

Bâtiments

Le décret tertiaire et son arrêté « Méthodes » : décryptage juridique, aspects opérationnels

Les acteurs disposent à présent des informations essentielles pour savoir comment mettre en œuvre leur obligation de réduction des consommations d'énergie.

Par Olivier Ortega, avocat, LexCity Avocats.

Le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire est paru après près de dix ans d'attente. Communément appelé « décret tertiaire », et aujourd'hui purgé de tout recours, il fait suite au premier décret n° 2017-918, adopté le 9 mai 2017, qui avait été suspendu en juillet 2017, puis annulé en 2018 par le Conseil d'Etat.

Les dispositions du « décret tertiaire » s'insèrent dans le Code de la construction et de l'habitation (CCH), dans une section intitulée « Obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire », correspondant aux articles R. 131-38 à R. 131-44. Il vient de faire l'objet d'un arrêté du 10 avril 2020, dit « Méthodes », publié au JO du 3 mai.

Les deux textes ont pour finalité de permettre une pleine application de l'obligation de réduction des consommations d'énergie du parc tertiaire, inscrite à l'article L. 111-10-3 du CCH, telle que posée par la loi Grenelle 2 en 2010 et modifiée par la loi Elan en 2018. Toutefois, l'arrêté du 10 avril devra encore être complété par un arrêté dit « Valeurs absolues » prévu pour l'automne et par un arrêté applicable en outre-mer. En tout état de cause, les perturbations liées au Covid-19 ne peuvent qu'inciter à prendre le temps nécessaire à la mise en œuvre sereine du décret tertiaire dont la première période ne se clôt qu'en 2030.

Trois grandes questions sont abordées par ces deux textes : le champ d'application de l'obligation légale, les objectifs à atteindre et les dispositifs de suivi, de contrôle et de sanction.

Champ d'application de l'obligation

Activités soumises. L'obligation s'applique aux activités tertiaires, marchandes ou non. De façon négative, les textes énumèrent les activités qui ne relèvent pas de ce champ, à savoir les constructions ayant donné lieu à un permis de construire à titre précaire, les bâtiments, parties de bâtiments ou ensembles de bâtiments destinés au culte ainsi que ceux abritant une activité opérationnelle à des fins de défense, de sécurité civile ou de sûreté intérieure du territoire (art. R. 131-38 du CCH).

Bâtiments assujettis. En vertu du même article, l'obligation porte sur :

- ▷ tout bâtiment hébergeant exclusivement des activités tertiaires sur une surface de plancher (SP) $\geq 1000 \text{ m}^2$, les surfaces accessoires aux activités tertiaires étant prises en compte sur la base de la définition de l'entité fonctionnelle fixée à l'article 2 de l'arrêté ;
- ▷ toutes parties d'un bâtiment à usage mixte hébergeant des activités tertiaires sur une SP cumulée $\geq 1000 \text{ m}^2$;
- ▷ tout ensemble de bâtiments situés sur une même unité foncière ou sur un même site hébergeant des activités tertiaires sur une SP cumulée $\geq 1000 \text{ m}^2$.

Le seuil d'application de l'obligation est donc assis sur une surface de 1000 m^2 ou plus. Ce seuil, plus faible que celui de 2000 m^2 initialement prévu et qui demeure applicable pour l'annexe environnementale - ou « bail vert » (art. L. 125-9 du Code de l'environnement) -, a pour fonction de limiter l'application aux surfaces significatives et à ne pas faire peser l'obligation, dès le départ, sur le « petit » tertiaire.

Sont soustraits à l'obligation légale les bâtiments livrés après le 23 novembre 2018, en application de l'article 175 de la loi Elan.

Répartition des rôles entre bailleurs et preneurs. Les propriétaires et, le cas échéant, les preneurs sont assujettis aux obligations mentionnées à l'article L. 111-10-3 du CCH. Pour l'essentiel, leurs rapports sont donc régis par les stipulations du bail qu'ils ont conclu ensemble. Sur cette base, très peu contraignante, les deux parties auront intérêt à définir entre elles leurs responsabilités et rôles respectifs. En effet, les informations à communiquer sur la plate-forme numérique Operat, gérée par l'Ademe, dont le fonctionnement est précisé ci-après, sont laissées à l'initiative de la partie la plus diligente et pourraient générer des doublons, voire des contradictions.

Le décret prévoit néanmoins que la déclaration annuelle des consommations d'énergie sur Operat est réalisée par les bailleurs ou par les preneurs, selon « leur responsabilité respective en fonction des dispositions contractuelles régissant leurs



relations, et dans le cadre des dispositions relatives aux droits d'accès sur la plate-forme numérique» (art. R. 131-41-1 du CCH). Il est également prévu que les bailleurs et preneurs puissent déléguer tout ou partie de la transmission de leurs consommations d'énergie, soit entre eux, soit à leurs prestataires ou aux gestionnaires de réseau de distribution d'énergie. Le même article prévoit encore que les bailleurs et les preneurs doivent se communiquer «mutuellement les consommations annuelles énergétiques réelles de l'ensemble des équipements et des systèmes dont ils assurent respectivement l'exploitation».

