LPA-CGR avocats

energie sprong fr

CONCOURS ENERGIESPRONG

Guide d'utilisation du modèle de Convention de Groupement

SOMMAIRE

INDEX DES TERMES & SIGLES UTILISES DANS LE GUIDE ET LA CONVENTION 3

INTRODUCTION 7

1. CREATION DE VALEUR ET ORGANISATION DU TRAVAIL 13

1.1. Point de départ et méthodologie d'adaptation des clauses types ... 13

1.2. Identification des questions structurantes 14

1.3. Compréhension juridique de l'approche 15

1.4. Forme du Groupement, co-traitance 16

1.5. Rédaction du Préambule et de l'objet de la Convention 17

1.6. Représentation auprès de l'Acheteur 18

1.7. Répartition des tâches dans le Groupement 19

1.8. Gouvernance 21

2. COMMENT SONT ENCADRES ET PROTEGES LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE AU SEIN DU GROUPEMENT ? 23

3. GARANTIE DE PERFORMANCE 31

3.1. Organisation des rôles, des objectifs et des moyens 31

3.2. Engagement ferme sur une longue durée (plus de 30 ans) 33

3.3. Garanties et responsabilités légales 37

3.4. Garanties contractuelles et commerciales 41

4. COMMENT SONT ENCADRES LES TRAITEMENTS DE DONNEES A CARACTERE PERSONNEL ? 44

INDEX DES TERMES & SIGLES UTILISES DANS LE GUIDE ET LA CONVENTION

Acheteur public :	Entité visée par le code de la commande publique, passant des contrats régis par celui-ci, englobant aussi bien la notion de pouvoir adjudicateur que d'entité adjudicatrice.
BET	Bureau d'études techniques, regroupant des ingénieurs-conseils.
CG :	Conditions Générales de la convention de Groupement.
CP :	Conditions Particulières de la convention de Groupement.
Comité Directeur :	Organe de gouvernance optionnel pouvant être institué par les Membres du Groupement.
Compte de dépenses communes ;	Compte permettant la gestion des dépenses d'intérêt commun lorsque diverses entreprises interviennent sur un même marché, classiquement de travaux.
Compte unique de transfert :	Compte bancaire partagé par les Membres du Groupement, afin de recevoir le paiement des prestations exécutées. Il est ouvert au nom des Membres ou du mandataire.
Conception-réalisation :	Forme de marché permettant de faire exception au principe classique de séparation des prestations d'études et de travaux (loi MOP, 1985) en confiant les deux au même acteur ou Groupement.
Construction industrialisée :	Ou construction « hors site », mode de construction dans lequel les principaux éléments d'un futur ouvrage sont conçus et réalisés à distance pour être acheminés et assemblés au lieu où l'ouvrage sera ancré au sol.
CORELIAS :	Conception-réalisation-livraison-assemblage. Schéma contractuel correspondant juridiquement aux spécificités d'un marché de construction industrialisée.

DfMA :	*Design for Manufacture and Assembly*. Méthodologie (conception pour la fabrication et l'assemblage). Le DfMA est la combinaison de deux méthodologies : *Design for Manufacture*, soit la conception dans le but de faciliter la fabrication des pièces qui formeront un produit, et *Design for Assembly*, soit la conception du produit dans le but de faciliter son assemblage. Appliquée à la construction, le DfMA consiste à chercher à améliorer l'efficience dans la fabrication et l'assemblage de composants ou d'éléments de construction.
Dialogue compétitif :	Procédure de passation permettant à l'Acheteur public de dialoguer avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre. Elle est recommandée pour la passation de MGP.
Données à caractère personnel :	Données relatives à des personnes identifiées (via leur nom, prénom, photo, email, etc.) ou identifiables (de manière directe ou indirecte en se référant à des éléments tels que données biométriques, empreintes digitales, numéro de sécurité sociale, numéro d'abonné ou numéro de client, identifiant, etc.).
Créations :	Désigne les « Connaissances Propres » et les « Connaissances Nouvelles ».
EPERS :	Eléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire avec le locateur d'ouvrage. Renvoie à la responsabilité des fabricants d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, ces fabricants se voyant imposer, à certaines conditions, une solidarité avec les garanties des constructeurs, dont la décennale.
Groupement/GME :	Groupement Momentané d'Entreprises, soit un accord à durée déterminée entre des entreprises – dites cotraitantes

	– s'organisant pour répondre à un marché, relevant de la liberté contractuelle et n'ayant pas la personnalité morale.
Lean Management :	Méthode d'organisation empruntée à l'industrie automobile consistant à améliorer continuellement les processus afin d'augmenter les performances.
Louage d'ouvrage :	Ou contrat d'entreprise, contrat par lequel une partie s'engage à faire quelque chose, par exemple des travaux, en contrepartie d'un prix.
Maître d'Ouvrage :	Personne qui commande et pour le compte de laquelle est réalisé un ouvrage, qui peut être immobilier ou au sens large tout travail réalisé par une personne indépendante, le locateur d'ouvrage.
Mandataire :	Représentant des Membres du Groupement choisi par eux, auprès de l'Acheteur public et assumant des responsabilités particulières dans la passation et l'exécution du marché.
Membre :	Entreprise Membre d'un Groupement, cotraitante à l'égard des autres Membres.
MGP :	Marché Global de Performance. Forme de contrat ayant remplacé les CREM/REM, conclu avec un Acheteur public permettant d'avoir recours à la conception-réalisation et d'intégrer une phase d'exploitation-maintenance. Un Acheteur public peut y avoir recours à la seule condition de fixer des objectifs chiffrés de performance, notamment en termes d'incidence écologique, d'efficacité énergétique, de niveau d'activité ou de qualité de service.
Ouvrage :	Notion de droit civil, que la jurisprudence définit en faisant ressortir le critère du rattachement au sol ou à une partie d'ouvrage préexistante, renvoyant ainsi à l'immeuble, et le critère de travaux de construction.
RGPD :	Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, dit « Règlement Général sur la

	Protection des Données », texte de loi européen ayant fortement renforcé les obligations des entreprises à l'égard des traitements de données personnelles qu'elles mettent en œuvre.
Vente :	Contrat dans lequel une partie s'engage à livrer une chose en contrepartie du paiement d'un prix déterminé ou déterminable, par opposition au louage d'ouvrage. Correspond à un marché dit de fourniture en droit public.

INTRODUCTION

➢ Piliers de la démarche EnergieSprong

La démarche EnergieSprong vise à promouvoir, par la massification des commandes et l'industrialisation de la construction, la rénovation énergétique de bâtiments avec une garantie d'énergie E = 0, soit autant d'énergie produite que consommée, sur 30 ans.

Les **caractéristiques essentielles d'un projet EnergieSprong** sont :

- une phase d'intervention sur site d'assemblage aussi rapide que possible et la moins gênante possible pour l'occupant ;
- un financement par les économies réalisées sur les 30 ans de neutralité énergétique garantie ;
- une attention portée au confort des occupants, à l'esthétique et à la qualité d'usage.

➢ Approche juridique

Sur le plan juridique, ces objectifs se traduisent par un triptyque juridique :

- un marché public permettant de faire de la conception-réalisation et de tenir compte de l'objectif de performance, le **marché global de performance** : (anciens CREM-REM), forme de contrat conclu avec l'Acheteur public permettant d'avoir recours à la conception-réalisation et d'intégrer une phase d'exploitation-maintenance à la seule condition de fixer des objectifs chiffrés de performance, par exemple en termes d'incidence écologique, d'efficacité énergétique, de niveau d'activité et de qualité de service. Il est donc naturellement adapté aux exigences EnergieSprong.
- Une nouvelle organisation du travail hors-site entre acteurs aux compétences diverses et complémentaires, matérialisée par le **Groupement momentané d'entreprises** et le dialogue avec l'Acheteur public et permettant de préserver les intérêts de chacun. Cette nouvelle organisation collaborative a pour vocation de favoriser l'émergence d'œuvres collectives, faisant ainsi naître des enjeux de propriété intellectuelle. La mesure des résultats suppose le traitement par le Groupement de données à caractère personnel qu'il convient également d'anticiper.

- Une articulation entre les deux contrats pour répondre aux enjeux de fluidité de la construction industrialisée = **CORELIAS**

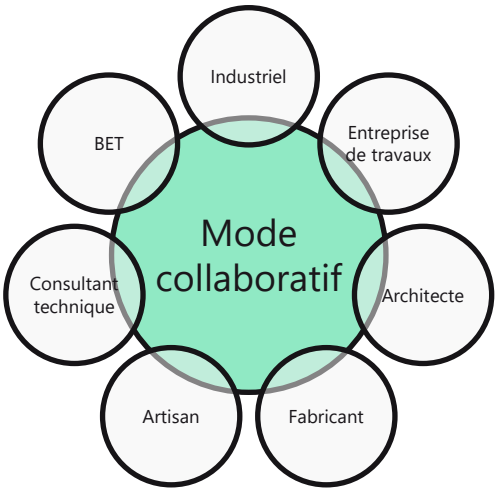
➢ Définition de la convention de Groupement

Une convention de Groupement momentané d'entreprises, ou « Convention de Groupement », est un contrat à durée déterminée conclu entre différentes entreprises en vue d'élaborer une offre commune pour répondre à un appel d'offres et exécuter le marché en cas d'attribution.

Ce contrat est gouverné par la liberté contractuelle. Il n'est soumis à aucune réglementation spécifique quant à sa constitution et son fonctionnement.

En général, il permet aux entreprises de s'organiser et de décrocher un marché auquel elles ne pourraient soumissionner seules.

Les parties à la Convention de Groupement sont tous types d'entreprises, aux activités les plus diverses :



Auxquels on pourrait ajouter :

- Designer
- Monteur
- Entreprises de maintenance
- Energéticien
- Economiste
- Travailleur social etc.

On peut noter ici que l'architecte a une place importante pour répondre aux exigences de la qualité architecturale du projet, telles que prévues dans la démarche EnergieSprong. L'architecte a également le monopole du permis de construire, il est donc nécessaire d'avoir cette compétence si le projet le demande (cf. débat sur la notion d'« ouvrage » en partie 3).

Dans le même ordre d'idée, il est préférable que le mainteneur chargé de l'entretien de l'ouvrage de rénovation après la réception soit intégré dès le départ au Groupement, car l'objectif d'EnergieSprong est bien une conception prenant en compte une maintenance optimisée des systèmes. Le risque d'un mainteneur externe au Groupement est qu'il intègre le projet sans réflexion en coût global. Cela risquerait aussi de créer pour les entreprises du Groupement l'illusion de pouvoir, en présence d'un mainteneur chargé de l'entretien pendant la phase de garantie, se dérober à leurs obligations au titre des garanties de vendeurs et/ou de constructeurs et/ou de performance, alors qu'au contraire ces obligations les associent au risque de maintenance sur le long terme.

La composition du Groupement est en principe figée après la remise de la candidature, mais les clauses peuvent être négociées, complétées et adaptées pendant toute la durée du contrat.

➢ Principaux enjeux de la Convention de Groupement

- **Accompagner les Groupements**

Afin d'accompagner les Groupements dans leur coordination et leur réponse à un appel d'offres dans le cadre de la démarche EnergieSprong, un modèle de Convention de Groupement a été établi. Il vise à servir d'outil et de base de discussions entre les Membres du Groupement et à assurer que les principales problématiques juridiques et opérationnelles attachées à tout projet EnergieSprong soient encadrées contractuellement, afin de fournir un cadre favorable à la collaboration et à l'innovation. Ce modèle fonctionne comme une grille de lecture ou une *check-list* des points à traiter en amont de la réponse à l'appel d'offres. Il n'est ni contraignant, ni obligatoire. Il est disponible *open source [à préciser]* et a vocation à être enrichi par les retours d'expériences des opérateurs qui l'utilisent.

