NOV LAW
AVOCATS

Février 2023

Exécution des contrats de la commande publique et innovation

LAURENT BIDAULT
AVOCAT ASSOCIÉ

ANTOINE CARLE
AVOCAT ASSOCIÉ

Paris :
53 boulevard de Magenta
75010 Paris

Lyon :
123 rue Tête d'Or
69003 Lyon

Tél. : 01 44 01 46 36
Mail : contact@novlaw.fr

Contrats Publics
Actualités MONITEUR JURIS

Exécution des contrats de la commande publique et innovation

Dans l'exécution de leurs contrats publics, les acheteurs sont amenés à appréhender l'innovation dans un cadre juridique strict justifié par les obligations de mises en concurrence inhérentes à la commande publique. S'agissant des contrats conclus pour une longue durée et/ou se rapportant à un service public, les acheteurs publics disposent d'outils de rédaction contractuelle permettant de favoriser l'intégration de l'innovation lors d'exécution du contrat.

Auteurs

Antoine Carle
Avocat au barreau de Lyon

Laurent Bidault
Avocat au barreau de Paris
Novlaw Avocats

L'innovation imprègne l'ensemble de la vie économique, la commande publique ne faisant aucunement figure d'exception en la matière.

Bien au contraire, la commande publique et l'innovation ont vocation à se nourrir l'une de l'autre. Ainsi, l'innovation participe directement à l'efficience de la commande publique, en favorisant une réponse adaptée aux besoins évolutifs des acheteurs publics et en permettant au principe de mutabilité du service public de prendre corps.

Dans le même temps, la commande publique peut permettre aux opérateurs économiques de développer, financer et ainsi concrétiser leurs solutions innovantes, et même d'accroître la rentabilité escomptée de l'exécution du contrat public. En somme, une logique de partenariat gagnant-gagnant entre intérêt public et intérêt économique.

Pour autant, par définition, l'innovation de demain demeure incertaine aujourd'hui. C'est toute la difficulté à laquelle doivent faire face les acheteurs publics dans l'exécution de leurs contrats publics, laquelle doit respecter un cadre juridique strict justifié par les obligations de mises en concurrence inhérentes à la commande publique.

S'approprier et contrôler l'innovation

L'acquisition de l'innovation, qu'il s'agisse de produits, services ou travaux, et l'exécution de contrats portant sur des solutions innovantes impliquent pour l'acheteur qu'il ait connaissance du secteur considéré et qu'il dispose des compétences et des moyens nécessaires afin d'apprécier l'adéquation des prestations innovantes avec ses besoins.

De la même façon, l'acheteur qui – rappelons-le – a un pouvoir de contrôle et de direction sur l'exécution du

contrat[1] doit, à cet égard, s'assurer que le titulaire exécute le contrat conformément aux prescriptions du contrat.

De fait, l'acheteur doit être en capacité d'apprécier l'innovation, qui se caractérise notamment par la nouveauté donc une certaine forme d'inconnue qui ne rentre pas dans les schémas classiques d'achat public (cahier des charges précis, prestations « sur étagère »).

En outre, l'innovation fait intervenir d'autres domaines du droit que celui de la commande publique, en particulier le droit de la propriété intellectuelle et certaines de ses déclinaisons (droit d'auteur, droit des brevets, droit des données) auxquels sont généralement peu familiers les acheteurs publics.

Néanmoins, comme le souligne la doctrine[2], si l'information des acheteurs semble généralement suffisamment exhaustive s'agissant du suivi comptable, patrimonial et financier du contrat, leur information apparaît cependant insuffisante en matière d'innovation et des problématiques techniques et juridiques qui peuvent en découler.

En ce sens, l'Observatoire économique de la commande publique (OECP) mettait en avant, aux termes de son rapport d'évaluation sur l'application du dispositif relatif aux achats innovants de juin 2021, « les freins structurels observés généralement chez les acheteurs qui doivent modifier leurs pratiques afin d'intégrer dans leur processus d'achat le recours à des solutions innovantes, ce qui ne peut que s'inscrire dans le temps », tout en relevant que seulement un tiers des acheteurs interrogés dans le cadre de ce rapport se déclarait formé aux achats innovants.

