

Innovation et commande publique : les outils juridiques au service de l'évolution des contrats administratifs

Dans le cadre de l'innovation, les parties au contrat disposent d'un certain nombre d'outils permettant d'adapter leurs relations contractuelles. Outre les outils unilatéraux à disposition du pouvoir adjudicateur tels que le principe de mutabilité..., les parties ont à leur disposition les clauses de réexamen. Afin de prendre en compte les diverses innovations pouvant survenir, quelles sont les modalités d'utilisation de ces clauses ?

Du principe de mutabilité des contrats administratifs aux dispositions du Code de la commande publique sur la modification des contrats, il existe un panel assez large et varié d'outils au service des parties, permettant d'adapter leurs relations contractuelles aux diverses innovations, qu'elles soient techniques ou commerciales en particulier.

Les outils unilatéraux à disposition du pouvoir adjudicateur

Le principe de mutabilité, érigé par le Conseil d'État⁽¹⁾, a eu comme objectif de permettre à l'administration d'imposer, pour les besoins de l'exécution du service public, la prise en compte des innovations technique en matière d'éclairage public. Ce principe implique que le pouvoir adjudicateur peut, en particulier, modifier unilatéralement le contrat, pour un motif d'intérêt général.

Et la portée de ce principe est assez large et offre des marges de manœuvre intéressantes à un pouvoir adjudicateur, pour faire évoluer son contrat, afin de s'adapter aux évolutions techniques et technologiques, ce qui fut le cas dans la décision *Gaz de Deville-lès-Rouen*⁽²⁾.

(1) En particulier dans ses décisions *Gaz de Deville-lès-Rouen* (CE 10 janvier 1902, req. n° 94624) et *Compagnie générale française des tramways* (CE 11 mars 1910, req. n° 16178), qui quant à lui débouchait sur la reconnaissance expresse du pouvoir de modification unilatérale au profit de l'administration contractante dans l'intérêt du service. On relève d'ailleurs la première phase du commentaire sous cet arrêt du GAJA : « L'arrêt *Gaz de Deville-lès-Rouen* permet d'inciter les titulaires de contrats administratifs à s'adapter à l'évolution technique ».

(2) CE 10 janvier 1902, req. n° 94624.

Auteur

Pierre Cailloce
Avocat au barreau de Paris
Cabinet Cailloce Avocat

Au-delà de cet exemple historique, le principe de mutabilité est un outil très intéressant qui permet au pouvoir adjudicateur de traduire l'innovation technique, au sens large, dans les contrats administratifs qu'il a pu conclure.

Sans prétendre à l'exhaustivité mais pour en illustrer toute la portée, ce principe permet, dans le cadre d'un contrat relatif à l'exploitation d'une ligne de transport scolaire par exemple, à l'autorité organisatrice d'« apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation », à savoir un nouveau mode de tarification et une nouvelle organisation du service^[3]. En outre, en matière d'autorisation d'occupation du domaine public, l'autorité gestionnaire de ce dernier a la faculté d'en modifier unilatéralement les conditions financières, « afin d'assurer la bonne gestion de celui-ci »^[4].

La justification de la modification unilatérale d'un contrat administratif peut aussi être financière, au regard de la codification des objectifs d'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics^[5].

Ce principe a une portée large, puisque le refus du cocontractant de l'administration, d'appliquer les modifications décidées unilatéralement par la personne publique, constitue une faute^[6].

De même, sous réserve des droits à indemnisation du titulaire, l'autorité concédante^[7] :

- peut mettre fin à la prise en charge des opérations de traitement des eaux par le concessionnaire ;
- même si cette activité représente environ 70 % de l'activité prise en charge par ce dernier dans le cadre des contrats d'affermage du service public d'assainissement conclus.

La modification unilatérale peut concerner des nouvelles « conditions techniques fixées » par le pouvoir adjudicateur, dans une portée importante.

Notamment, en matière de marché relatif à l'édition d'un magazine municipal, la limitation des encarts publicitaires à un total de 5,25 pages, contre 14 selon les termes du contrat initial, constitue une modification unilatérale du contrat à laquelle le titulaire est tenu de se conformer^[8].

[3] CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu la Napoule, req. n° 318617.

[4] CAA Nantes 5 octobre 2018, req. n° 17NT03281.

[5] « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (CCP, art. L. 4).

