

INTERCOMMUNALITÉS
DE FRANCE



GUIDE

**AMÉLIORATION DE LA PERFORMANCE
ÉNERGÉTIQUE DES BÂTIMENTS DU TERTIAIRE :**
QUELS OUTILS JURIDIQUES DES INTERCOMMUNALITÉS
POUR ACCOMPAGNER LES PERSONNES
PUBLIQUES ET PRIVÉES?



Sommaire

Préambule



1. Pourquoi la nécessité d'un accompagnement par les intercommunalités des propriétaires et occupants de bâtiments tertiaires ?

A. RAPPEL DES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE DES BÂTIMENTS EXISTANTS

Le bâtiment représente 47 % de la consommation énergétique française¹, ce qui en fait le secteur le plus consommateur, devant les transports. À l'échelle locale, ces deux secteurs sont centraux dans les Plans climat-air-énergie territoriaux, portés par les intercommunalités en tant que coordinatrices de la transition énergétique au niveau local.

Dans la recherche d'une meilleure efficacité et de sobriété énergétiques, le législateur, depuis plusieurs années, met en place un dispositif réglementaire destiné à améliorer la performance énergétique des bâtiments, et notamment de ceux dits tertiaires (par opposition, à grands traits, au logement et aux bâtiments agricoles et industriels).

À ce titre en particulier, la loi du 12 juillet 2010 dite Grenelle II comportait d'ores et déjà tout un chapitre consacré à ce sujet et la loi ELAN du 23 novembre 2018 est venue, avec les dispositifs réglementaires qui l'ont suivie, imposer cette amélioration de la performance énergétique au parc tertiaire public comme privé : c'est le « Dispositif Eco Energie Tertiaire ».

Ainsi, dans sa version en vigueur à date, notamment modifiée par la loi Climat et résilience du 22 août 2021, l'article L. 174-1 du Code de la construction et de l'habitat (CCH) impose la mise en œuvre d'« actions de réduction de la consommation d'énergie finale pour les bâtiments à usage tertiaire », en prévoyant deux types d'obligations alternatives (le respect de la moins contraignante étant requis) :

SOIT UNE RÉDUCTION DES CONSOMMATIONS ANNUELLES EN ÉNERGIE FINALE

Le décret fixe des échéances d'économies d'énergie par rapport à une consommation de référence constatée pour une année d'exploitation qui ne peut être antérieure à 2010, au choix de l'assujetti – choix encadré par les dispositions légales et réglementaires en vigueur –, ajustée en fonction des variations climatiques :

- d'ici 2030, une réduction de 40 % par rapport à la consommation énergétique de l'année de référence ;
- d'ici 2040, une réduction de 50 % par rapport à la consommation énergétique de l'année de référence ;
- d'ici 2050, une réduction de 60 % par rapport à la consommation énergétique de l'année de référence.

¹ 16 % pour le tertiaire et 31 % pour le résidentiel, selon les Chiffres clés de l'énergie - Édition 2022 publiés par le Ministère de la Transition énergétique.

SOIT UN NIVEAU DE CONSOMMATION FIXÉ EN VALEUR ABSOLUE (EN KWHEF/M²/AN) PAR CATÉGORIE D'ACTIVITÉ ET MODULÉ SELON L'INTENSITÉ D'OCCUPATION.

Il est par ailleurs à noter qu'une modulation de ces objectifs est prévue pour certains bâtiments soumis à l'obligation.

En outre, le même article prévoit une obligation d'information annuelle sur les consommations réalisées sur une plateforme dédiée administrée par l'ADEME.

Les articles R. 174-22 et suivants du même Code précisent les règles de ce dispositif s'agissant :

- du champ d'application de l'obligation :
Identification des activités tertiaires concernées (marchandes ou non marchandes) ;
 - Seuil de mise en œuvre de l'obligation (règle des 1 000 m² de surface de plancher² en deçà duquel il s'agit de « petit tertiaire », non soumis à l'obligation) ;
 - Dérogations (constructions ayant donné lieu à un permis de construire à titre précaire, bâtiments destinés au culte ou permettant l'exercice d'une activité opérationnelle à des fins de défense, de sécurité civile ou de sûreté intérieure du territoire (art. R. 174-22), étant précisé que les propriétaires comme les occupants des biens en cause sont susceptibles d'être concernés) ;
- des modalités de détermination des objectifs de réduction (art. R. 174-23 à R. 174-25) ;
- de la modulation des objectifs (art. R 174-26 et à R. 174-32).

Pour atteindre ces objectifs, plusieurs types d'actions peuvent être mises en place par les personnes concernées :

- la réalisation de **travaux** de rénovation énergétique des bâtiments ;
- l'installation d'**équipements plus performants** et la mise en place de **dispositifs de contrôle et de gestion** de ceux-ci ;
- des **actions de sensibilisation/communication** pour une évolution des comportements des usagers des bâtiments vers plus de sobriété.

Précisons enfin que, à compter du 1^{er} janvier 2024, les communes et EPCI à fiscalité propre de plus de 50.000 habitants doivent indiquer, dans le rapport « développement durable » qu'ils établissent, le programme d'actions mis en place pour assurer la réduction de la consommation d'énergie des bâtiments ou des parties de bâtiment à usage tertiaire dont la collectivité concernée est propriétaire (art. L. 2311-1-1 du CGCT, les départements et régions étant soumis à la même obligation).

Au-delà de ce dispositif, la réglementation en matière de performance énergétique des bâtiments concerne également la **mise en place de diagnostics**.

On mentionnera à ce titre l'obligation pour les plus grandes entreprises³, issue de la loi du 16 juillet 2013 « DDADUE », de réaliser tous les quatre ans un **audit énergétique des activités** qu'elle exercent en France, audit répondant à des critères fixés par la voie réglementaire et établi de manière indépendante par des « **auditeurs reconnus compétents** » (art. L. 233-1 à L. 233-3 du Code de l'énergie, lesquels envisagent également la mise en place d'un système dit de « management de l'énergie », procédure d'amélioration continue de la performance énergétique par une analyse des consommations d'énergie pouvant faire l'objet d'une certification par un organisme compétent en la matière, ainsi que les articles R. 233-1 à D. 233-16 du même Code consacrés aux mêmes sujets).

Une autre obligation, cette fois prévue par le Code de l'environnement, concerne, elle, tant les personnes publiques que privées et consiste dans l'établissement d'un **bilan des émissions de gaz à effet de serre (BEGES)**. Plus précisément, ce sont les personnes morales de droit privé employant plus de 500 personnes (ou 250 en outre-mer), ainsi que l'État, les régions, les départements, les métropoles, les communautés et les communes de plus de 50.000 habitants ainsi que les autres personnes morales de droit public employant plus de 250 personnes qui sont tenues d'élaborer ce bilan, sous peine d'une sanction financière en cas de manquement (art. L. 229-25 dudit Code). Ce bilan est complété d'un plan de transition pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre, indiquant les objectifs, moyens et actions envisagés à cette fin et, le cas échéant, les actions



². Règle applicable pour un bâtiment avec des activités tertiaires exclusives - et le cas échéant des activités non tertiaires accessoires), pour la partie d'un bâtiment mixte accueillant des activités tertiaires ou pour tout ensemble de bâtiments accueillant sur une même unité foncière ou un même site des activités tertiaires.

³. Dont l'effectif est supérieur ou égal à 250 personnes ou dont le chiffre d'affaires annuel excède 50 millions d'euros et le total de bilan 43 millions d'euros (art. R. 233-2 du Code de l'énergie).

prises en œuvre lors du précédent bilan, la mise à jour étant réalisée tous les 4 ans pour les personnes privées et tous les 3 ans pour les personnes publiques. S'agissant de ces dernières, le bilan porte sur leur patrimoine et leurs compétences.

Il est encore à relever qu'il existe un **service public de la performance énergétique**, qui inclut la mise en place de guichets d'information, de conseil et d'accompagnement à la rénovation énergétique des logements, prioritairement mis en œuvre à l'échelle de chaque établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre (art. L. 232-1, L. 232-2 et suivants du Code de l'énergie). Celui-ci peut, en pratique, s'étendre à ce que l'on qualifie de « **petit tertiaire** », c'est-à-dire non soumis aux obligations précitées. Toutefois, ceci ne permet ni de répondre au besoin du reste des bâtiments tertiaires ni même de répondre à l'ensemble des besoins s'agissant de ce petit tertiaire, en raison de moyens limités et d'une structuration encore en cours.

B. ENJEUX DE MISE EN ŒUVRE

Car le respect des obligations qui viennent d'être exposées implique la réalisation d'un certain nombre d'actions par des personnes publiques ou privées dont le « métier » premier n'est généralement pas la gestion bâtiminaire. Cette dernière implique en effet **une expertise technique** et bien souvent une ingénierie financière. Cette remarque est d'ailleurs aussi valable pour les personnes qui, sans être contraintes par les obligations précitées, veulent mettre en place une politique volontariste en matière de performance énergétique de leurs bâtiments tertiaires. Agir sur les consommations énergétiques de tous les bâtiments, y compris les bâtiments tertiaires non soumis au dispositif Eco Energie Tertiaire, est incontournable pour atteindre les objectifs d'atténuation du changement climatique fixés au niveau national et dans les plans climat-air-énergie territoriaux, dont l'élaboration repose sur les intercommunalités⁴, ainsi que pour assurer la réalisation du programme d'actions dudit plan.

2. Pourquoi la nécessité d'un guide présentant différents outils ?

En premier lieu, ainsi qu'on vient de le voir, les attentes et les besoins des personnes publiques et privées, selon qu'elles sont soumises ou non à des obligations, selon aussi le type d'obligations ou encore leur volonté d'action voire leurs expertises et moyens, vont varier. De même, les intercommunalités souhaiteront ou pourront mettre en place certains types d'aides techniques ou financières : en cela, la présentation d'un panel d'outils, selon les objectifs attendus de l'action, apparaît utile.

La présentation des fiches du présent guide a d'ailleurs ainsi été conçue par une entrée en termes d'objectif d'aide que

Ainsi, les personnes concernées par la gestion de bâtiments tertiaires peuvent avoir besoin d'un **soutien à plusieurs égards** :

- dans la connaissance même des obligations qui sont les leurs, des actions susceptibles d'être mises en place, mais aussi des aides, en particulier financières, qu'elles sont susceptibles d'obtenir, sans oublier naturellement la connaissance technique des travaux et achats pouvant être réalisées pour être à même de répondre à ces obligations de façon à la fois efficace et maîtrisée d'un point de vue financier;
- dans la conduite et/ou la réalisation des travaux à mettre en œuvre;
- dans l'acquisition des équipements et services nécessaires à la mise en œuvre des actions;
- dans la politique d'animation et de communication à l'égard des utilisateurs;
- et, naturellement, pour le financement de l'ensemble de ces actions.

Et, si les enjeux, à la fois d'atténuation des effets du changement climatique (le bâtiment représentant 23 % des émissions de gaz à effet de serre et 47 % de la consommation d'énergie finale⁵, ce qui lui confère un rôle central dans l'atteinte des objectifs climat-énergie de la France), d'amélioration du confort des occupants des bâtiments concernés et de réduction de la facture énergétique sont aujourd'hui appréhendés, il n'en reste pas moins que la mise en œuvre des actions concourant à ces objectifs peut s'avérer délicate. Dans ce contexte, les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (communautés et métropoles, ci-après « les intercommunalités », incluant également les établissements publics territoriaux) s'avèrent être des accompagnateurs utiles par leur capacité à mutualiser une expertise et des moyens techniques et financiers.

l'intercommunalité se sera assignée : apporter un conseil, une aide financière, un soutien technique par une expertise ou la réalisation de travaux, etc.

En second lieu, force est de constater que, en dépit de certaines tentatives législatives de créer des outils ad hoc spécifiquement dédiés à la rénovation énergétique/performance énergétique des bâtiments, ceux-ci ne suffisent pas nécessairement à répondre à tous les besoins exprimés ; des dispositifs traditionnels, utilisables dans d'autres domaines, peuvent au demeurant être tout à fait pertinents.

⁴. Art. L. 229-26 du Code de l'environnement, qui attribue à la Métropole de Lyon et aux EPCI à fiscalité propre de plus de 50 000 habitants le rôle d'élaboration des PCAET, qui peuvent transférer cette compétence à l'établissement public en charge du SCOT.

⁵. Source : <https://www.ecologie.gouv.fr/construction-et-performance-environnementale-du-batiment>, 14 oct. 2022 et Chiffres clés de l'énergie - Édition 2022 publiés par le Ministère de la Transition énergétique.

À titre d'illustration topique, si l'on examine le Code général des collectivités territoriales, un article pourrait laisser à penser qu'un recensement des outils disponibles n'est pas nécessaire, le texte en cause pouvant paraître rapidement résoudre le sujet par le recours au seul dispositif qu'il instaure.

En effet, l'article L. 2224-34 du CGCT énonce dans son dernier alinéa, dans sa version en vigueur que :

« Les personnes publiques mentionnées au présent article [les EPCI ayant adopté le plan climat air énergie et les syndicats exerçant la compétence d'autorité organisatrice de la distribution d'électricité] peuvent prendre en charge, pour le compte de leurs membres, des études et tout ou partie des travaux nécessaires pour améliorer la performance énergétique des bâtiments dont ces membres sont propriétaires. Elles peuvent assurer le financement de ces études et de ces travaux. À cette fin, des conventions sont conclues avec les membres bénéficiaires. »

Cette disposition avait été intégrée à l'article L. 2224-34 du CGCT par l'article 16 de la loi du 9 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat en vue de permettre aux structures intercommunales mentionnées d'« intervenir pour leurs membres aux fins d'améliorer la performance énergétique des bâtiments dont ces membres sont propriétaires »⁶.

