

RÉFLEXIONS SUR LES CLAUSES INCITATIVES DANS LES MONTAGES IMPLIQUANT DES PERSONNES PUBLIQUES



MAÏTÉ CHARBONNIER



SÉVERINE LEBOVICI



La notion de clause incitative appelle tantôt une lecture essentiellement coercitive (pénalités, exécution aux frais et risques, exécution forcée, voire même déchéance), tantôt une lecture bienveillante et constructive organisant un partage de valeur entre

les parties au cours de l'exécution du contrat (intérêt, partage des gains, etc.).

A titre d'éclairage, le dictionnaire Larousse définit le terme « incitation » notamment comme la « provocation d'un comportement économique jugé souhaitable, grâce à une politique adaptée à l'égard des agents économiques ». Bien que non recensé comme source bibliographique juridique de référence, le Larousse met, selon nous, en évidence deux caractéristiques essentielles à l'efficacité des clauses incitatives : d'une part, la dimension psychologique quant à leur perception chez les acteurs impliqués et, d'autre part, la nécessité d'inscrire la démarche incitative dans une approche globale pour que le mécanisme fonctionne. En effet, les clauses incitatives doivent être adaptées au projet au service duquel elles s'inscrivent et à son environnement.

En termes d'*instrumentum*, la clause incitative ne se cantonne donc pas à certaines clauses du contrat signé entre les parties mais plus largement à l'ensemble des composantes des montages contractuels qui, par leurs modalités ou leur logique même, comportent des leviers d'incitation efficaces en amont de la contractualisation elle-même et privilégient un meilleur équilibre des relations contractuelles et une responsabilisation effective des parties. Ainsi, une telle clause peut également figurer dans un règlement de consultation contenant les règles du jeu applicables à une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Dans le domaine de la commande publique, c'est-à-dire les montages à titre onéreux destinés à répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur en matière de travaux, de fournitures ou de services, les contrats de partenariat ont contribué à renouveler en profondeur les pratiques des acheteurs publics après l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 qui a « généralisé », y compris auprès des collectivités territoriales, un dispositif jusque-là sectoriel^[1]. Ces contrats publics spéciaux, à plusieurs égards dérogeant au « droit commun de la commande publique »^[2] ont battu en brèche les vieilles habitudes.

En effet, ils ont revalorisé une démarche d'analyse en amont avec l'élaboration d'une évaluation préalable comparant les différents modes contractuels de réalisation d'un projet, une expression fonctionnelle du besoin, l'attribution du contrat complexe via une procédure de dialogue compétitif organisant une discussion constructive entre la personne publique et les candidats, l'obligation d'inclure dans le contrat des clauses relatives aux objectifs de performance assignés au cocontractant et aux modalités de leur contrôle tout au long de l'exécution du contrat ou encore la dérogation à la loi « MOP » permettant de confier à un même opérateur la conception, la réalisation, l'exploitation et le financement d'équipements publics.

Près de 15 ans et 236 contrats plus tard, selon les chiffres disponibles sur le site de la mission d'appui aux partenariats public-privé du ministère des Finances^[3], la déferlante a cessé. Depuis 2012, ces projets se font rares et sont chaque fois passés au crible après l'échec de certains projets emblématiques^[4]. L'annulation, le 12 février 2019, par le Tribunal administratif de Marseille, de la délibération ayant approuvé en 2017 le choix



[1] BEA hôpitaux, justice, police et gendarmerie à partir de 2002.

[2] Voir notamment la décision du CC n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 « Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit » § 18.

[3] Mission désormais intitulée « FIN INFRA ».

[4] Comme la résiliation anticipée du « PPP » de l'hôpital sud francilien en 2014.

[5] Projet de construction ou de rénovation de 34 écoles en 4 ans.

[6] Voir notamment le considérant 42 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

[7] Édition du 26 septembre 2014.

[8] CE 29 décembre 2008, n° 296.930

[9] Devenu l'article 1231-5 depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats

de recourir à ce type de contrat pour le « Plan Ecole d'avenir »^[5] en est un récent exemple. Toutefois, la réalisation de projets d'ampleur en PPP entre 2006 et 2011 a permis de questionner les habitudes et surtout de rapprocher, au sens premier du terme, au service d'un même projet, secteur public et secteur privé, trop habitués jusque-là à une méfiance réciproque.