[6] CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu la Napoule, req. n° 318617.

[7] CAA Nancy 21 avril 2016, req. n° 14NC00491.

[8] CAA Marseille 13 juillet 2015, req. n° 13MA04378.

Constitue également une modification unilatérale pouvant être imposée par le pouvoir adjudicateur :

- le changement géographique de réalisation des prestations ;
- matérialisée par la notification d'un ordre de service prescrivant la réalisation de travaux de mise en conformité sur le site d'arrivée, plutôt que dans le port de départ ainsi qu'il était prévu au contrat^[9].

La portée du droit de modification unilatérale d'un contrat administratif est d'ailleurs tellement large que, en matière de contentieux^[10], le titulaire :

- peut « seulement rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité » ;
- le cas échéant, eu égard à la portée d'une telle mesure, il peut également « former un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles » ;
- sans qu'il ne puisse saisir le juge d'une demande d'annulation de la mesure.

Et ces mesures de modifications peuvent assez largement échapper au contrôle du juge, eu égard aux limites des demandes pouvant être formulées par le titulaire du contrat, si elles n'ont pas comme portée d'y mettre un terme^[11].

Néanmoins, dans une ordonnance récente, la cour administrative d'appel de Paris a pu apporter d'intéressantes précisions sur la portée du pouvoir de modification unilatérale et, en particulier, en fixer certaines limites^[12].

Il s'agissait d'un contentieux relatif à un déferé préfectoral, demandant la suspension de trois délibérations du SIPPAREC, ayant pour objet de modifier les conventions de concession pour le service public de la distribution et la fourniture de l'électricité, s'agissant des clauses relatives à l'indemnisation des concessionnaires dans l'hypothèse d'une absence de renouvellement de la concession à son terme ou d'une fin anticipée de celle-ci.

Le SIPPAREC soutenait que lesdites stipulations étaient, du fait d'une évolution de la jurisprudence, devenues illicites en ce qu'elles prévoyaient une indemnisation au titre des biens dits « de retour » susceptibles d'excéder la valeur nette comptable desdits biens.

La cour administrative d'appel de Paris précise d'abord que le pouvoir, exorbitant, de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat administratif « ne peut être exercé par la personne publique contractante que pour un motif tenant à l'objet même du contrat et s'agissant, comme en l'espèce, d'un contrat de concession parce qu'il importe à l'intérêt général que le service public en cause soit assuré au mieux ».

[9] CE 22 février 2008, req. n° 274669.

[10] CE 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 308806.

[11] À l'exception notable des clauses d'un marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance, qui ne peuvent pas être modifiées en cours d'exécution (CCP, art. L. 2191-3).

[12] CAA Paris, ord., 18 mai 2022, req. n° 22PA01549.

Dès lors et selon la cour administrative d'appel, cette prérogative :

- ne peut être mise en œuvre « que si l'objet poursuivi est en rapport direct avec le service public concédé » ;
- et ne saurait donc, en tout état de cause, être utilisée « au seul motif de purger le contrat de stipulations illicites, que celles-ci l'aient été ab initio ou qu'elles les soient devenues ».

Partant, les clauses dont il s'agit ne pouvaient pas être modifiées unilatéralement, dès lors :

- qu'elles ne sont en rien relatives à l'organisation et au fonctionnement du service et ne sauraient être assimilées à ces clauses tarifaires ;
- mais qu'elles ont seulement pour objet, exclusivement financier, de définir les modalités d'indemnisation du concessionnaire en fin de concession.

Sans conférer une portée trop importante à cette décision, elle doit néanmoins inviter à la prudence lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisagera de modifier unilatéralement un contrat administratif, afin d'en adapter les clauses à une ou plusieurs innovations identifiées.

Mais même avec cette réserve toute relative, le pouvoir de modification unilatérale d'un contrat administratif peut être le premier outil à disposition des personnes publiques, leur permettant d'adapter le contrat aux innovations pouvant l'impacter.

Sur le plan financier, lorsque le pouvoir adjudicateur entend modifier unilatéralement un contrat administratif, il devra tirer les conséquences financières, de la survenance d'une innovation et de sa mise en œuvre dans le contrat.

Et le cas échéant, seules les clauses financières pourront être impactées.

