



LE TIERS-FINANCEMENT

CADRAGE RÉGLEMENTAIRE & ENJEUX FINANCIERS

03/07/2025



Ordre du jour



Tiers-financement en commande publique: l'interdiction du paiement différé



Cadre juridique applicables aux bailleurs sociaux



L'expérimentation des « marchés globaux de performance énergétique à paiement différé » (MGPE-PD)



Les modalités de financement

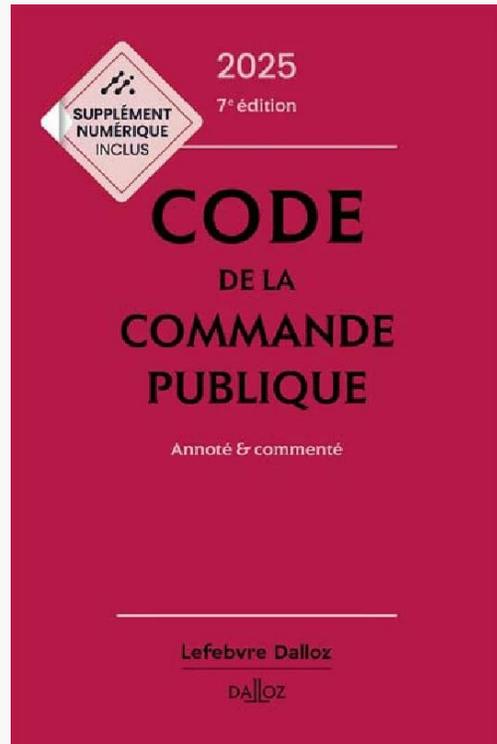


Le modèle concessif

TIERS-FINANCEMENT EN COMMANDE PUBLIQUE: L'INTERDICTION DU PAIEMENT DIFFÉRÉ



La règle de prohibition en 2025



Code de la commande publique : article L2191-5

« **Tout paiement différé est interdit** dans les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ».

Effets de la prohibition

- Depuis les années 50: protéger les personnes publiques contre elles-mêmes
- CE 08/02/1999, Préfet des Bouches du Rhône, req. 150931:
 - « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la rémunération du groupement cocontractant s'effectuera par le versement d'annuités pendant les seize années de la durée du contrat ; que les travaux seront réalisés sur une durée de 3 mois à 4 ans à compter de la date de la notification du marché et leur paiement étalé sur 5 à 16 ans ; que ces paiements constituent des "paiements différés" au sens de l'article 350 du code des marchés publics ; qu'il résulte des dispositions de cet article qu'ils ne peuvent être autorisés que par un arrêté interministériel ; qu'il ressort des pièces du dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté qu'un tel arrêté n'a pas été pris ; que, dès lors, le marché litigieux ne pouvait légalement comporter de clause de paiement différé »
- Cour des comptes, Rapport public 2000 sur les METP

Article 94

Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Cette interdiction est absolue et a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence ; elle vise à interdire à la collectivité publique de contracter un emprunt sous couvert d'une clause de paiement différé contenue dans un marché public. Toutefois, cette interdiction ne vise pas le crédit-bail, admis au titre des opérations de crédit.

En revanche, elle s'applique aux marchés souvent qualifiés par les parties de marchés d'entreprise de travaux publics (METP). Ces marchés, qui comprennent un volet construction ou réhabilitation ainsi qu'un volet maintenance et sont rémunérés dans le cadre d'une redevance ayant pour effet d'étaler pour l'organisme public contractant la charge de l'investissement initial sur plusieurs années, sont désormais totalement interdits, même pour le secteur public local.