Si les administrations ont ainsi été confrontées, parfois à leurs dépens, à la logique de rentabilité des capitaux investis qui détermine le principe même ainsi que les modalités d'intervention du secteur privé dans les projets, y compris d'intérêt général, elles ont également appris, notamment via le dialogue compétitif, à tirer profit de procédures de mise en concurrence plus complexes mais aussi plus ouvertes et permettant de faire émerger des solutions réellement adaptées à leur besoins en profitant des capacités d'innovation et de la force de proposition du secteur privé.

Le recours à la négociation, encadrée et assumée, a ainsi refait surface avec force, après avoir été associé à des pratiques ou des soupçons de corruption dans les années 1990. Désormais, la nécessité de disposer de plus de souplesse pour choisir une procédure prévoyant des négociations semble s'imposer comme une évidence, portée par les textes communautaires^[6].

Les appels à projets urbains innovants (APUI), ces procédures de publicité et de mise en concurrence d'un nouveau genre qui permettent l'émergence et la sélection de projets purement privés au service de la co-construction de la ville de demain, s'inscrivent dans la droite ligne de cette évolution. En reprenant certains mécanismes issus de la commande publique, les APUI participent à approfondir une nouvelle ingénierie des clauses incitatives et à généraliser des modes de contractualisation vertueux. Une telle démarche est salutaire à l'heure où les clauses incitatives traditionnelles, considérées de manière trop isolée, montrent leurs limites.

I

LES LIMITES DES CLAUSES INCITATIVES « TRADITIONNELLES »

La préoccupation de recourir à bon escient aux clauses incitatives n'est pas nouvelle : toujours dans le cadre de la commande publique, en 1969 déjà, une circulaire n° 2485 du MINEFI relative au guide des clauses de caractère incitatif dans les marchés recensait les directives ayant pour but d'intéresser les entreprises, d'une part, au respect des engagements contractuels par le jeu de pénalités, de primes et de clauses de garantie et, d'autre part, à la réduction des coûts de production par

le mécanisme des prix prévu au marché (prix provisoire et intéressement notamment).

Prenons le cas des primes d'avance, sommes forfaitaires versées au titulaire, si celui-ci exécute les prestations dans un délai plus court que celui sur lequel il s'est engagé. Si ce mécanisme incitatif est référencé dans la circulaire du 4 mars 1969, on y indique toutefois que les primes d'avance ou d'exactitude « ne sont en principe pas nécessaires. (...) Les délais étant convenablement définis, il n'y a en général pas lieu d'inciter les entreprises à les abréger ». A l'inverse, 45 ans plus tard, le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics^[7] recommande aux acheteurs publics de mettre en place de telles primes, « souvent plus efficaces que des pénalités de retard ».

Dans la pratique, même encouragées par la doctrine administrative, les primes d'avance ne sont finalement que peu mises en oeuvre. D'abord, elles sont souvent suspectées de promouvoir la précipitation au détriment de la qualité des prestations réalisées... Même s'il n'existe pas à notre connaissance de retour d'expérience documenté sur un nombre suffisant de projets pour accréditer cette thèse, elle exprime néanmoins la dimension psychologique que nous évoquons plus

DÉSORMAIS, LA NÉCESSITÉ DE DISPOSER DE PLUS DE SOUPLESSE POUR CHOISIR UNE PROCÉDURE PRÉVOYANT DES NÉGOCIATIONS SEMBLE S'IMPOSER COMME UNE ÉVIDENCE.

haut lorsqu'un mécanisme pour des raisons quasi-inconscientes n'est pas jugé souhaitable et se retrouve ainsi condamné à l'échec. Ensuite, il arrive assez souvent qu'il n'y ait pas d'intérêt particulier pour le commanditaire à réceptionner un ouvrage ou une partie d'ouvrage avant la date prévue. Que ferait donc une commune d'une nouvelle école livrée au beau milieu de l'année scolaire ? Enfin, en comptabilité publique, ces primes constituent une charge qui doit apparaître en tant que telle au budget de la collectivité, même si, *in fine*, la prime n'est pas versée.

En somme, le cas des primes d'avance a l'avantage de démontrer qu'une **clause incitative ne fonctionne que si elle est spécifiquement adaptée au projet qu'elle a vocation à accompagner**. La même exigence s'illustre également avec les bonnes vieilles pénalités, dont la jurisprudence administrative a récemment modifié le régime.