Dans son avis administratif du 15 septembre 2022^[13], le Conseil d'État a en effet pu juger légales les modifications financières « sèches », des contrats de la commande publique, qu'elles concernent :

- soit le caractère en principe définitif des prix des marchés, qui ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des conditions générales applicables aux modifications des contrats de la commande publique ;
- soit la compensation des surcoûts « que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution ».

Dans le cas de la mise en place d'une innovation par le biais d'une modification unilatérale du contrat, le cocontractant a le droit au respect de l'équilibre financier du

contrat, ce qui lui permet d'obtenir réparation du préjudice^[14] ainsi subi et notamment :

- la compensation « des dépenses inutiles pour le concessionnaire ayant été obligé d'exécuter sur les parties du domaine public reprises par l'État », suite à une modification de périmètre de la concession, « des aménagements onéreux »^[15] ;
- la compensation « des pertes de recettes » générées par la réduction de « l'importance du port de plaisance », modifiant ainsi « au détriment de la ville les conditions d'exploitation »^[16]

Les outils contractuels au bénéfice des parties

Avant la réforme de 2015 et de 2016, le droit positif encadrait, assez strictement voire de manière très rigide, la faculté des parties de modifier le contrat par voie d'avenant.

Ainsi, en matière de marché, l'article 20 du Code des marchés publics :

- autorisait des modifications sans limite de montant, « en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties » ;
- limitait les autres cas de modification, à l'interdiction de « bouleverser l'économie du marché » ou d'en changer l'objet.

En ce qui concerne les contrats de délégation de service public, leur prolongation n'était possible^[17] :

- que pour un an, pour motif d'intérêt général mais sans autre justification ;
- que pour réaliser des investissements matériels non prévus initialement.

Il en résultait des difficultés parfois insurmontables et en tout cas une prudence certaine, pour adapter les contrats en vigueur aux évolutions technologiques, techniques et/ou commerciales et, ainsi, en faire bénéficier les parties et optimiser les prestations rendues ou le service public exécuté.

Les cas restrictifs dans lesquels les marchés publics et contrats de délégation de service public pouvaient

[13] CE Ass., 15 septembre 2022, avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévisibilité, n° 405540.

[14] CCP, art. L. 2194-2 : « Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6 ».

[15] CE 27 octobre 1978, Ville de Saint Malo, req. n° 05722.

[16] Même arrêt.

[17] « Une délégation de service ne peut être prolongée que : a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ; b) Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive » (CGCT, art. L. 1411-2, version antérieure au 1^{er} avril 2016).

être modifiés, empêchaient la prise en compte par les acteurs de la commande publique, des diverses innovations techniques. Les décrets du 1^{er} février et du 25 mars 2016⁽¹⁸⁾ sont alors apparus comme une véritable bulle d'air pour les acteurs de la commande publique, en prévoyant de nombreux cas de modifications possibles des contrats, avec une portée pouvant être assez large.

Ce régime a été pérennisé par le Code de la commande publique, qui prévoit en particulier la possibilité de modifier un contrat :

- par application des clauses de réexamen⁽¹⁹⁾ ;
- en cas de prestations supplémentaires devenues nécessaires⁽²⁰⁾ ;
- « lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir »⁽²¹⁾.

Ces différentes modifications obéissent à des conditions différentes, s'agissant du montant maximal des avenants pouvant être conclus sur leur fondement :

Fondement de la modification	Limite financière
Clause de réexamen	Aucune, l'avenant peut dépasser 50 % du montant initial du marché
Circonstances imprévues	50 % du montant initial du marché. Ce seuil s'applique pour chaque modification successive sur ce fondement

Sous réserve de précisions par la jurisprudence administrative – qui pour le moment est relativement peu diserte sur la question – ces différents fondements pourront utilement être mobilisés par les parties pour tirer toutes les conséquences d'une innovation.

D'abord, les clauses de réexamen, permettent de modifier de manière importante un contrat, sans limite financière ou encore sans contrainte particulière sur l'objet et la nature des modifications à apporter, pour tirer toutes les conséquences d'une évolution de la technologie et de différentes innovations.

La seule restriction concerne la « nature globale » du contrat, marché ou concession, qui ne doit pas être modifiée, ce qui interdit seulement d'en modifier le régime juridique essentiel, par exemple en supprimant le risque d'exploitation dans le cas d'un contrat de concession ou

en modifiant les modalités de rémunération d'un marché, de sorte que le titulaire n'est plus assuré de couvrir ses charges d'exploitation.

