

Stibbe

**Les contrats ESCO et
la réglementation des marchés publics**

Bruno Lombaert
Frederik Vandendriessche
Avocats associés Stibbe

Bruxelles – Namur
22-23 avril 2008

1. Sommaire

1. Sommaire

2. Qualifications des contrats ESCO

3. Procédures d'attribution des contrats ESCO

2. Qualifications des contrats ESCO

■ Contrats Esco passés par les autorités publiques :

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

→ Qu'en est-il des contrats de tiers-investisseurs et des contrats intégrés de performance énergétique (CPE) ?

→ En principe dans le cadre de la réglementation des marchés publics:

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

2.1. Concessions domaniales

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

- 'Droit d'utilisation privative des biens du domaine public' & pas de commande faite par l'autorité
- Pas de procédure d'attribution prévue par la loi
 - La réglementation des marchés publics n'est en principe pas applicable
 - Application minimale des principes d'égalité et de transparence
- Attention : si la concession domaniale est combinée avec une possibilité ou une obligation d'achat

2.1. Concessions domaniales

- **Exemple:**

- **Concession pour le placement et l'exploitation de panneaux photovoltaïques solaires sur les toits de bâtiments publics**

→ **Pas selon le modèle du “tiers investisseur” – l'investisseur privé est propriétaire des panneaux solaires placés**

→ **Le concédant reçoit un prix de location ou redevance, ainsi que la possibilité d'acheter à prix réduit de l'énergie verte produite**

2.2. Marchés publics de travaux, de fournitures et de services

= Contrat à titre onéreux conclu entre une entité adjudicatrice et un tiers, ayant pour objet l'exécution de travaux, de fournitures ou de services (commande/achat de l'autorité).

→ L'entité adjudicatrice pourvoit elle-même au paiement (le cas échéant en recourant à un contrat autonome de financement)

● Travaux

▪ Concerne soit (la conception et) l'exécution de travaux visés à l'annexe I de la loi du 24 décembre 1993, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage, qui correspond aux besoins exprimés par l'entité adjudicatrice.

■ Fournitures

▪ Concerne la mise à disposition de produits
▪ Acquisition de produits par contrat d'achat ou d'entreprise, location, location-vente ou crédit-bail, avec ou sans option d'achat

■ Services

▪ Services énumérés à l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 : services d'entretien et de réparation, services d'architecture, etc

2.2. Marchés publics de travaux, de fournitures et de services

“Contrats simples, sans financement intégré”

- Exemple 1: travaux

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

- Exemple 2: services

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

- Exemple 3: fournitures

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

2.3. Et les contrats intégrés ?

Figure A

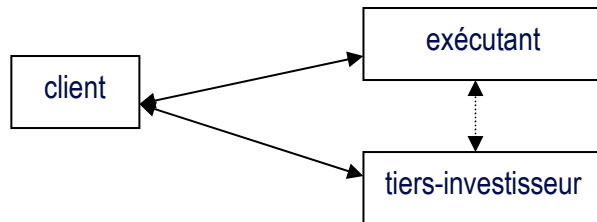


Figure B

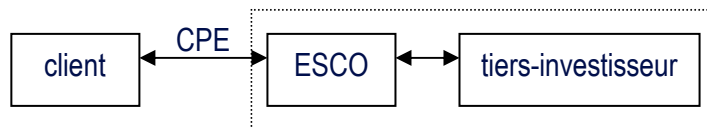


Figure A:

- Premier modèle de tiers-investisseur
- Deux (au moins) contrats de marchés publics
- Marché public de financement
→ Pas de marché de promotion!
- Marchés de travaux, de fournitures ou de services

Figure B:

- Second modèle de tiers-investisseur
- Un seul contrat de marché public
- Conclusion d'un CPE
→ Marché de promotion?