Il est fait le même constat en pratique : parce qu'ils ne disposent pas du même degré de connaissance ou de compétence que les opérateurs économiques innovants, les acheteurs sont réticents à recourir à des montages contractuels intégrant l'innovation ou rencontrent des difficultés dans l'exécution.

Dès lors, il apparaît nécessaire, pour ne pas dire essentiel, que les acheteurs puissent disposer, soit en interne, soit en faisant appel à des prestataires intellectuelles, des compétences et moyens adaptés pour suivre l'exécution de ces contrats.

En particulier s'agissant de contrats dont la valeur est importante ou dont l'objet recouvre un intérêt stratégique ou politique pour l'acheteur, il peut s'avérer opportun de constituer une équipe-projet ou un comité de pilotage pluridisciplinaire, composé d'acheteurs, de juristes, de financiers, et de techniques, spécialistes notamment dans le domaine objet du contrat.

Bien en amont de l'exécution du contrat au moment de son élaboration, cette équipe, en raison de sa pluridisciplinarité et de sa connaissance du secteur mais aussi de l'acheteur, peut anticiper les difficultés d'exécution qui pourraient survenir en cours d'exécution et à la fin du marché.

(1) CCP, art. L. 6.
(2) S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, LGDJ, 2022.

À titre d'illustration, si l'acheteur envisage d'acquérir un logiciel informatique, il sera nécessaire qu'il puisse anticiper tout à la fois la compatibilité de ce logiciel avec ses équipements propres mais également les usages qu'il entend faire de celui-ci afin par exemple de disposer des droits nécessaires pour sa mise à jour ou sa modification.

Intégrer contractuellement l'innovation au cours de l'exécution du contrat

Comme on l'a vu les acheteurs publics, dans l'exécution de leurs contrats publics, sont amenés à appréhender l'innovation dans un cadre juridique strict justifié par les obligations de mises en concurrence inhérentes à la commande publique.

Le sujet prend nécessairement une dimension particulière dans les contrats conclus pour une longue durée et/ou se rapportant à un service public.

Appréhender les clauses anticipatives et incitatives : le cas des concessions et marchés de performance

Les acheteurs publics disposent d'outils de rédaction contractuelle permettant de favoriser l'intégration de l'innovation lors de l'exécution du contrat. En effet, le socle contractuel doit permettre, dès la passation du contrat public, de stimuler, d'encadrer et d'anticiper l'innovation en tant que vecteur d'une réponse optimisée aux besoins des acheteurs et du service public. Outre les préconisations tenant à la description fonctionnelle des besoins, ou encore la faculté voire l'obligation de sous-traiter à des PME innovantes, il existe des clauses au service de l'innovation qu'il convient de bien appréhender au stade de l'exécution du contrat public.

En premier lieu, l'obligation générale d'innover en cours d'exécution peut être intégrée contractuellement au stade de la passation du contrat.

Cela paraît même une nécessité en matière de contrats portant sur l'exécution d'un service public au titre du principe de mutabilité.

Exemples

« Dans le cadre de la présente convention, le Délégataire s'engage à assurer l'accueil des usagers des différents équipements dans des conditions propres à garantir le respect des principes de continuité du service public, d'égalité de traitement des usagers et de mutabilité (adaptation constante) ».

Ou encore :

« En dehors de l'ensemble des droits et obligations objet de la présente convention, le Concessionnaire s'engage [...] à adapter le service à l'évolution technique en matière de remontées mécaniques de telle sorte que la satisfaction des besoins des usagers soit assurée dans de bonnes conditions ».

On retrouve également des clauses coercitives dans les marchés publics, notamment dans les contrats globaux dans lesquels le prestataire est tenu par des engagements performanciels. Le contrat peut ainsi imposer au contractant de mettre en œuvre les solutions issues de ses investissements engagées par ailleurs en matière de recherche de développement :

Exemple

« Le Partenaire s'engage à assurer, pendant toute la durée du contrat, l'amélioration des performances de ses équipements et installations par l'optimisation de technologies nouvelles et propres, y compris lors du gros entretien et du renouvellement »[3].

Reste qu'il peut être difficile pour l'acheteur ou l'autorité délégante de contrôler et sanctionner la bonne exécution de ce type d'obligations, si le contrat ne prévoit pas précisément de tels dispositifs.