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001)

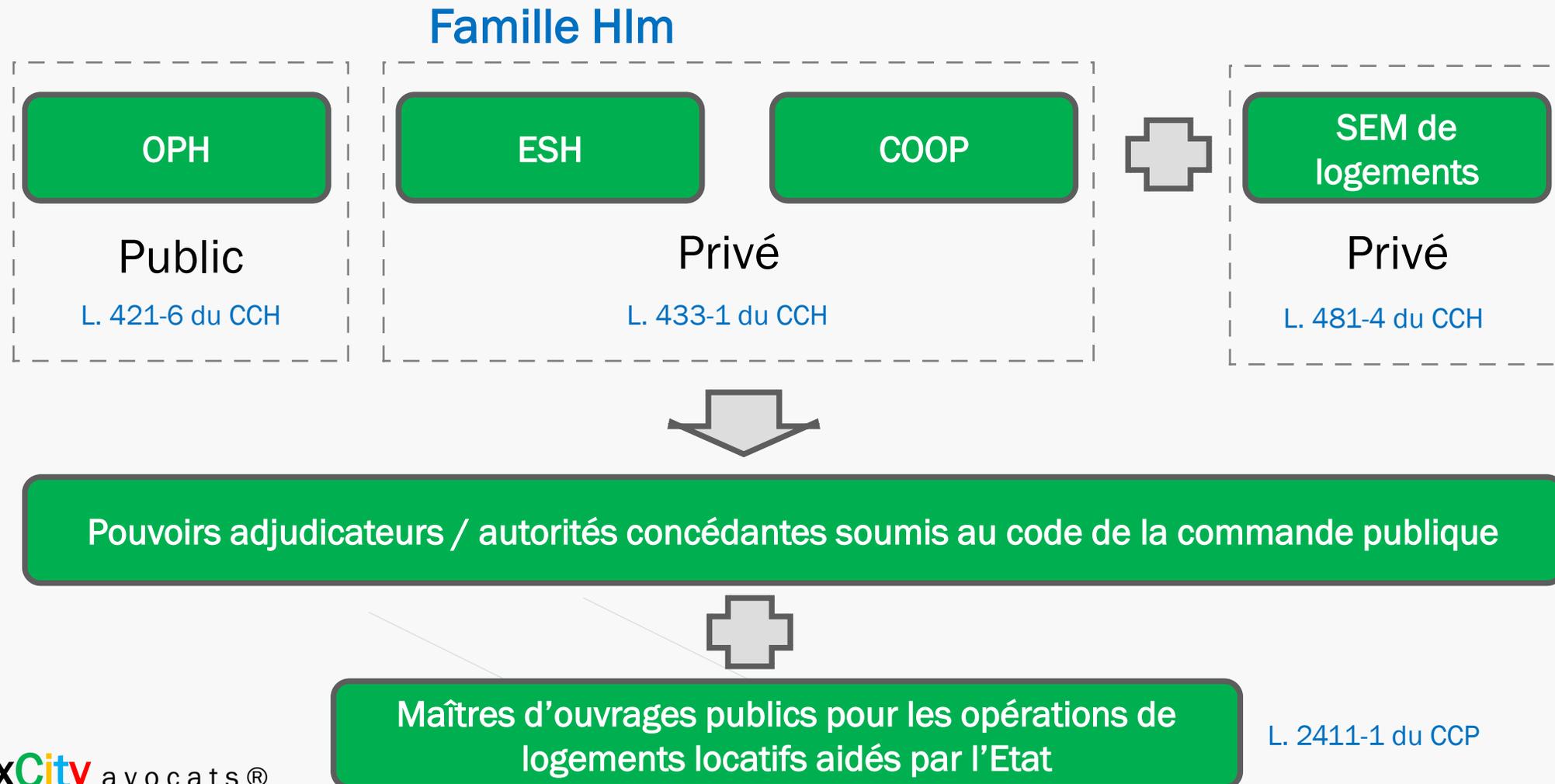
Exceptions progressives à la prohibition

- Les montages aller-retour (AOT, BEA) des années 2000, les contrats de partenariat
- Les marchés de partenariat en 2025 (code de la commande publique, article L1112-1):
 - « Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général **et tout ou partie de leur financement**. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.
(...) ».
- Pas d'exception de principe pour les marchés globaux (code de la commande publique, article L2191-6):
 - « *En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction.*».