2.3.1. Contrats intégrés sans financement

→ **Marché public ayant trait simultanément à plusieurs objets (travaux, fournitures et services), par exemple l'exécution d'un audit énergétique et l'exécution des fournitures et services requis afin de mettre en oeuvre les recommandations de l'audit**

→ Un marché public qui a trait à la fourniture de produits et accessoirement à des travaux d'installation est considéré comme un marché de fournitures

→ Un marché public qui a trait aussi bien à la prestation de services visés à l'annexe II de la loi et à des fournitures, est considéré comme un marché de services si la valeur des services est plus élevée que celle des fournitures

→ Un marché public qui a trait à des services visés à l'annexe II de la loi et qui, compte tenu de l'objet principal du marché, nécessite des travaux complémentaires tels que visés à l'annexe I de la loi, est considéré comme un contrat de services

→ Incidence de la qualification du marché: attribution, exécution

→ **Financement : marché public de services autonome**

2.3.2 Contrats intégrés avec financement

Marché public de travaux ou de fournitures qui concerne aussi bien le financement et l'exécution des travaux ou des fournitures ainsi que, dans certains cas, l'étude ou toute prestation de services en rapport avec le marché → Le même attributaire est chargé du (pré)financement et de l'exécution du marché

⇒ Possible uniquement dans le respect des conditions particulières fixées par le Roi pour les promotions de travaux – fournitures (location, location accompagnée à terme d'une option d'achat, location suivie à terme d'un transfert de propriété, acquisition dès la mise à disposition moyennant le paiement d'annuités, octroi ou prise d'un droit d'emphytéose ou de superficie)

⇒ Régler le partage des obligations d'entretien et des réparations

⇒ Interdiction de paiement pour la mise à disposition de travaux ou fournitures

⇒ Interdiction de paiement de loyers, annuités ou canon pour la période durant laquelle les travaux ou les fournitures ne peuvent être utilisés à cause d'un manquement du promoteur

2.3.3 Contrats de performance énergétique (CPE)

■ Quel type de contrat pour un CPE?

CPE concerne l'exécution de travaux, fournitures et/ou services ET leur financement (par un ESCO), ainsi que les études (préliminaires et définitives) de l'ESCO

⇒ Marché de promotion sera souvent la voie juridique obligatoire pour un ESCO qui offre un CPE

⇒ Mais tenir compte des caractères spécifiques de la promotion, qui peuvent s'avérer un obstacle ou une entrave pour des formes innovantes d'attribution & de partage des risques

⇒ Attention particulière pour les CPE structurés sous forme de promotion qui veulent rester neutre du point de vue des règles du SEC 95 (transfert des risques de construction et de disponibilité)

2.3.4 Contrats de performance énergétique (CPE)

■ Quelle procédure d'attribution pour un CPE?

→ Adjudication / appel d'offres

→ Procédure négociée sans publicité: art. 17 §2 loi 24 déc. 1993

- Contrats de valeur réduite (seuils fixés par le Roi)
- Offres irrégulières ou pas d'offres suite à adjudication/appeal d'offres
- Travaux ou services complémentaires (50%)
- Travaux ou services nouveaux: répétition d'ouvrages ou services similaires attribués par adjudication/appeal d'offres (si annoncé)

→ Procédure négociée avec publicité: art. 17 §3 loi 24 déc. 1993

- Travaux ou services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix
- Services de nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante
- Organiser la procédure négociée: examen des offres, « short list », BAFO

→ Dialogue compétitif: "marché particulièrement complexe"

- Directive 2004/18/CE
- Loi 15 juin 2006 (mais pas en vigueur)

12

Contact

Bruno Lombaert

F.U.S.L.

Frederik Vandendriessche

U.G.- U.A.

Avocats associés Stibbe

Central Plaza - rue de Lozum 25

1000 BRUXELLES

Tel. 0032 2 533 53 73

Fax 0032 2 533 56 73

bruno.lombaert@stibbe.com

frederik.vandendriessche@stibbe.com