

<http://www.moniteurjuris.fr/document/20-35324288>

La détermination du prix dans les partenariats d'innovation

Revue - Contrats publics - (Le partenariat d'innovation : un outil prometteur ?) - (DOSSIER) - Xavier Matharan
Mathieu Noël Avocats Associés, Parme Avocats -
21/02/2018

Compte tenu des caractéristiques du partenariat d'innovation et de ses modalités d'exécution, la détermination du prix ne peut être réalisée avec précision au stade de la rédaction des documents de la consultation. De ce fait, les règles relatives à la fixation du prix permettent d'aboutir à une évolution maîtrisée des prix entre la date de conclusion du marché et la phase d'acquisition des prestations, tout en évitant le risque de nullité du marché pour absence de prix déterminé. Il est également préconisé d'insérer une clause de réexamen des conditions financières dans le marché, afin d'anticiper les évolutions du prix des prestations encours d'exécution.

Introduit en droit français par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, le partenariat d'innovation a pour principal objectif d'inciter les acheteurs publics aux acquisitions innovantes en leur offrant un outil permettant de combiner au sein d'un seul marché une ou plusieurs phases de recherche et développement et une phase d'acquisition des prestations qui en sont issues tout en organisant entre les parties le partage des risques et des droits générés par la phase de recherche et de développement.

Pour les prestations innovantes, la commande publique offrait auparavant des solutions limitées obligeant à l'achat d'études de recherche et développement sans possibilité, en dehors d'une remise en concurrence, d'acquérir les solutions générées par cette phase préliminaire. Il s'agissait de ce que la commission européenne appellerait les « achats publics avant commercialisation » (1).

Si le partenariat d'innovation permet donc d'intégrer dans un unique marché toute la chaîne du besoin, de la définition de la solution innovante jusqu'à sa « commercialisation », il se heurte à une difficulté précisément liée à l'existence d'un seul marché à savoir la nécessité de déterminer dès la signature du partenariat d'innovation la rémunération du titulaire. Cet impératif normalement résolu dans les marchés « classiques » pose davantage de difficultés dans le cadre du partenariat d'innovation où, lors de la conclusion du marché, la solution à acquérir et ses modalités d'exécution ne sont pas connues puisqu'elles n'existent pas. Les particularités du partenariat d'innovation liées au partage des droits-de propriété intellectuelle-générés par la phase de recherche ajoutent encore à la complexité d'une définition préalable des conditions financières de ce partage.

Il importe donc d'examiner quelle est la portée de la règle de détermination du prix pour le cas particulier du partenariat d'innovation et de déterminer de quels outils issus du droit de la

commande publique peut bénéficier l'acheteur public pour y répondre au mieux lors de la passation et de la conclusion du partenariat d'innovation.

La nécessaire détermination du prix dans le marché de partenariat d'innovation

Il est constant que l'absence dans le marché de toute indication sur le prix ou sur les conditions de paiement est une cause de nullité (2). L'article 39 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 dispose à ce titre que le marché public doit prévoir « la durée d'exécution ainsi que le prix ou ses modalités de fixation, et le cas échéant, ses modalités d'évolution ». L'acheteur public doit ainsi faire figurer un prix déterminé ou déterminable, et en préciser les modalités de fixation et/ou d'évolution.

Dans sa version fondatrice issue du décret du 26 septembre 2014 (3), le partenariat d'innovation faisait exception à l'obligation de fixer dans les documents constitutifs du marché différentes mentions dont le prix ou les modalités de sa détermination.

L'article 12.IV de l'ancien Code des marchés publics (4) précisait ainsi que « dans le cadre d'un partenariat d'innovation, lorsque les mentions énumérées aux 6° (le prix ou ses modalités de détermination), ne peuvent être définies avec une précision suffisante lors de la signature du contrat, elles sont précisées, pour chacune des phases du partenariat, au plus tard avant le commencement d'exécution des prestations de la phase, au regard des résultats des phases précédentes ».

Ces dispositions qui tiraient les conséquences de la difficulté voire de l'impossibilité de détermination du prix pour les phases dont les conditions d'exécution étaient par nature indéfinies n'apparaissent plus dans le décret relatif aux marchés publics.

Pour autant l'article 27 de l'ancien code précisait déjà que « pour les partenariats d'innovation, la valeur à prendre en compte est la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée ».

Le décret relatif aux marchés publics (5) apparaît plus strict sur la question de la définition préalable du prix du partenariat d'innovation.

La principale mention faisant référence au prix du partenariat d'innovation figure à l'article 94.II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 aux termes duquel :

« II. -Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase.

À l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide :

1° Soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion (...) ».