La coordination de tous ces intervenants appelle sans aucun doute un accord entre les deux parties principales. L'arrêté organise ainsi différents types d'accès à Operat pour tenir compte de ces rôles distincts (art. 13).

Au plan contractuel, cette organisation des rôles pourra trouver un véhicule adéquat dans l'annexe environnementale, instituée à cet effet par la loi Grenelle 2 en 2010 et qui a connu jusque-là une utilisation limitée par manque de substance (1).

Objectifs à atteindre

Un mécanisme au choix. La loi fixe un objectif de réduction de la consommation énergétique finale au travers d'une alternative.

► Soit par une baisse cadencée par décennies, en valeur relative (- 40 % avant 2030, - 50 % avant 2040 et - 60 % avant 2050) de la consommation énergétique de référence dite «Créf»; ce niveau, dit «Crelat», est exprimé en KWh/an/m² d'énergie finale.

L'année de référence est alors établie par les assujettis sur la base de données de consommation objectives et ne peut être antérieure à 2010; à défaut, l'année de référence sera celle de la première année d'exploitation postérieure à 2010, correspondant à une durée de douze mois consécutifs. Les textes précisent que cette réduction devra être constatée pour une année pleine d'exploitation et ajustée en fonction des variations climatiques selon la méthode définie par l'article 5 de l'arrêté.

► Soit en atteignant un niveau de consommation d'énergie finale, dit «Cabs», exprimé en KWh/an/m² d'énergie finale et fixé en valeur absolue. Ladite valeur absolue sera établie par l'arrêté modificatif qui doit intervenir à l'automne 2020 après concertation. Elle prendra en compte des indicateurs d'intensité d'usage de référence spécifiques pour chaque catégorie d'activités, ajustés en fonction des conditions climatiques de référence.

Bouquets d'actions envisageables. Le décret fournit une liste, non exhaustive, des actions possibles - et pas seulement des «travaux» - pour atteindre les objectifs légaux. Il mentionne celles portant sur «la performance énergétique des bâtiments», «l'installation d'équipements performants et de dispositifs de contrôle et de gestion active de ces équipements», «les modalités d'exploitation des équipements», et, enfin, «l'adaptation des locaux à un usage économique en énergie et le comportement des occupants» (art. R. 131-39 du CCH). Ces bouquets pourront être conduits soit au travers de marchés séparés, soit plus efficacement par des contrats de performance énergétique (1).

Modulation des objectifs. Le décret tertiaire prévoit un certain nombre de cas dans lesquels les objectifs légaux peuvent être revus à la baisse par les assujettis. Ces conditions sont précisées au chapitre 2 de l'arrêté. Les modulations peuvent s'appuyer sur trois indicateurs et font l'objet d'un dossier technique dont l'arrêté (art. 7) précise le contenu.

► Les modulations assises sur la nature des bâtiments. Peuvent d'abord être modulés les objectifs qui supposent la mise en œuvre d'actions qui: soit «font courir un risque de pathologie du bâti, affectant notamment les structures ou le clos couvert du bâtiment»; soit «entraînent des modifications importantes de l'état des parties extérieures ou des éléments d'architecture et de décoration de la construction, en contradiction avec [diverses dispositions]»; soit «ne sont pas conformes à toutes autres servitudes relatives notamment au droit des sols, au droit de propriété, à la sécurité des biens et des personnes ou à l'aspect des façades et à leur implantation» (art. R. 131-40 du CCH). →

L'arrêté (art. 9) précise les diligences et études spécifiques à accomplir pour pouvoir justifier de cette modulation.

► Les modulations assises sur la soutenabilité économique. La modulation des objectifs de réduction de la consommation d'énergie finale est explicitement autorisée lorsque les coûts des moyens à mettre en œuvre apparaîtraient « manifestement disproportionnés » (art. L. 111-10-3 du CCH). Cette modulation correspond à la condition de « soutenabilité économique du projet » qui figurait dans une version préliminaire du projet de décret. Les durées de retour sur investissement au-delà desquelles les coûts de ces actions, déduction faite des aides financières perçues, sont disproportionnés sont précisées par l'article 11 de l'arrêté.

► Les modulations assises sur le volume d'activité. La modulation en fonction du changement de l'activité exercée dans le bâtiment ou du volume d'activité est mise en œuvre à partir des indicateurs d'intensité d'usage de référence spécifiques à chaque catégorie d'activités. Elle est effectuée automatiquement par Operat et fait l'objet d'un test de cohérence après saisie des indicateurs d'intensité d'usage (art. 10).