En particulier, cette insertion visait à permettre aux intercommunalités d'accompagner leurs membres dont la conclusion et l'exécution de contrats de prêts dits « Intracting », lesquels sont remboursés au fur et à mesure des économies d'énergie réalisés grâce aux travaux financés. Compte tenu de la technicité attendue pour mettre en place ce type de convention (sur les mesures des économies d'énergie et la gestion du prêt en conséquence) ainsi que de l'intérêt d'une mutualisation à l'échelle intercommunale, il apparaissait pertinent que ces prêts puissent être gérés par la structure intercommunale, bien que cette dernière n'ait pas la compétence statutaire ou légale pour gérer les bâtiments objets des travaux.

L'insertion de cette habilitation législative à intervenir en matière de performance énergétique sur les bâtiments d'autrui aurait donc pu être considérée comme l'outil véritablement pertinent, mettant fin ainsi au questionnement sur le sujet d'un accompagnement par les intercommunalités en matière de performance énergétique.

Toutefois, il s'avère que ce seul dispositif n'est pas suffisant, et ce à plusieurs égards :

- il ne concerne pas toutes les intercommunalités, puisque certaines d'entre elles n'ont pas de PCAET approuvé ;
- il n'est applicable qu'aux seuls bâtiments des membres des intercommunalités concernés et non aux bâtiments de propriétaires privés (ou d'autres bâtiments publics) ; de surcroît, il ne concerne que les bâtiments dont ses membres sont propriétaires et non ceux qu'ils occupent sans les détenir ;

- le dispositif n'évoque que les « études [récemment ajoutées] et les travaux » d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments : il ne concerne donc pas les autres interventions en la matière, les actions d'information et de communication ou encore les diagnostics hors études pour travaux par exemple ;
- surtout, cet article mentionne la conclusion d'une convention pour pouvoir intervenir ; on aurait alors pu considérer qu'il s'agissait de la création d'une nouvelle convention ad hoc, susceptible de déterminer totalement les conditions de la prise en charge, financière ou matérielle, des études et travaux. Or, si à ce jour nous ne disposons pas de l'interprétation du juge sur ce point, il ressort des travaux législatifs les plus récents que cette convention n'est pas un nouveau type de contrat, qui pourrait notamment permettre de s'exonérer des règles de la commande publique par exemple lorsque celles-ci sont applicables. En effet, l'amendement qui est venu ajouter la notion d'études dans le texte précisait, dans sa première version, que « Ces conventions définissent, le cas échéant, les modalités de transfert de la maîtrise d'ouvrage, ainsi que celles du tiers financement ». Ces termes ont été modifiés (puis finalement supprimés) par un sous-amendement dont l'objectif était clair : supprimer l'idée que ce dispositif « serait autonome et distinct de la réglementation applicable aux contrats conclus par les personnes publiques, notamment le Code de la commande publique.

Ainsi, la conclusion de la convention entre la collectivité territoriale concernée et un EPCI ou un syndicat d'énergie sera susceptible, selon son contenu, d'être qualifiée de marché global de performance, le cas échéant à paiement différé, ou de marché de partenariat. La convention devra respecter le formalisme associé à ces contrats.

En d'autres termes, l'objectif de l'amendement 17 ne saurait être de créer une base juridique spécifique qui exempterait de l'application de ces dispositions⁷.

Selon cette analyse, la portée de cette disposition est dès lors limitée et impose d'examiner l'ensemble des outils existants à disposition des intercommunalités. Dans ce contexte en effet, **l'apport essentiel de ce dispositif serait qu'il permettrait aux intercommunalités concernées de ne pas avoir besoin de disposer d'une compétence statutaire spécifique pour intervenir au profit de leurs membres.** Car, pour mémoire, les structures de coopération locale sont soumises au principe de spécialité, lequel leur interdit d'agir en dehors des domaines dans lesquels la loi et/ou leurs statuts les autorise(nt) à intervenir.

Ainsi, et sauf à ôter toute portée juridique à cet alinéa, celui-ci permet de recourir aux outils conventionnels existants pour les appliquer aux travaux d'amélioration de la performance énergétique sans avoir à détenir une compétence statutaire, puisqu'ils disposent d'une habilitation législative.

6. Extrait de l'exposé des motifs de l'amendement n° 489 rect. Adopté en 1^{ère} lecture du projet de loi énergie et climat https://www.senat.fr/amendements/2018-2019/658/Amdt_489.html

7. <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/amendements/0682/AN/19>

3. Que trouver dans ce guide ?

Ce guide présente les outils disponibles pour les intercommunalités afin d'accompagner la réduction des consommations énergétiques des bâtiments tertiaires. Il complète le Focus «Maîtriser la consommation énergétique des bâtiments tertiaires», publié par Intercommunalités de France en février 2023⁸.

Ces outils sont présentés sous forme de fiches comportant les informations suivantes :

- Présentation synthétique de l'outil ;
- Objectifs/Intérêt de l'outil : l'outil peut permettre entre autres d'apporter un soutien financier, un appui technique, etc. ;
- Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil dans le domaine de la rénovation énergétique des bâtiments ;
- Fondement juridique ;
- Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir ;
- Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés ;
- Conditions juridiques de mise en œuvre ;
- Éléments d'appréciation de l'outil : cela inclut notamment le degré de complexité et le coût de mise en œuvre.

Ce guide a vocation à fournir un premier niveau d'analyse juridique mais ne se substitue pas à un conseil juridique. Il vise notamment à accompagner les services en charge des politiques énergétiques dans l'identification des outils per-

tinents à mobiliser selon le public visé (acteurs privés, communes, etc.), les moyens disponibles et les outils déjà en place au niveau de l'intercommunalité.

Elle présente ainsi :

- Les outils de mutualisation RH et matériels des intercommunalités :
 - La création d'un service commun
 - La mise à disposition descendante
 - La mise en commun de moyens
- Les outils d'achat groupé :
 - Le groupement de commandes
 - La centrale d'achat
- Les outils de soutien à caractère essentiellement financier
 - Le fonds de concours
 - Les subventions/offres de concours
- Les outils institutionnels d'accompagnement
 - Le transfert d'une compétence statutaire dédié
 - La participation à une entreprise publique locale
- Les outils conventionnels d'accompagnement :
 - La coopération par la convention de gestion et la prestation de service
 - La délégation de maîtrise d'ouvrage et le transfert de maîtrise d'ouvrage
 - La mutualisation dans le cadre des marchés globaux de performance expérimentaux

⁸. Accessible au lien suivant : <https://www.intercommunalites.fr/publications/maîtriser-la-consommation-energetique-des-batiments-tertiaires/>

Glossaire

AODE: Autorité organisatrice de la distribution d'énergie

CCP: Code de la commande publique

CGCT: Code général des collectivités territoriales

CST: Comité social territorial

EPCI à FP: établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ; inclut les communautés de communes, d'agglomération, urbaines et les métropoles

EPT : Établissement public territorial: structure de coopération locale spécifique sur le périmètre de la métropole du Grand Paris, au régime juridique hybride, régi par les dispositions de l'article L. 5219-5 du CGCT notamment.

Intercommunalités: équivalent dans ce guide du terme «EPCI à fiscalité propre», qui inclut donc les différentes catégories de communautés et les métropoles mais en y ajoutant également, sauf mention contraire dans le corps du guide, les EPT qui sont sans fiscalité propre.

MGP: marché global de performance

Syndicat mixte fermé: groupement de coopération locale ayant pour membres des EPCI à FP exclusivement ou des EPCI à FP et des communes, soumis au régime juridique prévu aux articles L. 5711-1 et suivants du CGCT

Syndicat mixte ouvert: groupement de coopération locale ayant pour membres les personnes mentionnées à l'article L. 5721-2 du CGCT, soumis au régime juridique prévu aux articles L. 5721-1 et suivants du CGCT.

Outils

BÉNÉFICIER DE L'EXPERTISE DE SERVICES INTERCOMMUNALISÉS: LA MUTUALISATION RH PAR LE SERVICE COMMUN

Présentation

Le service commun constitue un outil juridique de mutualisation RH permettant de regrouper les services et équipements d'un EPCI à fiscalité propre et d'une ou plusieurs de ses communes membres et, le cas échéant, d'un ou plusieurs établissements publics rattachés, afin de favoriser l'exercice des missions de ces structures et de rationaliser les moyens nécessaires.

Objectifs/Intérêt de l'outil

- Permettre aux bénéficiaires de profiter d'un soutien technique en raison de la centralisation des services entre les parties au service commun, notamment sur des missions nécessitant une expertise particulière, et d'un retour d'expérience grâce à la multiplication des missions réalisées par une même équipe.
- Réaliser des économies par la gestion unifiée du service.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

En l'absence d'organisation légale de la création et de la répartition des services au sein d'une collectivité, les contours d'un service commun peuvent être très variés; on pourrait ainsi imaginer, selon les besoins que l'on souhaite mutualiser:

- Création d'un service commun « gestion bâtementaire » pouvant avoir des agents spécifiquement consacrés aux

questions de performance énergétique, qui réalise ou fait réaliser les études, identifie les besoins de travaux, sollicite les financements, sensibilise les utilisateurs des bâtiments aux enjeux de la sobriété énergétique, conseille les communes demeurées compétentes en matière de PLU pour intégrer des critères de performance énergétique des bâtiments, etc.

- Création d'un service commun en matière d'achat public, qui prépare les documents des marchés à engager en matière de performance énergétique.
- Mise en place d'un conseiller en énergie partagé, d'un économiste de flux.
- Création d'un service commun en matière de communication / information / accompagnement des projets opérationnels pour les actions « développement durable / économies d'énergie » qui interviendrait à divers titres, par exemple pour assurer des formations mutualisées des agents des intercommunalités, communes membres et établissements publics rattachés aux actions permettant la maîtrise de la consommation énergétique, créer des outils de sensibilisation à la problématique de la sobriété énergétique, réaliser le montage des dossiers de subventions ou mener les actions de valorisation des certificats d'économie d'énergie⁹...

Fondement juridique

Article L. 5211-4-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

⁹. Pour plus d'informations sur ce dispositif, voir <https://www.ecologie.gouv.fr/dispositif-des-certificats-deconomies-denergie>

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Outil réservé aux EPCI à fiscalité propre (non prévu pour les EPT).

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

- Communes membres de l'EPCI à fiscalité propre
- Établissements publics rattachés à l'EPCI ou à ses communes membres.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

- Bâtiments des communes membres ou établissements publics susvisés: bâtiments en propriété ou gestion publique donc, qu'ils appartiennent au domaine public ou privé.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la question de la nécessité de disposer d'une compétence statutaire spécifique: cette possibilité de mutualisation de services n'en requiert pas car elle intervient en dehors de tout transfert et concerne l'exercice de missions opérationnelles ou fonctionnelles, à l'exception des missions réalisées par les centres de gestion, pour les communes et établissements publics obligatoirement affiliés.
- S'agissant des missions fonctionnelles, l'article L. 5111-1-1 du CGCT définit les services fonctionnels comme les « services administratifs ou sociaux territoriaux concourant à l'exercice des compétences des collectivités intéressées sans être directement rattachés à ces compétences » (l'article L. 5211-4-2 jusqu'en 2015 énonçait une liste comprenant la gestion du personnel, la gestion administrative et financière, l'informatique, l'expertise juridique, l'expertise fonctionnelle et l'instruction des décisions prises par les maires au nom de la commune ou de l'État, cette exhaustivité ayant aujourd'hui disparu).
- S'agissant des missions « opérationnelles », le terme, non défini, permet d'inclure des missions relatives à des compétences sur lesquelles les communes membres demeurent habilitées à intervenir.
- S'agissant de performance énergétique, sauf à tenter de créer une compétence spécifique en la matière (voir fiche consacrée à ce sujet), les interventions des communes, de l'intercommunalité et des établissements publics rattachés se complètent puisque chacun demeure compétent sur ses propres bâtiments: l'outil de mutualisation « service commun » apparaît donc tout à fait adapté.

- Les modalités de la mise en commun de services sont réglées par une convention, accompagnée d'une fiche d'impact sur l'organisation et les conditions de travail, la rémunération et les droits acquis des agents. La convention, qui prévoit le nombre de fonctionnaires et d'agents transférés, est soumise à l'avis des comités sociaux territoriaux compétents.
- Les effets financiers entre l'intercommunalité et les communes peuvent s'imputer sur l'attribution de compensation (pour les EPCI à fiscalité professionnelle unique) ou être réglés dans la convention, chaque partie devant participer financièrement au titre des missions que les agents du service commun exercent pour son compte.
- Le service commun est géré par principe par l'intercommunalité ou par dérogation par une commune membre; les agents qui remplissent en totalité leurs fonctions dans un service ou une partie de service mis en commun sont transférés de plein droit à l'EPCI à fiscalité propre ou à la commune gestionnaire du service; ceux qui remplissent en partie leurs fonctions dans un service ou une partie de service mis en commun sont de plein droit mis à disposition, sans limitation de durée, à titre individuel, de ce gestionnaire.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Il s'agit d'un outil régulièrement utilisé; si sa mise en place peut être, une fois décidée, rapidement effectuée, il convient en amont d'opérer un travail préalable avec les entités concernées pour établir le périmètre de service le plus pertinent: dans la mesure où un service commun a vocation à perdurer et non à être utilisé comme un outil ponctuel, la logique à l'œuvre doit être plus large que la réalisation de travaux donnés sur un ou plusieurs équipements donnés et s'englober dans une logique plus étendue, qu'elle soit environnementale, de groupement d'achats, de travaux, en fonction de la mutualisation attendue.