En deuxième lieu, l'intégration de l'innovation peut être anticipée contractuellement sous la forme d'une simple clause de rencontre ou de revoyure :

Exemples

« Le Délégataire et l'autorité délégante s'engagent à se rencontrer annuellement en vue de faire un point sur l'exécution de la convention, sur la base des documents transmis par le Délégataire avant le 31 mai et également sur les travaux réalisés et ceux à envisager, ainsi que les innovations constatées dans le secteur permettant d'améliorer et d'optimiser le service lors les prochaines saisons touristiques ».

Étant relevé que la prise en compte de l'innovation peut également être imposée dans le cadre du rapport annuel d'activité :

« Le délégataire explicite comment il a satisfait à ses obligations d'entretien, de maintenance et de renouvellement, en l'absence de plans de remise à niveau, de maintenance, d'entretien, d'aménagement, de modernisation et de renouvellement pour la période concernée.

Le délégataire indique les réponses techniques apportées aux principes d'adaptabilité et de mutabilité. »

Ces clauses de rencontres permettent aux parties de faire vivre le contrat tout au long son exécution autour de l'impératif de mutabilité du service.

En troisième lieu, l'incitation à l'innovation peut être appréhendée par des mécanismes de récompenses.

Afin de rendre davantage incitative l'innovation, comme le relève la Direction des affaires juridiques du MINEFI dans son Guide pratique de l'achat public innovant, il peut être pertinent de prévoir des récompenses, comme des primes pour dépassement de performance ou des clauses d'intéressement en cas d'économies d'énergie.

On peut également prévoir, en matière de concession, une baisse de la redevance due à l'autorité délégante selon le même principe.

En quatrième lieu, dans certains cas, l'intégration de l'innovation peut être anticipée contractuellement par le biais d'une véritable clause dite de réexamen.

D'une part, lorsque l'innovation n'est pas commercialisable lors de passation du contrat, mais qu'elle a atteint néanmoins un stade de développement satisfaisant, il est tout à fait possible d'anticiper sa mise en œuvre contractuellement de sorte à ne pas être contraint par les limites inhérentes au droit de la mise en concurrence.

D'autre part, il est tout à fait possible de fixer contractuellement un montant en deçà duquel le cocontractant de l'acheteur public s'oblige à prendre à sa charge un investissement sans solliciter de l'acheteur public une renégociation des leviers financiers du contrat. De telles clauses valent en cas de changement d'évolution normative, mais peuvent tout à fait être adaptées en cas d'innovation manifestement favorable à l'exécution du contrat administratif. Pour illustration :

Exemple

« Le Délégataire doit réaliser, à ses frais, toutes modifications techniques ou organisationnelles nécessaires pour se mettre en conformité avec les prescriptions normatives qui pourraient être édictées pendant la durée de la concession.

Dans l'hypothèse où le montant de l'investissement nécessaire à cette mise en conformité serait inférieur à 50 000 euros HT, le Délégataire assurera totalement la charge supplémentaire. »

L'intégration de l'innovation par la mise en œuvre des hypothèses de modification du contrat

Qu'elle soit anticipée ou non, l'intégration d'une innovation dans un contrat de la commande publique suppose souvent une renégociation des leviers financiers du contrat, à savoir le prix dans les marchés publics, les tarifs perçus auprès des usagers, le niveau d'investissements, la redevance versée à l'autorité délégante ou encore la durée en matière de concessions.

Pour rappel, pourvu qu'elles n'aient pas pour effet de « changer la nature globale du contrat, certaines modifications des marchés et des concessions » sont permises, notamment pour faire entrer des solutions ou équipements innovants.

En premier lieu, et c'est là tout leur intérêt, les modifications d'un contrat, quels que soient leurs montants, peuvent être librement réalisées, dès lors qu'elles ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen rédigées de façon claire, précise et sans équivoque[4].

(3) https://media.xpair.com/pdf/economies-energie/cpe_clausier_type.pdf

(4) CCP, art. R. 2194-1.

Ainsi, les prestations supplémentaires éventuelles et les options peuvent parfaitement servir de nid à l'intégration d'innovations futures. Toutefois, il est nécessaire que ces innovations soient à un stade suffisamment abouti et leur coût déterminable pour être contractualisées dès la passation du contrat.

En deuxième lieu, l'innovation peut avoir pour effet de rendre certains services ou équipements nécessaires à la bonne exécution d'un contrat de la commande publique[5].