En effet, à l'occasion de la décision OPHLM de Puteaux^[8], le Conseil d'Etat a reconnu au juge administratif le pouvoir de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard prévues par le contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché, au regard des principes dont s'inspire l'article 1152 du Code civil^[9].

LA CONCURRENCE ENTRE OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES SE GÉNÉRALISE ET PERMET D'INSTAURER UNE SAINTE ÉMULATION ENTRE LES CANDIDATS AINSI ENCOURAGÉS À PRENDRE DE RÉELS ENGAGEMENTS EN VUE DE LA MEILLEURE EXÉCUTION DU FUTUR CONTRAT.

Si les modalités d'intervention du juge judiciaire et du juge administratif dans la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ne semblent pas exactement comparables puisque le premier peut intervenir d'office quand le second doit être saisi de conclusions en ce sens, c'est également le prisme d'analyse de la notion de pénalité manifestement excessive ou dérisoire qui diffère puisque le juge administratif se prononce « eu égard au montant du marché »^[10].

Ainsi, dans l'affaire OPHLM de Puteaux, le Conseil d'Etat juge que la Cour administrative d'appel de Paris a pu considérer que des pénalités de retard de 147 637 euros, soit 56,2 % du montant global d'un marché à bons de commande de remplacement des menuiseries extérieures, était manifestement excessif, puis retenir une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 euros (soit près de 25 % du montant du marché)^[11].

Est-ce à dire que le juge administratif adopte une approche encadrée par la notion de plafond contractuel de pénalités, alors que la lecture du juge judiciaire sur la notion de montant manifestement excessif semble guidée par le montant du préjudice effectivement subi par le créancier de l'obligation^[12]? L'intérêt général s'y oppose. Et comme l'indique la récente jurisprudence « CHIPEA »^[13], la réduction des pénalités par le juge administratif est encadrée par un plancher correspondant au préjudice effectivement subi par l'administration.

En revanche, le seuil de pénalité de retard « fixé » à environ 25 % du montant du contrat semble validé par le juge administratif en présence d'un préjudice réel inférieur au montant des pénalités que ce ratio permet de calculer. En effet, dans la décision Eurovia Haute Normandie^[14], le Conseil d'Etat a refusé de moduler à la baisse des pénalités représentant 26 % du montant total du marché, alors que le maître d'ouvrage public n'avait subi aucun préjudice du fait des retards survenus dans l'exécution des travaux.

Ces réflexions sur les pouvoirs de modulations des pénalités par les juges administratif et judiciaire enrichissent la réflexion sur l'efficacité des clauses incitatives au regard du cadre juridique plus global dans lequel elles s'inscrivent, le contrat n'étant finalement pas uniquement « la loi des parties ».

Finalement, ces différents exemples illustrent les paramètres à intégrer pour que les clauses incitatives concourent effectivement à l'exécution du contrat : adaptation au projet auquel elles s'appliquent, acceptabilité de la part des acteurs impliqués et proportionnalité au but poursuivi. Le respect de ces paramètres semble ainsi nécessiter un dialogue entre les futures parties en amont de la contractualisation.

II

POUR UNE NOUVELLE « INGÉNIERIE » DES CLAUSES INCITATIVES

Comme évoqué précédemment, une clause incitative n'est, selon nous, pas forcément contractuelle : les clauses des règlements et autres documents de consultation qui régissent les procédures concurrentielles préfigurent les clauses incitatives qui seront *in fine* inscrites dans les actes signés.

Cette idée est fondamentale à l'heure où les procédures de publicité et de mise en concurrence gagnent de nouveaux secteurs impliquant des personnes publiques qui ne sont pourtant ni à l'origine des projets mis en œuvre, ni bénéficiaires directs de ceux-ci.

On peut citer des dispositions légales et réglementaires qui imposent ces procédures en vue de l'attribution d'autorisations d'occupation du domaine public depuis l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques^[15] ou de la vente des biens du domaine privé de l'Etat^[16].

Mais c'est surtout aux procédures organisées de manière purement volontaire par les collectivités territoriales que l'on pense, comme les appels à projets urbains innovants portant sur la cession de charge foncière ou l'allocation de subventions dans le cadre de budgets participatifs.