On peut ainsi envisager que des clauses de réexamen soient stipulées dans les contrats de la commande publique, afin d'anticiper la survenance d'innovations techniques, technologiques, commerciales ou financières, pouvant avoir un impact sur les modalités d'exécution du contrat.

Ces clauses devront toutefois être aussi précises que possible et comporter des indications exposées ci-après.

Les conditions de leur mise en œuvre et leur champ d'application

Les parties doivent d'abord ainsi s'accorder sur ce qu'elles peuvent entendre comme « innovation »⁽²²⁾. Cette définition peut être aussi variée qu'il existe de contrats différents mais on peut la résumer par :

- la survenance de tout fait nouveau, de toute connaissance nouvelle inconnus lors de la conclusion du contrat ou pouvant difficilement être anticipés ;
- impactant les prestations et/ou travaux objet du contrat ou leur condition d'exécution ;
- dans une mesure permettant d'optimiser sensiblement l'exécution du contrat, sur le plan technique, financier, juridique, organisationnel, commercial ou en matière de personnel d'exploitation ; obligeant les parties à modifier significativement les conditions d'exécution du contrat, sur le plan technique, financier, juridique, organisationnel, commercial ou en matière de personnel d'exploitation.

La notion d'innovation peut ne pas être réservée aux circonstances impliquant une modification « positive » des prestations objet du contrat et peut couvrir les cas dans lesquels la personne publique est contrainte de s'adapter aux nouvelles circonstances techniques/technologiques/juridiques/commerciales etc.

La liberté contractuelle des parties primera sur ce point, en l'absence de définition ou de contrainte particulière dans le Code de la commande publique ou bien dans le régime général des contrats administratifs.

Une fois la définition « d'innovation » arrêtée, il conviendra de préciser dans quelles conditions et selon quelles modalités, les parties peuvent constater la survenance d'une telle innovation.

S'agissant d'une modification du contrat par voie d'avenant, l'accord des deux parties sera nécessaire et une appréciation contradictoire des conditions préalables sera à prévoir.

(18) Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, pris en application respectivement de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

(19) Qui doivent être « précises et sans équivoque » et « indiquer le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage » [CCP, art. R. 2194-1].

(20) CCP, art. R. 2194-2.

(21) CCP, art. R. 2194-5.

(22) Sachant que rien n'impose de limiter aux innovations, les clauses de réexamen d'un contrat de la commande publique et que ces clauses peuvent concerner d'autres types d'évolution, par exemple la population concernée par le service à rendre, les typologies de prestations à effectuer, les règles de l'art de manière générale.

La nature des modifications autorisées sur leur fondement

La portée des modifications contractuelles qui pourrait être convenues entre les parties, en cas de survenance d'un cas d'innovation, devra également être précisée.

La question se pose de savoir si, pour répondre aux conditions de l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique, la clause de réexamen doit limiter et encadrer les modalités et conditions d'exécution, en particulier juridiques, contractuelles, techniques et financières, pouvant être modifiées.

La lettre de l'article invite à limiter la nature des modifications ce qui n'interdit pas que toutes les conditions et modalités d'exécution des contrats, puissent être modifiées.

On peut ainsi imaginer que la survenance d'un cas d'innovation, puisse permettre les modifications suivantes :

- modification des modalités de réception des travaux/prestations et augmentation des délais de lever des réserves et/ou ajustement des motifs pouvant être évoqués pour refuser la réception ou émettre des réserves ;
- allongement de la durée du contrat ou intégration de nouvelles tranches fermes ou bien modification du contenu et des modalités d'affermissement des tranches optionnelles ;
- modification des formules de révision (indices ; parts fixe et variable) ;
- adaptation de la nature des prix :
 - intégration de prix mixte ;
 - modification de la portée des prix forfaitaires ;
 - modification du montant des prix unitaires et forfaitaires ;
 - modification de la répartition entre les prix forfaitaires et unitaires ;
- modification des conditions de résiliation et du régime indemnitaire ;
- ajustement du régime des pénalités pour manquement au contrat :
 - diminution du montant des pénalités ;
 - allongement du délai de mise en demeure ;
 - élargissement du champ d'application et de la liste des événements pouvant exonérer le titulaire de leur application ;
 - réduction du plafond de pénalité.

En outre, la modification d'un contrat sur le fondement des « circonstances imprévues » constitue un terrain naturel de prise en compte des évolutions techniques, technologiques et autres innovations.