On peut donner ici comme exemple les équipements générateurs de neige artificielle qui viendraient à se révéler nécessaires à la bonne exécution d'un contrat d'exploitation d'installations de remontées mécaniques et du domaine skiable s'y rattachant.

De manière générale, il est possible de penser que la réponse à tous les défis sociaux, sociétaux, tels que climatiques, énergétiques ou encore sanitaires passent par le développement de solutions novatrices.

En troisième lieu, et dans la même veine, il est tout à fait envisageable que l'innovation permette de faire face à des circonstances imprévues et imprévisibles pour l'acheteur ou l'autorité délégante et son cocontractant lors de la passation du contrat[6].

Pour illustration, l'installation de dispositifs, tels que des distributeurs de gels hydroalcooliques, dans un camping peut être justifiée par la circonstance imprévisible que constituait la crise sanitaire liée au Covid 19.

Dans le cadre de ces deux dernières hypothèses, rappelons que lorsqu'un contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, les modifications effectuées ne doivent pas entraîner une augmentation du contrat supérieure à 50 % du montant initial.

En quatrième lieu, les hypothèses des modifications ne présentant pas un caractère substantiel et les modifications d'un faible montant peuvent également permettre l'intégration d'équipements ou de solutions innovantes en cours d'exécution du contrat de la commande publique[7].

D'une part, on rappellera qu'est considérée comme substantielle, notamment, une modification qui :
– introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, aurait permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
– change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du contrat initial ;
– modifie considérablement l'objet du contrat en étendant, à titre d'exemple, le marché public ou le contrat de concession, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus.

D'autre part, peut être opérée librement une modification qui :
– soit n'excède pas 10 % du montant initial s'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services ou d'un contrat de concession ;
– soit n'excède pas 15 % s'agissant des marchés publics de travaux ;
– et, dans tous les cas, ne dépasse pas les seuils européens en vigueur.

Pour l'ensemble de ces hypothèses, il est précisé que le montant de la mortification est déterminé par le prix payé dans le cadre d'un marché et par le chiffre d'affaires supplémentaire prévisionnel dans le cadre d'une concession.

En cinquième lieu, l'innovation peut être imposée unilatéralement par l'acheteur ou l'autorité délégante. En effet, le pouvoir de modification unilatérale[8] de l'administration dégagé par la jurisprudence *Compagnie générale française des tramways* en 1910 constitue l'émanation du principe de mutabilité du service public. Ce dernier commande une constante adaptation du service public aux multiples évolutions économiques, technologiques et politiques afin de satisfaire l'intérêt général[9].

Partant de cette constatation, l'intérêt général qui guide l'action publique commande de toujours tenir compte des nouveautés développées afin d'assurer la qualité du service fourni aux usagers, même si son intégration contractuelle en cours d'exécution n'obtient pas l'assentiment du cocontractant.

Toutefois, la mise en œuvre d'une telle prérogative n'est pas sans limites.

D'une part, le Code de la commande publique rappelle qu'une telle modification ne doit pas avoir pour effet de bouleverser l'équilibre économique du contrat. Il s'agira donc pour la personne publique de ne pas imposer de solutions innovantes comportant de trop lourdes conséquences sur l'équilibre contractuel, sauf à risquer de voir sa modification annulée par le juge du contrat. En tout état de cause, les dispositions de l'article L. 6 du code prévoient également qu'une telle modification fasse l'objet d'une indemnisation à l'égard du cocontractant de l'administration. L'opérateur auquel sont imposés un nouveau procédé ou de nouveaux outils ou matériaux et qui devra donc adapter son savoir-faire à ces innovations bénéficiera ainsi d'un juste dédommagement.

D'autre part, la doctrine majoritaire considère toutefois à ce jour que cette prérogative ne déroge pas aux limites imposées par les dispositions du code relatives aux hypothèses de modifications sus-exposées. Ainsi, l'acheteur ou l'autorité délégante serait également soumis aux montants plafonds réglementaires.

(5) CCP, art. R. 2194-2.
(6) CCP, art. R. 2194-5.
(7) CCP, art. R. 2194-7 et R. 2194-8.

(8) CCP, art. L. 6, 4°.
(9) CE 21 mars 1910, Cie générale française des tramways, req. n 16178.