- **Rassurer les Acheteurs publics**

La Convention vise également à répondre aux attentes des Acheteurs publics, à qui la Convention pourra – à leur demande ou spontanément – être communiquée dans le cadre de la candidature.

Il s'agit ainsi de répondre à une logique de transparence en permettant aux Acheteurs publics d'avoir une meilleure compréhension de l'organisation du candidat, de son approche opérationnelle du projet et des leviers de performance et de garanties qu'il a prévu de mettre en place.

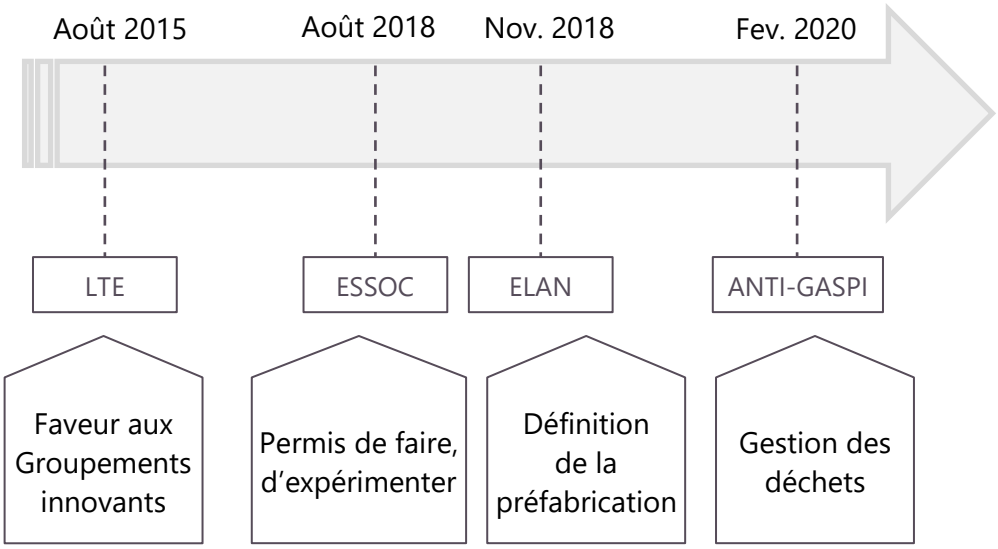
Malgré l'utilisation du terme « Acheteur public », la Convention peut aussi être utilisée dans le cadre d'un marché privé.

- **Changer les réflexes, de l'industrie vers le BTP**

Dans la démarche EnergieSprong, la partie *Fourniture* qu'on achète prédomine en valeur sur la partie *Travaux* de construction pour un Maître d'ouvrage.

En pratique, on constate d'ailleurs de plus en plus souvent dans les marchés publics de « constructions modulaires » le remplacement du CCAG Travaux par le CCAG Fourniture.

Depuis 2015, une transition est en cours dans le secteur du BTP, de la construction-travaux vers la fourniture-vente. L'industrialisation fait son entrée dans la loi. La focalisation sur les normes est remplacée par les objectifs de performance.



Si le bailleur social achète plus qu'il ne fait construire, réciproquement, le Groupement organise la vente d'éléments dont il assure, une fois assemblés, la performance énergétique. Cette performance, sur laquelle les usages du locataire ont également un impact, se situe au cœur de la démarche EnergieSprong.

➢ Méthodologie de rédaction de la Convention de Groupement

Une équipe transversale a été constituée au sein du cabinet pour appréhender les différents prérequis de la Convention de Groupement, avec trois compétences principales :

- contrats industriels et hors site,
- propriété intellectuelle et technologie de l'information,
- droit de la commande publique et énergie.

Cette équipe est partie de l'étude d'exemples contractuels concrets récemment négociés et mis en place dans le domaine de la conception-réalisation, de la construction modulaire et de projets industriels dans le secteur de l'énergie.

Une première version synthétique a été rédigée sur la base de ces exemples avec la préoccupation constante d'identifier les meilleures pratiques.

Ont ensuite été organisées, avec l'aide de l'équipe EnergieSprong, des conférences téléphoniques avec les futurs Groupements et bailleurs pour leur présenter cette première version et recueillir leurs observations.

En parallèle, des discussions ont eu lieu avec les acteurs intervenant aux côtés des bailleurs sociaux, au moment de la rédaction de modèles de marchés et documents de consultations et de l'appréhension des sujets liés à la garantie de performance.

Les travaux de consolidation de la Convention ont avancé au fur et à mesures de ces échanges. Les résultats provisoires ont été présentés pour la première fois lors d'un webinaire organisé dans le cadre d'un atelier du club EnergieSprong Pays de la Loire le 7 juillet 2020. Quelques ultimes ajustements ont ensuite été apportés à la Convention à l'issue de ce webinaire.

➢ Objectif de ce guide d'utilisation

Ce document vise non seulement à accompagner les Membres des Groupements dans la rédaction de leur Convention de Groupement, mais aussi à leur faciliter la compréhension des enjeux juridiques de l'approche EnergieSprong ainsi que l'utilisation des clauses permettant de les appréhender.

➢ Plan et options

Le modèle de Convention de Groupement devra naturellement être adapté à chaque projet et au fonctionnement propre de chaque Groupement. Afin de prendre en compte les différents cas de figure susceptibles d'être rencontrés par les

Groupements, le modèle de Convention de Groupement contient sur plusieurs sujets différentes options applicables. Ce document permet ainsi également d'assister les Groupements dans le choix des options adaptées à leur situation particulière.

A des fins didactiques, la présentation des 22 clauses générales, 10 clauses particulières et 6 annexes de la Convention de Groupement sera structurée autour des quatre thèmes majeurs qui innervent la Convention de Groupement type EnergieSprong et en font un contrat résolument inclusif à l'égard des différentes parties et de certains tiers comme le locataire.

Ces quatre thèmes de présentation sont les suivants :

1. **Création de valeur et organisation du travail**
2. **Propriété intellectuelle**
3. **Garantie de performance**
4. **Protection des données à caractère personnel**

1. CREATION DE VALEUR ET ORGANISATION DU TRAVAIL

1.1. Point de départ et méthodologie d'adaptation des clauses types

La rédaction de la Convention est un **travail collectif** entre les futurs Membres du Groupement qui ont chacun leurs activités indépendantes par ailleurs.

Il convient donc en premier lieu, à défaut de pouvoir se réunir régulièrement en présentiel, de mettre en place un **outil commun** permettant les échanges et le travail collaboratif.

La première question qui se posera en principe entre les futurs cotraitants est de savoir comment créer ensemble cette valeur qu'est la garantie de performance ?

Pour **créer de la valeur dans la durée et de manière inclusive** en impliquant tous les acteurs qu'ils soient Acheteur public, locataire ou titulaire du marché, il faudra non seulement déterminer le cadre légal dans lequel cette création va s'inscrire, les moments juridiques clés de l'opération, mais aussi de faire coïncider ces moments clés avec ceux prévus dans le contrat avec le bailleur.

La Convention de Groupement doit donc être **visible de l'Acheteur**, intégrée aux documents à rendre pour le marché. Pour revenir sur l'outil à mettre en place, on pourrait imaginer, comme le suggérait un bailleur lors des entretiens, une plateforme collaborative accessible et utilisable par les maîtres d'ouvrages, en accès sans modification.

Lors du webinaire du 7 juillet, un sondage a montré que l'élément le plus susceptible de convaincre les candidats à s'engager sur 30 ans était les **retours d'expériences** d'autres Groupements.

Un nouvel état d'esprit ira ainsi de pair avec la démarche EnergieSprong : l'***open source***, et en l'occurrence s'agissant de la Convention le partage d'expérience dans la structuration contractuelle du projet par accessibilité du contrat à toutes les parties prenantes du projet et le partage des clauses utilisées avec la communauté EnergieSprong.

La rédaction d'un contrat peut s'avérer d'autant plus longue et compliquée que le nombre de parties est important. L'observation de certains principes peut faciliter et améliorer le résultat d'une telle négociation.

Il peut être utile de commencer par conclure un **avant-contrat** :

- Promesse de Groupement, où l'on s'engage, dès lors que le marché serait obtenu, à établir une Convention de Groupement définitive ;

- Convention préliminaire ou accord sur les conditions essentielles de la collaboration (sous forme par ex. de *term sheet*) avant de négocier le contrat final ;

Il convient de privilégier l'utilisation d'un **vocabulaire uniforme** et de formulations précises en n'hésitant pas à faire des répétitions.

Dans une logique de collaboration, les parties ont intérêt – lorsqu'elles proposent un projet de contrat ou des modifications de clauses – à soumettre d'emblée des **stipulations équilibrées** à leurs partenaires.

Les Membres pourront utilement s'appuyer sur l'expérience de certains d'entre eux, qui peuvent assurer la conduite de l'exercice.

1.2. Identification des questions structurantes

S'agissant des moments juridiques clés de l'opération, ils résultent directement des choix importants de l'approche EnergieSprong qui pourrait se résumer dans l'équation suivante :

DfMA + 75% de valeur en atelier + Eléments mobiles + Efficience chantier + « E=0 »

Les quatre premières notions participent directement de l'organisation du travail et de la création de valeur. La cinquième, **« E=0 »**, représente la garantie de performance, laquelle sera traitée spécifiquement dans la **partie 3,** car elle est **la résultante mesurable** de l'organisation du travail et de la création de valeur, sur laquelle des paramètres extérieurs au Groupement peuvent agir et qui est la valeur qui doit être maintenue pendant 30 ans.

S'agissant des quatre première notions, il s'agit des piliers organisationnels de la démarche EnergieSprong :

- **DfMA** : une réflexion est à mener sur ce qui fait le cœur du travail en commun du Groupement, au-delà de chaque projet. La Convention peut être réutilisée, moyennant réglages pour chaque projet.
- **Préfabrication à 75 %** : le pourcentage est une estimation – très approximative – de la valeur créée en usine par rapport à la valeur totale du marché jusqu'à la réception. C'est le témoin de l'approche produit : que vaut intrinsèquement le produit à sa sortie de l'atelier ? Y aura-t-il, outre l'assemblage rapide pensé à l'avance, une sorte de mise en service, de « *commissioning* » ? L'idée générale consiste ici à se placer dans une logique de fourniture et non de

travaux.

- **Eléments mobiles** : quelles solutions sont prévues pour le transport, la logistique et l'acheminement des éléments préfabriqués sur site ? S'agit-il de solutions manuportantes ? Quand les éléments mobiles sortent de l'usine ou arrivent sur le chantier, sont-ils vérifiés, testés ? Le constat de la conformité peut-il s'effectuer par la signature d'un procès-verbal de livraison, susceptible de déclencher le paiement de la fourniture ?
- **Efficience du chantier** : sur la partie résiduelle d'assemblage efficient, est-il utile de reprendre une logique de paiement à l'avancement, lequel sera donc pré-paramétré (DfMA) et se fera rapidement, sans nuisance ni sinistre ? Réception, voire nouveau *commissioning* ?