Dans chacun de ces cas, **la concurrence entre opérateurs économiques se généralise et permet d'instaurer une saine émulation entre les candidats ainsi encouragés à prendre de réels engagements en vue de la meilleure exécution du futur contrat**, puisque ces engagements ont vocation à être examinés pour l'analyse des offres et la désignation du lauréat. En cela, l'environnement concurrentiel est en lui-même incitatif.

[10] Comme le rappelle Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (« CHIPEA »), n° 392.707

[11] B. Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt soulignant d'ailleurs que « l'acclimatation du pouvoir de modulation des pénalités au droit des contrats administratifs ne saurait conduire le juge, dans le cas où les pénalités seraient excessives, à en fixer systématiquement le montant au niveau du préjudice réel, sauf à priver ces sanctions de tout effet dissuasif »

[12] V. Cass. 1^{ère} civ. 24 juillet 1978, n° 77-11170 ; Cass. com. 11 février 1997, n° 95-10.851 ; Contrats Concurrence Consommation 1997. 75, obs. Leveneur

[13] Cf. Note 9

[14] CE 20 juin 2016, n° 376.235

[15] Et prochainement de certaines autorisations d'occupation du domaine privé en vertu d'une récente réponse ministérielle, cf. JOAN 29 janvier 2018 p. 861, O. n° 12868

[16] Notamment article R. 3211-2 du CG3P

[17] Conseil d'Etat 9 novembre 2018, Société Savoie Frères, n° 413.533

[18] Inventons la Métropole du Grand Paris 2

DÉFINITIONS

INCITATION :

Provocation d'un comportement économique jugé souhaitable, grâce à une politique adaptée à l'égard des agents économiques

APPEL À PROJET URBAIN INNOVANT :

Procédure de publicité et de mise en concurrence *ad hoc* (ou *sui generis*) par laquelle un porteur de site invite des équipes candidates à présenter des projets participant au renouveau urbain, pouvant répondre à des objectifs généraux définis par le porteur de site et valorisant notamment les démarches innovantes, tout en laissant aux candidats le soin de définir le contenu, les modalités et les ambitions de leurs offres.

Mais il ne faudrait pas tomber dans l'écueil, bien connu, des promesses non tenues. C'est pourquoi l'enjeu est d'abord de définir des critères d'analyse des offres pertinents pour sélectionner l'attributaire du contrat. A cet égard, les conclusions rendues par Gilles Pellissier sur une récente affaire^[17] sont intéressantes, rappelant que « le montant des pénalités de retard auxquelles un candidat propose de s'exposer apparaît (...) doublement détaché de l'objet du marché ou de ses conditions d'exécution : non seulement un tel critère ne porte pas sur une qualité des prestations achetées, mais sa fonction théoriquement révélatrice des moyens qui seront mis en oeuvre est en pratique neutralisée par les nombreuses possibilités de réduction du montant contractuel des pénalités ». En effet, le débiteur n'est pas tenu de faire application des pénalités de retard et le juge dispose de pouvoirs de modulation des pénalités déjà évoqués précédemment.

Il serait éventuellement envisageable de rattacher un tel élément d'analyse non au critère de la valeur technique de l'offre, mais plutôt à celui du prix. Toutefois, cela conduirait à procéder à l'analyse d'une difficile valorisation de l'impact sur l'offre financière d'un retard dans l'exécution des obligations – retard qui serait alors considéré comme une donnée d'entrée du projet. Surtout, il s'avère que **dans les appels à projets urbains innovants qui caractérisent plus particulièrement la réinvention de la ville de demain, le critère du prix n'est pas censé être déterminant dans le choix de l'offre lauréate.**

En effet, si l'on prend l'exemple de IMGP2^[18], les critères de sélection non hiérarchisés en phase d'offre sont le caractère innovant du projet, la qualité urbaine et architecturale du projet, la qualité du programme, la performance environnementale et l'adaptation au changement climatique, le montage juridique et financier, et le prix de cession. L'article 8.3.4 du règlement de la consultation précise que « le jury appréciera la validité du prix proposé au regard des prix du marché, des références données par la Direction de l'Immobilier de l'Etat, des prestations et garanties offertes et, bien entendu, de la nature et du contenu innovant du projet ».