Un travail doit également être mené s'agissant du financement du service (question de l'inclusion ou non dans l'attribution de compensation).

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

L'outil ne permet de répondre qu'aux seuls besoins des communes membres de l'intercommunalité ou des établissements publics rattachés mais peut en revanche répondre à un panel assez large de besoins en matière de performance énergétique: l'efficacité de l'outil et son caractère plus ou moins complet dépendra du périmètre plus ou moins large des services ainsi mutualisés.

Cela implique de disposer d'une expertise en matière de performance énergétique au sein même des services communaux/communautaires: l'outil n'est pas nécessairement adéquat si l'objectif est de faire appel à des prestataires extérieurs, sauf à créer un service commun achat public avec des intervenants connaisseurs en matière de performance énergétique.

De même, la mise en place d'un service commun n'est pas adaptée pour un besoin d'accompagnement ponctuel.

Le service commun ne permet pas de bénéficier d'une aide financière à la réalisation des projets.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Si la gestion du service doit être assurée par une seule des parties (en principe l'EPCI à fiscalité propre) qui a donc la responsabilité de la carrière des agents, en revanche il est à noter que les agents des services communs sont placés sous l'autorité fonctionnelle du maire ou sous celle du président de l'EPCI à FP en fonction de la mission réalisée : l'exécutif concerné a donc la responsabilité au titre des missions qu'il confie.

La mise en place du service commun ne modifie pas la répartition des compétences donc ne modifie pas les principes applicables en termes de maîtrise d'ouvrage des travaux ou de leur financement.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Le coût des agents doit en principe être pris en charge par la collectivité au profit de laquelle ces agents réalisent leurs missions : ainsi chaque commune qui recourt au service commun paye pour ce recours.

Pour rappel, il est possible d'imputer le coût du service sur l'attribution de compensation, ce qui peut avoir une incidence sur le coefficient d'intégration fiscale et donc une incidence financière (DGF).



BÉNÉFICIER DE L'EXPERTISE DES SERVICES DE L'INTERCOMMUNALITÉ: LA MISE À DISPOSITION DESCENDANTE

Présentation

L'intercommunalité met à disposition d'une commune membre le service ou la partie de service nécessaire à l'exercice des compétences communales.

Objectifs/Intérêt de l'outil

Permettre aux bénéficiaires de profiter des compétences des services de l'intercommunalité dans des domaines pour lesquels ils n'ont pas d'agents disposant des expertises requises.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

Comme déjà évoqué, il n'existe pas en tant que telle de compétence « performance énergétique » conservée par les communes, les missions se disséminant au sein des différentes compétences exercées par les communes qui nécessitent de disposer de bâtiments à usage tertiaire: équipements sportifs, culturels etc.

Il s'agirait donc d'envisager une mise à disposition de portée plus large, d'agents communautaires affectés à des missions sur des bâtiments communautaires qui disposeraient à ce titre notamment d'une expertise en matière de performance éner-

gétique et qui pourraient en faire bénéficier leurs communes membres.

Les missions pourraient alors porter sur toutes les catégories d'actions existant en matière de performance énergétique, suivant les qualifications desdits agents: études, diagnostics, travaux, communication...

Fondement juridique

Article L. 5211-4-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

- Les syndicats de communes et les syndicats mixtes fermés (art. L. 5211-4-1, par renvoi pour les SMF)
- Les syndicats mixtes ouverts associant exclusivement des collectivités territoriales ou des collectivités territoriales et des groupements de collectivités (SMO dits « restreints », art. L. 5721-9 du CGCT).



Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Adhérents de l'intercommunalité.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Bâtiments des adhérents des intercommunalités nécessaires à l'exercice de leurs compétences: bâtiments propriété ou en gestion publique donc, qu'ils appartiennent au domaine public ou privé.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire spécifique: cela n'est pas requis, au contraire puisqu'il s'agit d'accompagner l'exercice des compétences communales.
- Cette faculté n'est ouverte qu'à la condition de présenter un intérêt en termes de « bonne organisation des services » (condition non reprise pour les SMO restreints toutefois), cette condition n'étant à notre sens pas bloquante en matière de performance énergétique: l'absence de personnel expert au sein des collectivités adhérentes apparaît susceptible de justifier du recours à cet outil.
- En vue de rédiger la convention de mise à disposition, il convient de pouvoir identifier les missions au titre desquelles les agents seront mis à disposition dans la mesure où les questions de performance énergétique sont transversales et ne concernent pas une compétence en particulier mais plusieurs (équipements sportifs, bâtiments scolaires etc.).
- La mise à disposition des services est régie par une convention conclue entre l'intercommunalité et chacune des communes concernées, après consultation du CST. La convention prévoit les modalités de remboursement, par la bénéficiaire de la mise à disposition, des frais de fonctionnement du service¹⁰.
- Le maire ou le président de l'établissement public adresse directement au chef du service mis à disposition toutes instructions nécessaires à l'exécution des tâches qu'il confie audit service. Il contrôle l'exécution de ces tâches. Il peut lui donner délégation de signature.

¹⁰. Sur ce point, cf. Art D. 5211-16 du CGCT

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Il s'agit d'un outil régulièrement utilisé; si sa mise en place peut être, une fois décidée, rapidement effectuée, il convient en amont d'identifier si les agents communautaires disposent d'une expertise en matière de performance énergétique dont ils sont susceptibles de faire profiter leurs adhérents.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Comme pour le service commun, le caractère plus ou moins complet de l'aide apportée par l'intercommunalité dépend du périmètre du service mis à disposition. S'y ajoute une autre restriction: la mise à disposition ne peut avoir lieu que pour l'exercice des compétences communales; il ne peut donc s'agir de mettre à disposition des services fonctionnels de l'intercommunalité (commande publique, communication etc.), ce qui limite nécessairement les actions susceptibles d'être menées par ces agents.

Par ailleurs, la mise à disposition descendante a vocation en principe à répondre à un besoin plutôt pérenne et non ponctuel ou unique.

Cette mise à disposition ne permet d'accompagner que les communes membres.

La mise à disposition de services ne permet pas de bénéficier d'une aide financière à la réalisation des projets.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Les agents sont communautaires donc l'intercommunalité a la responsabilité de la carrière desdits agents; en revanche les agents mis à disposition sont placés sous l'autorité fonctionnelle du maire, celui-ci détient donc une responsabilité au titre des missions qu'il confie.

La mise en place de la mise à disposition ne modifie pas la répartition des compétences, de sorte qu'elle ne change rien en termes de maîtrise d'ouvrage des travaux ou de financement des actions de performance énergétique menées.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Le coût des agents est pris en charge par la commune bénéficiaire de la mise à disposition: l'intercommunalité ne prend donc pas en charge ce coût.

BÉNÉFICIER D'OUTILS COMMUNS: LES BIENS INTERCOMMUNAUX PARTAGÉS

Présentation

L'intercommunalité acquiert des biens qu'elle partage avec ses communes membres selon les modalités prévues par un règlement de mise à disposition.

Objectifs/Intérêt de l'outil

Permettre aux bénéficiaires d'utiliser des outils qu'ils n'auraient peut-être pas acquis individuellement en raison de leur coût et/ou de leur faible récurrence d'utilisation.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

Acquisition d'un outil de suivi des performances énergétiques d'équipements et utilisation par les différentes communes membres.

Fondement juridique

Article L. 5211-4-3 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Aucune, cet outil étant réservé aux EPCI à fiscalité propre (EPT exclus donc).

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Adhérents de l'intercommunalité.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Bâtiments des adhérents des intercommunalités nécessaires à l'exercice de leurs compétences: bâtiments propriété ou en gestion publique donc, qu'ils appartiennent au domaine public ou privé.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire spécifique: cela n'est pas requis, au contraire puisque le texte précise même que cela est possible «y compris pour l'exercice par les communes de compétences qui n'ont pas été transférées antérieurement à l'établissement public de coopération intercommunale».
- Les biens en cause sont acquis par l'intercommunalité et sont utilisés en commun avec les communes membres dans le cadre d'un règlement de mise à disposition, qui doit donc être établi.
- Le texte ne prévoit aucune modalité financière de cette mise à disposition. Le coût correspondant aux biens mis en commun a néanmoins vocation à être partagé entre l'intercommunalité et les communes utilisatrices, en application du principe général selon lequel une personne publique n'a pas à assumer une charge qu'elle ne doit pas (CE, 19 mars 1971, Mergui, n°79962), une intercommunalité étant de surcroît régie par le principe de spécialité et n'ayant donc pas à assumer la charge financière de l'utilisation d'un équipement par une commune au titre de ses compétences communales.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Il s'agit d'un outil simple à mettre en place, seule l'élaboration d'un règlement est requise.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Il ne peut ici s'agir que d'un complément ponctuel aux besoins en matière de performance énergétique, surtout utile si un certain nombre des actions sont réalisées par les communes elles-mêmes puisque c'est elles qui utilisent les biens (il n'est pas prévu qu'elle puisse les prêter à leurs prestataires).

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Il n'existe pas de vigilance particulière, peut-être simplement prévoir l'hypothèse dans le règlement d'une dégradation ou perte d'un bien et de la prise en charge de la réparation ou du remplacement.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Il existe un coût d'acquisition voire de remplacement pour l'intercommunalité, avec toutefois une participation communale à prévoir au titre de l'utilisation du bien pour l'exercice de ses compétences.



ACQUÉRIR DES BIENS OU SERVICES PAR DE L'ACHAT GROUPÉ: LE GROUPEMENT DE COMMANDES

Présentation synthétique de l'outil

Le groupement de commandes permet à plusieurs acheteurs publics de s'associer et de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics. L'intercommunalité (sauf si c'est un EPT) peut être coordonnatrice du groupement, y compris sans en être membre, ce rôle permettant de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché au nom et pour le compte des autres membres.

Objectifs/Intérêt de l'outil

- Bénéficier de l'expertise de l'intercommunalité coordonnatrice dans le domaine objet de l'achat et en matière de commande publique (passation et exécution le cas échéant).
- Réaliser des économies d'échelle et réduire les coûts de procédure.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

- Acquisition de matériels pour la réalisation des travaux.
- Conclusion d'un marché pour disposer d'un prestataire pour la réalisation des travaux requis ou d'un prestataire de services disposant d'une expertise technique pour les diagnostics, études et audits.

Fondement juridique

- Articles L. 2113-6 et suivants du code de la commande publique,
- Article L. 5211-4-4 du CGCT pour les EPCI à fiscalité propre spécifiquement.

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Sur le fondement des dispositions générales du CCP: toutes les autres structures de coopération locale (les syndicats, de communes ou mixtes) sont susceptibles d'appartenir à un groupement de commandes et donc d'en être coordonnateurs dès lors que les conditions juridiques de mise en œuvre sont respectées.

Sur le fondement de l'article L. 5211-4-4 du CGCT (coordonnateur de groupement sans être soi-même membre du groupement): réservé aux seuls EPCI à FP.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

- Sur le fondement des dispositions générales du CCP: les acheteurs au sens de ce Code mais aussi des acheteurs privés autres.
- Sur le fondement de l'article L. 5211-4-4 du CGCT: uniquement les communes membres de l'EPCI à FP concerné.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

- Ceux détenus voire loués (selon la catégorie d'obligations concernée) par les personnes membres du groupement de commandes, personnes publiques ou privées le cas échéant.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire: il existe un prérequis dans les règles du droit commun du CCP, chaque membre du groupement de commandes doit être intéressé par la conclusion du ou des marchés publics qui seront conclus dans le cadre du groupement. Le coordonnateur, en tant que membre du groupement de commandes, doit donc formuler son besoin au même titre que les autres membres du groupement: l'intercommunalité ne peut donc pas en principe, intervenir si elle n'a pas de besoin.

En revanche, il existe une spécificité pour les EPCI à fiscalité propre en application de l'article L. 5211-4-4 du CGCT: ils ne sont pas tenus de participer au groupement de commandes, de sorte qu'ils peuvent assurer la passation et l'exécution de marchés ne correspondant pas à leurs besoins propres et peuvent ainsi intervenir pour leurs communes membres et cela, même si l'EPCI concerné ne dispose pas de la compétence pour laquelle l'achat est réalisé;

Deux conditions doivent alors être respectées:

- 1) Les statuts de l'EPCI doivent expressément prévoir cette possibilité;
- 2) La mission est confiée à l'EPCI à titre gratuit.

- Les membres du groupement doivent adopter une convention définissant les modalités de son fonctionnement et comprend notamment à ce titre les stipulations suivantes :
 - La durée du groupement, son caractère ponctuel ou pérenne,
 - L’objet du groupement,
 - La désignation du coordonnateur,
 - Le rôle respectif du coordonnateur et des autres membres,
 - Les modalités d’adhésion et de retrait des membres,
 - Les règles financières.

La convention doit nécessairement entrer en vigueur avant le lancement des procédures de passation des marchés publics. La conclusion de la convention n’a pas à faire l’objet d’une publicité particulière¹¹.