Bien entendu, encore faut-il que cette évolution rende nécessaire la modification du contrat, autrement dit :

- qu'il ne s'agisse pas d'une simple opportunité pour les parties ou d'un moyen d'optimiser la qualité des prestations ou l'équilibre économique du contrat ;
- mais bien d'une situation où, l'absence de modification de ce dernier, le rendrait quasiment inutile ou assez largement dénué de pertinence.

La conclusion d'un avenant sur ce fondement, en cas de survenance d'un cas d'innovation particulière, semble ainsi plus délicate à mettre en œuvre.

En revanche, l'intégration d'une innovation dans un contrat de la commande publique, ne devrait pas pouvoir s'opérer sur le fondement des « modifications non substantielles »^[23].

En effet, même si cela demande une vérification au cas par cas, la prise en compte d'une innovation, par exemple technique ou technologique, suppose des changements notables qui impactent assez largement les modalités d'exécution d'un contrat de la personne publique et qui incitent, ainsi, les parties à le modifier.

La condition tenant à ce qu'une modification « non substantielle » n'introduise pas des conditions qui auraient « permis le choix d'une offre autre que celle retenue », ne serait certainement pas remplie et entacherait d'irrégularité l'avenant qui serait conclu.

À noter que les différents CCAG applicables aux marchés publics^[24], prévoient de manière quasi-automatique, l'adaptation de ces contrats aux évolutions juridiques en matière de droit de la protection des données à caractère personnel, qui peut constituer une innovation.

Leurs articles 5.2.2 disposent ainsi : « En cas d'évolution de la réglementation sur la protection des données à caractère personnel en cours d'exécution du marché, les modifications éventuelles demandées par le maître d'ouvrage afin de se conformer aux règles nouvelles, donnent lieu à la signature d'un avenant par les parties au marché ou, en l'absence d'accord entre les parties, à une modification unilatérale par le maître d'ouvrage ».

Ainsi, pour les marchés qui y font référence, les innovations juridiques en matière de droit des données à caractère personnel pourront être intégrées aux stipulations contractuelles, quelles que soient leurs conséquences, pour autant que les documents particuliers les prévoient comme clauses de réexamen.

Par analogie, rien ne devrait interdire, en prévoyant des stipulations particulières dans les documents particuliers du marché, la prise en compte de l'innovation juridique, comme motif de réexamen des conditions d'exécution du marché.

[23] « Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : 1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue [...] » [CCP, art. R. 2194-7].

[24] Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux ; Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services ; Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de maîtrise d'œuvre.

Afin que la clause puisse respecter les conditions fixées par le Code de la commande publique, il conviendrait de préciser :

– **le champ d'application de la clause**, à savoir les domaines dans lesquelles ces innovations juridiques sont intégrées : modalités de réception des travaux ; régime juridique des biens en fin de contrat ; répartition des risques de conception-réalisation entre les parties ; mécanismes de solde financier des marchés ; régime des droits de propriété intellectuelle ; modalités d'indemnisation du titulaire en cas de résiliation anticipée du contrat ; conditions de travail des salariés et dispositions des conventions collectives applicables ;

– **la nature des modifications autorisées**, à savoir d'une manière générale, les conditions juridiques d'exécution du contrat, à l'exclusion des conditions financières générales, ce qui n'interdit pas de prendre en considération les surcoûts éventuellement liés aux charges supplémentaires induites par les modifications législatives.

Au total, si les parties à un contrat de la commande publique disposent, aujourd'hui, d'outils variés et assez adaptés pour prendre en compte les diverses innovations pouvant survenir, l'anticipation prévaudra toujours sur la réaction et leur offrira plus de souplesse.

Ainsi, les acheteurs gagneraient à enrichir leurs contrats de clauses de réexamen adaptées, autant que possible, aux différents contrats, précisant :

– la notion d'innovation appliquée à l'objet du contrat ;
– les domaines, champ d'application, conditions de mise en œuvre et d'exécution.

Et le *sourcing* pourrait constituer un outil complémentaire en faveur des acheteurs, afin de solliciter les retours d'expérience des différents prestataires sur les contrats et les évolutions qui n'ont pas pu avoir lieu ou qui, au contraire, étaient mises en œuvre avec succès, afin de calibrer au mieux la ou les clause(s) de réexamen.