CADRE JURIDIQUE APPLICABLES AUX BAILLEURS SOCIAUX



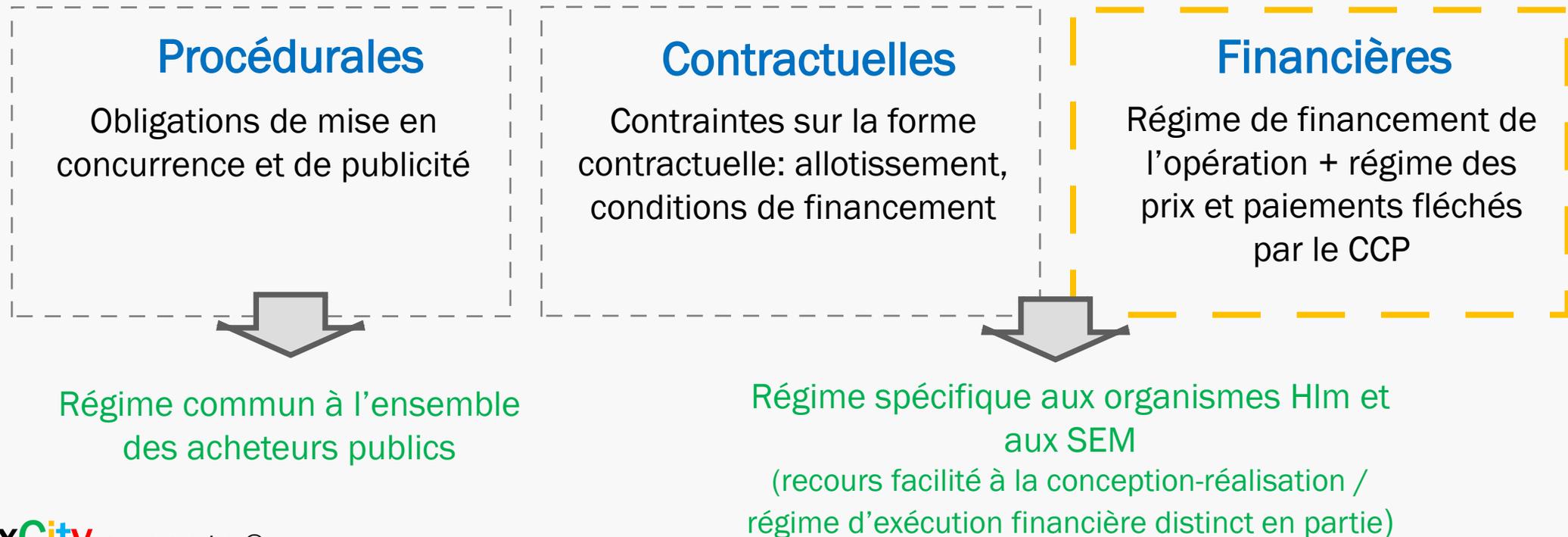
OLS et commande publique



OLS et commande publique

Code de la commande publique

Structure la commande des organismes dans plusieurs dimensions



OLS et commande publique

Des différences de régime financier entre bailleurs pour leurs marchés

OPH

Etablissement public
Marché public

Bénéficie de certaines
exemptions sur l'exécution
financière (R. 2100-1 du CCP)

Reste soumis à l'interdiction
de paiement différé
(L. 2191-5 du CCP)

ESH

Personnes morales de
droit privé
Marchés privés

Bénéficient d'une dispense
globale du cadre de
l'exécution financière
(L. 2191-1 du CCP)

COOP



Obligation de financement pour les opérations de
construction/réhabilitation de LLS conduites en MOP (L. 2421-1 du CCP)

L'EXPÉRIMENTATION DES MGPE-PD

LOIS

LOI n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique (1)

NOR : ENEX2237002L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1^{er}

A titre expérimental, pour une durée de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'Etat et ses établissements publics ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conclure des contrats de performance énergétique dérogeant aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du code de la commande publique, sous la forme d'un marché global de performance mentionné à l'article L. 2171-3 du même code, pour la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments. Lorsque le contrat conclu en application du présent article porte sur plusieurs bâtiments, les résultats des actions de performance énergétique sont suivis de manière séparée pour chaque bâtiment.