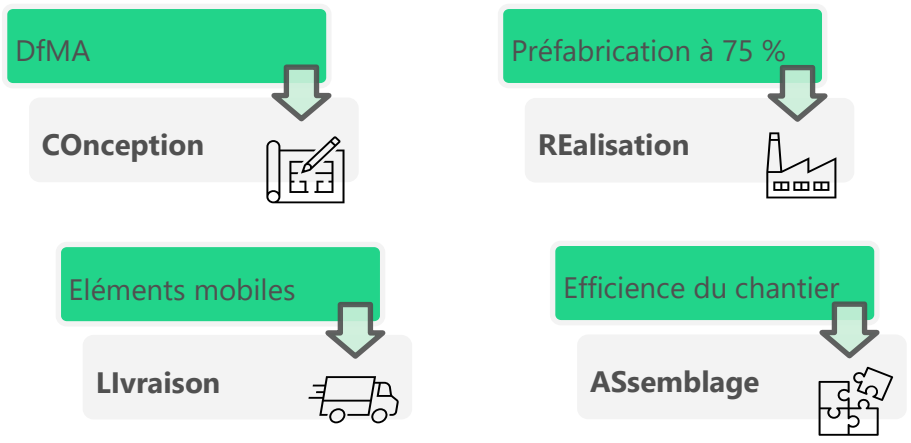
L'équation EnergieSprong laisse ainsi apparaître une approche hybride de fourniture et d'assemblage.

1.3. Compréhension juridique de l'approche

Les éléments de cette équation peuvent se résoudre juridiquement par la formule :

CORELIAS + garantie de performance

CORELIAS signifie COnception – REalisation – LIvraison – ASsemblage et permet d'identifier les moments juridiques clés de la création de valeur :



L'équation EnergieSprong laisse ainsi apparaître une approche hybride de fourniture et d'assemblage.

1.4. Forme du Groupement, co-traitance

Le Groupement est avant tout un contrat, qui fait la **loi des parties** : une fois conclu, les signataires sont engagés. S'ils ne respectent pas les obligations en résultant, ils s'exposent à des sanctions.

La conception-réalisation, rapprochement entre concepteurs et réalisateurs, et les objectifs d'efficience et de performance expliquent la forme du Groupement.

Autrefois, ce rapprochement était rendu difficile par la loi MOP de 1985. Aujourd'hui il est plus simple dans le cadre d'un MGP à condition que l'on s'engage sur un résultat de performance.

On crée plus précisément un **GME** spécifiquement pour un projet.

Le GME est **transparent** (simple contrat), à la différence d'une société dotée de la personnalité morale, créée pour le temps long et dotée de statuts formels.

Le Groupement n'a **pas de personnalité juridique** comme les sociétés. Autrement dit, il ne peut pas agir en son propre nom, mais seulement au nom de ses Membres. Ainsi il ne peut en son nom embaucher des salariés, engager des sous-traitants etc. Les Membres ne partagent pas non plus les pertes et profits réalisés.

CG art. 1, 2

C'est préférable, car d'une part, même si l'on a en tête la massification et la réplicabilité recherchée par la démarche EnergieSprong, lors du premier projet commun, voire des deux suivants, les Membres ne sont pas forcément en mesure de créer une société ensemble.

D'autre part, malgré l'« approche produit » sur le fond, la réponse à un appel d'offres concret nécessite la souplesse et les possibilités d'ajustements d'une « **approche projet** ».

Cela n'empêche pas le Groupement de s'organiser selon certains principes pouvant évoquer l'organisation d'une société, notamment en termes de gouvernance. A terme, la création d'une société s'avérera d'ailleurs plus adaptée à une collaboration plus durable.

Les parties ont néanmoins toujours la possibilité de prévoir un tel partage des pertes et profits, en créant entre eux – outre le Groupement - une société en participation, soit une forme souple de société normalement occulte (c'est-à-dire non connue des tiers), sans personnalité morale, non soumise à publicité.

Dans ce GME transparent, purement contractuel, tout le monde est co-responsable, **en première ligne** vis-à-vis de l'Acheteur public. Chacun des entrepreneurs du Groupement a un lien contractuel avec le Maître de l'ouvrage. Les entreprises sont

cotraitantes (et non sous-traitantes). Chaque partie supporte ses frais et est rémunérée par l'Acheteur public. Ainsi si une partie a à supporter une charge imprévue, elle ne pourra pas en principe exiger des autres une participation.

Si leur code de déontologie interdit aux architectes d'intervenir sur un projet en tant que sous-traitants, il leur est en revanche parfaitement loisible d'intégrer un Groupement en qualité de co-traitant.

Contrairement aux apparences et au positionnement de la clause dans le modèle de Convention, la **solidarité** du Groupement n'est pas une question prioritaire à traiter : d'une part elle peut être imposée par l'Acheteur, d'autre part on ne peut l'appréhender dans toute sa signification et donc décider en connaissance de cause qu'au regard de la portée de l'engagement de performance. Elle sera donc traitée en **partie 3**.

CG art. 2

1.5. Rédaction du Préambule et de l'objet de la Convention

CG préambule, art. 1

Les questions suivantes peuvent guider la rédaction du Préambule et de l'art. 1 des CG.

Quel est le but de la Convention et quel est le but des Parties au-delà du projet ?

S'agit-il de répondre à un appel d'offres et de réaliser un projet ou se projette-t-on au-delà ?

La Convention ayant vocation à être conclue pour une longue durée (30 ans), il est possible et cohérent de prévoir le cas échéant qu'elle puisse servir à répondre à plusieurs marchés. Des conditions particulières et annexes spécifiques pourront être adoptées pour chaque marché.

Il faut ici garder à l'esprit la relation entre le dimensionnement, les proportions du Groupement et les règles de concurrence. Le Groupement risque de se heurter à ces règles s'il provoque une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates, dissimulant une entente anticoncurrentielle ou de répartition des marchés. Le Groupement doit plutôt être vu comme un moyen permettant à des entreprises de concourir alors qu'elles n'auraient pas été en mesure de le faire isolément ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive.

Autre question susceptible d'impacter le cadrage général de la Convention : dans quel environnement va s'organiser la négociation : s'agit-il d'un marché public ou privé ? Quel est le mode de passation choisi ? etc.

1.6. Représentation auprès de l'Acheteur

CG art. 3

Les questions suivantes guideront la rédaction des CG concernant le Mandataire : Qui sera Mandataire ? Quel rôle lui sera attribué ? Le Mandataire change-t-il en cours de contrat ?

La désignation d'un mandataire est rendue nécessaire par la candidature à un marché public. Il s'agit d'une formalité substantielle. A défaut, un dossier de candidature sera considéré comme incomplet.

CG 6, 7 CP 1, 2

Il convient de choisir l'entreprise la plus à même d'assurer la fonction, en fonction du projet et de la phase (cf. mandature tournante évoquée ci-dessous).

Les rôles du Mandataire sont les suivants :

CG 8, 12 CP 9

- **Administratif/logistique** (remise des offres, transmission de documents, tenue du compte de transfert/commun, répartition des paiements)
- **Représentation des Membres du Groupement** (signature actes, demandes au nom des Membres)
- **Interface de communication, interlocuteur unique, porte-parole** (information sur les conditions d'exécution…)
- **Garant de la bonne exécution**, en Groupement conjoint il peut être responsable solidaire à l'égard de l'Acheteur (selon ce que prévoit le MGP, la Convention de Groupement) cf. ci-dessous. Théoriquement, il est donc aussi possible pour le Mandataire – lorsque le marché ne l'exige pas – de ne pas apporter sa garantie solidaire (cf. art. 2142-24 du code de la commande publique) : ainsi de plus petites entreprises pourront assumer un rôle de chef de file, sans nécessairement être obligées de supporter l'engagement solidaire envers le maître de l'ouvrage.

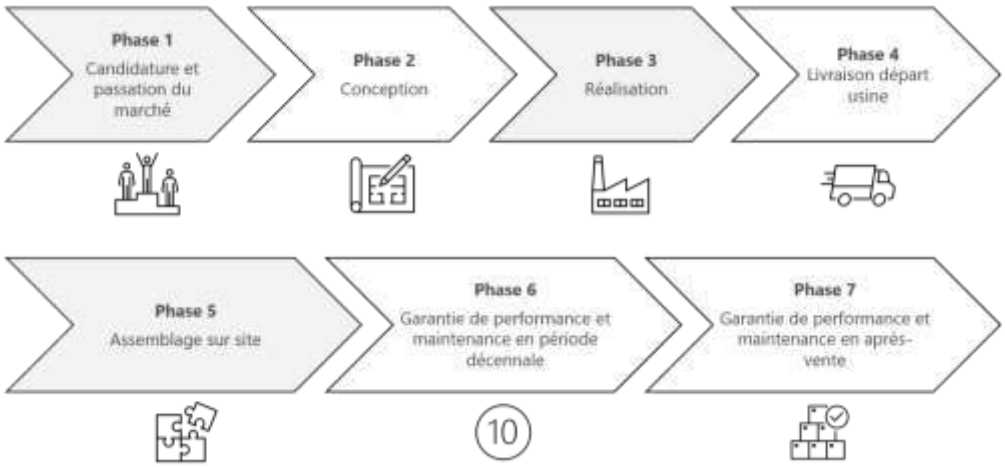
CG art. 6, CP art. 2

Mandature tournante : la Convention de Groupement peut prévoir une mandature tournante, **optionnelle et adaptable** en fonction des phases du marché ou de la durée du mandat (nombre d'années par exemple).

Il sera ainsi possible de prévoir à l'avance l'intervention de Mandataires successifs, mais il faudra prévoir ces changements dès le début dans la Convention et l'Acheteur public devra en valider le principe dès la passation, puis les confirmer au moment effectif du changement (avenant).

Par conséquent il est utile de **déterminer de phases**, des séquences avec l'objectif de créer de la valeur, qui peuvent justement se structurer autour de

CORELIAS. En l'occurrence, il est suggéré de découper le tableau selon les 7 phases du marché :



Ces phases vont également permettre d'organiser la répartition des tâches à l'intérieur du Groupement.

1.7. Répartition des tâches dans le Groupement

CG art. 4

CP art. 2

La conception-réalisation sur un projet est une chorégraphie à organiser entre les concepteurs et les réalisateurs, y compris les garants de la performance.

A cet effet, il faut se demander qui fait quoi ?

Ann. 1

Une étape clé et prioritaire est le remplissage du tableau en Annexe 1 du contrat prévoit une organisation selon la méthode **RACI**, qui est une matrice de responsabilités utilisée pour la gestion de projets.

Elle permet d'identifier clairement les rôles des différents acteurs d'un projet : pour chaque tâche, un rôle est assigné aux Membres, correspondant aux lettres :

- R : *responsible*. Personne/entité réalisant, exécutant la tâche, éventuellement assistée par d'autres (le cas échéant signalés par la lettre supplémentaire S : *support*). Il y a toujours au moins un R pour chaque tâche.
- A : *accountable*. Personne/entité responsable, ayant à rendre compte de la réalisation de la tâche et la supervisant. Il ne peut y en avoir qu'une par tâche. R & A peuvent être la même personne/entité.
- C : *consulted*. Personne/entité consultée, fournissant par exemple un conseil ou une expertise, sans pouvoir de décision.

- I : *informed*. Personne/entité simplement informée (de la progression de la tâche ou autres informations).

De multiples variantes existent, intégrant d'autres rôles. On pourra par exemple ajouter :

- Ct : contrôle,
- V : validation,
- D : décision

La définition plus précise des rôles de chacun des Membres permettra de rédiger le reste du contrat en tenant compte de cette répartition. On se posera des questions telles que : quels moyens matériels et humains sont mobilisés par chaque Membre pour mener à bien ses objectifs ? Comment est répartie et calculée la rémunération ?