Dans le cadre d’un groupement de commandes permanent, les membres dont l’adhésion serait postérieure au lancement d’une procédure de passation ne peuvent bénéficier des prestations dont les marchés ont été conclus avant leur adhésion, eu égard à l’obligation de définir précisément la nature et l’étendue des besoins préalablement à la passation d’un marché public.

Éléments d’appréciation de l’outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Le processus est relativement simple à mettre en œuvre, par la conclusion d’une convention constitutive.

Il implique pour l’intercommunalité qui en est la coordinatrice une bonne connaissance des règles de la commande publique, pour la passation mais aussi, le cas échéant, l’exécution.

Lorsque le groupement est composé de différentes catégories d’acheteurs, tous soumis au Code de la commande publique, ce sont les règles les plus strictes de la commande publique qui doivent être mises en œuvre : il s’agit d’éléments que l’intercommunalité doit donc maîtriser.

Le champ des bénéficiaires est plus large que pour la centrale d’achat mais le champ d’intervention plus restreint (nécessité d’un besoin sauf mise en œuvre des dispositions de l’article L. 5211-4-4 du CGCT pour les EPCI à fiscalité propre) – voir la fiche consacrée à l’outil centrale d’achat.

CAPACITÉ DE L’OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Le groupement de commandes ne vise à pas à se substituer au maître d’ouvrage, seulement à l’accompagner dans son acte d’achats. Aussi, dans le cadre d’un marché de travaux,

le groupement de commandes, faute de permettre de confier la maîtrise d’ouvrage au coordonnateur, n’apparaît pas comme un outil totalement adapté.

En outre, il ne permettra pas nécessairement de couvrir tous les besoins en matière de performance énergétique, compte tenu de la sectorisation qui sera décidée (achat groupé de matériel ou d’études, etc.).

Si le groupement de commandes peut permettre des économies, il ne va en revanche pas prendre en charge une partie du financement du projet.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

La Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l’Économie et des Finances rappelle¹² que, si seul le coordonnateur désigné par la convention constitutive du groupement est susceptible de voir sa responsabilité engagée du fait des irrégularités de la procédure de passation, en application du Code de la commande publique, l’ensemble des acheteurs membres du groupement de commandes est solidairement responsable lorsque la passation et l’exécution d’un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés : une rédaction précise de la convention sur ce point apparaît donc pertinente, ce d’autant que, comme évoqué plus haut, le coordonnateur peut se voir chargé de la passation et de l’exécution des conventions.

COÛT POUR L’INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

L’intercommunalité prend en charge le coût de ses agents en charge du groupement (la convention prévoyant parfois une indemnisation des frais de gestion du coordonnateur et étant rappelé que le dispositif de l’article L. 5211-4-4 prévoit lui explicitement un système de gratuité).

¹¹. Cf. la fiche de la Direction des affaires juridiques consacrée à la mutualisation des achats : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/mutualisation-achats-2019.pdf

¹². Dans sa fiche consacrée à la mutualisation des achats précitée.

ACQUÉRIR DES BIENS OU SERVICES PAR DE L'ACHAT GROUPE: LA CENTRALE D'ACHAT

Présentation synthétique de l'outil

La centrale d'achat permet d'acquérir de manière groupée des fournitures ou des services ou de mutualiser la passation des marchés de travaux, fournitures ou services.

La personne publique constituée en centrale d'achats peut avoir pour missions principales:

- Une mission d'intermédiaire contractuel avec passation de marchés publics répondant aux besoins des acheteurs pour leur compte;
- Une mission de grossiste avec acquisition de fournitures et biens qu'elle stocke puis cède aux acheteurs.

L'acheteur a en outre la faculté de confier à la centrale d'achats des activités d'achats auxiliaires sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Objectifs/Intérêt de l'outil

- Bénéficier de l'expertise de l'intercommunalité constituée en centrale d'achat dans le domaine objet de l'achat et en matière de commande publique.
- Réaliser des économies d'échelle en raison du volume de commandes et réduire les coûts de procédure.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

- Au titre de l'activité de grossiste : acquisition auprès de la centrale d'achats de biens utiles pour la réalisation des travaux ou de services d'un prestataire en charge des études.
- Au titre de l'activité d'intermédiaire contractuel : faire conclure par la centrale d'achats certains marchés, par exemple pour faire réaliser les travaux ou les études requises.

Fondement juridique

Articles L. 2113-2 à L. 2113-5 du Code de la commande publique.

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Tout acheteur (pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice) peut se constituer en centrale d'achat, tous les syndicats (de communes, SMF et SMO) sont donc susceptibles de se constituer en centrale d'achats.

Si l'habilitation légale du CCP pourrait en première analyse sembler suffisante, la pratique conduit à constater que les services de l'État sollicitent l'insertion dans les statuts des syndicats de la mention de cette possibilité de se constituer en centrale d'achat.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Acheteurs soumis au Code de la commande publique (pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices) : ce n'est donc pas tout le tertiaire privé qui est concerné.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Cf. ci-dessus : bâtiments des acheteurs soumis au Code de la commande publique.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire : les intercommunalités constituées en centrale d'achat ne sont pas soumises à l'obligation d'avoir un besoin propre dès lors qu'il s'agit de procéder à des acquisitions pour le compte d'autres acheteurs.

En revanche, la mise en œuvre de l'outil par une structure de coopération locale impose, comme toute action d'un établissement public, le respect du principe de spécialité : le domaine des achats concernés doit entrer dans son champ de compétences (par exemple, une intercommunalité compétente en matière de déchets pourra acheter des bennes à ordures).

S'agissant d'achats relatifs à l'amélioration de la performance énergétique des bâtiments, comme évoqué plus haut, il n'existe pas de compétence légale en tant que telle sur le sujet : on rappellera en revanche que les intercommu-

nalités qui ont adopté un PCAET peuvent prendre en charge, pour le compte de leurs membres, des études et tout ou partie des travaux nécessaires pour améliorer la performance énergétique des bâtiments de ces membres (article L. 2224-34 du CGCT, voir fiche consacré à cet outil), la question étant alors de savoir si cette habilitation suffit en l'espèce.

Une ordonnance de la CAA de Marseille, régulièrement mentionnée s'agissant de la centrale d'achat, a énoncé qu'il «*n'entre pas dans [les] compétences [des syndicats d'agglomération nouvelle] d'acquérir des matériels de bureaux affectés à l'usage des communes membres et il ne leur appartient pas de se constituer en centrale d'achats pour les fournitures et matériels de bureau des communes de leur périmètre*» et a été interprétée comme interdisant une intervention des intercommunalités comme centrale d'achats en dehors du champ des compétences statutaires.

Partant, si cette analyse pourrait être discutée et que l'on constate dans la pratique la constitution de centrales d'achats au-delà du strict cadre des compétences statutaires¹³, une position très prudentielle consisterait à ajouter une compétence supplémentaire en matière d'accompagnement à l'amélioration de la performance énergétique par l'assistance aux achats afférents. Mais une telle démarche serait naturellement plus lourde (respect des dispositions de l'article L. 5211-17 du CGCT : voir fiche consacrée à cette question) et ne serait pas juridiquement justifiée dès lors que, depuis 2019, cette habilitation légale pour les intercommunalités ayant adopté leur PCAET existe. L'ajout d'une compétence supplémentaire ne vaudrait alors que pour dépasser le cadre strict de l'article L. 2224-34 (pour les intercommunalités sans PCAET, pour des bâtiments autres que la propriété des membres et au-delà des études et travaux).

- Aux termes des dispositions de l'article L. 2113-2 du CCP, une centrale d'achat exerce de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des deux activités d'achat centralisées que sont l'acquisition de fournitures ou de services et la passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services. Dans le premier cas, la centrale d'achat intervient comme grossiste en achetant, stockant et revendant des fournitures ou des services destinées à des acheteurs. Dans le second cas, elle intervient comme intermédiaire, passant des marchés de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs. Ces deux activités peuvent être confiées à la centrale d'achat sans procédure de publicité ni mise en concurrence.

En outre, comme évoqué plus haut et depuis la transposition en droit interne 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, la centrale d'achat peut également se voir confier des activités d'achats auxiliaires. L'article L. 2113-3 du CCP prévoit

ainsi désormais que les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat pour une activité d'achats centralisés peuvent également lui confier des activités d'achats auxiliaires qui consistent à fournir une assistance à la passation des marchés. Ces activités auxiliaires ne peuvent être confiées à la centrale d'achat sans mise en concurrence préalable qu'à la condition qu'elles soient en lien avec la fourniture d'une activité d'achat centralisé telle que définie à l'article L. 2113-2 du CCP.

Il peut s'agir, sans que cela ne soit exhaustif, de :

- « 1° Mise à disposition d'infrastructures techniques pour la conclusion des marchés de travaux, de fournitures ou de services ;
- 2° Conseil sur le choix, l'organisation et le déroulement des procédures de passation de marchés ;
- 3° Préparation et gestion des procédures de passation de marchés au nom de l'acheteur concerné et pour son compte ».

- Concrètement, la structure intercommunale qui se constitue en centrale d'achats adopte une délibération de création, laquelle fixe le périmètre d'intervention de la centrale, établit une convention d'adhésion à la centrale et un règlement. Plus précisément, s'agissant du recours à la centrale d'achats intermédiaire, la DAJ dans sa fiche précitée sur la mutualisation des achats précise que si l'établissement d'une convention n'est pas obligatoire entre les acheteurs et la centrale d'achat, « cette démarche est recommandée afin de déterminer précisément l'étendue des missions confiées à la centrale d'achat ».

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Le fait que la collectivité puisse se constituer en centrale d'achat permet d'éviter la création d'une structure ad hoc, ce qui rend le mécanisme assez simple, le rapprochant du groupement de commandes pour lequel la mise en place d'une convention constitutive est nécessaire.

La mise en œuvre de cet outil implique pour la structure intercommunale qui le met en place une bonne connaissance des règles de la commande publique ainsi que des besoins requis en matière de performance énergétique des bâtiments (pour notamment constituer des cahiers des charges pertinents ou pour acquérir les biens et services utiles).

Le champ des bénéficiaires est moins large que le groupement de commandes mais la centrale d'achat peut intervenir sans besoin de l'intercommunalité constituée en centrale d'achats ; cet argument a toutefois perdu en valeur depuis que l'EPCL à fiscalité propre peut être coordonnateur de groupement de commandes en dehors de ses compétences (voir fiche consacrée à ce point – article L. 5211-4-4 du CGCT).

¹³. À noter en particulier, sur le territoire de compétence de la CAA de Marseille précisément, la constitution par la Métropole Aix-Marseille-Provence d'une centrale d'achats dont le «*territoire est circonscrit aux compétences de la Métropole Aix-Marseille-Provence telles que fixées par les textes législatifs et réglementaires, y compris les achats transversaux liés aux fonctions support pour exercer ces compétences*», ce qui semble rejoindre l'acquisition de matériels de bureau discutée dans la décision précitée...



La complexité tient davantage au questionnement juridique sur la limite que pourrait apporter le juge, au regard du principe de spécialité, aux achats et aux marchés susceptibles être conclus sans disposer d'une compétence facultative spécifiquement consacrée à la performance énergétique.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

La centrale d'achat permet, par le biais d'un cahier des charges bien constitué, de guider les achats mais ne permet pas de se substituer totalement à la personne devant réaliser les travaux dès lors que celui-ci conserve sa qualité de maître d'ouvrage sans pouvoir la confier à la centrale d'achat.

Plus largement, elle ne permettra pas de répondre à tous les besoins en matière de performance énergétique compte tenu de l'étendue des besoins en la matière (réalisation d'audits et diagnostics, d'études, de travaux, acquisition de biens services divers...) qui ne sera pas nécessairement couvert dans son ensemble par la centrale.

En outre, si la centrale d'achat peut permettre des économies, elle ne prend pas en charge le financement même partiel du projet.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Dans le cadre de l'activité de grossiste, les marchés publics passés par la centrale d'achat le sont dans les conditions qui auraient dû être respectées si l'acheteur en question avait lui-même passé ce marché public. Or, selon que l'acheteur a la qualité d'entité adjudicatrice ou de pouvoir adjudicateur, les règles applicables sont différentes : un pouvoir adjudicateur ne peut faire appel à la centrale d'achats si les biens ou services

ont été acquis selon les règles de passation applicables aux entités adjudicatrices (le contraire étant en revanche possible) : la vigilance sur ce point est donc de mise.

En outre, en cas de règles de droit spécifiques à un type de biens (acquisition d'électricité), la centrale d'achats doit être vigilante à les respecter.

Dans le cadre de l'activité d'intermédiaire, et ainsi que le précise la DAJ, l'acheteur est responsable du respect des dispositions applicables pour les opérations de passation ou d'exécution du marché public dont il se charge lui, tandis que la centrale d'achat qui prend seule en charge la responsabilité du déroulement des procédures de passation du marché public assume la responsabilité directe de la légalité de la procédure.

Dit autrement, la répartition des responsabilités s'opèrera en fonction des missions exercées respectivement par l'intercommunalité centrale d'achat d'une part et par les acheteurs d'autre part.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

L'intercommunalité prend en charge le coût de ses personnels travaillant à la centrale d'achat, au suivi des acquisitions et des marchés à conclure/conclus.

APPORTER UNE CONTRIBUTION FINANCIÈRE À UN PROJET COMMUNAL: LE FONDS DE CONCOURS

Présentation

Le fonds de concours est une participation financière versée par un EPCI à fiscalité propre pour aider à la réalisation ou au fonctionnement d'un équipement.