Cadre juridique de l'expérimentation

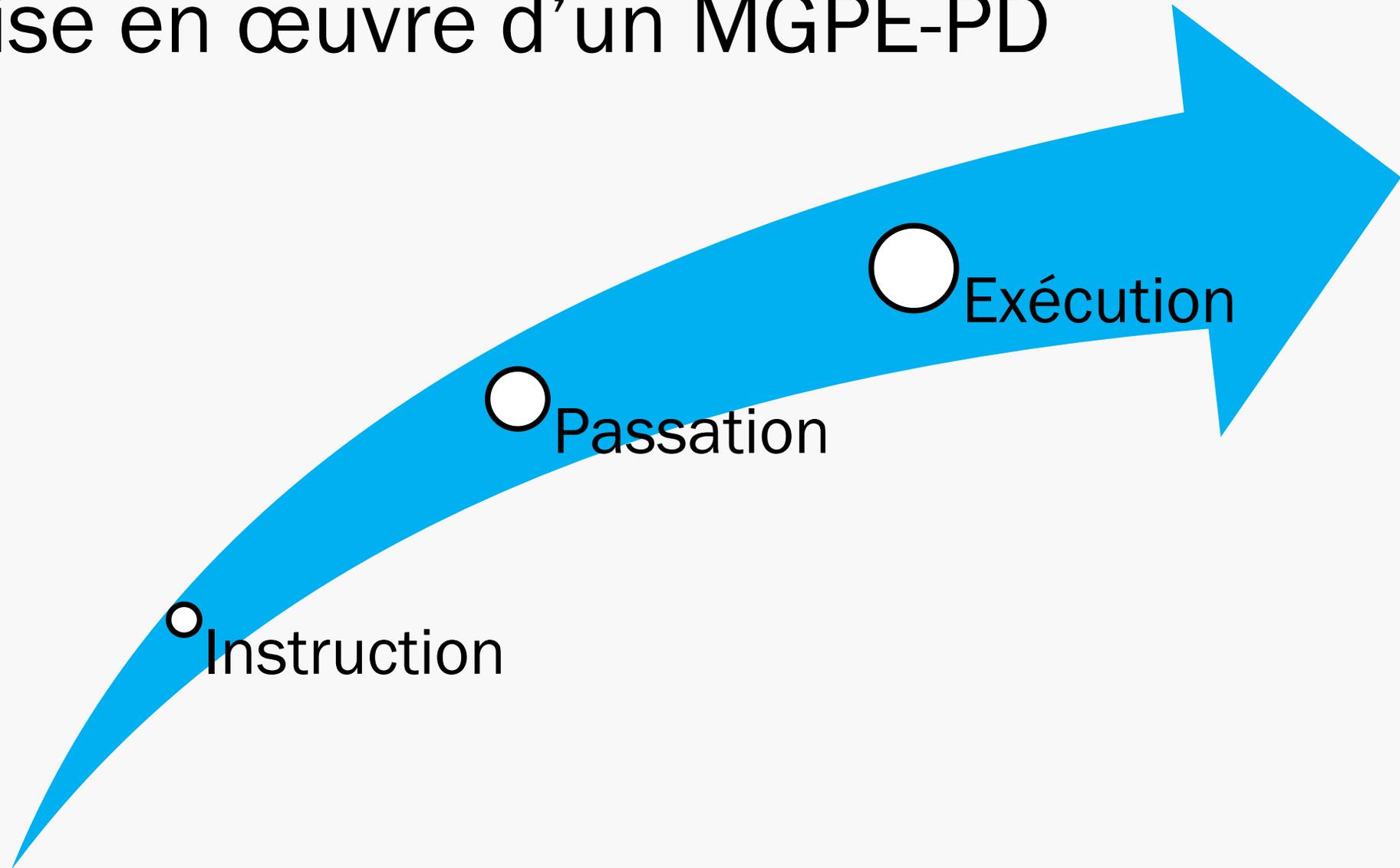


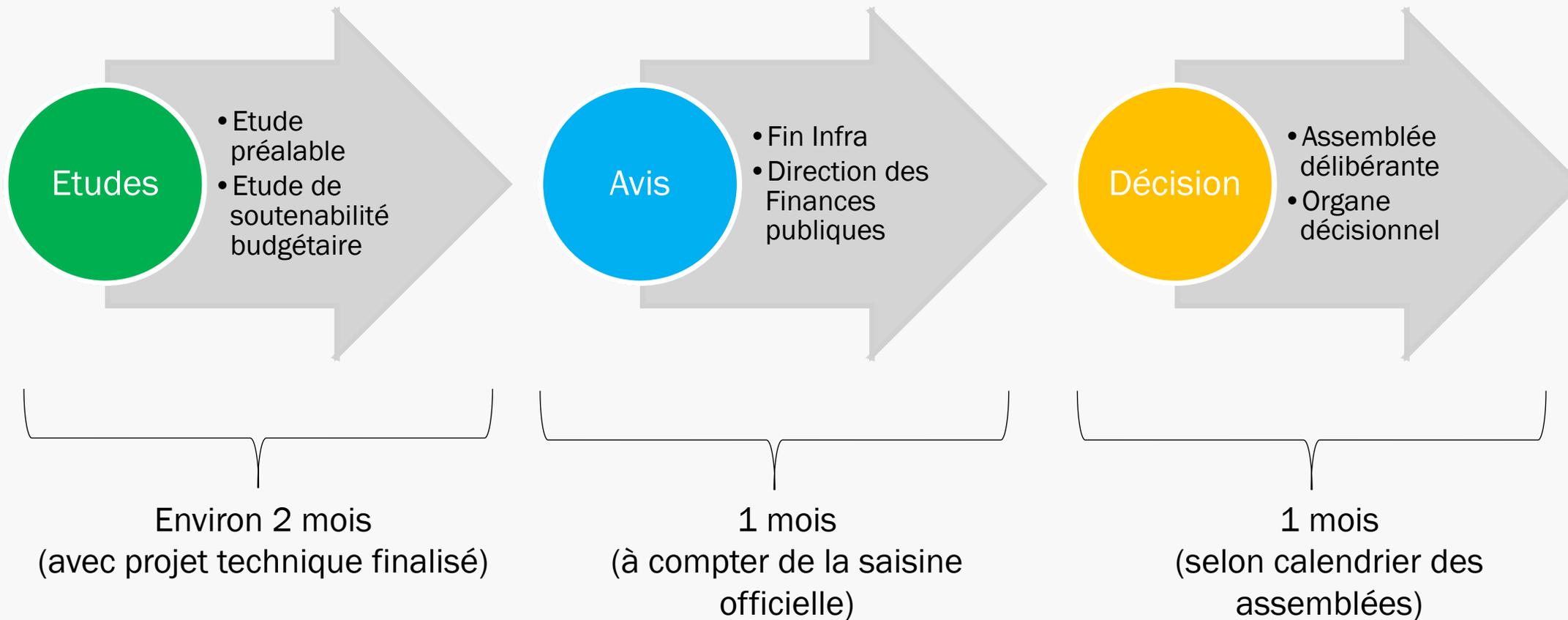
Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique



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

Mise en œuvre d'un MGPE-PD





L'étude préalable

- **Objet:** Démontrer le bilan plus favorable du MGPE-PD par rapport aux autres véhicules de la commande publique
- **Contenu:**
 - *1° Une présentation générale :*
 - Des caractéristiques du projet, de son équilibre économique et de ses enjeux ;
 - Des compétences de l'acheteur, de son statut et de ses capacités financières ;
 - De la consommation énergétique et des émissions de gaz à effet de serre de référence retenus pour apprécier la performance énergétique du projet ;
 - *2° Une description des options de montages contractuels de la commande publique qui sont écartées et des options qui sont envisagées pour mettre en œuvre le projet ;*
 - *3° Une appréciation portant sur l'ensemble des avantages et inconvénients de ce marché par rapport aux options envisagées mentionnées au 2° qui n'autorisent pas le paiement différé, compte tenu, en particulier :*
 - Des objectifs de performance retenus par l'acheteur, notamment en matière de consommation énergétique et d'émissions de gaz à effet de serre, des délais fixés pour les atteindre ainsi que des mécanismes souhaités d'incitations, de garanties et de sanctions ;
 - Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
 - Des principaux risques du projet et de leur répartition entre l'acheteur et le titulaire ;
 - De la structure de financement ainsi que de son incidence sur le coût du projet ;
 - Le cas échéant, des effets de la mutualisation du projet avec d'autres acheteurs.