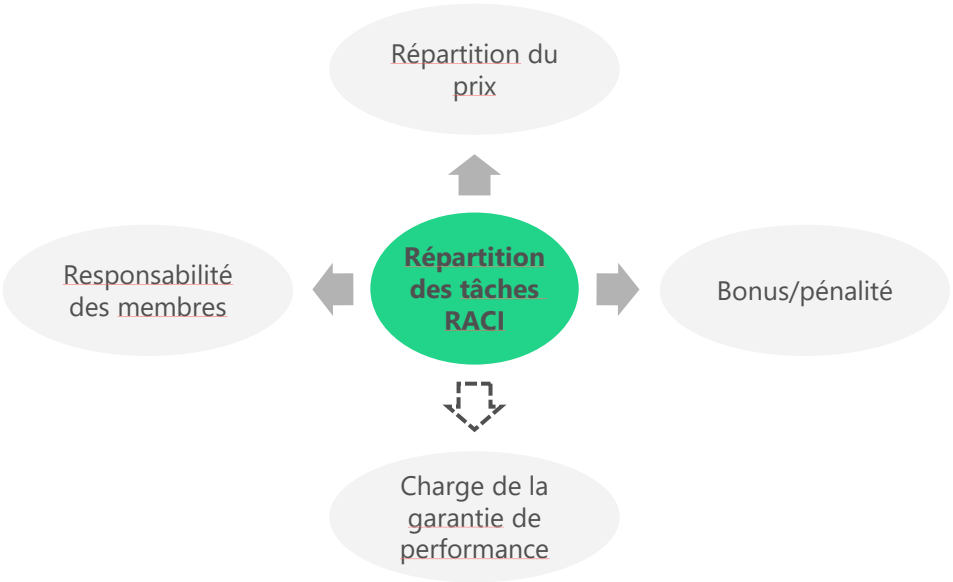
De la répartition des tâches découlera principalement :

- la responsabilité des Membres,
- la répartition du prix,
- l'imputation des primes d'avance et pénalités de retard.

CG 9,

CG 4, CP 3

CG 15, CP 5, 6



S'agissant des prix, le modèle CORELIAS va de pair avec le paiement d'acompte sur avancement en usine ou le déclenchement d'une échéance de paiement de fourniture au moment de la signature d'un procès-verbal de livraison.

Dans la même logique de fourniture d'éléments à haute valeur ajoutée, les Membres pourront se préparer à proposer à l'Acheteur des modalités de transport et d'assurance spécifiques à leur organisation, le cas échéant en s'appuyant sur les Incoterms. La prise en charge de ces responsabilités doit le cas échéant être prévue dans le tableau de répartition des tâches.

En ce qui concerne les primes d'avance et les pénalités de retard pour la fourniture et les travaux d'assemblage jusqu'à la réception, leur imputation pourra également s'effectuer par référence au tableau de l'Annexe 1.

CG 15, CP 5, 6

L'une des banques des Membres sera-t-elle prête à ouvrir un compte unique de transfert (au nom de tous les Membres) afin que le Mandataire puisse gérer les flux financiers du groupement en facturant pour compte de tiers ? La question renvoie à la notion de solidarité traitée en partie 3 ci-après et nécessitera le cas échéant l'ouverture d'un compte dédié.

CG 12, 13 CP 9

1.8. Gouvernance

CG 6, 7 CP 1

La gouvernance du Groupement pourra être assurée par le Mandataire, mais éventuellement aussi par un Comité Directeur.

Selon nos échanges avec les futurs Groupements interrogés sur le sujet, ce choix dépendra souvent de la taille du Groupement.

Les missions, pouvoirs et composition de l'organe chargé de la gouvernance, qu'il s'agisse du Mandataire ou du Comité Directeur, sont librement paramétrables dans la Convention, de préférence dans les Conditions Particulières.

En général les missions de gouvernance vont s'articuler autour des principaux axes suivants :

- **L'ordonnancement, le pilotage et la coordination (OPC)** : organiser et harmoniser dans le temps et dans l'espace les tâches et les actions des différents intervenants.
- **Rôle en cas de défaillance d'un Membre**

CP art. 8

- **Résolution des différends**

Pour permettre cette gouvernance, la Convention définit un certain nombre d'obligations à la charge des Membres à l'égard du Mandataire / Comité Directeur.

Des règles de délibération seront mises en place pour organiser la gouvernance, notamment en cas de crise.

L'objet de cette première partie du travail sur la Convention est donc d'organiser le travail en commun pour créer de la valeur.

La valeur créée par cette organisation du travail doit bien sûr être protégée. C'est l'objet de la partie suivante.

2. COMMENT SONT ENCADRES ET PROTEGES LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE AU SEIN DU GROUPEMENT ?

CG art. 10

Ann. 2, 5, 6

RAPPELS

Que sont les droits de propriété intellectuelle ?

Les droits de propriété intellectuelle protègent les créations et les innovations. Il existe plusieurs régimes applicables en fonction de la nature des créations : les droits d'auteur (protégeant les œuvres dès lors qu'elles sont « originales »), les marques (protégeant les signes distinctifs figuratifs ou verbaux), les dessins et modèles (protégeant l'apparence des produits), les brevets (protégeant les inventions susceptibles d'application industrielle), le savoir-faire (protégeant une méthode ou des connaissances techniques).

Comment bénéficier de la protection des droits de propriété intellectuelle ?

Les droits de propriété industrielle (marques, dessins et modèles, brevets) s'acquièrent en effectuant un dépôt auprès d'un office de propriété industrielle (l'INPI en France). Les titres de propriété industrielle sont accordés si la création répond aux critères de protection. Pour continuer à bénéficier de cette protection, il faut veiller à régler les redevances et/ou procéder aux renouvellements nécessaires.

Les droits d'auteur ne doivent pas faire l'objet d'un dépôt et existent du simple fait de la création de l'œuvre, sous réserve de son originalité. Il est possible de déposer des « enveloppes Soleau » auprès de l'INPI pour dater la création. Le savoir-faire est protégé dès lors que sa confidentialité est préservée (par le biais d'accords de confidentialité, par exemple).

A qui appartiennent les droits de propriété intellectuelle ? Qui peut les utiliser ?

Les droits de propriété intellectuelle appartiennent à l'origine à la ou aux personne(s) ayant réalisé la création (l'auteur, l'inventeur, etc.) qui peuvent décider de les transférer à un tiers (cession) ou de permettre à un tiers de lui utiliser dans un contexte précis (licence). En principe, une création ne peut pas être utilisée sans autorisation du titulaire des droits qui y sont attachés.

***

Compte tenu du caractère particulièrement innovant des activités du Groupement dans le cadre du MGP, de nombreux éléments protégeables par des droits de

propriété intellectuelle sont susceptibles d'être utilisés, partagés et/ou mis au point par les Membres. La Convention de Groupement permet d'encadrer les conditions de protection et d'utilisation de ces créations en répondant aux problématiques suivantes.

➢ Identifier les créations utilisées par les Membres pour répondre au MGP

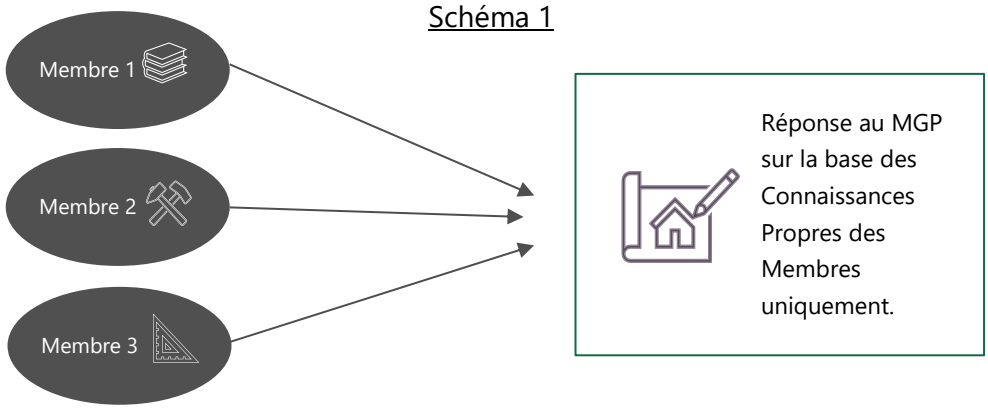
Les Créations peuvent être de natures très variées, dépendant des activités du Groupement et des secteurs d'intervention des Membres : plans d'architecte, maquettes, logiciels, procédé innovant, méthode, savoir-faire, créations esthétiques, connaissances techniques, etc.

Il convient également de distinguer :

CG. art 10.1

- Les « Connaissances Propres », correspondant aux créations mises au point et détenues par les Membres de manière indépendante avant et/ou en dehors du Groupement et qui sont utilisées dans le cadre du MGP (Schéma 1).

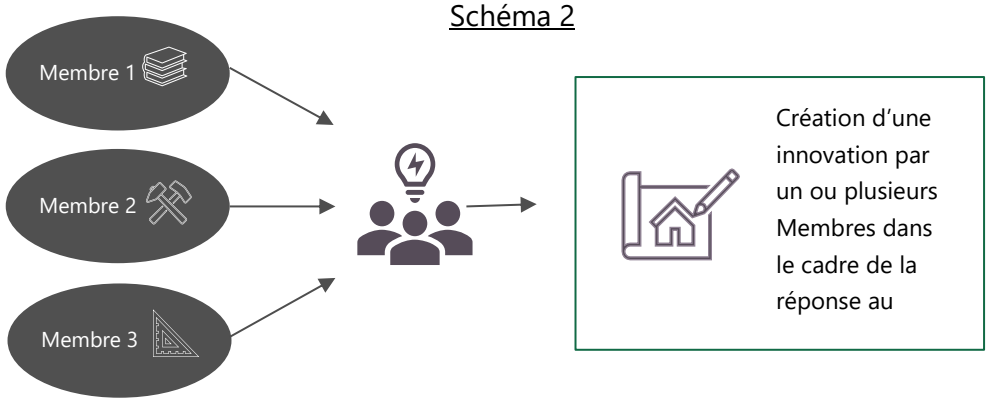
Schéma 1



CG art. 10.2

Les « Connaissances Nouvelles », correspondant une ou plusieurs création(s) susceptibles d'être crées par un ou plusieurs Membres dans le cadre du Groupement pour répondre au MGP (Schéma 2). Des « Connaissances Propres » des Membres peuvent être utilisées pour créer des « Connaissances Nouvelles

Schéma 2



➢ **Déterminer qui est titulaire des droits de propriété intellectuelle attachés aux créations :**

Plusieurs schémas de titularité des droits de propriété intellectuelle peuvent être envisagés, en fonction du type de créations, de la volonté des Membres et des besoins du Groupement :

CG. art 10.1

- Les « Connaissances Propres » appartiennent en principe au Membre qui les a créées en amont ou indépendamment du Groupement. Ce Membre titulaire des droits peut décider :
    - Option 1 : Soit de rester l'unique titulaire de ces droits de propriété intellectuelle ;
    - Option 2 : Soit de transférer tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle à un ou plusieurs Membres du Groupement. Cela peut être nécessaire, par exemple, lorsque les Connaissances Nouvelles ont été développées sur la base de ces Connaissances Propres.

