérateur économique, sauf variante.

Lors de l'analyse, pour procéder à la comparaison des offres comportant une valorisation des CEE avec les autres, il conviendra alors d'augmenter le montant de ces offres par le montant de l'abandon de recettes estimé par l'acheteur. Afin d'éviter toute difficulté ultérieure, il est préférable que l'acheteur fasse preuve d'une grande transparence en indiquant dans les documents de la consultation que les offres prévoyant la valorisation des CEE seront augmentées dans le cadre de l'analyse des offres du montant de l'abandon de recettes en mentionnant ce montant ainsi que les modalités de son calcul.
Cette reconstitution du prix des offres pourra permettre également de d'identifier d'éventuelles offres suspectes, voire anormalement basses.

En revanche, compte tenu des termes employés par le code de la commande publique (à savoir « montant du marché » et non « valeur » comme le prévoit la Directive), il semble, par sécurité, préférable de tenir compte exclusivement du prix payé (hors abandon de recettes) pour mettre en œuvre les dispositions en matière de modifications du marché.

à propos de l'auteur

Nicolas Charrel
Avocat au Barreau de ParisCharrel & Associés

SUR LE MÊME SUJET

LES CERTIFICATS D'ÉCONOMIES D'ÉNERGIE : UN NOUVEAU MARCHÉ
03/05/19 Sandra Blanchard

Commentaire

Il n'y a actuellement aucun commentaire.

Commenter cet article

MESSAGE*

ENVOYER

MÉTROPOLE NICE CÔTE D'AZUR eau et assainissement
Acheteur confirmé en marchés publics (h/f)
NICE
POSTULER

formations achatpublic.com
Des projets de formations ?
Consultez notre catalogue !
Catalogue 2022

OFFRES D'EMPLOI

Un(e) Gestionnaire des Marchés Publics (h/f)
16/03/2022 Syndicat De L'Orge

Gestionnaire de marchés publics (h/f)
16/03/2022 Conseil Régional Des Pays De La Loire

Gestionnaire marchés publics (f/h)
16/03/2022 GHT Leman Mont-Blanc

NOUVEAUX DOCUMENTS

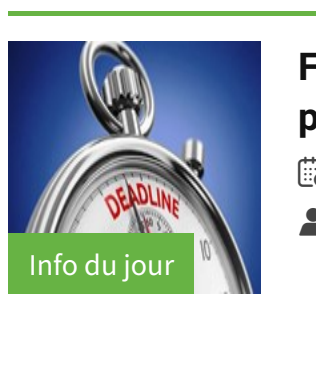
Plan national pour des achats durables (PNAD) 2022-2025 - Mars 2022
15/03/22 03h03

CE 2 mars 2022 Ministre de la transition écologique
08/03/22 02h03

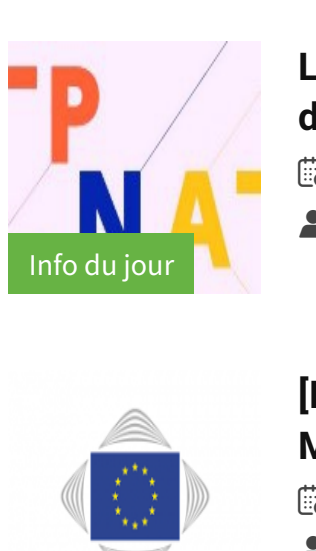
Bonnes pratiques numérique responsable pour les organisations Février 2022
07/03/22 12h03

LES PLUS LUS

Info du jour
Faire une déclaration sans suite, pour une procédure sans...
14/03/22 06h03
Mathieu Laugier

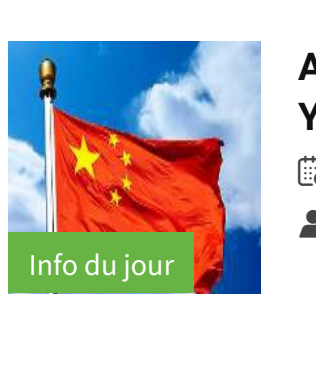


Info du jour
Le PNAD 2022/2025 : "un plan d'ambition ; un signal pour les...
10/03/22 07h03
La Rédaction Achatpublic.info



Info du jour
[Interview] Vers une directive Marchés publics 2024... ? Peu...
08/03/22 06h03
Mathieu Laugier

Info du jour
Achats stratégiques : « Plus un Yuan pour Wuhan ! » (2/2)
10/03/22 06h03
Jean-François Gazon



Info du jour
Un acheteur doit aussi s'intéresser au compte de...
08/03/22 06h03
Mathieu Laugier

achatpublic.info
Recevez notre newsletter
S'INSCRIRE
Suivez-nous !

ACTUALITÉS
Info du jour
Brèves
Editos
Tribune
L'Europe
Jurisprudence
Dossiers

CARRIÈRE
Offres d'emploi
CVthèque
Annuaire
Associations
Annuaire des diplômes
Formations

MÉTIER
Sourcing
Panorama

DOCUMENTATION
Textes officiels
Jurisprudence
Boîte à outils

MON COMPTE
Recherche
Mon compte
Nos newsletters

©Copyright 2021 achatpublic.info