L'étude de soutenabilité budgétaire

■ **Objet:** Prendre en compte tous les aspects financiers du projet de MGPE-PD

■ **Contenu:**

- *1° Le coût prévisionnel du contrat, hors prise en compte des risques, indiqué en moyenne annuelle et précisant la part des dépenses d'investissement, de financement et de fonctionnement ;*
- *2° La part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur, et son effet sur sa situation financière.*

Pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, l'étude de soutenabilité budgétaire comprend l'indication de la part que les dépenses de fonctionnement et les dépenses de financement représentent par rapport aux recettes réelles de fonctionnement ainsi que la part que les dépenses d'investissement représentent par rapport à l'épargne brute de l'acheteur et son effet sur sa situation financière ;

- *3° L'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ;*
- *4° Une analyse des coûts prévisionnels pouvant résulter d'une rupture anticipée du contrat ;*
- *5° Une appréciation des principaux risques du projet.*

Le rôle de Fin Infra

- Rattachée à la DG Trésor, Fin Infra est un organisme expert de la structuration juridique et financière au service de tous les porteurs de projets d'investissement public.
- Les objectifs recherchés sont:
 - *L'optimisation de la valeur et du coût global des opérations d'investissement*
 - *La maîtrise des risques juridiques, financiers et budgétaires*
- **Saisine obligatoire pour avis** en matière de MGPE-PD

Durée du MGPE-PD

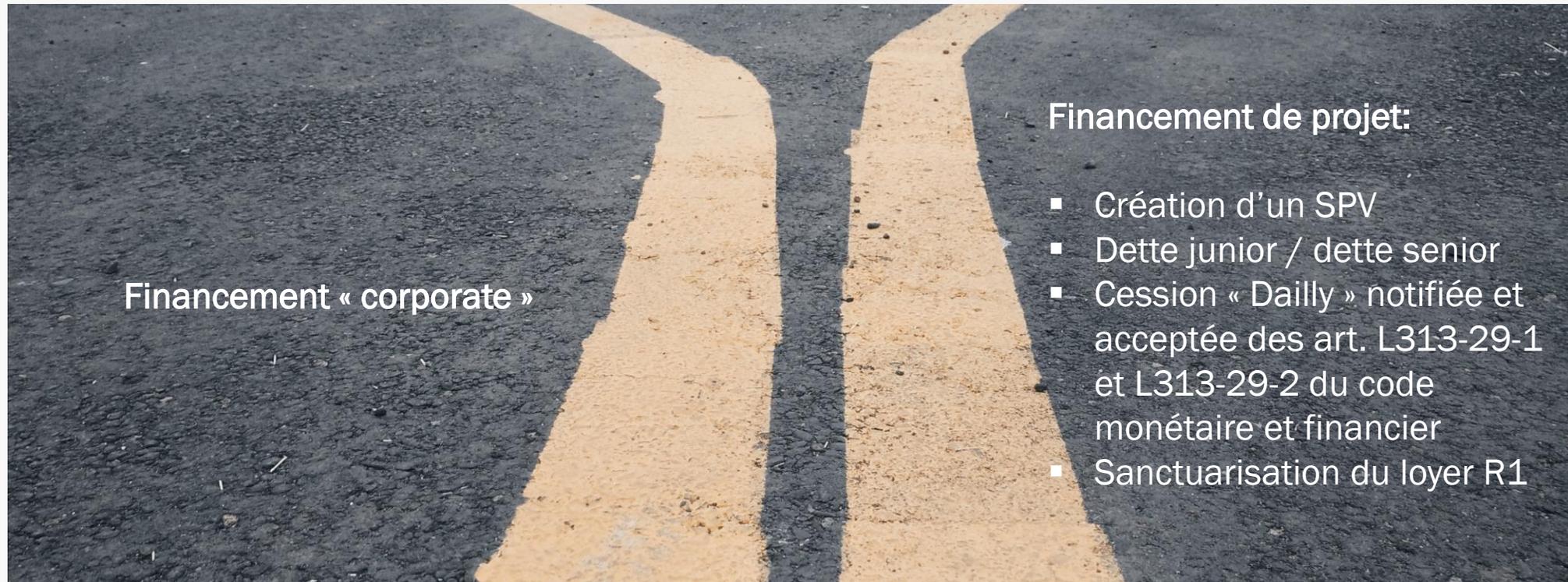
XIV. – La durée du marché global de performance est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