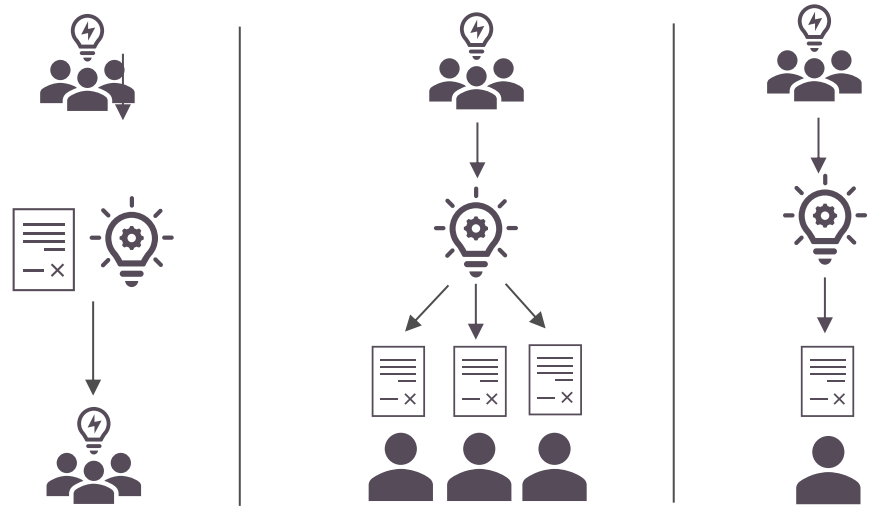
CG art. 10.2

- La titularité des droits attachés aux « Connaissances Nouvelles » dépend des conditions de création de celles-ci :
    - Option 1 : Si les Connaissances Nouvelles ont été créées par un seul Membre, celui-ci peut décider :
        - Option 1.1. : D'être seul titulaire des droits qui y sont attachés ;
        - Option 1.2. : De transférer tout ou partie de ses droits aux autres Membres du Groupement ;
    - Option 2 : Si les Connaissances Nouvelles ont été créées par plusieurs

Membres, ceux-ci peuvent décider (Schéma 3) :

- Option 2.1. : De demeurer les seuls titulaires des droits qui y sont attachés ;
- Option 2.2. : De transférer et partager tout ou partie de ses droits aux autres Membres du Groupement ;
- Option 2.3. : D'attribuer ces droits à un seul Membre.

Schéma



Option 2.1. Option 2.2. Option 2.3.

➢ **Définir les conditions de partage et d'utilisation des Créations au sein du Groupement :**

Les conditions de partage et d'utilisations des Créations doivent être déterminées en fonction de ce que les Membres décident autoriser dans le cadre de l'exécution du la Convention et du MGP, mais également en dehors, notamment pour les besoins propres de chacun des Membres (Schéma 5) :

- Pour les « Connaissances Propres », il est nécessaire de déterminer si celles-ci sont nécessaires pour l'exécution de la Convention. Dans cette hypothèse, le Membre titulaire des droits de propriété intellectuelle sur ces Connaissances Propres doit accorder une licence d'utilisation aux Membres qui en ont besoin.

CG art. 10.1

CG art. 10.2

- Pour les « Connaissances Nouvelles », il est nécessaire de déterminer les conditions d'utilisation par les Membres, à savoir :

Ann. 5

CG art. 10.2

  - Si tous les Membres ou seulement certains peuvent utiliser les Connaissances Nouvelles pour les besoins de l'exécution de leur mission au sein du Groupement. Si les Membres qui ont besoin d'utiliser les Connaissances Nouvelles ne sont pas titulaires des droits sur celles-ci (cf. ci-dessus), une licence d'utilisation doit leur être accordée.

Ann. 5

  - Si les Membres sont autorisés à utiliser les Connaissances Nouvelles uniquement pour les besoins de l'exécution de la Convention et du MGP ou bien également pour d'autres usages (par exemple, pour leurs références personnelles, à des fins archivistiques ou bien de recherches, etc.) (Schéma 4).

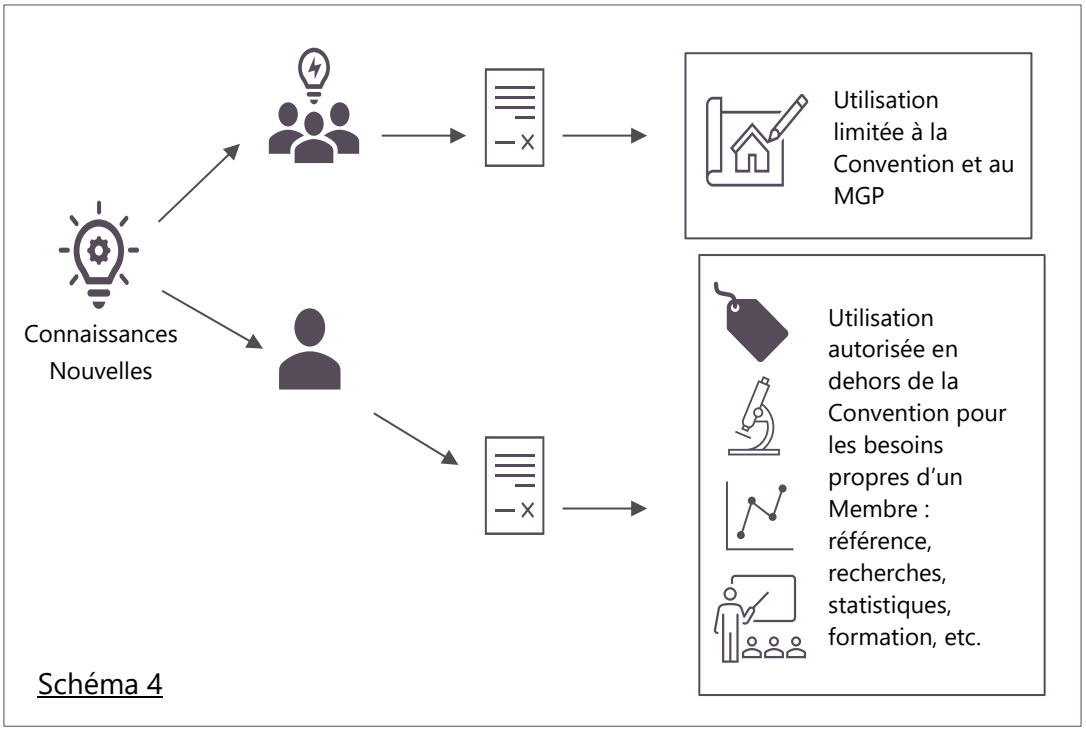
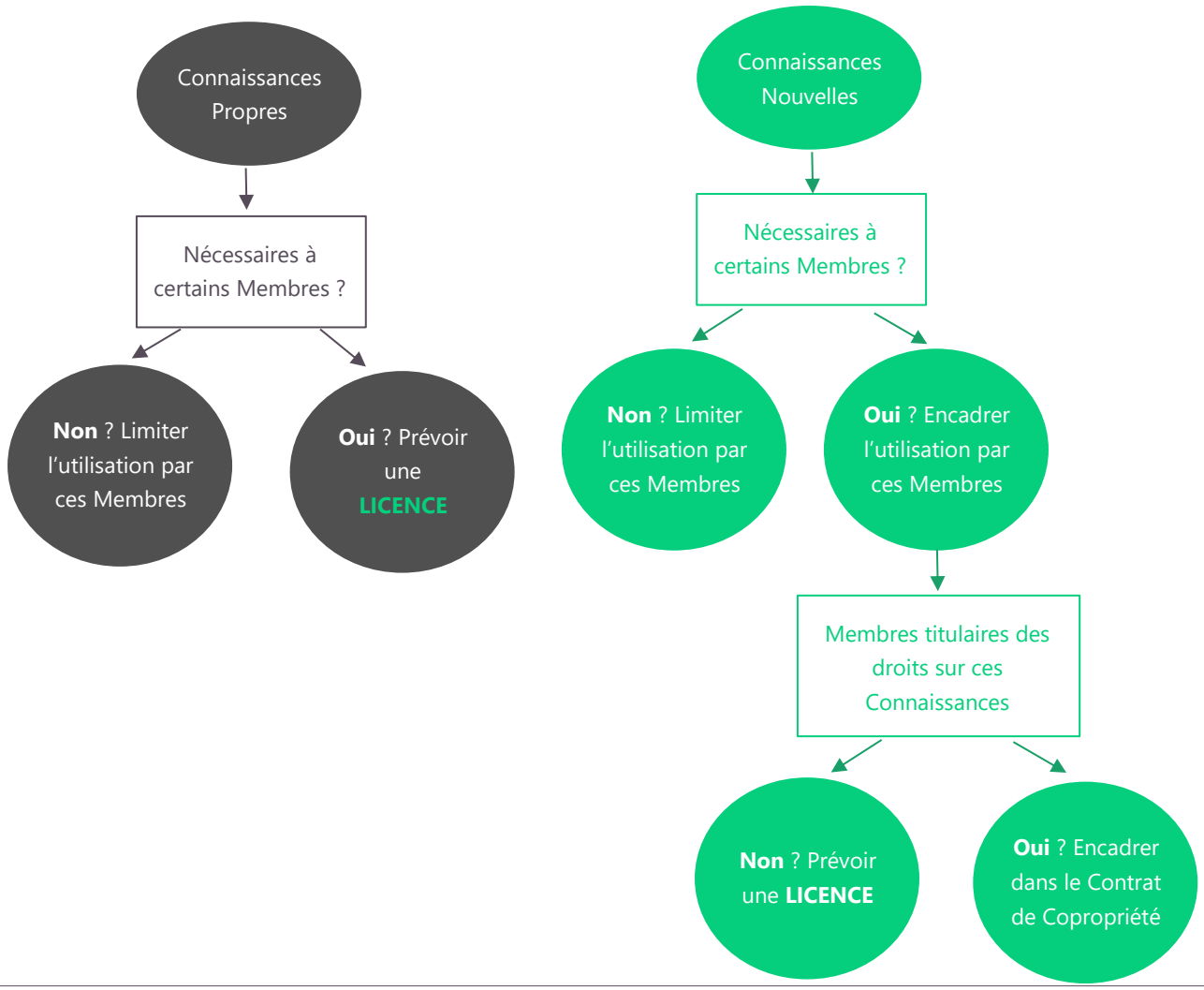


Schéma 4

Important : Lorsqu'une licence d'utilisation est concédée à des Membres sur des Connaissances Nouvelles et/ou des Connaissances Propres, cette licence doit préciser (i) quelles sont les Créations concernées, (ii) quels sont les droits concédés (quels sont les usages autorisés), (iii) les conditions financières (licence concédée à titre gratuit ou non), etc.

Schéma 5



➢ **Déterminer comment les Créations peuvent être protégées :**

Certaines Créations peuvent faire l'objet de protection afin d'éviter l'utilisation non-autorisée par des tiers, tels que des concurrents (dépôt d'une marque, d'un dessin ou modèle ou d'un brevet, enveloppe Soleau, accord de confidentialité, etc.). Ces mécanismes de protection peuvent impliquer :

- Des coûts : coût administratif du dépôt, frais d'avocats, renouvellements, extensions, etc.
- Des besoins de gestion administrative, comptable et juridique de ces droits.

Il est recommandé que ces problématiques soient encadrées dans le cadre de la Convention de Groupement :

- Pour les « Connaissances Propres » : si ces Connaissances Propres sont nécessaires à la Convention, il faut mettre à la charge du Membre qui en est titulaire l'obligation de les protéger efficacement. Néanmoins, ce Membre demeure libre de choisir seul les modalités de protection.

CG art. 10.1

- Pour les « Connaissances Nouvelles » :

CG art. 10.2

  - Option 1 : Si un seul Membre est titulaire des droits de propriété intellectuelle attachés aux Connaissances Nouvelles, il est libre de décider seul des mesures de protection adéquates, sous réserves qu'elles soient efficaces ;
  - Option 2 : Si plusieurs Membres sont titulaires des droits de propriété intellectuelle attachés aux Connaissances Nouvelles, la procédure de prise de décision et les modalités de gestion de la protection doivent être déterminées dans le cadre du Contrat de Copropriété.

