

La rédaction des clauses relatives à la performance dans les marchés publics

Peu d'acheteurs publics insèrent des clauses de performance dans les marchés publics. Ce désintérêt ayant principalement pour origine la complexité de rédaction de telles clauses, deux avocats spécialisés délivrent quelques conseils permettant de sécuriser la rédaction de ces clauses.

A lors que l'ordonnance du 23 juillet 2015⁽¹⁾ transposant les directives marchés de 2014⁽²⁾ assigne à la commande publique un nombre croissant d'objectifs – d'ordre environnemental, social, ou encore relatif à l'innovation –, les clauses portant sur la performance revêtent tout leur intérêt. En effet, insérées dans un marché public, ces clauses permettent, si besoin, de prendre en compte des préoccupations sociales, environnementales ou d'innovation et d'accroître l'efficacité économique du contrat. Toutefois, si les acheteurs publics ont été invités à y recourir dès 1969 s'agissant des clauses incitatives⁽³⁾, ces clauses n'en demeurent pas moins rares.

La faible utilisation des clauses relatives à la performance est en partie liée à la complexité de leur rédaction. Mal formulées, ces clauses peuvent faire peser un risque juridique sur le contrat (annulation de la procédure de passation ou du contrat, requalification du marché public), voire entraîner des effets contreproductifs. Dès lors, la qualité de leur rédaction revêt une importance certaine.

L'acheteur public doit être en mesure tant d'apprécier que d'assurer la performance globale du marché, soit, au stade des procédures de publicité et de mise en concurrence puis au stade de l'exécution du contrat.

Auteur

Thomas Rouveyran
Avocat associé

Elisa Jeanneau
Avocat, Seban et Associés

Mots clés

Contrôle des objectifs • Critères de sélection • Définition des objectifs • Développement durable • Expression du besoin • Paiement

(1) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics.

(2) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

(3) Circulaire du 4 mars 1969 n° 2485/CCM du ministre de l'Économie et des Finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif. Cette circulaire est toujours d'actualité : dans sa fiche technique de 2010 relative à l'insertion des clauses incitatives dans un marché public, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie indique « sur ces questions, il convient toujours de se reporter à la circulaire n° 2485 du ministère de l'Économie et des finances du 4 mars 1969, relative au guide des clauses de caractère incitatif dans les marchés ».

La recherche de performance dans les procédures de publicité et de mise en concurrence des marchés publics

Les procédures de publicité et de mise en concurrence des marchés publics constituent une phase clef de la recherche de performance globale compte tenu d'une part, de la possibilité d'intégrer des objectifs de développement durable dans la définition et l'expression du besoin et, d'autre part, de la certaine liberté dont dispose le pouvoir adjudicateur dans le choix des critères de sélection des offres.

La définition et l'expression du besoin

Régie par les articles 5 et 6 du Code des marchés publics, la rédaction des clauses des documents de la consultation relatives à l'identification des besoins est déterminante en ce qu'elle ne constitue pas uniquement une exigence juridique, mais également « une condition impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions »^[4].

En application de ces dispositions, les clauses doivent identifier avec précision la nature et l'étendue des besoins, « en prenant en compte des objectifs de développement durable », soit des objectifs économiques, environnementaux et sociaux^[5].

Le pouvoir adjudicateur dispose ensuite d'une certaine liberté dans leur définition, à condition de permettre l'égal accès des candidats et de ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. En particulier, les prestations objets du marché peuvent être définies par des spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, pouvant inclure des caractéristiques environnementales, définies par référence à des écolabels^[6].

[4] *Vademecum des marchés publics*, édition 2015.

[5] En effet, selon l'article 6 de la Charte de l'environnement, le développement durable consiste à concilier « la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Ainsi, dans sa décision du 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570, le Conseil d'État indique que le pouvoir adjudicateur doit, en application des dispositions de cet article, concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social. En outre, l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précise que : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

[6] CMP, art. 6. Tels que définis par le *Vademecum des marchés publics*, les écolabels constituent : « (...) des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les

En conséquence, les documents de consultation peuvent prendre en compte des objectifs tant économiques qu'environnementaux et sociaux permettant ainsi au pouvoir adjudicateur d'appréhender au mieux la performance globale attendue du marché.

À titre d'exemple, dans le cadre d'une opération d'achat, il est ainsi possible de prendre en compte des objectifs environnementaux tels que la préoccupation de la maîtrise d'énergie ou de l'utilisation d'une énergie renouvelable permettant *in fine* d'acquérir un équipement susceptible de se révéler à l'usage plus rentable qu'un équipement standard^[7].

De même, en définissant les prestations par des spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles intégrant des caractéristiques environnementales, le pouvoir adjudicateur peut inciter les candidats à rendre une offre plus performante.

Toutefois, il convient de relativiser la portée de ces dispositions. En effet, en l'état actuel du droit, bien que la prise en compte d'objectifs de développement durable constitue une obligation de droit positif, les décisions rendues en la matière sont rares. Pour le Conseil d'État, l'appréciation de l'insuffisante prise en compte des objectifs de développement durable dans la définition des besoins ne ferait pas partie de l'office du juge du référé précontractuel^[8].