Objectifs/Intérêt de l'outil

Réduire la charge financière pour la commune qui assume l'équipement.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

Apport financier en cas de travaux de rénovation d'une salle de sports pour améliorer sa performance énergétique.

Fondement juridique

Articles L. 5214-16 V (communautés de communes), L. 5215-26 (communautés urbaines et métropoles par renvoi de l'article L. 5217-7) et L. 5216-5 VI (communautés d'agglomération) du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

- Les EPT ne disposent pas de cet outil.
- En application de l'article L. 5212-26 du CGCT, les syndicats qui ont la compétence d'autorité organisatrice de la distribution d'électricité (AODE) peuvent apporter des fonds de concours pour financer la réalisation d'un équipement public local « en matière de distribution publique d'électricité, de développement de la production d'électricité par des énergies renouvelables, de maîtrise de la consommation d'énergie ou de réduction des émissions polluantes ou de gaz à effet de serre »: liste des équipements concernés plus limitée que pour les intercommunalités (voir ci-après) mais qui peuvent concerner néanmoins le domaine de la performance énergétique puisque cela vise des « équipements en matière de maîtrise de la consommation d'énergie »: on peut notamment imaginer que cela concerne des équipements de production de chauffage ou d'électricité moins éner-

giques ou alimentés par des énergies renouvelables. À noter enfin que le taux de participation est différent de celui concernant les EPCI à FP (voir ci-dessous).

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Adhérents de l'intercommunalité qui verse le fonds de concours.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Tout équipement de l'adhérent de l'intercommunalité: que des bâtiments de personnes publiques donc, les textes n'imposant pas spécifiquement que l'adhérent soit propriétaire du bien en cause.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Le fonds de concours doit avoir donné lieu à délibérations concordantes, adoptées à la majorité simple (c'est-à-dire à la majorité des membres qui votent), du conseil communautaire/comité syndical et de l'organe délibérant du membre concerné, qui précise bien l'équipement concerné (et non « les bâtiments publics communaux » de manière générale par exemple).
- Pour les EPCI à fiscalité propre: le montant total des fonds de concours ne peut excéder la part du financement assurée, hors subventions, par la commune bénéficiaire du fonds de concours; pour les syndicats AODE, il s'agit des trois quarts du coût hors taxes de l'opération concernée.
- Le fonds de concours doit nécessairement avoir pour objet de financer la réalisation ou le fonctionnement d'un « équipement »: la notion ne fait l'objet d'aucune définition juridique mais il ressort de la doctrine et de la jurisprudence les éléments suivants:
 - Assimilation à la notion comptable d'immobilisation corporelle, incluant les équipements d'infrastructure (voirie, réseaux divers, etc.) et les équipements de superstructure (équipements sportifs, culturels etc.) (Guide pratique de l'intercommunalité, 2006), une circulaire préfectorale faisant en outre référence à la réalisation d'installations, matériel et d'outillages techniques;
 - Les dépenses de fonctionnement ne peuvent servir à financer une action: il ne pourrait donc s'agir par exemple de financer les actions de sensibilisation des agents de manière générale aux économies d'énergie.

- S'agissant des dépenses d'investissement relatives à l'équipement, la doctrine gouvernementale indique également que le fonds de concours doit viser à financer la réalisation directe d'un équipement : cela ne peut pas « **financer le financement** » (remboursement en capital de l'emprunt) (Guide pratique de l'intercommunalité, préc.).
- Toujours selon le Guide pratique de l'intercommunalité, la notion de réalisation d'un équipement « **circonscrit la possibilité d'attribution de fonds de concours à la construction, la réhabilitation et l'acquisition d'un équipement. Les travaux d'aménagement ou d'amélioration sont visés dans la notion de réhabilitation** » : il apparaît ainsi que les travaux d'amélioration incluent ceux menés en matière de rénovation énergétique dès lors qu'il s'agit d'une amélioration.
- Les textes évoquant les dépenses de fonctionnement et d'investissement liées à un équipement sans restreindre aux seules dépenses de travaux, il apparaît que les dépenses d'étude liées à la réalisation des travaux sont intégrées par les intercommunalités dans le montant total des dépenses finançables.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

- La procédure est en tant que telle simple à mettre en place : adoptions de délibérations concordantes.
- C'est davantage la négociation financière, notamment à l'échelle du territoire communautaire, qui peut être plus délicate, selon la situation financière des uns et des autres.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

- Absence de dimension opérationnelle/expertise technique dans l'assistance apportée par l'intercommunalité : pas d'accompagnement à la réalisation des travaux par exemple, aide exclusivement financière. Les échanges sur les dossiers peuvent néanmoins être l'opportunité d'apporter un regard technique.
- Même du point de vue financier, absence de résolution de l'ensemble de la problématique puisqu'il existe un plafond au montant de financement apporté et l'aide ne peut être apportée qu'à des communes membres.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Risque limité au non respect des conditions du texte (par exemple aide supérieure au montant autorisé ou prise en compte de coûts non qualifiables de dépenses d'investissement ou de fonctionnement liées à un équipement) : irrégularité de l'aide, avec identification de l'irrégularité notamment dans le cadre d'un contrôle de gestion.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Coût égal au coût de traitement du dossier d'aide par les services et, surtout, à l'aide financière accordée.



PARTICIPER À L'ACCOMPAGNEMENT DANS LES TRAVAUX PUBLICS DE RÉNOVATION ÉNERGÉTIQUE: L'OFFRE DE CONCOURS

Présentation

L'offre de concours, outil issu de la pratique et consacré en jurisprudence, se définit comme un « *contrat par lequel une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir gratuitement une participation à l'exécution de ces travaux, cette participation étant généralement financière mais pouvant aussi prendre d'autres formes telle que la fourniture de terrain ou de main d'œuvre, ou la réalisation de prestations* »¹⁴.

Objectifs/Intérêt de l'outil

Permettre à l'intercommunalité de faire bénéficier le porteur du projet de rénovation énergétique concerné (travaux publics) d'un soutien financier ou opérationnel dans la réalisation dudit projet.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

Aide financière à la réalisation de travaux sur un bâtiment communal partiellement occupé par l'intercommunalité pour sa rénovation énergétique.

Fondement juridique

Pas de texte légal, reconnaissance jurisprudentielle.

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Toute personne publique intéressée par la réalisation des travaux donc *a priori* tous les syndicats.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Toutes les personnes disposant de bâtiments sur lesquels les travaux à réaliser sont qualifiables de « travaux publics » (voir définition ci-après) et les bénéficiaires de l'offre de concours sont des personnes publiques.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Bâtiments des personnes publiques bénéficiaires de l'offre de concours, à condition que l'intercommunalité ait un intérêt à ces travaux (respect du principe de spécialité voir ci-après).

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire spécifique : la question est délicate car l'intercommunalité doit avoir un « intérêt » à formuler l'offre de concours : sur ce point, il est à noter que cette condition, valable pour toute offre de concours, doit être examinée nous semble-t-il avec une acuité particulière s'agissant d'une structure soumise au principe de spécialité : une intercommunalité ne peut en effet agir qu'au titre de ce principe de spécialité, il convient donc selon nous de s'assurer que les travaux réalisés répondront à cet impératif, faute pour l'offre de concours de constituer un dispositif légal explicite de dérogation à ce principe, comme le sont, par exemple, les fonds de concours. Une réponse ministérielle invoque le fait qu'une offre de concours financière de la Métropole de Nice a fait l'objet d'une observation des services de l'État comme ne respectant pas les règles applicables aux fonds de concours¹⁵ ; si la réponse apportée rappelle qu'il existe bien deux régimes distincts, elle ne se prononce pas spécifiquement sur la question du respect du principe de spécialité mais qui nous semble ne pas pouvoir être contourné. En revanche, cela pourrait davantage être le cas si le bâtiment à rénover est pour partie occupé par des services de l'intercommunalité.
- La question pourrait être posée de voir un intérêt de l'intercommunalité à rénover un équipement communal très énergivore, en ce que cette rénovation permettrait de contribuer à atteindre les objectifs du PCAET ; toutefois, dans la

¹⁴. Conclusions de Léglise P. sous TA Versailles, 18 juin 2004, Mme Delteil, n° 041928, Actualité Juridique Droit Administratif, 2004, p. 2158.

¹⁵. Rép. min., QE n° 04365 précitée.

mesure où l'intercommunalité a certes la charge de l'élaboration et du suivi de la mise en œuvre du PCAET, les textes ne la désignent pas comme directement responsables ou soumise à sanction en cas de non respect de ces objectifs, de sorte que l'argument ne serait pas nécessairement suffisant.

- Il doit y avoir des travaux publics à réaliser, ceux-ci se définissant comme des travaux « immobiliers exécutés dans un but d'intérêt général et pour le compte d'une personne publique » (CE, 9 décembre 2016, ERDF, n° 395228) : de simples missions de communication en matière de performance énergétique ne répondent pas à cette condition, pas plus selon nous que la réalisation de diagnostics ou d'études.
- Comme évoqué plus haut, la personne bénéficiaire doit être une personne publique¹⁶.
- La contribution apportée doit être volontaire et gratuite : la proposition de l'intercommunalité, qui doit être explicite, doit être faite de manière libre, sans contrainte ; la notion d'apport gratuit induit en outre que celui-ci est non compensé par une prestation équivalente du bénéficiaire de l'offre¹⁷.
- Le montant de l'aide financière apportée, s'il n'était pas contraint de la même manière que le fonds de concours (moitié du coût) dès lors que le principe de spécialité serait respecté, pour autant devra respecter les règles de participation minimale du maître d'ouvrage posées à l'article L. 1111-10 du CGCT.
- L'offre de concours sous forme de réalisation de travaux/participation des agents communautaires aux travaux pose la question du respect des règles en matière de marchés publics et en matière de fonction publique/mutualisation.
- En synthèse, l'utilisation de l'offre de concours, compte tenu du caractère jurisprudentiel de l'outil, nous paraît devoir être mobilisée avec précaution, en assurant plutôt une aide financière que matérielle et en cantonnant l'offre aux hypothèses où l'intercommunalité, au regard du principe de spécialité, dispose véritablement d'un intérêt compte tenu de ses activités et missions, à la réalisation des travaux.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

En soi, la mise en place d'une offre de concours, dès lors qu'elle respecte les conditions à sa mise en œuvre, est simple ; en revanche, c'est la vérification de la bonne caractérisation de ces conditions juridiques de mise en œuvre, en amont de la proposition, qui soulève de nombreuses interrogations en l'absence de critères légaux et de jurisprudence explicite sur la question de l'articulation de cet outil avec les principes applicables à une intercommunalité (principe de spécialité en particulier).

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

- L'outil ne pourra être mobilisé que pour la réalisation de travaux, par pour les autres actions.
- Il ne permettra pas de faire bénéficier en amont de l'expertise de l'intercommunalité sur les questions de performance énergétique (sur le choix du prestataire pour réaliser les travaux notamment).
- La personne publique bénéficiaire ne peut être certaine de l'obtention de l'aide, celle-ci devant provenir d'une proposition de l'intercommunalité et non d'une demande du bénéficiaire...

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Face à l'incertitude jurisprudentielle, le risque de contestation du processus ne peut être exclu, ce qui implique de pouvoir parfaitement justifier du respect de l'ensemble des conditions d'une telle offre.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Coût égal au montant de la participation apportée via l'offre de concours.

¹⁶. « la notion d'offre de concours ne s'applique que lorsqu'une personne publique apparaît comme partie à l'opération, en tant que bénéficiaire de la contribution (Conseil d'État, 18 mai 1870, Ville Marseille ; Conseil d'État, 14 mars 1879, min. Fin. c/ Dupont, Dreyfus ; Conseil d'État, 2 avril 1909, Crédit foncier de France) » (rep. min., QE n° 04365, JO Sénat 23 août 2018, p. 4364) <https://www.senat.fr/questions/base/2018/qSEQ180404365.html>

¹⁷. « il faut donc, pour qu'il y ait offre de concours, et selon le professeur Bernard Poujade (RD publ. 1985, p. 1625-1652), tout d'abord un apport gratuit, non compensé par une prestation équivalente du bénéficiaire de l'offre » (J.J. Louis, Offre de concours ou donation : à propos de la création d'un musée d'objets d'art japonais, Conclusions sur CAA Marseille, 28 juin 2004, Ville de Nice et Trémois, n° 02MA00231, RFDA 2005 p. 393).

ASSISTER LA RÉALISATION DES PROJETS D'AMÉLIORATION DE LA PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE DES BÂTIMENTS TERTIAIRES : CRÉATION D'UN SERVICE INTERCOMMUNAL DÉDIÉ PAR LE TRANSFERT D'UNE COMPÉTENCE SPÉCIFIQUE

Présentation

Il s'agit de transférer une compétence facultative dédiée spécifiquement à la rénovation énergétique du tertiaire.