Suivi de la trajectoire de réduction des consommations

Informations à déposer. Chaque année, à partir de 2021, sont transmises à la plate-forme Operat, au plus tard le 30 septembre, les données relatives à l'année précédente. Elles sont rendues anonymes et leur exploitation ainsi que leur publication respectent le secret des affaires. Doit être déposée toute une série d'informations relatives : à l'activité tertiaire du bâtiment ; aux surfaces des bâtiments, parties ou ensembles de bâtiments soumis à l'obligation ; à leurs consommations annuelles par type d'énergie ; le cas échéant, à l'année de référence, aux indicateurs d'intensité d'usage relatifs aux activités hébergées, aux modulations pratiquées et à la comptabilisation des consommations d'énergie finale liées à la recharge des véhicules électriques ou hybrides (art. R. 131-41 du CCH).

En ces temps perturbés de Covid-19, un certain nombre d'acteurs militent pour que ces transmissions soient d'abord réalisées pour les parcs couvrant des surfaces significatives ($> 10\,000\text{ m}^2$, par exemple), puis pour les surfaces plus petites. Cette idée pourrait opportunément être reprise par le guide pédagogique que l'administration prévoit de diffuser cette année.

Procédés d'automatisation. Le décret prévoit que la plate-forme utilisera un système d'intelligence artificielle et générera automatiquement un certain nombre de calculs pour chaque bâtiment, tels que ceux relatifs à la modulation sur le volume de l'activité, à l'ajustement des consommations annuelles d'énergie finale en fonction des variations climatiques, par type d'énergie, les émissions de gaz à effet de serre correspondant aux consommations énergétiques annuelles, etc. (art. R. 131-41-2 du CCH).

Vérifications décennales. Au plus tard les 31 décembre 2031, 2041 et 2051, l'Ademe vérifie, pour tous les assujettis, que les objectifs sont atteints. Ceux-ci peuvent à cet effet mutualiser les résultats à l'échelle de tout ou partie de leur patrimoine soumis à l'obligation (art. R.131-42 du CCH). Le cas échéant, le dossier technique qui permet de justifier la modulation de l'objectif est tenu à la disposition des agents chargés des contrôles.

Sanctions. Le dispositif de sanctions, fixé par la loi et que le décret met en œuvre, est de type « name and shame ».

Il comprend plusieurs étages, distincts selon le type de manquement.

► Défaut de transmission des informations requises. En cas d'absence non justifiée de dépôt des informations dans le délai prescrit, le préfet peut mettre en demeure le bailleur et, le cas échéant, le preneur, de respecter ses obligations dans un délai de trois mois. A défaut, il pourra être procédé à la publication, sur un site Internet des services de l'Etat, du document retracant les mises en demeure restées sans effet.

► Défaut d'atteinte des objectifs de réduction. En cas de non-respect injustifié des objectifs de réduction des consommations, le préfet peut mettre en demeure les assujettis d'établir un programme d'actions adéquat et de s'engager à le respecter. Ce document, établi conjointement par le bailleur et, le cas échéant, le preneur, mentionne les actions dont chacun est responsable et comprend un échéancier prévisionnel de réalisation et un plan de financement. Il est soumis au préfet pour approbation. A défaut de transmission dudit programme dans les six mois, le préfet peut mettre en demeure le propriétaire et, le cas échéant, le preneur à bail d'établir chacun leur programme d'actions, en conformité avec leurs obligations respectives, dans un délai de trois mois. Il leur précisera que, si ce programme n'est pas transmis à temps, le document retracant les mises en demeure restées sans effet sera publié sur le site précité. Chaque programme d'actions est soumis au préfet pour approbation.

Si les assujettis ne défèrent pas à cette seconde mise en demeure, le préfet peut prononcer une amende administrative au plus égale à 1500 euros pour les personnes physiques et à 7500 euros pour les personnes morales. Et lorsque l'assujetti ne se conforme pas au programme d'actions approuvé par le préfet, celui-ci peut engager une procédure contradictoire s'achevant potentiellement sur un constat de carence. Celle-ci est prononcée par un arrêté motivé du préfet qui prévoit sa publication sur le site Internet. Sur ce fondement, le préfet peut prononcer une amende administrative au plus égale à 1500 euros pour les personnes physiques et 7500 euros pour les personnes morales, proportionnée à la gravité des manquements constatés. ●

(1) Lire « *Bail vert, CPE : les outils du décret tertiaire* », par Olivier Ortega, « *Le Moniteur Immobilier* », mars 2020, page 22.

Ce qu'il faut retenir

► Avec la publication, le 3 mai, de l'arrêté « Méthodes », le décret « Tertiaire » du 23 juillet 2019 est quasiment opérationnel. Il le sera pleinement après publication de l'arrêté « Valeurs absolues ».

► Le champ d'application de l'obligation de réduction des consommations d'énergie du parc tertiaire est désormais défini. Restera, pour les bâtiments en location, à fixer contractuellement la répartition des responsabilités.

► Les textes livrent les détails des méthodes de réduction des consommations (par rapport à un niveau de référence, ou par l'atteinte d'un niveau donné en valeur absolue), des bouquets d'actions mobilisables ainsi que des possibilités de modulation des objectifs fixés.

► Enfin, le dispositif de suivi du respect des obligations par la plate-forme Operat est mis en place.