- Expérimentation de 5 ans : 31/03/2023 – 01/04/2028
- Pas d'effet sur le MGPE-PD conclus avant la fin de l'expérimentation, y compris pour des durées > 01/04/2028

LES MODALITÉS DE FINANCEMENT



Modalités de financement du MGPE-PD



Traitement identique du tiers- financement dans le MGPE-PD

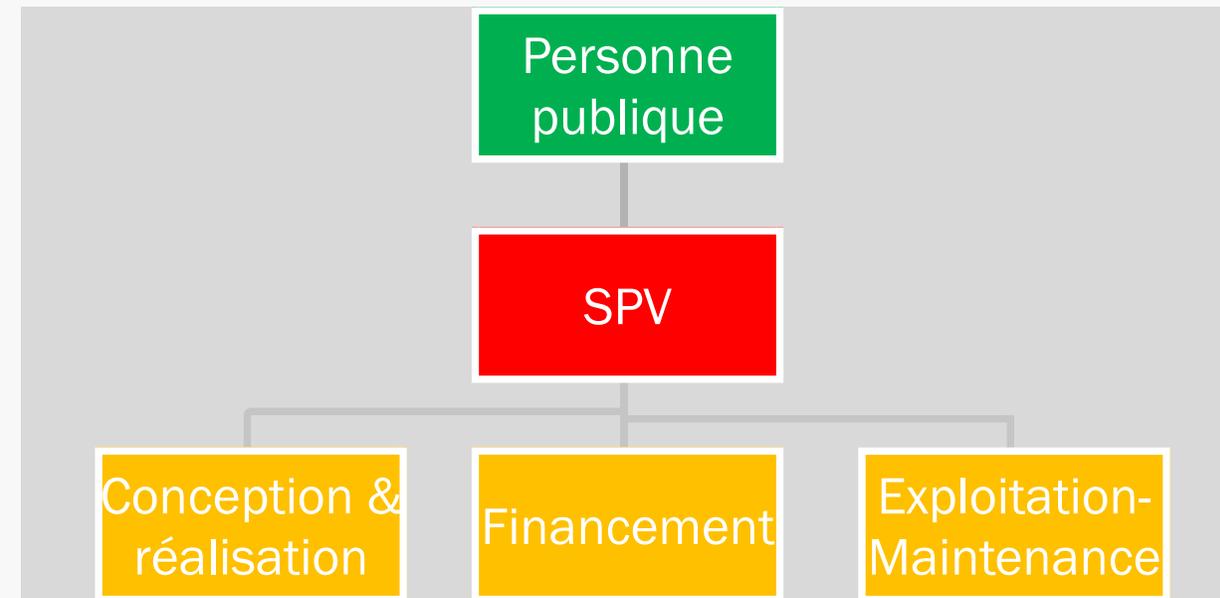
Décomposition de la rémunération du titulaire:

- *R1. Coûts d'investissement et coûts de financement,*
- *R2. Entretien et Maintenance courante,*
- *R3. Grosses Réparations / Renouvellement (GER),*
- *R4. Administration, assurance, et gestion du Marché.*