Objectifs/Intérêt de l'outil

- Permettre à l'intercommunalité de se substituer aux communes membres dans l'assistance qu'elles peuvent accorder aux usagers de bâtiments tertiaires ;
- Selon la formulation statutaire retenue pour la compétence intercommunale, accompagner les membres dans des projets de performance énergétique qui demeureraient de compétence communale.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

- Création d'un guichet à l'attention de tous ceux ayant des projets en matière de rénovation/performance énergétique pour disposer des informations utiles en la matière, pour tous les types de bâtiments tertiaires.
- Création d'un service d'assistance, là encore à l'attention de tous ceux ayant des projets en matière de rénovation/performance énergétique, intervenant pour donner des conseils pour trouver le bon prestataire pour la réalisation des actions en matière de performance énergétique (études, diagnostics, travaux...).
- Transfert de compétence en matière de réseaux de chaleur (réseaux publics, voire réseaux techniques pour les équipements des membres) avec mise en place d'équipements utilisant des énergies renouvelables ou moins énergivores.
- En revanche, la mise en œuvre d'une compétence qui consisterait dans la « *réalisation des travaux de performance énergétique sur les bâtiments des membres* » apparaît soulever des difficultés juridiques qui font exclure cette possibilité (voir ci-après dans les conditions juridiques de mise en œuvre) ; de même, une compétence « *réalisation des études préalables* » n'apparaît pas pertinente à transférer : les outils de mutualisation RH (service commun, mise à disposition descendante) apparaissent plus adaptés.

Fondement juridique

Article L. 5211-17 du CGCT.

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

- Tous les syndicats peuvent se voir transférer des compétences non prévues par les textes, il faut néanmoins que tous leurs membres disposent de la compétence en cause, sauf à ce que ces syndicats soient « à la carte » et ne puissent faire transférer la compétence en cause que par ceux qui la détiennent.
- Même si cela n'est pas énoncé clairement, dans la mesure où les EPT sont sans statuts prévus par la loi, il est admis que ces structures puissent bénéficier d'un transfert de compétence facultative.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

L'ensemble des usagers du territoire communautaire concernés par les problématiques de performance énergétique des bâtiments à usage tertiaire, dès lors que la formulation de la compétence les vise globalement, y compris le cas échéant les membres de l'intercommunalité.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

En fonction de l'énoncé de la compétence facultative, comme indiqué ci-dessus, donc potentiellement les bâtiments de personnes publiques et privées.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire : il convient de répondre positivement car c'est l'objet même du recours à cet outil ; le recours à une compétence facultative apparaît nécessaire quand l'intercommunalité ne dispose d'aucune compétence en matière d'amélioration énergétique des bâtiments ou alors pour compléter la compétence légalement détenue pour réaliser des actions supplémentaires.
À cet égard, on indiquera que les communautés de communes et les communautés d'agglomération qui disposent

de la compétence optionnelle¹⁸ en matière de protection et mise en valeur de l'environnement détiennent celle intitulée «soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie»; les communautés urbaines et les métropoles, pour leur part, disposent obligatoirement de cette compétence, à laquelle s'ajoute une compétence en matière de «Contribution à la transition énergétique».

Si ces deux compétences légales ne sont pas définies dans leur contenu par les textes qui les instaurent, il apparaît que, au regard de leur formulation, ils peuvent permettre d'agir en accompagnement des interventions de personnes tiers («contribution», «soutien»); toutefois, des interventions qui dépassent le simple soutien (par exemple une compétence en matière de réseau de chaleur) nécessitera, même pour les EPCI disposant de ces attributions, une compétence facultative supplémentaire. Une analyse au cas par cas en fonction des actions projetés devra être menée.

- La procédure de transfert d'une compétence facultative à une intercommunalité est la suivante¹⁹:

- 1. Délibérations concordantes de l'organe délibérant de l'intercommunalité et d'une majorité qualifiée de communes²⁰, les communes membres disposant d'un délai de trois mois pour se prononcer sur le transfert courant à compter de la notification de la délibération de l'intercommunalité au Maire (l'absence de délibération dans ce délai valant accord²¹);
- 2. Arrêté préfectoral actant le transfert de compétences, le Préfet étant en situation de compétence liée²²: il ne peut refuser le transfert de compétences (sauf illégalité au regard de la compétence transférée naturellement);
- 3. À la date d'entrée en vigueur de l'arrêté, l'intercommunalité peut intervenir dans le domaine de compétence transféré; si la compétence était d'ores et déjà exercée par les communes membres, les biens nécessaires à l'exercice de la compétence seront de plein droit mis à disposition (communautés de communes, d'agglomération ou EPT – articles L. 1321-1 et suivants du CGCT) ou transférés en pleine propriété (communautés urbaines et métropoles), les services ou parties de services affectés à la compétence seront également transférés dans les conditions énoncées à l'article L. 5211-4-1 du CGCT), l'intercommunalité est substituée dans les contrats conclus (article L. 5211-17 du CGCT).

- Le sujet principal au transfert de cette compétence est celui du contenu de cette compétence et donc de son énoncé, au regard des principes et postulats suivants:
 - L'intercommunalité n'est habilitée à intervenir que dans des domaines dans lesquels ses communes membres sont susceptibles elles-mêmes d'intervenir: la compétence transférée ne pourrait donc pas par exemple consister à réaliser des travaux de rénovation énergétique sur des bâtiments de propriétaires privés dès lors que les communes ne sont pas elles-mêmes autorisées

à le faire. Partant, la compétence pourrait, s'agissant des bâtiments des personnes privées et comme évoqué ci-avant, consister en la création d'un guichet pour que ces usagers privés disposent de l'ensemble des informations utiles, voire de consultations de personnes qualifiées en matière de performance énergétique, à l'instar de ce que proposent parfois certaines intercommunalités en matière d'urbanisme/architecture.

- Il serait juridiquement discutable selon nous d'envisager une compétence relative à la réalisation de travaux de rénovation énergétique sur des bâtiments demeurant de compétence communale, dans la mesure où la qualification de compétence pour la réalisation de travaux sur un bien non transféré/mis à disposition pourrait être contestée: le bien serait-il mis à disposition le temps des travaux? Mais alors qu'en est-il si l'activité de service public communal qu'il accueille continue d'être exercée par la commune? Cela conduirait ainsi à une distinction entre investissement et fonctionnement (et même entre plusieurs types d'investissement), discutable au regard des principes applicables en la matière: l'outil mandat de maîtrise d'ouvrage ou transfert de maîtrise d'ouvrage (voir fiche consacrée à ce point) apparaîtrait plus pertinent.
- De même une compétence en matière d'études pré-alables, qui conduirait l'intercommunalité à réaliser les études nécessaires sur les bâtiments communaux pour identifier les travaux à réaliser/réalisables pose question: serait-il véritablement pertinent et opportun opérationnellement, au-delà de la question juridique du «saucissonnage» d'une compétence, de confier l'ensemble des études portant sur la performance énergétique des bâtiments (et non sur les autres travaux)? À cet égard, l'outil «prestations de services» (voir fiche sur ce point), qui permet la réalisation ponctuelle d'études sur un sujet donné, apparaît plus pertinent.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

La procédure de transfert de compétences est en soi simple, connue des intercommunalités et de leurs communes membres.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Si le transfert d'une compétence a un intérêt pour accompagner les propriétaires privés comme publics si ladite compétence consiste à apporter des conseils et informations en

¹⁸. Entendu comme une des compétences listées par le CGCT qu'elles ne sont pas tenues de détenir sauf transfert volontaire (articles L. 5214-16 et L. 5216-5 du CGCT).

¹⁹. Cette procédure n'est pas celle applicable aux SMO pour lesquels des règles spécifiques sont applicables.

²⁰. Deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci, ou par la moitié au moins des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population, cette majorité devant nécessairement comprendre, pour les EPCI à fiscalité propre, le conseil municipal de la commune dont la population est la plus nombreuse, lorsque celle-ci est supérieure au quart de la population totale concernée et, pour les syndicats, les conseils municipaux des communes dont la population est supérieure au quart de la population totale concernée.

²¹. Sur ce point, les SMF sont soumis à une règle spécifique.

²². CE, 3 mai 2002, Commune de Laveyron, n° 217654.

matière de performance énergétique des bâtiments – et est donc intéressant dès lors pour les personnes privées dès lors que peu d’outils les concernent – il apparaît, en revanche, ne pas répondre à tous les besoins car il n’apparaît pas pertinent – voire discutable juridiquement – d’y recourir pour faire réaliser les travaux par l’intercommunalité et même les études préalables.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

L’intercommunalité assume l’ensemble des responsabilités correspondant à la compétence transférée, y compris d’ailleurs pour les actions menées antérieurement par les communes

membres à ce titre et qui induirait un contentieux engagé postérieurement au transfert.

COÛT POUR L’INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Prise en charge du coût du service pris en charge, éventuellement pris en compte dans le cadre du transfert de charges pour les EPCI à FPU si un service similaire existait d’ores et déjà dans les communes ayant transféré la compétence (cas de figure *a priori* très peu fréquent).



APPORTER LE SOUTIEN TECHNIQUE D'UNE STRUCTURE TIERCE POUR LA RÉALISATION DE TRAVAUX: LA PARTICIPATION À UNE ENTREPRISE PUBLIQUE LOCALE

Présentation

L'entreprise publique locale, société d'économie mixte (SEM) ou société publique locale (SPL), est une société de droit privé à capitaux majoritairement ou exclusivement publics réalisant des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général. L'intercommunalité, en devenant actionnaire d'une telle société, participe à la création d'un outil opérationnel susceptible d'intervenir pour d'autres collectivités.

Objectifs/Intérêt de l'outil

Faire bénéficier les collectivités de l'expertise d'une structure intervenant en matière de construction/rénovation.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

- Mise en place d'une EPL intervenant en tant que titulaire d'un contrat de performance énergétique.
- Réalisation par l'EPL de prestations diverses en matière de performance énergétique (études, travaux...), dès lors que cela correspond à son objet social (aménagement/ réalisation, exploitation/gestion d'équipements publics, d'installations produisant des énergies renouvelables...).

Fondement juridique

- Article L. 1521-1 CGCT pour les SEM.
- Article L. 1531-1 CGCT pour les SPL.



Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Les groupements de collectivités peuvent être actionnaires des EPL : l'ensemble des syndicats, à l'exception des syndicats mixtes ouverts autres que ceux de l'article L. 5721-8 du CGCT peuvent détenir des participations dans une SEM ou SPL, à condition toutefois de disposer d'une compétence correspondant à l'objet social de la société.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Les acheteurs ayant recours au service de l'EPL (actionnaires de la SPL, acheteurs de façon plus large pour une SEM).

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Les bâtiments dont les acheteurs susvisés ont la charge.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Nécessité pour l'intercommunalité de disposer d'une compétence statutaire : l'objet social de l'EPL doit s'inscrire dans le cadre d'une compétence exercée par chacun de ses actionnaires publics, étant précisé que, lorsque l'objet social recouvre plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires, ces conditions impliquant une particulière vigilance en cas d'actionnariat détenu par une intercommunalité et ses communes membres : soit la compétence correspondant à l'objet social est une compétence partagée, soit l'intercommunalité d'une part et ses communes membres d'autre part interviennent au titre de compétences distinctes et les missions corrélatives de l'EPL devront être complémentaires ; une attention particulière doit donc être portée à la formulation de l'objet social de l'EPL pour s'assurer à la fois que celle-ci puisse agir dans le domaine de la performance énergétique et que l'intercommunalité puisse valablement y prendre des participations.
- Une SPL n'est constituée que d'actionnaires publics et ne peut agir qu'au profit de ceux-ci, les contrats pouvant ainsi lui être confiés par dérogation aux règles de publicité et mise en concurrence, compte tenu de la relation de quasi régie entretenue avec ses actionnaires.
- Une SEM peut intervenir de manière plus large puisque son champ d'intervention n'est pas limité à ses actionnaires publics ; en revanche si une personne publique actionnaire souhaite lui confier une prestation, les règles de publicité et mise en concurrence doivent être mises en œuvre.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Les SEM et SPL sont des outils connus des personnes publiques locales, ce qui peut faciliter leur mise en œuvre ; en revanche, des accords d'ordre politique notamment doivent intervenir pour fixer le contenu des statuts et du pacte d'actionnaires. S'agissant de la SEM, les actionnaires privés pertinents doivent être identifiés (financeur notamment).

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Selon l'objet social de l'EPL, les actions qui pourront lui être confiées seront plus ou moins larges. Dans la mesure où elle est soumise aux règles de mise en concurrence, la SEM peut, par définition, ne pas être titulaire du contrat conclu par la personne publique à l'issue de la procédure de consultation engagée par cette dernière.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Dans une société anonyme, la responsabilité des actionnaires à l'égard des créanciers est limitée à leurs apports respectifs : l'intercommunalité actionnaire engage donc sa responsabilité financière à hauteur de son investissement.

Il est à noter que les administrateurs d'une EPL doivent pour leur part être attentifs à leur gestion, leur responsabilité pouvant être engagée à différents titres.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

Le coût est à hauteur de la participation capitalistique de la structure et, le cas échéant, des aides apportées à la société (dans les limites de la réglementation en vigueur).

APPORTER SON ACCOMPAGNEMENT DE MANIÈRE PONCTUELLE À SES COMMUNES MEMBRES ET D'AUTRES PERSONNES PUBLIQUES, VOIRE PRIVÉES: LE MARCHÉ DE PRESTATION ET LA CONVENTION DE GESTION DE SERVICES

Présentation

L'intervention organisée dans le cadre d'une convention dite «de gestion», est une intervention ponctuelle de l'intercommunalité au profit de ses communes membres: sans changer l'organisation des services entre les personnes publiques considérées ni la répartition des compétences entre elles, l'intercommunalité assure la gestion d'un service au profit d'une ou plusieurs communes adhérentes, de leurs groupements ou de toute autre collectivité territoriale ou établissement public.