Ann. 2

➢ **Convenir des règles d'utilisation des marques et/ou signes distinctifs des Membres et/ou du Groupement :**

CG art. 10.3

Les activités du Groupement peuvent impliquer l'utilisation de signes distinctifs (marques, noms de domaine, nom commercial, dénomination sociale, etc.). Ces signes distinctifs peuvent constituer des Connaissances Propres ou des Connaissances Nouvelles gérées suivant les règles décrites ci-avant. Néanmoins, ces éléments ayant vocation à être exploités dans un contexte différent que les autres Créations (publicité, renommée du Groupement, relations avec les tiers, etc.), il peut être pertinent de prévoir des conditions d'utilisation différentes :

- Signes distinctifs propres à un Membre : Il peut s'agir, par exemple du nom de la société du Membre, de marques existantes relatives à ses services ou produits, du nom de domaine de son site internet, etc. Le Groupement peut souhaiter utiliser certains des signes distinctifs d'un Membre, notamment s'ils bénéficient déjà d'une certaine renommée. En fonction de ces besoins, la Convention peut prévoir :
  - Option 1 : l'utilisation de ces signes distinctifs par les autres Membres peut être interdite par principe et soumise à l'autorisation expresse, écrite et préalable du Membre qui en est titulaire ;
  - Option 2 : l'utilisation de ces signes distinctifs peut faire l'objet d'une licence détaillant les usages autorisés, les conditions financières, etc. (cf. ci-dessus).

- Signes distinctifs propres au Groupement : Compte tenu des liens entre les Membres et de la durée du MGP, le Groupement peut créer de nouveaux signes distinctifs qui lui sont propres et effectuer les démarches nécessaires à leur protection (dépôt d'une marque, enregistrement d'un nom de domaine, etc.). De même que pour les Connaissances Nouvelles, il est nécessaire de déterminer (i) à quel(s) Membre(s) ces signes distinctifs appartiennent, (ii) comment ils peuvent être utilisés par les différents Membres, etc. Ces enjeux doivent être encadrés :
    - Option 1 : Au sein du Contrat de Copropriété ; et/ou
    - Option 2 : Au sein d'une licence si certains Membres ne sont pas propriétaires des signes distinctifs mais souhaitent pouvoir les utiliser.

Ann. 2

Ann. 5

3. GARANTIE DE PERFORMANCE

CG art. 16

CP art. 4, 6

Ann. 4

Dans la partie 2, il était question de copropriété, d'œuvre commune. C'est un peu l'esprit de la garantie de performance, qui ne se réduit pas à un chiffre froid mais mobilise un ensemble de facteurs dynamiques, procédant d'une part de l'**organisation de la collaboration sur une longue durée** (points 3.1 et 3.2 ci-après) et d'autre part des **garanties légales et contractuelles** (points 3.3 et 3.4 ci-après).

3.1. Organisation des rôles, des objectifs et des moyens

➢ Convention elle-même : des clauses anticipatives, transparentes et intransigeantes

La rémunération du titulaire d'un MGP dépend de l'atteinte des objectifs chiffrés.

Cet engagement sur une performance mesurable constitue en l'occurrence la contrepartie de la liberté de conception-réalisation et de préfabrication dans le cadre d'un MGP.

Les Membres auront ce qu'on appelle, en droit, une obligation de résultats, et pas une simple obligation de moyens.

Ainsi, du fait de cette obligation de résultats mesurable, le risque le plus important n'est pas du côté de l'Acheteur, contrairement à ce que l'on pourrait penser, mais bien du côté du Groupement de concepteurs-réalisateurs.

Un tel engagement à des résultats sur 30 ans s'accompagne donc nécessairement d'un profond besoin de prévisibilité et ne laisse aucune place à l'improvisation.

La première question en termes de prévisibilité consiste à se demander quel risque doit être couvert. Si à la réception les objectifs de performance sont remplis et que l'ouvrage de rénovation est garanti pendant dix ans dans le cadre de la décennale, il convient d'anticiper le risque d'une insuffisance de performance en plus du risque décennal pendant 10 ans puis à part entière à partir de la 11ème année.

L'idée directrice poursuivie par la Convention est d'anticiper au maximum les situations de responsabilités et de défaillances éventuelles des uns et des autres. La Convention de Groupement doit permettre de pallier un épisode de défaillance soit par l'assistance ou l'intervention des autres Membres, soit par un remplacement.

CP art. 8

Le remplacement d'un Membre défaillant gagne à être pré-paramétré. Les entreprises sont en effet cotraitantes, ce qui implique une loyauté dans le soutien et la connaissance des compétences sinistrées, pour apporter suffisamment vite les

soins palliatifs adaptés aux circonstances (intervention d'un fournisseur alternatif, prise en charge provisoire par l'un des autres Membres etc.). Des mécanismes peuvent donc être prévus pour pallier la défaillance d'un Membre et prévoir un « plan B ».

C'est le sens de la clause de remplacement dans les Conditions Particulières. La Convention peut anticiper et encadrer de façon très fine les cas de défaillances, les hypothèses de restructurations ou les motifs d'exclusion dans lesquels un Membre pourra se voir assisté voire remplacé.

La Convention ayant vocation à être transmise à l'Acheteur, cette organisation anticipative pourra constituer un élément valorisant de l'offre portée par le Groupement, pouvant la distinguer des offres concurrentes.

➢ Outils digitaux, *reporting* et *monitoring* permanent

CP art. 1

Il est essentiel d'impliquer tous les Membres du Groupement dans la vie du contrat, en prévoyant un *reporting* régulier sur les 30 ans et des rendez-vous entre tous les Membres du consortium, à une fréquence à déterminer.

Les modalités de ce suivi et du format de restitution des données (standardisé) au sein des différents Groupements sont librement paramétrables et peuvent faire l'objet de clauses supplémentaires dans les Conditions Particulières.

Divers outils de projection (BIM) et de contrôle (compteurs) vont permettre d'agir et de réagir par des mesures correctives.

Ces outils technologiques et digitaux vont créer et maintenir du lien et un *monitoring* partagé entre tous les acteurs du projet et ainsi contribuer à rassurer non seulement l'Acheteur, mais aussi les Membres du GME eux-mêmes.

➢ Organisation *lean*, résolument industrielle = sinistralité moindre

Le *lean* est un système de management qui vient du monde de l'industrie automobile et vise à améliorer le fonctionnement global d'une organisation.

Il s'agit de concevoir un projet et une gestion dans le temps qui minimise les risques de non-qualité.

Cette organisation du travail doit déboucher dans les projets EnergieSprong autant que faire se peut sur une « qualité sortie d'usine », donc en principe « zéro défaut ». Indirectement, l'approche produit industriel permet également d'envisager des performances significatives sur site et pourrait se traduire schématiquement par une

succession vertueuse de zéros : zéro délai / zéro nuisance / zéro déchet / zéro sinistre, et surtout zéro énergie.

Le Groupement va devoir lui-même s'assurer efficacement, que ce soit par des contrats responsabilité civile professionnelle (industrielle) ou multirisque entreprises. Il devra souscrire des polices spécifiques à la nature hybride (vente / construction) d'EnergieSprong qui pourraient aller jusqu'à anticiper le risque sériel relatif aux éléments fabriqués en usine. Sans cette couverture d'assurance, le Groupement ne pourra pas candidater.

➢ Assurances, éviter les doublons

Ann. 1
CG art. 7, 14

En partant de l'Annexe 1 de répartition des tâches et implications des Membres dans l'organisation du Groupement, selon les différentes phases du projet, il est possible et souhaitable de faire un audit des polices d'assurances souscrites pour chercher à éviter les superpositions d'assurances inutiles, en termes de risques et d'implication de chaque assuré dans ces risques. L'assurance de responsabilité décennale, par exemple, pourrait être partagée à plusieurs.

S'il est en principe possible de prendre une assurance par projet et de mutualiser certaines polices, le caractère novateur et le succès de la démarche EnergieSprong va probablement inciter les courtiers à travailler à l'émergence de nouveaux produits assurantiels. L'assurance de ces nouvelles techniques de rénovation peut éventuellement être moins lourde car la maîtrise du processus industriel et le zéro défaut devrait permettre de réduire les coûts d'assurance du fait d'une moindre sinistralité.

3.2. Engagement ferme sur une longue durée (plus de 30 ans)

➢ Accompagnement dans le temps par la maintenance

CG art. 3

Dans le cadre d'EnergieSprong, la garantie de performance fournie s'étend sur 30 ans à compter de la réception des travaux. Ainsi, la Convention conclue au plus tard au moment de la signature du marché, mais pouvant tout à fait être conclue avant même la procédure de passation, s'inscrira sur une durée de plus de 30 ans.

Les Membres du Groupement sont tous concernés, à différents degrés, par la période de garantie de 30 ans, les uns pour avoir conçu les composants et l'assemblage, les autres pour avoir préfabriqué ou assemblé les éléments livrés ou encore pour avoir assuré la maintenance de l'ouvrage rénové à partir de ces éléments.

Le mainteneur, le Mandataire pendant la période de garantie, et le cas échéant le porteur de la garantie – qui ne sont pas nécessairement une seule et même entreprise – ont le rôle le plus actif pendant la période longue du contrat. Il n'en demeure pas moins que les autres opérateurs intervenus dans les phases de conception-réalisation en atelier et de livraison et assemblage sur site, pourront avoir à contribuer à la garantie de performance et pourront, le cas échéant, voir leur responsabilité engagée en cas de résultats insuffisants.

L'Annexe 4 de la Convention a précisément pour objet de répartir ces contributions des différents Membres à la garantie de performance.

Annexe 4

Par le rôle actif du mainteneur et son intégration au Groupement, l'ensemble des Membres peut assurer un suivi direct de la garantie de performance tout au long du contrat par un acteur qui connaît bien les éléments préfabriqués intégrés à l'ouvrage de rénovation.

Le mainteneur sera l'interlocuteur naturel aux côtés du bailleur et bien souvent le Mandataire du Groupement après la réception.

Comme il a été précisé au point 1, les Membres du Groupement peuvent d'ailleurs prévoir l'intervention de plusieurs mainteneurs successivement Mandataires sur le temps long. On aurait ainsi une mandature tournante en fonction du type de maintenance. Le premier pourrait officier par exemple pendant la période de la garantie décennale où il s'agit de diligenter des travaux correctifs ou de participer à des expertises techniques, le second prenant le relai ensuite, afin d'assurer le renouvellement des pièces et d'agir comme un prestataire de service après-vente. Ces options sont prévues dans les Conditions Particulières.

CG art. 6

➢ Solidarité, favorisée par la qualité des produits

CG art. 2

La garantie de performance peut être renforcée par une clause de solidarité engageant l'ensemble du Groupement sur le long terme, ou dans une moindre mesure par une solidarité de certains de ses Membres.

Les Groupements solidaire ou conjoint se distinguent par une responsabilité différente à l'égard de l'Acheteur :

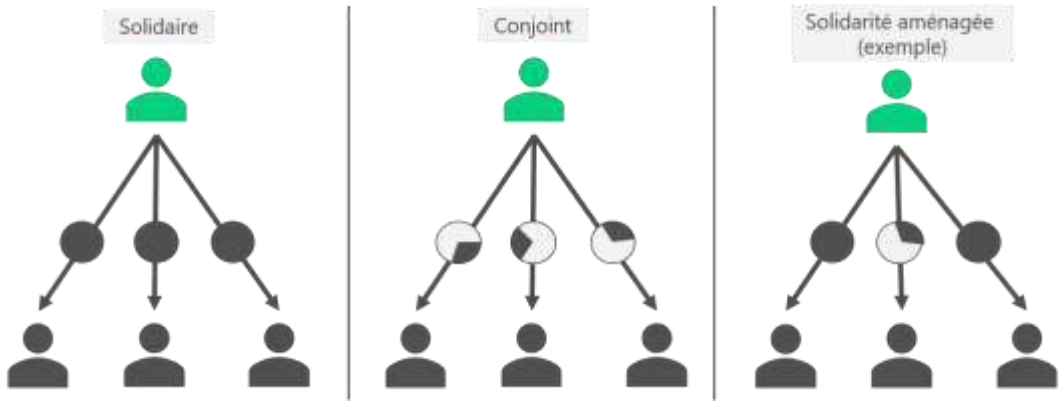
- dans le Groupement conjoint, chacun est responsable des prestations qu'il réalise ;
- dans le Groupement solidaire, les Membres sont responsables les uns des autres même en dehors de leur domaine matériel d'intervention.