On doit donc en conclure qu'il n'est plus envisageable, motif pris de l'indétermination des dernières phases du partenariat, de laisser aux parties une excessive liberté lors de l'établissement du prix définitif après la phase de recherche et développement et juste avant la phase d'acquisition des prestations.

Au contraire, selon le texte, dès la notification du partenariat d'innovation doit être définie la rémunération du titulaire pour chacune des phases. On comprend tout de suite les risques qu'il y aurait à ne pas le faire. La fixation d'un prix définitif d'acquisition des prestations générées par la phase de recherche et développement trop éloigné de la valeur estimée du besoin ou des premiers éléments de prix remis par les candidats dans leur offre pourrait aboutir à l'impossibilité de déclencher sans nouvelle mise en concurrence la phase d'acquisition des prestations.

L'unique atténuation apportée à cette règle de fixation préalable de la rémunération concerne la mise au point des « objectifs » et des « moyens » d'y parvenir à l'issue de chacune des phases.

On pourrait en effet légitimement considérer que la mise au point des objectifs et des moyens à mettre en œuvre pour l'exécution des phases ultérieures requiert également la mise au point des modalités de rémunération qui y sont associées.

Reste que le texte prend soin de préciser que cette mise au point ne doit pas conduire à une modification substantielle des conditions initiales du partenariat. En somme la modification est ici, en substance, traitée sous le même régime que toutes les autres formes de modifications (6) apportées au marché.

Néanmoins, le III du même article laisse pourtant à penser que les prix peuvent être fixés avec une certaine forme de flexibilité dès lors qu'il dispose que : « III. - L'acheteur ne peut acquérir les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement que s'ils correspondent aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation ».

La mention des « coûts maximum » implique implicitement mais nécessairement que le prix, y compris s'il n'est pas seulement unitaire, puisse subir une évolution même si elle est limitée par un niveau maximum.

On remarquera que la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie fait une lecture relativement restrictive du texte en considérant que la modification de la rémunération de chacune

des phases ne saurait être modifiée cette modification étant par nature substantielle (7).

La phase de mise au point à l'issue de chacune des phases ne concernerait alors principalement que les modalités non financières d'exécution du partenariat telles que les délais d'exécution ou la structuration des phases à venir.

Compte tenu du risque juridique qu'il y aurait à prévoir, dans les documents de la consultation, et en particulier le CCAP, que la rémunération de chacune des phases a vocation à être redéfinie à l'issue de la phase précédente, il convient de déterminer des formes de détermination du prix initial permettant de faire face à la nécessaire évolution des prestations durant-et surtout après-la première phase de recherche et développement. À défaut, une remise en concurrence de la phase d'acquisition des prestations déterminées lors de cette première phase s'avèrera nécessaire, ce qui est précisément la situation que le partenariat d'innovation veut éviter.

La construction du prix dans le marché de partenariat d'innovation

Plusieurs véhicules juridiques participent habituellement d'une détermination du prix définitif global du marché durant son exécution, et ce afin de pallier la méconnaissance lors de la conclusion du marché de la consistance exacte des prestations (et même la consistance tout court pour ce qui concerne certains projets lancés en partenariat d'innovation).

Tout d'abord l'accord cadre (8). Cette technique particulière d'achat permet, au stade de la signature de l'accord cadre, de ne pas définir toutes les stipulations contractuelles lesquelles seront fixées par des marchés subséquents au furet à mesure de l'apparition de la définition précise du besoin.

Pourrait ainsi être imaginé la conclusion d'un partenariat d'innovation sous forme d'accord cadre en prévision de la conclusion de marchés subséquents ultérieures notamment pour les phases faisant suite à la première phase de recherche et développement. La remise en concurrence des marchés subséquents n'étant exigée que sil'accord cadre n'est pas mono-attributaire.

Deux limites doivent néanmoins être mentionnées.

D'une part, cette forme d'achat est limitée à quatre ans sauf dérogations exceptionnelles qui, à ce titre, doivent être interprétées strictement (durée d'amortissement des prestations et objet du marché).

D'autre part, il ne nous semble pas envisageable de ne mentionner aucun prix au sein de l'accord cadre, l'article 4 de l'ordonnance relative aux marchés publics (9) prévoyant quel'accord cadre doit fixer les termes régissant les marchés subséquents notamment en ce qui concerne les prix et l'article 79 du décret interdisant la modification substantielle de l'accord cadre par les marchés subséquents.

Enfin, les dispositions générales sur l'accord cadre sont rédigées sans préjudice de celles plus

particulières relatives au partenariat d'innovation lesquelles, comme il a déjà été dit, imposent que la rémunération du titulaire soit fixée pour chacune des phases.

Ensuite, l'emploi favorisé des prix unitaires.