En outre, le droit de la commande publique autorise les établissements publics, sous réserve de respecter certaines conditions, à réaliser des prestations de services au profit de tiers. Il encadre plus spécifiquement les prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

Objectifs/Intérêt de l'outil

Permettre au co-contractant de bénéficier de l'expertise et des moyens techniques et humains de l'intercommunalité pour des besoins spécifiquement identifiés.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

- Réalisation d'une étude pré-travaux par l'intercommunalité pour un bâtiment donné.
- Élaboration d'un diagnostic/bilan énergétique.
- Réalisation d'une opération de communication ou de formation.
- Assistance du maître d'ouvrage sur un objet spécialisé tel que l'élaboration du programme ou la définition de l'enveloppe financière voire assistance générale à caractère administratif, financier ou technique.

Fondement juridique

- Pour la convention de gestion de services d'une intercommunalité au profit de communes membres: articles L. 5214-16-1 (Communautés de communes), L. 5216-7-1 (Communautés d'agglomération), L. 5215-27 (Communautés urbaines et Métropoles, par renvoi) et L. 5219-5 VI bis (EPT) du CGCT.
- Pour le marché de prestations de services: Code de la commande publique, en particulier l'article L. 1111-4.

- Pour les missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage: article L. 2422-2 du Code de la commande publique pour des missions à objet spécialisé, articles L. 2422-3 et 4 du même Code pour la conduite d'opérations (assistance générale).

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Les syndicats, s'ils ne disposent pas de l'habilitation légale des intercommunalités en matière de convention de gestion de services, sont néanmoins autorisés à délivrer des prestations de services, sous réserve que leurs statuts le prévoient (analyse résultant de l'application du principe de spécialité).

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

- Au premier chef, au titre des dispositions sur la convention de gestion, les communes membres de l'intercommunalité.
- Dans le cadre d'un marché public de prestations/d'assistance à maîtrise d'ouvrages: autres structures soumises au Code de la commande publique et personnes ayant la qualité de maître d'ouvrage.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Bâtiments des personnes visées ci-dessus, dont elles sont propriétaires voire locataires (en fonction des prestations délivrées et selon que le locataire peut ou non être titulaire de l'obligation correspondant à la prestation délivrée).

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une habilitation statutaire pour assurer la gestion d'un service: pour les intercommunalités; les dispositifs légaux existants sont considérés comme habilitant explicitement celles-ci à conclure des conventions de gestion de service: la mention statutaire sur ce point n'est donc pas requise.

- La notion de «gestion d'un service» énoncée par les textes relatifs aux intercommunalités n'est pas définie. Elle peut donc être entendue de façon large comme concernant tout type de services; l'outil est en pratique plutôt utilisé pour la gestion d'un équipement que d'un service. En toute hypothèse, il ne s'agit pas d'un outil de mutualisation RH comme la mise à disposition de services puisque, dans ce cas, le personnel communautaire n'est pas sous autorité fonctionnelle de la personne publique sollicitant le service mais reste intégralement sous l'autorité du Président de l'intercommunalité.
- La convention de gestion définit l'objet, la durée, les modalités techniques d'exécution du service confié, les modalités de contrôle et les modalités financières; elle peut préciser les conditions de partage des responsabilités encourues.
- Si le juge administratif a validé la possibilité pour un établissement public de répondre à une consultation d'une entité soumise aux règles applicables aux marchés publics, c'est toutefois sous réserve du respect de certains principes et, en particulier, que :
 - la prestation réalisée soit en lien avec les compétences de l'intercommunalité : cette condition repose alors la question de la « compétence » en matière de performance énergétique ou de l'existence d'un service qualifié comme tel. L'intercommunalité ne pourrait pas créer de toute pièce un service qui se contenterait de réaliser des prestations de services (c'est alors plutôt une mutualisation qui devrait être opérée ou une compétence qui devrait être transférée pour être assurée en lieu et place des communes, cf. fiches consacrées à ces points) mais il faudra alors pouvoir démontrer que, sans constituer une compétence à part entière, le travail en matière de performance énergétique constitue une activité de l'intercommunalité menée dans le cadre de compétences statutaires existantes (gestion d'équipements et bâtiments l'ayant conduit à développer une expertise en la matière); l'existence d'une compétence « soutien à la maîtrise de la demande d'énergie » ou contribution à la transition écologique pourrait également être utile pour étayer, voire l'existence, au sein du PCAET, d'actions d'accompagnement de l'intercommunalité en la matière identifiées comme telles.
 - qu'elle présente un intérêt public : il convient alors de pouvoir démontrer en quoi l'intercommunalité à un intérêt à assurer ces prestations, celle-ci ne pouvant se contenter de se déployer comme le ferait un prestataire privé classique dont l'objet même est d'assurer des prestations au profit de clients; l'intervention au profit de tiers privés peut, dans ce cadre soulever certaines questions;
 - qu'elle demeure une activité accessoire, c'est-à-dire limitée en volume, le rôle d'une intercommunalité n'étant naturellement pas d'assurer de manière régulière et récurrente des prestations mais bien d'exercer les compétences qui sont les siennes;
- que l'établissement respecte le droit de la concurrence, notamment en proposant des prix tenant compte de l'ensemble des coûts qui lui incombent dans la réalisation de la prestation (l'intercommunalité ne doit ainsi pas avoir bénéficié, pour déterminer le prix qu'elle a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public). Lorsque l'intercommunalité assure une prestation des services au profit d'une collectivité, d'un autre EPCI ou d'un syndicat mixte, l'article L. 5211-56 du CGCT prévoit que les dépenses afférentes sont retracées dans un budget annexe, les recettes du budget annexe comprenant le produit des redevances ou taxes correspondant au service assuré et les contributions de la collectivité ou de l'établissement au bénéfice duquel la prestation est assurée.
- En outre, il est à rappeler qu'une personne publique telle qu'une intercommunalité peut, sans mise en œuvre des règles de publicité et de mise en concurrence, réaliser une prestation au profit d'une autre personne soumise aux règles de la commande publique si ce contrat n'est pas qualifié de marché public²³ ou si, alors même qu'il s'agit d'un contrat de la commande publique :
 - l'intercommunalité est analysée comme étant un prestataire d'un pouvoir adjudicateur exerçant sur elle un contrôle dit « analogue », ce contrôle pouvant être conjoint (hypothèse de la quasi-régie, articles L. 2511-1 et s. du CGCT);
 - lorsque la convention conclue correspond à une hypothèse de coopération « public-public » (article L. 2511-6 du CGCT);
 - en cas d'urgence impérieuse (article R. 2122-1 du Code de la commande publique);
 - lorsque le contrat a pour objet de fournir des travaux, fournitures ou services qui « ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé » (article R. 2122-3 du Code de la commande publique);
 - lorsque le contrat est conclu pour un montant inférieur à 40 000 euros HT (article R. 2122-8 du Code de la commande publique).
- S'agissant spécifiquement des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage : pour les marchés à objets spécialisés, ceux-ci peuvent porter sur des missions qui ne peuvent être déléguées à un mandataire (voir fiche consacré à cet outil) telles que la programmation ou des questions très spécifiques; s'agissant du marché d'assistance générale, il porte sur des missions à caractère administratif (organisation de la maîtrise d'ouvrage), financier (estimation de l'enveloppe et gestion des fonds) et technique (définition des objectifs et mise en œuvre)²⁴, étant précisé qu'une telle mission sera incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre.

23. L'absence de caractère onéreux permet la non-qualification, étant précisé que le remboursement de frais n'exclut pas l'onérosité du contrat.

24. Le Guide des maîtres d'ouvrage publics pour le choix d'un conducteur d'opération ou d'un mandataire énonce la liste suivante :

- Organisation et suivi des études préalables. - Assistance au montage des opérations. - Assistance pour le choix du programmiste et suivi des études de pré-programmation et d'élaboration de l'enveloppe financière prévisionnelle. - Suivi des études de programmation (programme initial, contrôle et recadrage de l'enveloppe financière prévisionnelle, programme définitif). - Préparation, suivi et proposition de règlement des marchés de prestations intellectuelles (études, maîtrise d'œuvre, contrôle technique, coordination SPS, ...) et des marchés d'assurance. - Suivi des études. - Assistance pendant le choix des entrepreneurs, le suivi de la bonne exécution par les différents prestataires de leurs marchés, à tous les stades d'avancement de l'opération (études, chantier, réception). - Assistance pendant la garantie de parfait achèvement.



Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

La mise en place de ce type de convention est relativement simple avec les communes membres, sous réserve de parvenir à bien déterminer le périmètre d'intervention de l'EPCI et la répartition des responsabilités, elle est nécessairement un peu plus complexe dès lors que les règles de publicité et mises en concurrence doivent être respectées.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

- Il ne peut s'agir que de prestations de services et non de travaux: le texte sur la convention de gestion dispose certes d'une mention sur la réalisation d'équipement mais, outre que cela conduirait à extrapoler sur la notion de réalisation lorsqu'il s'agit de rénovation, les termes ne permettrait pas de s'exonérer des règles en matière de maîtrise d'ouvrage (voir fiche consacrée à ce point): ainsi donc, la convention de prestations de services ne permet, s'agissant des travaux de rénovation, que l'assistance à maîtrise d'ouvrage, dans laquelle la collectivité maître d'ouvrage garde l'ensemble de ses attributions ès qualité.
- Si la prestation de services a le mérite de permettre d'intervenir de manière ponctuelle et non pas pérenne comme la mutualisation ou le transfert de compétence, elle ne permet pas, à l'inverse d'assurer un accompagnement récurrent et conséquent des communes membres ou de tiers: elle doit rester occasionnelle.
- La possibilité d'intervention de l'intercommunalité doit être étayée juridiquement: la prestation devant être en lien avec ses compétences et missions, il convient de pouvoir démon-

trer en quoi l'intercommunalité est susceptible d'intervenir en matière de performance énergétique des bâtiments (réalisation d'études identiques à son profit par exemple).

- L'intercommunalité n'a pas vocation à apporter un financement du service par le biais d'une gratuité de la prestation rendue.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Le personnel procédant à la réalisation de la prestation demeurant sous la seule autorité de l'exécutif de l'intercommunalité, celle-ci est responsable des éventuelles fautes commises par eux (dans la limite des fautes personnelles non imputables au service).

Une vigilance particulière doit être apportée à la répartition des responsabilités au sein de la convention de gestion. S'agissant de l'assistance à maîtrise d'ouvrage, l'intercommunalité conductrice d'opération pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée à l'égard de la collectivité maître de l'ouvrage.

Si la prestation réalisée comporte des missions techniques au sens des techniques de construction, l'intercommunalité pourrait alors être considérée comme participant à la construction de l'ouvrage et soumise à ce titre à l'obligation de souscription d'une assurance décennale obligatoire.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

L'intercommunalité n'ayant pas vocation à octroyer une libéralité par le biais de cette prestation de services ou une subvention, elle a vocation à être, *a minima*, remboursée des coûts induits par la réalisation de celle-ci.

ACCOMPAGNER LES TRAVAUX RÉALISÉS PAR LES PERSONNES PUBLIQUES SUR LEURS BÂTIMENTS: LE MANDAT ET LE TRANSFERT DE MAÎTRISE D'OUVRAGE

Présentation

Les personnes publiques maîtres d'ouvrage des travaux de rénovation énergétique peuvent confier une partie des missions qui leur incombent à ce titre, soit de manière partielle, dans le cadre du mandat de maîtrise d'ouvrage, l'intercommunalité étant alors dite « mandataire », soit de façon plus large dans le cadre d'un transfert de maîtrise d'ouvrage, si un ouvrage ou un ensemble d'ouvrages relève à la fois de sa compétence et de celle de l'intercommunalité.

Objectifs/Intérêt de l'outil

- Bénéficier de l'expertise technique de l'intercommunalité dans la réalisation de travaux.
- Dans le cadre du transfert de maîtrise d'ouvrage, idéalement bénéficier d'économies d'échelle.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

- Pour le transfert de maîtrise d'ouvrage: réalisation des travaux de rénovation énergétique d'un équipement municipal (par exemple crèche) située dans un bâtiment accueillant également des services communautaires.
- Pour le mandat de maîtrise d'ouvrage: accomplissement par l'intercommunalité des missions autorisées par le Code de la commande publique sur un bâtiment relevant d'un maître d'ouvrage autre et sur lequel l'intercommunalité ne dispose d'aucune compétence.

Fondement juridique

- Pour le transfert de maîtrise d'ouvrage: article L. 2422-12 du Code de la commande publique.
- Pour le mandat de maîtrise d'ouvrage: articles L. 2224-5 et suivants du Code de la commande publique.

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

Les syndicats intercommunaux et mixtes sont susceptibles d'être mandataires dans le cadre d'une délégation de maîtrise d'ouvrage ou de se voir transférer la maîtrise d'ouvrage dans les mêmes conditions que les intercommunalités.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Toute personne ayant la qualité de maître d'ouvrage c'est-à-dire toute personne « responsable de l'ouvrage », pour le compte de laquelle des travaux sont à réaliser ; la liste des maîtres d'ouvrage est énoncée à l'article L. 2411-1 du Code de la commande publique²⁵.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Ceux des personnes maîtres d'ouvrage précitées, qu'il s'agisse de bâtiments publics ou privés.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité pour l'intercommunalité de disposer d'une compétence statutaire: si l'on a vu en préambule que l'article L. 2224-34 du CGCT connaît certaines limites de mise en œuvre, il est toutefois à noter qu'il permet selon nous aux intercommunalités qui bénéficient de cette habilitation (c'est-à-dire les intercommunalités ayant adopté un PCAET) de ne pas avoir à s'interroger sur leur compétence à intervenir dans le domaine de la performance énergétique. S'agissant des autres intercommunalités, le sujet est, d'un point de vue strictement juridique, plus délicat et donc incertain faute, une nouvelle fois, de disposer d'une compétence statutaire explicite en la matière.