Il s'agit là des deux principaux types de Groupement. Cette caractéristique sera généralement déterminée par le MGP, l'Acheteur public exigeant ou non la solidarité. La place naturelle de telles stipulations se situe en effet dans le MGP. Les intégrer dans la Convention de Groupement peut néanmoins permettre d'engager la négociation sur ce point avec l'Acheteur public voire de les lui rendre opposables s'il ne s'oppose pas aux stipulations concernées.

CG art. 5

Dans certaines hypothèses, la solidarité peut être adaptée. On pourrait alors imaginer, à l'instar de la solidarité du Mandataire dans un Groupement conjoint et sous réserve d'accord de l'Acheteur, une solidarité ne valant qu'à l'égard de certains Membres ou certaines prestations. Un tel mécanisme pourrait avoir pour mérite de permettre à la fois :

- de permettre à certains Membres du Groupement (par exemple une TPE) de ne pas supporter un risque financier trop important ou à certains autres de composer avec éventuels contraintes d'ordre déontologiques (par exemple un architecte) ;
- de ne pas rendre responsables certains Membres de tâches sur lesquelles ils n'ont aucune influence.

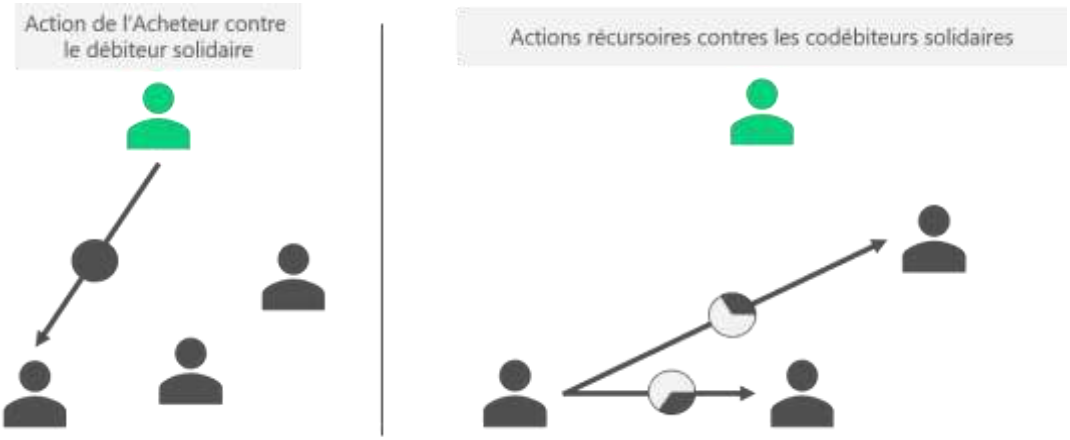


De tels aménagements nécessitent la rédaction de clauses très précises dans le contrat et une segmentation totale des interventions des Membres non solidaires.

La solidarité renvoie avant tout à la responsabilité financière et représente essentiellement une garantie de solvabilité pour l'Acheteur.

Elle signifie que si l'Acheteur a une difficulté, il peut s'adresser à tous les Membres du Groupement quel que soit l'origine du manquement. La solidarité implique que chacun des Membres du Groupement a l'obligation de réparer le préjudice subi par l'Acheteur même s'il n'a pas commis de faute ou n'a pas participé aux opérations en cause.

Néanmoins cette solidarité n'existe que vers l'extérieur. Celui qui aurait finalement payé à la place du Membre défaillant dispose d'une action récursoire contre ce dernier, action que la Convention de Groupement vise à faciliter. En interne, les actions récursoires se déterminent en fonction du tableau de répartition des tâches de l'Annexe 1.



Ainsi compris, et doublé d'une collaboration en bonne intelligence et de type partenariale avec l'Acheteur, l'engagement solidaire des Membres sera d'autant plus envisageable pour des Membres bien organisés et confiants dans la qualité et la conformité des produits qu'ils proposent.

➢ *Coaching* autour des usages

Les rendez-vous réguliers de maintenance et de *coaching* énergétique auprès des locataires constituent également un levier opérationnel de la garantie de performance.

Outre la restauration d'une pièce humide qui sera proposée dans certains projets, l'accompagnement du locataire et de ses usages dans le temps aura un impact sur les indicateurs de performance.

Il en ira de même s'agissant des interventions chez le locataire pour le remplacement de composants spécifiques et innovants ou parfois pour la fourniture de nouveaux éléments d'électroménager. Ces enjeux d'économie circulaire consubstantiels à l'approche EnergieSprong participent nécessairement d'opérations de maintenance étalées sur 30 ans et doivent donc faire l'objet d'une attention spéciale lors de la rédaction du contrat.

➢ Clauses de revoyure et d'adaptation du prix prévues dans le MGP

CP art. 2, 3

Dans la remise d'une offre pour un MGP EnergieSprong, il convient de veiller à la séparation par phases des prix prévus d'une part pour la réalisation, d'autre pour la maintenance.

CG art. 8

Lors de la remise des offres dans le cadre de la consultation, les candidats proposent des programmes d'intervention, chiffrés en coût global sur 30 ans, à partir des hypothèses transmises par l'Acheteur, en tenant notamment compte de l'inflation et de l'actualisation nécessaire des prix. C'est notamment sur ce critère que seront notés les Groupements. La négociation des conditions financières avec l'Acheteur va s'amorcer dès la phase de dialogue compétitif, qui est la procédure de passation pressentie pour aboutir au MGP.

Le MGP devra également prévoir des clauses de revoyure et ne pas exclure la théorie de l'imprévision, qui permet la renégociation en vue d'une adaptation du prix en cas de changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Le caractère a priori forfaitaire des prix ne doit pas empêcher l'introduction de clauses d'actualisation et d'indexation des prix dans le MGP.

En vue de la phase de maintenance plus spécifiquement, il est nécessaire de convenir de clauses de réexamen des prix avec l'Acheteur, sans ambigüité, notamment pour prendre en compte de potentielles variations importantes de facteurs pouvant influencer les consommations d'énergie des bâtiments.

Si le contrat de Groupement ou le MGP prévoient une exclusivité pour l'approvisionnement en pièces détachées, celle-ci ne pourra pas faire effet plus de dix ans, pour éviter la perpétuité de l'engagement (art. L. 330-1 du code de commerce).

3.3. Garanties et responsabilités légales

➢ Délivrance conforme, à aménager (par exemple garantie de puissance)

En tant que concepteurs-réalisateurs d'éléments industrialisés puis acheminés sur le site du bailleur, les Membres du Groupement sont légitimes à matérialiser la fourniture de ces éléments avant l'assemblage par procès-verbaux de livraison à signer par l'Acheteur.

Le cas échéant cette livraison peut être accompagnée ou suivie d'un test de mise en service en atelier ou sur le site du bailleur, à documenter également dans un protocole.

L'objet de ces livraisons et tests intermédiaires est de valider la délivrance conforme des éléments préfabriqués constitutifs du futur ouvrage et déclencher ainsi une échéance de paiement au moment où une part importante de la valeur du marché a été créée par le Groupement.

La conformité des éléments livrés peut consister dans une puissance garantie, par exemple s'agissant de panneaux photovoltaïques.

Il arrive d'ailleurs fréquemment dans des applications industrielles que de tels panneaux soient vendus avec une puissance garantie sur 25 ou 30 ans. On trouve ainsi dans ce type de marchés des clauses libellées comme suit :

> « *Sous réserve des limites prévues à l'article X, Y garantit la puissance de ses panneaux photovoltaïques de la façon suivante :*
>
> - *Pour un écart supérieur à 10 % de la puissance minimale indiquée au dos du panneau, la garantie de puissance des panneaux s'applique sur une période de 10 (dix) années entières et consécutives, à compter de la date de prise de possession effective du matériel par le client.*
> - *Pour un écart supérieur à 20 % de la puissance minimale indiquée au dos du panneau, la garantie de puissance s'applique sur une période de 25 (vingt-cinq) années entières et consécutives, à compter de la date de prise de possession effective du matériel par le client.* »

Si de telles clauses ont plutôt leur place dans le MGP, leur existence devra être prise en compte au moment de la définition des contributions des différents Membres du Groupement à la garantie de performance dans l'Annexe 4 de la Convention.

Ann. 4

Dans le même esprit, l'éventuelle fourniture d'électroménager au locataire par le Groupement, en ce qu'elle a également un impact sur la performance de la rénovation, doit faire l'objet d'une vérification de sa délivrance conforme actée par un procès-verbal de livraison faisant courir les garanties.

La gestion en termes de renouvellement et de réparation de ces éléments, à l'obsolescence plus rapide et n'ayant pas une durée de vie de 30 ans, va elle-aussi entrer dans le périmètre de préoccupations des Membres, qu'ils soient fournisseur, mainteneur ou installateur, au titre de leurs contributions respectives à la garantie de performance.

➢ Vices cachés

Prévue au Code civil dès 1804, la garantie des vices cachés est due par le vendeur lorsque la chose présente un vice qui la rend impropre à l'usage auquel l'Acheteur la destinait.

Pour que cette garantie soit mise en jeu, le vice doit remplir les conditions cumulatives suivantes :

- il doit être caché, c'est-à-dire inconnu de l'Acheteur qui aurait pu légitimement l'ignorer au terme d'une vérification élémentaire;
- il doit revêtir une certaine gravité ; le défaut doit compromettre l'utilité de la chose, c'est-à-dire l'usage normal raisonnablement attendu par l'Acheteur ;
- il doit être antérieur à la vente.

L'action en garantie des vices cachés doit être exercée dans les deux ans de la découverte du vice. Elle est également enfermée dans le délai « butoir » de prescription quinquennale, qui court à compter de la vente initiale.

Il s'agit ici aussi d'une garantie légale à avoir à l'esprit au moment de la rédaction de la Convention, s'agissant surtout des pièces de rechange qui seront mobilisées dans le cadre de la maintenance pour assurer la garantie de performance, même bien après expiration de la garantie décennale.

Des aménagements sont théoriquement possibles vis-à-vis de l'Acheteur. Les parties peuvent en principe, s'il s'agit de professionnels de la même spécialité, exclure ou limiter la garantie contre les vices cachés, à condition que le vendeur n'ait pas eu connaissance du vice de la chose vendue. De même, elles peuvent aménager la durée de prescription de la garantie, dans la limite d'un à dix ans.

Ces engagements au titre de la garantie des vices cachés des pièces fournies dans le cadre du MGP pourront donc être valorisés, au profit de celui qui les prend, dans le tableau des contributions à la garantie de performance de l'Annexe 4.

➢ Responsabilité décennale des constructeurs

Il demeure encore aujourd'hui des interrogations sur le statut juridique d'une rénovation EnergieSprong, car comme il a été exposé en introduction, le bailleur EnergieSprong achète une rénovation plus qu'il ne la fait construire.

Ainsi, les éléments techniques rapportés au bâtiment pourraient être considérés comme des produits vendus, juridiquement des meubles.

S'il s'agit de meubles, et en l'absence de nouvel ouvrage (puisque le bâtiment objet de la rénovation préexiste), il n'est pas certain que le fabricant soit soumis aux garanties du constructeur au titre des Eléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire (EPERS) qu'il a livrés. En effet, pour constituer des EPERS et entraîner par application du code civil la responsabilité - décennale notamment - du fabricant, solidairement avec celle des constructeurs, les éléments préfabriqués doivent en principe être intégrés à un « ouvrage » construit dans le cadre d'une même opération.