Si, pour la première phase, un prix forfaitaire peut être envisagé, quitte à le compléter de prix unitaires en cas de prestations supplémentaires non prévues dans la description des prestations objets du forfait, le dossier de prix pourrait préférer les prix unitaires pour les phases ultérieures étant entendu qu'en tout état de cause un plafond de coût maximum est requis par l'article 94 du décret.

Il conviendrait alors de déterminer des unités d'œuvre suffisamment efficaces pour permettre aux entreprises de chiffrer leurs prestations en minimisant leurs risques sans pour autant tomber dans le travers de la formulation d'unités d'œuvre en référence à la journée de travail ou l'heure de travail (10).

Il est vrai néanmoins que si cette pratique peut être envisagée, elle s'accommode davantage des marchés de fournitures ou de services moins des marchés de travaux même si les prix unitaires restent juridiquement envisageables dans ce dernier cas dès lors qu'ils pourraient être identifiés des éléments d'ouvrage.(11)

Enfin, le prix provisoire.

On sait que l'article 18 du décret pose le principe du prix définitif (qu'il soit unitaire ou forfaitaire).

L'article 19 du décret en fixe quelques exceptions dont l'une concerne spécifiquement le partenariat d'innovation.

Les termes de l'article 19.II. 5° du décret prévoient ainsi la possibilité de conclure le marché à prix provisoires « lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché public à prix définitif » (cette rédaction pouvant au demeurant s'apparenter à un pléonasme dès lors qu'un partenariat d'innovation comporte nécessairement des prestations innovantes).

Choisir d'appliquer des prix provisoires implique d'inclure dans le marché certaines mentions obligatoires à savoir :

« 1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé;

2° L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé;

3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer;

4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient » (12)

S'agissant de la première de ces mentions, l'acheteur, même s'il ne pourra échapper totalement à une négociation avec le titulaire pour parvenir à la fixation du prix définitif, devra fixer à l'avance les conditions contractuelles le permettant et ce de la manière la plus objective possible

Outre le plafond de rémunération obligatoire examiné plus loin qui devrait en principe limiter la dérive de coûts, la détermination du prix définitif pourra être préalablement et contractuellement encadrée par la fixation d'une marge en valeur absolue, sa vérification ne pouvant bien évidemment être efficiente que par le respect d'obligations de présentation comptable mises à la charge du titulaire. La fixation dans le partenariat d'innovation d'une réserve financière pour aléa pouvant être libérée dans des conditions précises pourrait aussi permettre, tout en intégrant des éléments d'évolution de la rémunération, d'objectiver cette évolution.

En tout état de cause, les conditions de fixation du prix définitif ne doivent pas aboutir à ce que, au final, les parties se retrouvent face à une situation d'un prix en dépense contrôlée (13), forme de prix quine saurait être admise.

Le texte oblige désormais à la fixation d'un prix plafond étant entendu qu'en tout état de cause l'article 94 du décret conditionne l'acquisition des prestations issues de la phase de recherche et développement au respect des « coûts maximum » fixés dans le partenariat d'innovation.

Il serait de bonne pratique que ce prix définitif plafond se voit appliquer la formule de révision afin qu'il puisse être représentatif des conditions économiques, surtout si l'échéance de la fixation du prix définitif est éloignée de la conclusion du partenariat d'innovation.

Reste que, comme le soulevait déjà l'instruction du Code des marchés publics 2001 déjà citée, le prix plafond ne fait pas totalement disparaître le risque d'une dérive des coûts pour l'acquisition des prestations, le titulaire ayant intérêt à se rapprocher du prix plafond lequel pourrait ne pas avoir été suffisamment négocié.

Une clause d'intéressement ou incitative (14) pourrait alors être opportunément combinée au prix plafond afin d'inciter le titulaire à la réduction de ses coûts.

Sur la deuxième condition relative à l'échéance de la fixation du prix définitif, l'acheteur a intérêt à ce que celle-ci soit la plus rapprochée possible de la notification du partenariat d'innovation. En tout état de cause, il serait très préférable qu'elle intervienne avant le début d'exécution de l'acquisition des prestations à défaut de quoi le titulaire se trouvera en situation de force vis-à-vis de l'acheteur (15).

On relèvera que l'ancien Code des marchés publics imposait la signature d'un avenant pour la fixation du prix définitif ce qui n'est plus le cas dans la rédaction de l'article 19 du décret.

La disparition de cette mention pourrait laisser à penser que les clauses de fixation du prix définitif doivent être suffisamment précises dès la signature du marché afin que ce prix puisse être généré « naturellement » sans besoin d'un avenant.

Elle peut plus simplement s'expliquer par la suppression de toute référence aux « avenants » dans le décret.