25. « 1° L'État et ses établissements publics ;

2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et leurs groupements ;

3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;

4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés ».

- Le transfert de maîtrise d'ouvrage est susceptible d'intervenir en cas de réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relevant simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrages ; les conditions sont donc les suivantes :

- l'intercommunalité doit être elle-même maître d'ouvrage pour bénéficier du transfert temporaire ;
- les travaux à réaliser doivent relever d'une véritable co-maîtrise d'ouvrage, soit qu'il y ait un ouvrage unique relevant de la compétence de l'intercommunalité et de l'autre maître d'ouvrage, soit qu'il y ait plusieurs ouvrages mais qu'il y ait manifestation claire de la volonté de réaliser une opération unique.

Si ces conditions sont remplies, une convention est conclue, laquelle confie les missions de maîtrise d'ouvrage à l'intercommunalité, sans les restrictions de mission identifiées dans le cadre du mandat (voir ci-après), la convention précisant les modalités d'organisation de cette maîtrise d'ouvrage et en fixant le terme.

- Pour le mandat de maîtrise d'ouvrage :
 - Le mandat de maîtrise d'ouvrage s'applique aux opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L. 1111-2 du CCCP²⁶, la notion de réhabilitation excluant les travaux de maintenance ou d'entretien des ouvrages ainsi que les travaux sur un équipement technique sans remise en état profond d'un bâtiment ancien (chaudière par exemple).
 - La conclusion du mandat ne requerra pas la mise en œuvre des règles de mise en concurrence et publicité dès lors que l'on entre dans les dérogations exposées ci-avant (voir fiche consacrée à la prestation de services).
 - Le maître d'ouvrage ne peut se départir de l'ensemble de ses attributions, la liste des missions susceptibles d'être confiées au mandataire est fixée par le Code de la commande publique qui autorise à confier tout ou partie des missions suivantes :
 - 1° La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
 - 2° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'œuvre ainsi que le suivi de son exécution ;
 - 3° L'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'œuvre ;
 - 4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ;
 - 5° Le versement de la rémunération du maître d'œuvre et le paiement des marchés publics de travaux ;
 - 6° La réception de l'ouvrage.

La recherche de financement, par exemple, ne fait pas partie des missions prévues.

La délégation ne peut être consentie qu'une fois arrêtées les décisions relatives au programme et à l'enveloppe financière.

- La convention de mandat doit obligatoirement comporter certaines stipulations (article L. 2224-7 du CCP) :

1° L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, le cas échéant les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;

2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;

3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;

4° Les conditions dans lesquelles l'approbation des études d'avant-projet et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître d'ouvrage ;

5° Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître d'ouvrage.

- Le mandat de maîtrise d'ouvrage est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Le mandat de maîtrise d'ouvrage et le transfert de maîtrise d'ouvrage sont des outils fréquemment utilisés et éprouvés, la notion de transfert impliquant néanmoins une analyse et une vérification de l'existence d'un seul bâtiment ou de plusieurs bâtiments pour un ouvrage unique.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Le mandat de maîtrise d'ouvrage comme le transfert ne concerne que les travaux de réhabilitation et non toutes les actions en matière de performance énergétique.

Le transfert de maîtrise d'ouvrage ne peut concerner que des ouvrages relevant simultanément de la compétence de l'intercommunalité et d'un autre maître d'ouvrage (par exemple ensemble crèche intercommunale/école maternelle communale, pensées dans une logique complémentaire), ce qui réduit très largement les hypothèses envisageables.

Le mandat de maîtrise d'ouvrage ne permet pas de confier certaines missions, comme évoqué plus haut, et contraint le maître d'ouvrage à décider du programme et de l'enveloppe financière : il ne bénéficiera pas de l'expertise de l'intercommunalité sur ces points par le biais du mandat.

²⁶. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

- Pour le mandat de maîtrise d'ouvrage : si les communes maîtres d'ouvrage seront en principe seules responsables contractuellement à l'égard du titulaire du marché, celles-ci pourront néanmoins chercher la responsabilité de l'intercommunalité, directement ou par appel en garantie, l'intercommunalité étant soumise à une obligation de moyen. En outre cette responsabilité sera limitée dans le temps, jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de la mission du mandataire (article L. 2422-10 du CCP).
- La convention de transfert de maîtrise d'ouvrage fixera les responsabilités de chacun.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

- Pour le mandat : à voir selon les dispositions contractuelles sur la rémunération du mandataire.
- Pour le transfert de maîtrise d'ouvrage : coût de prise en charge des missions de l'autre maître d'ouvrage, en l'absence de défraiement.



APPORTER SON EXPERTISE TECHNIQUE ET FINANCIÈRE AUX TRAVAUX RÉALISÉS PAR D'AUTRES PERSONNES: LE TIERS FINANCEMENT DANS LE CADRE DE LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE SOUS LA FORME D'UN MARCHÉ GLOBAL DE PERFORMANCE

Présentation

Une récente loi du 30 mars 2023 autorise la conclusion de contrats de performance énergétique, c'est-à-dire qui comprennent des clauses de garantie d'amélioration de l'efficacité énergétique, sous la forme de marchés globaux de performance, permettant de confier au prestataire aussi bien la réalisation de travaux de rénovation énergétique (voire la conception/réalisation) que l'exploitation ou la maintenance du bâtiment, pour lesquels, par dérogation au droit commun, un paiement différé est autorisé. Le mécanisme, expérimental, est autorisé pour 5 ans et il peut être mis en œuvre pour la réalisation de travaux des communes pris en charge par les intercommunalités.

Objectifs/Intérêt de l'outil

- Permettre de contourner les insuffisances budgétaires des collectivités maîtres d'ouvrage en faisant assurer le portage financier de la rénovation énergétique par un tiers.
- Bénéficier de l'expertise technique et financière de l'intercommunalité par la mutualisation de ces contrats de performance énergétiques/marchés globaux de performance.

Exemples d'illustrations concrètes du recours à l'outil

Conclusion de MGP à l'occasion de la rénovation énergétique des écoles primaires de communes membres de l'intercommunalité ayant conclu une convention avec cette dernière avec prise en charge par l'intercommunalité des études préalables à réaliser.

Fondement juridique

- Article 5 I de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 dite loi Grenelle instaurant les contrats de performance énergétique.
- Article L. 2171-3 du Code de la commande publique pour la définition du marché global de performance.
- Loi n°2023-222 visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à

ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique, renvoyant à l'article L. 2224-34 pour les travaux pris en charge par les intercommunalités.

- Décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé.

Structure(s) de coopération locale autre(s) que les intercommunalités susceptible(s) d'intervenir

En application de l'article L. 2224-34 du CGCT, outre les EPCI ayant adopté un PCAET à titre obligatoire, peuvent prendre en charge les études et tout ou partie des travaux :

- La Métropole de Lyon ;
- Les EPCI ayant adopté un PCAET à titre facultatif ;
- Les syndicats AODE.

À noter que, en outre, l'article 2 II que le marché global de performance peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé en vue de l'exercice de ses missions et que, dans une telle hypothèse, une convention est signée entre l'acheteur et la personne morale en cause, la disposition étant donc beaucoup plus large que la seule liste des intercommunalités visées à l'article L. 2224-34 du CGCT. Il est à relever que ce dispositif fait écho à celui des marchés de partenariat, qui vise à permettre à l'acheteur de se faire le mandataire d'une autre personne morale)²⁷.

Personnes susceptibles d'en bénéficier et bâtiments concernés

PERSONNES BÉNÉFICIAIRES

Les membres des intercommunalités et structures de coopération précitées s'agissant du dispositif renvoyant à l'article L. 2224-34 du CGCT.

²⁷. À noter que ce même article 2 de la loi mentionne, lorsque le projet relève simultanément de la compétence de plusieurs acheteurs, la possibilité pour ces acheteurs de désigner par convention celui d'entre eux qui conduira la procédure de passation et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution: à l'instar du marché de partenariat, une commande groupée est donc possible.

BÂTIMENTS CONCERNÉS

Les bâtiments de ces membres dont ceux-ci doivent ou souhaitent assumer les travaux de rénovation énergétique.

Conditions juridiques de mise en œuvre

- Sur la nécessité de disposer d'une compétence statutaire : celle-ci n'est pas requise, une habilitation législative explicite autorisant les intercommunalités à agir.
- La possibilité offerte par la loi du 30 mars 2023 de déroger à l'interdiction de paiement différé est mise en place à ce stade à titre expérimental et donc pour une durée de 5 ans.
- La conclusion du marché global de performance est conditionnée à la réalisation préalable d'études :
 - Une étude démontrant l'intérêt du recours à ce contrat, démontrant qu'il est plus favorable que d'autres modes de réalisation du projet, notamment en termes de performance énergétique.
 - Une étude de soutenabilité budgétaire.

Le contenu de ces études est précisé par le décret du 3 octobre 2023, lequel indique en outre que, lorsque l'article L. 2224-34 est mis en œuvre (prise en charge par l'intercommunalité ayant établi son PCAET) celles-ci sont réalisées « par l'acheteur chargé de conduire le projet pour le compte des autres acheteurs avec lesquels celui-ci est mutualisé ».

- L'organe délibérant se prononce sur le principe du recours à un marché global de performance, sur présentation des deux études précitées et des avis et autorise la signature du marché par l'exécutif.
- La durée du marché global de performance est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.
- Lorsque le contrat conclu porte sur plusieurs bâtiments, les résultats des actions de performance énergétique doivent être suivis de manière séparée pour chaque bâtiment.

Éléments d'appréciation de l'outil

DEGRÉ DE COMPLEXITÉ

Le marché global de performance est un contrat de la commande publique relativement complexe et, surtout, il doit être précédé de l'élaboration de deux études qui nécessitent des compétences techniques, juridiques et financières ; de même le suivi de ces contrats et des clauses de performance énergétique requièrent un savoir-faire spécifique qui devra être maîtrisé par l'intercommunalité si elle les prend en charge.

CAPACITÉ DE L'OUTIL À RÉPONDRE AUX BESOINS EN MATIÈRE DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Comme évoqué plus haut, les intercommunalités n'ayant pas adopté de PCAET ne sont pas concernées par ce dispositif.

La problématique de l'absence d'éligibilité au FCTVA des dépenses induites, en particulier les intérêts acquittés sur ce type de montage²⁸, a été identifié comme étant de nature à limiter l'intérêt du recours à cet outil. En outre, le dispositif ne vise pas à apporter de nouveaux financements, étant toutefois rappelé que l'article L. 2224-34 du CGCT applicable aux intercommunalités ayant adopté un PCAET autorise une prise en charge financière.

L'outil, dans la mesure où il concerne un marché global de performance, couvre un champ assez large relatif aux obligations en matière de rénovation énergétique ; il ne couvre pas les autres actions de performance énergétique de type actions de sensibilisation à destination des utilisateurs des bâtiments.

POINTS DE VIGILANCE EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Une convention devant être conclue entre l'intercommunalité et le membre bénéficiant de la prise en charge, la question des responsabilités devra y être traitée, étant toutefois précisé que l'intercommunalité en tant qu'elle assume la prise en charge des travaux ne pourrait selon nous s'exonérer de toute responsabilité via le dispositif contractuel avec la commune. La répartition des obligations et responsabilités reste toutefois à établir par la jurisprudence, un peu comme dans l'hypothèse de la délégation de compétence où le droit prétorien est en construction.

L'absence de précision des textes sur l'articulation des différents dispositifs et leurs modalités de mise en œuvre insécurise quelque peu : comment se traduit très concrètement la prise en charge par l'intercommunalité des études ou de tout ou partie des travaux et quelles sont les limites juridiques à la liberté contractuelle de l'intercommunalité et de ses communes membres dans la conclusion de la convention ? Le financement assuré par l'intercommunalité est-il contraint par les plafonds du fonds de concours ou s'agit-il de législations parfaitement autonomes ? L'objectif initial du législateur était celui d'une ouverture la plus large possible face aux enjeux de la rénovation énergétique, aujourd'hui l'absence de jurisprudence ne permet pas d'affirmer de manière certaine que cette volonté initiale sera celle retenue dans l'analyse contentieuse.

COÛT POUR L'INTERCOMMUNALITÉ INTERVENANTE

À déterminer dans le cadre de la convention conclue avec la commune membre, les conditions de la « prise en charge » intercommunale dans sa dimension financière également devant être selon nous fixées dans cet acte, étant rappelé que l'article L. 2224-34 du CGCT prévoit explicitement la possibilité pour l'intercommunalité d'assurer le financement de ces études et travaux.

²⁸. Michel Klopfer et Grégoire Vincenot, « Le tiers-financement : derrière les bonnes intentions des coûts réducteurs », La Gazette des communes, publié le 31/03/2023.

INTERCOMMUNALITÉS — DE FRANCE —



INTERCOMMUNALITÉS DE FRANCE

22, rue Joubert - 75009 Paris
T. 01 55 04 89 00

www.intercommunalites.fr