Effets du financement de projet sur le MGPE-PD (1/2)

- Décomposition de la rémunération du titulaire
- Création d'une société dédiée (SPV)
- Sanctuarisation du R1?
 - *Application de pénalités au R1?*
 - *Application de la GPE au R1?*



Effets du financement de projet sur le MGPE-PD (2/2)

■ Effets d'une expiration anticipée du MGPE-PD sur le SPV:

- prise en charge des dépenses engagées ou de **l'encours des instruments de dette** et de fonds propres, en ce inclus les intérêts courus et non échus à la date de la résiliation,
- prise en charge des **intérêts courus** exposés par le titulaire au titre des instruments de dette cédée et acceptée entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date de versement de l'indemnité,
- prise en charge des coûts éventuels pour le titulaire couvrant **l'interruption des instruments de dette cédée et acceptée** (incluant le montant des éventuelles indemnités de remboursement anticipé et/ou de résiliation anticipée des instruments de couverture de dette du titulaire sauf reprise desdits contrats par le maître d'ouvrage),
- encours des **fonds propres de la SPV**,
- éventuels frais de régularisation fiscale liés à la résiliation anticipée,
- **termes du prix non cédé échus non payés** majorés des intérêts de retard et courus non échus, au prorata temporis à la date de la résiliation, déduction faite de toute somme due par le titulaire en application du marché et non versée au maître d'ouvrage à la date de la résiliation et du montant des préjudices directs, réels et certains dûment justifiés subis par le maître d'ouvrage du fait de la résiliation comprenant par exemple les frais directs, réels et certains, dûment justifiés, de remise en état excédant le solde du compte de renouvellement ; les frais directs, réels et certains supportés par le maître d'ouvrage par suite de la résiliation ou liés à l'organisation de la réattribution des missions normalement dévolues au titulaire,

Effet du financement « corporate »



Rappel: pas de cession Dailly



Décomposition de la rémunération



Assiette de la GPE élargie: **responsabilisation accrue du titulaire**

LE MODÈLE CONCESSIONNEL

Distinction marché / concession

Une distinction selon le degré de responsabilité de l'organisme Hlm

	Conception	Réalisation	Maintenance	Financement	Exploitation « commerciale »
Maîtrise d'ouvrage publique	Organisme Hlm	Organisme Hlm	Organisme Hlm	Organisme Hlm	Organisme Hlm
MPGP	Titulaire			Organisme Hlm	Organisme Hlm
Marché de partenariat	Titulaire				Organisme Hlm
Concession	Concessionnaire				

Caractéristiques de la concession

Des composantes juridiques essentielles (L. 1121-1 du CCP)

Confier **l'exécution de travaux ou la gestion d'un service** à un ou plusieurs opérateurs économiques, **à qui est transféré un risque** lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

→ Maîtrise d'ouvrage et financement transférés au concessionnaire, avec possibilité d'apporter une subvention à l'investissement initial

La part de risque transférée au concessionnaire implique une **réelle exposition aux aléas du marché**, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable



Risque de requalification en marché si participation au financement est trop élevée ou risque d'exploitation trop faiblement avéré

Ressources mobilisables (liens hypertexte)

■ Outils du MGPE-PD

■ Publications

- « Nous testons le marché de performance énergétique à paiement différé », Serge Grouard, maire d'Orléans
- Tiers financement de la rénovation énergétique des bâtiments publics : les premiers retours d'expérience
- Le nouveau cadre légal de l'expérimentation du tiers-financement en marché global de performance
- La garantie de performance énergétique contractuelle
- Ce que prévoit l'expérimentation du tiers-financement et du paiement différé dans les CPE

■ Vidéos

- Le marché global de performance énergétique à paiement différé (MGPE-PD): intérêts et limites (Ép. 01/02)
- Le marché global de performance énergétique à paiement différé (MGPE-PD): comment faire? (Ép.02/02)

■ Rapport O. Ortega « Contrats de performance énergétique »



Contact:

LexCity avocats®

contact@lexcity.fr

+33 1 87 81 91 87



www.lexcity.fr