Reste à savoir si la fixation du prix définitive sera examinée au regard des dispositions du décret sur les modifications (16). On sait que l'avenant au marché de maîtrise d'œuvre conclu pour la fixation du prix définitif est soumis à un tel contrôle.(17)

La circonstance que des conditions objectives et non équivoques de détermination du prix définitif soit bien précisées dans le partenariat d'innovation et que le prix plafond ne soit pas dépassé devrait permettre de respecter les dispositions du décret sur les modifications apportées aux marchés.

Sur les troisième et quatrième conditions, le partenariat d'innovation doit permettre à l'acheteur d'être en situation de contrôler la réalité des coûts à l'origine du prix définitif.

Des obligations de comptabilité analytique doivent ainsi être mises à la charge du titulaire permettant de retracer clairement la justification de l'ensemble des dépenses relatives aux prestations en en distinguant toutes les catégories (dépenses d'approvisionnement, frais de main-d'œuvre, imputation des charges indirectes, amortissements...). Ces obligations comptables doivent pouvoir être opposées à l'ensemble des sous-traitants

Parallèlement une procédure de vérification de ces pièces et de tout autre élément de construction du prix, possiblement sur place, devra être contractualisée dans le marché.

Comme le préconisait la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie en 2013 (18), une enquête de coût qui mentionnera les conditions dans lesquelles elle contribuera à la détermination du prix définitif à partir des résultats de l'enquête pourra également être décidée par les parties.

Conclusion

Le décret relatif aux marchés publics a durci le régime de détermination préalable de la rémunération du titulaire du partenariat d'innovation pour chacune de ses phases y compris donc les phases d'acquisition des prestations.

Cet exercice n'est pas aisé pour les acheteurs ainsi d'ailleurs que pour les candidats tant la

détermination d'un prix pour des prestations dont la nature exacte et les caractéristiques propres sont pas définition inconnues avant l'issue de la phase de recherche et développement.

Des techniques d'achat et de fixation du prix peuvent contribuer à permettre une évolution maîtrisée des prix entre la conclusion du partenariat d'innovation et l'acquisition des prestations. La mise en œuvre de ces techniques devra trouver un équilibre entre, d'une part, cette nécessité d'évolution des prix et, d'autre part, l'écueil d'une modification trop importante des conditions initiales de rémunération obligeant à une remise en concurrence après la phase de recherche et développement. Ecueil que la formule du partenariat d'innovation a précisément pour objet d'éviter.

(1) Communication de la Commission européenne relative aux achats publics avant commercialisation, COM/2007/0799 final.

(2) CE 28 mars 1980, Sté Cabinet 2000, req. n° 07703.

(3) Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 précité, art. 12.

(4) Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics.

(5) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

(6) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 139.

(7) Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Direction des affaires juridiques « En revanche, la rémunération associée à chaque phase, qui constitue un élément substantiel du contrat, ne peut être modifiée. Une telle modification, susceptible de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence du marché, ne saurait en effet être autorisée 11. Dans le cas toutefois où l'acheteur aurait fait usage de la possibilité offerte par le 5° du II de l'article 19, la rémunération pourrait être arrêtée en cours d'exécution du marché public dans le cadre prévu par celui-ci ».

(8) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 78 et s. (9) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

(10) En plus d'être une mauvaise pratique, ceci constituant sans doute une méconnaissance du principe de détermination préalable du besoin et, le cas échéant, une pratique de prêt de main d'œuvre illégal.

(11) Article 10.2 du CCAG travaux.

(12) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 19.III.

(13) Voir sur ce point par exemple [l'instruction du 28 août 2001 \(NOR : ECOM0110565J\)](#) du ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics.

(14) [Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016](#), art. 17.

(15) Voir notamment le guide de la DAJ du Ministère de l'Economie et des finances, « Le prix dans les marchés publics », d'avril 2013.

(16) [Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016](#), art. 139.

(17) Voir par exemple, CAA Paris 25 février 2013, req. n° 12PA00864 : pour la validation d'une augmentation de près de 30 % du prix provisoire initial.

(18) Guide de la DAJ du Ministère de l'Economie et des finances, « Le prix dans les marchés publics », précité.

Mots clés

Modification substantielle - Prix définitif - Prix provisoire

SOURCES OFFICIELLES

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Décret | 13/04/2017

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Ordonnance | 02/03/2017

Article 39 - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Ordonnance | 01/04/2016

Article 94 - Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Décret | 28/03/2016

Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics

Décret | 01/10/2014

Article 10 - Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux

Arrêté | 01/01/2010

Décret n°2006-975 du 1 août 2006 portant code des marchés publics.

Décret | 01/09/2006

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (décret no 2001-210 du 7 mars 2001)

Instruction | 28/08/2001

SUR LE MÊME SUJET

PDF de l'article

21/02/2018