A l'instar des éditions successives des « Réinventer », il est clair que l'accent des APUI qui se succèdent est mis sur l'intégration d'un nouveau critère de choix des projets : l'innovation. Il peut s'agir d'innovations constructives en termes de process ou de matériaux mais aussi d'innovations programmatiques, y compris en termes de conception du programme, puisque les futurs exploitants et autres utilisateurs sont en principe mobilisés autour du trio promoteurs / architectes / bureaux d'étude dès le début de la consultation.

C'est donc au regard des innovations proposées dans chaque offre qu'une décote plus ou moins importante pourra être appliquée sur le prix de cession. **Pour valider dans la durée le bien-fondé d'une telle approche, il est donc nécessaire de définir, le plus en amont possible, les modalités d'analyse et de suivi des engagements pris par le lauréat au cours de la consultation,** et leur respect tout au long de l'exécution du contrat.

POUR VALIDER DANS LA DURÉE LE BIEN-FONDÉ D'UNE APPROCHE VALORISANT LES INNOVATIONS, IL EST NÉCESSAIRE DE DÉFINIR, LE PLUS EN AMONT POSSIBLE, LES MODALITÉS D'ANALYSE ET DE SUIVI DES ENGAGEMENTS PRIS PAR LE LAURÉAT AU COURS DE LA CONSULTATION.

C'est là qu'une nouvelle ingénierie des clauses incitatives intervient. Les équipes candidates sont en effet invitées à détailler elles-mêmes les engagements qu'elles prennent à travers des cadres de réponses (et notamment le protocole d'engagement et de suivi des innovations) en détaillant pour chacun des axes d'innovation proposés les phases faisant l'objet de l'évaluation (conception, réalisation et/ou exploitation), le périmètre d'évaluation (ex. tout ou partie du programme, bâtiment, installations, surfaces...), le niveau d'engagement (obligation de résultat dans le cas d'innovations « sécurisées », obligation de moyens dans le cas d'expérimentations), les modalités de suivi des engagements (indicateurs de réalisation et d'évaluation, rapport annuel, audit, logiciel de suivi...) et les moyens mobilisés pour s'assurer de la bonne mise en oeuvre.

Le niveau de pénalisation, sanction et/ou garantie associé est porté à la connaissance de l'ensemble des candidats au cours de la consultation pour qu'ils calibrent leurs engagements en toute connaissance de cause.

Ainsi, la clause relative au respect et suivi des engagements en matière d'innovations au titre de la conception, la réalisation et l'exploitation du projet s'applique pendant la durée de la promesse dans un premier temps, puis jusqu'à la fin d'une période de dix ans à compter de l'achèvement du projet. Elle stipule notamment que le vendeur entend que le non-respect par le lauréat de ses engagements soit sanctionné par des dommages-intérêts exemplaires tenant compte des efforts financiers consentis par le vendeur dans le cadre de la démarche particulière mise en oeuvre pour l'Appel à projets innovants IMGP 2.

Le même type de logique s'applique concernant la clause de maintien de la programmation (c'est-à-dire, d'une part, la destination au sens du Code de l'urbanisme et, d'autre part, les affectations particulières définies par le candidat dans son projet) pendant une durée de quinze ans à compter de l'achèvement du projet.

Ainsi, **les clauses relatives à la réalisation et au maintien dans le temps du projet sont réputées garantir la démarche innovante sur le long terme et justifier le prix de cession lorsque celui-ci est inférieur aux valeurs du marché et sanctionner les éventuelles promesses non tenues.** Parallèlement, les clauses relatives à la participation à la valeur future (indexation, intéressement en cas d'augmentation, postérieurement au transfert de droits, des surfaces de plancher construites, complément de prix, clause anti-spéculation pour les logements en accession libre si la commune poursuit une politique locale en la matière, etc.) permettent à la collectivité vendeuse de s'assurer de la perception d'une juste contrepartie à la valorisation du site faite par le lauréat.

Fortes de cette approche globale, équilibrée et cohérente, les deux parties au contrat sont mutuellement impliquées et intéressées à la réalisation du projet lui-même, les clauses incitatives n'étant qu'un outil mis au service de cet objectif. Les clauses incitatives ne permettent en effet d'assurer le respect du contrat que si elles sont un moyen et non une fin. ♦