Deux séries de conditions cumulatives supplémentaires sont nécessaires à la qualification d'EPERS :

- la nature de l'élément :
    - il doit être conçu et fabriqué en vertu d'une finalité spécifique d'utilisation;
    - il doit satisfaire une fois posé à des exigences précises et déterminées à l'avance;
- ses modalités de mise en œuvre :
    - la pose de l'élément doit être conforme aux prescriptions du fabricant, se faire sans modification de l'élément ou atteinte à la finalité du produit par l'installateur;
    - l'installateur ne doit pas être le maître d'ouvrage qui a directement acheté l'élément.

En général, on retient généralement la qualification d'EPERS en raison du fait que les éléments concernés sont adaptés à des besoins spécifiques. Même des éléments fabriqués en série et présentés sur catalogue ont pu être qualifiés d'EPERS par les tribunaux, par exemple lorsqu'ils ont été spécialement produits pour des bâtiments très spécifiques et pour répondre à des exigences techniques particulières.

De même la qualification d'EPERS a pu être retenue en considérant que des découpes de dimensionnement ne constituaient pas des modifications mais de simples ajustements.

Par ailleurs, les opérations EnergieSprong pourraient aussi être considérées plus globalement comme des « rénovations lourdes » d'immeuble, avec des travaux importants visant la réhabilitation de l'ensemble d'un immeuble. De telles opérations sont assimilées par la jurisprudence à la construction d'un ouvrage et soumis par

conséquent à la garantie décennale. La décennale s'applique dans cette logique en raison de l'ampleur des travaux et de l'emprise au sol.

C'est pourquoi, que ce soit via la qualification d'EPERS ou par la jurisprudence sur les rénovations lourdes, il est probable que la garantie décennale s'applique aux opérations préparées et encadrées par la Convention de Groupement. Il convient donc de s'y soumette, par pragmatisme.

Que ce soit pour le constructeur ou le fabricant qui vend ses éléments, le point de départ de la décennale est la réception du nouvel ouvrage que constitue la rénovation.

Les personnes concernées par cette responsabilité civile au titre des garanties constructeur sont en principe des Membres du Groupement que ce soient le fabricant d'EPERS, les entreprises intervenant lors de la phase d'assemblage ou l'architecte.

3.4. Garanties contractuelles et commerciales

➢ Retenue de garantie de performance

CP 4, CG 16

Il est courant, dans les projets industriels, que les Acheteurs prévoient dans leurs contrats des retenues de garantie restituables à intervalles de temps réguliers, par exemple tous les trois ans.

Ann. 4

Encore une fois, l'Annexe 4 de la Convention permettra de répartir la charge de ces garanties constituées par l'Acheteur et supportées par les Membres qui contribuent à alimenter ce fonds.

En présence de clauses de ce type dans le MGP, les Membres pourront probablement négocier plus facilement l'obligation pour l'Acheteur, en contrepartie, de payer les éléments préfabriqués à la livraison.

➢ Garantie contractuelle d'approvisionnement en pièces

CP 4, CG 16

EnergieSprong n'impose pas que l'équipement fourni dure 30 ans. Il est par exemple possible de choisir un équipement qui dure 7 ans et le remplacer 4 fois.

Cependant, dans les filières automobile, aéronautique et ferroviaire, les garanties d'approvisionnement longue durée sur 30 ans sont fréquentes, car elles sécurisent la chaine logistique, permettent d'anticiper la disponibilité des pièces détachées et rassurent sur la durée de vie des équipements.

Il est donc tout à fait envisageable que le Groupement apporte une garantie de ce type et l'intègre dans la Convention.

➢ Extension de garantie commerciale

Le Groupement peut avoir intérêt, dans la perspective de la réplicabilité du projet dans lequel il s'engage, à essayer d'obtenir un maximum de garanties commerciales auprès des fabricants de composants de sa solution.

Des extensions de garanties commerciales peuvent participer à la consolidation de la garantie de performance globale promise par le Groupement.

➢ Bonus incitatifs plutôt que pénalités comminatoires

CP art. 5, 6

Les Membres du Groupement peuvent trouver un intérêt à travailler activement sur les leviers de la garantie de performance pour générer de potentiels revenus supplémentaires grâce à des bonus de surperformance négociés avec l'Acheteur.

La mesure de la performance se trouvant au cœur de la démarche EnergieSprong, et participant nécessairement à la détermination du prix payé par l'Acheteur (du fait des règles de droit public relatives aux MGP), il paraît normal qu'elle joue dans les deux sens sur la rémunération du Groupement.

CP 6

Ann. 4

Ces bonus et pénalités liés aux mesures de performance pourront être fixés aux Conditions Particulières et à l'Annexe 4.

➢ Garantie bancaire

CG 13

Pour renforcer encore la garantie de performance, si besoin était, les Membres du Groupement peuvent étudier, en concertation avec les bailleurs, la mise en place de garantie et contre-garantie bancaires, probablement plutôt selon les modèles qui existent dans l'industrie plutôt que dans le BTP.

On peut imaginer que les établissements de crédit intéressés par la démarche apporteront d'autant plus volontiers leurs concours que la communication de la Convention sera rédigée de façon claire et détaillée.

***

Une fois l'ensemble des facteurs dynamiques de la garantie de performance activés, on pourra s'interroger sur le risque et le niveau des pénalités de sous-performance fixées dans le MGP. Une déviation de la consommation énergétique mesurée à +/- 10 %, alors que l'opération de rénovation a déjà permis de baisser la consommation

énergétique du bâtiment globalement de 80 %, ne représente probablement plus grand-chose.

Les engagements pris dans la Convention pour assurer la performance pourraient même inciter l'Acheteur à soutenir plutôt que sanctionner le Groupement à ce titre.

Il en va de même pour le sujet du traitement des données à caractère personnel dans le cadre du projet, pour lequel le Groupement et l'Acheteur vont faire cause commune.

4. COMMENT SONT ENCADRES LES TRAITEMENTS DE DONNEES A CARACTERE PERSONNEL ?

CG art. 11

Ann. 3

RAPPELS

Qu'est-ce qu'une « donnée personnelle » ? Qu'est-ce qu'un « traitement » ?

La notion de « donnée personnelle » est très large puisqu'elle correspond à toute information permettant, par quelque moyen que ce soit, d'identifier directement ou indirectement une personne physique. Par conséquent, constituent par exemple des données personnelles : les données d'identification (nom, prénom, adresse, numéro de lot au sein d'un logement collectif, etc.), les données énergétiques (relevés de consommation d'énergie, etc.), des données professionnelles (poste occupé, adresse email professionnelle, etc.).

La notion de « traitement » est également très large puisqu'elle correspond à toute opération réalisée sur des données à caractère personnel telle que la collecte, l'enregistrement, la transmission, la modification ou la suppression.

Qu'est-ce que le RGPD ?

Le « RGPD » (Règlement Général sur la Protection des Données n°2016/679) est un texte règlementaire de l'Union Européenne qui a fortement renforcé les obligations des entreprises à l'égard des traitements de données personnelles qu'elles mettent en œuvre. En France, la Loi Informatique et Libertés (n°78-17) précisent certaines exigences du RGPD et la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) veillent au respect de ces dispositions.

Comment respecter le RGPD et la Loi Informatique et Libertés ?

Les obligations applicables aux entreprises dépendent de leur statut :

- si les entreprises décident des objectifs et des moyens suivant lesquels les données personnelles sont traitées, elles sont qualifiées de « responsables de traitement » et ont des obligations étendues ;

- si les entreprises traitent des données personnelles au nom et pour le compte d'un tiers, elles agissent en qualité de « sous-traitants » leurs obligations sont plus limitées mais elles doivent en rendre compte auprès de ce tiers (le « responsable de traitement »).

Pour veiller au respect du RGPD, il convient donc en premier lieu (i) de déterminer quelles sont les données personnelles traitées, par qui et comment, puis (ii) d'identifier le statut des acteurs impliqués dans ces traitements.

***

➢ Quelles sont les données personnelles susceptibles d'être traitées par les Membres du Groupement dans le cadre de la Convention et du MGP ?

Les données personnelles susceptibles d'être de deux ordres :

- Données relatives aux Membres eux-mêmes : Les Membres seront amenés à échanger un certain nombre de données entre eux susceptibles d'être qualifiées de « données personnelles » (noms, prénoms, adresses emails et postales, contenus des échanges, données financières et comptables, etc.). Chacun des Membres décidant a priori des conditions de traitement de ces données, ils doivent être qualifiés respectivement de « responsables de traitement » indépendants et respecter de manière autonome le RGPD et la Loi Informatique et Libertés.
- Données relatives à des tiers : Pour les besoins de l'exécution du MPG, plusieurs catégories de données personnelles sont susceptibles d'être traitées par les Membres pour différentes finalités :
    - Pour l'évaluation des performances énergétiques du bâtiment dans le cadre de l'objectif de neutralité énergétique (E=0) : des données énergétiques, des données de consommation, des données de localisation, etc.
    - Pour l'accompagnement des occupants du bâtiment : des données énergétiques, des données d'identification, des données financières (en consommation d'énergie), etc.
    - Pour l'exécution du MGP et la gestion des relations commerciales avec le Maître d'Ouvrage : des données relatives à des partenaires ou sous-traitants, des données économiques et commerciales, des données professionnelles, des données d'identification, etc.

➢ Quels sont les principaux axes de conformité à envisager dans le cadre de la Convention ?

Afin d'assurer le respect du RGPD et de la Loi Informatique et Libertés tout au long de l'exécution du MGP, les points suivants doivent être déterminés en amont et dans le cadre de la Convention :

- Identifier et cartographier les traitements et les flux de données : Les Membres du Groupement doivent avoir une vision relativement précise des données personnelles auxquelles ils vont avoir accès et qu'ils vont utiliser pour les besoins de leur mission dans le cadre de la Convention. Les Membres devront également veiller à ce que les données collectées ne soient pas disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis et que les traitements reposent sur une base légale prévue par le RGPD.
- Déterminer les statuts de chacun des acteurs : Pour chacun des Membres du Groupement, mais également pour le Maître d'Ouvrage, les éventuels prestataires ou partenaires externes, ainsi que tout destinataire de données personnelles, il est nécessaire de déterminer (i) qui est responsable de traitement ? (ii) qui est sous-traitant ? (iii) existe-t-il des co-responsables de traitement ? Ces statuts peuvent être déterminés en identifiant le rôle et les responsabilités de chaque acteur à l'égard du traitement : autonomie, degré d'expertise, détermination des objectifs et moyens du traitements, etc.
- Informer les personnes concernées : Le Groupement doit veiller à ce que les personnes dont les données personnelles sont traitées soient informées conformément au RGPD. Cette information peut être délivrée de multiples manières, mais doit être complète et transparente. Il est possible que les Membres n'informent pas directement les personnes concernées, l'information pourra passer par exemple par l'intermédiaire du Maître d'Ouvrage. Néanmoins, ce point doit être déterminé et encadré dans le cadre de la Convention.
- Encadrer les conditions de traitement des données personnelles : Les exigences du RGPD impliquent de prévoir plusieurs procédures internes au Groupement afin d'encadrer les traitements de données personnelles, notamment à l'égard :
    - Le respect des droits des personnes concernées ;
    - Les flux de données personnelles, notamment hors de l'Union Européenne ;
    - Les mesures garantissant la sécurité et la confidentialité des données, ainsi que la gestion des éventuelles failles de sécurité ;
    - La durée et les conditions de conservation des données personnelles.