En conséquence, la prise en compte d'objectifs de développement durable dans les documents de consultation doit être effectuée avec prudence. Une telle prise en compte ne doit notamment pas avoir pour effet de rendre l'évaluation des besoins imprécise, à peine d'annulation de la procédure de publicité et de mise en concurrence^[9].

Dans ce cadre, à l'instar du ministère de l'Agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, il est, par exemple, possible d'exiger, dans les documents de consultation, la gestion environnementale des chantiers de réhabilitation des bâtiments, le recours à des produits écolabellisés pour le nettoyage des locaux, l'achat de mobilier de bureaux en bois provenant de forêts gérées durablement ou encore la certification haute qualité environnementale de projet de construction^[10].

Les critères de sélection des candidatures et des offres

Une fois la définition des besoins à satisfaire effectuée, il convient de déterminer les critères de sélection propres à faire émerger des offres adaptées puis d'en apprécier la valeur technique.

pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement ».

[7] *Vademecum des marchés publics*, édition 2015.

[8] CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

[9] CE 29 décembre 1997, Département de Paris, req. n° 159693.

[10] Rép. Min à QE n° 98415, JO 1^{er} mars 2011, p. 1972.

En premier lieu, le choix des critères de sélection, et de leur pondération, est déterminant pour faire émerger les meilleures offres et sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

À cet égard, l'article 53-I-1 du Code des marchés publics prévoit la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de se fonder sur une pluralité de critères, pourvu qu'ils soient en lien avec l'objet du marché, conformes aux principes fondamentaux de la commande publique, différents des critères de sélection des candidatures et portés à la connaissance des candidats de manière suffisamment précise⁽¹¹⁾.

Ainsi, en ayant recours à une pluralité de critères qualitatifs, le pouvoir adjudicateur sera en mesure d'inciter les candidats à présenter des offres optimisées au regard de ces objectifs et ainsi tendre vers une meilleure performance globale. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur se prémunit du risque de retenir une offre apparemment avantageuse ne se révèle en définitive plus couteuse.

En second lieu, certaines méthodes de notation des offres peuvent permettre de s'assurer du caractère performant des offres ainsi obtenues.

En effet, en application de l'article 49 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats à un marché public qu'ils accompagnent leur offre d'échantillons, de maquettes, de prototypes voire même d'essais⁽¹²⁾ afin d'évaluer au mieux la valeur technique de leurs offres.

On recommandera donc a minima, dans les documents de consultation :

- de définir au mieux les besoins à satisfaire en prenant en compte, le cas échéant, des objectifs de développement durable, dans ses dimensions économiques, sociales et environnementales ;
- de prévoir des critères de sélection des offres permettant d'inciter les candidats à déposer l'offre la plus performante possible au regard des objectifs que l'acheteur public s'est fixé et d'exiger la réalisation d'essais des prestations objets du marché.

(11) Les critères de sélection des offres doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique et ainsi « être liés à l'objet du marché, ne doivent pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et doivent respecter, notamment, les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence » (CJCE 24 novembre 2005, ATI EAC SRL et autres, aff. C-331/04).

(12) CE 26 juin 2015, Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, req. n° 389124.

La recherche de performance dans l'exécution des marchés publics

Après avoir retenu l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient d'en assurer la bonne exécution. À cette fin, outre les pénalités qui ont pour objet de s'assurer que le titulaire respectera ses engagements, les pièces du marché peuvent également prévoir des clauses incitatives.

Les clauses incitatives ou clauses de performance constituent des compléments de prix conditionnels permettant d'inciter financièrement le cocontractant de la personne publique à optimiser ses performances au cours de l'exécution du contrat⁽¹³⁾.

La difficulté majeure inhérente à ces clauses réside en l'incertitude pesant sur l'exécution du contrat⁽¹⁴⁾ ainsi qu'en l'asymétrie d'information entre le pouvoir adjudicateur et la titulaire.

Dès lors, il convient d'une part, de définir et contrôler les objectifs poursuivis le plus précisément possible et, d'autre part, de tenir compte de ces aléas dans la définition de leurs modalités de mise en œuvre.

La définition et le contrôle des objectifs dans le contrat

Les clauses de performance reposant sur la comparaison entre un terme de référence et la situation réellement constatée, l'efficacité de ces clauses suppose, au préalable, de définir un objectif et de vérifier le résultat obtenu.

● Les clauses de définition des objectifs

Les clauses incitatives peuvent avoir différents objets. En l'état actuel du droit, les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics peuvent uniquement mettre en place des clauses incitatives portant sur le respect des engagements contractuels (délais d'exécution et qualité)

(13) Circulaire du 4 mars 1969 n° 2485/CCM du ministre de l'Économie et des Finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif : « toutes les méthodes d'incitation et d'intéressement ont pour principe la possibilité de verser au fournisseur, en raison des pénalités, des primes ou des clauses financières, un prix de règlement différent du prix fixé au contrat ».

(14) Circulaire du 4 mars 1969 n° 2485/CCM du ministre de l'Économie et des Finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif, s'agissant, par exemple, d'intéressement sur les coûts et les prix : « l'incitation doit être d'autant plus forte que l'incertitude sur le prix de revient est plus faible : si la prévision est sûre, l'évaluation est vraisemblablement proche du coût réel et l'effort nécessaire pour arriver à un prix inférieur est important ; si au contraire la prévision est peu précise, elle peut être soit nettement surévaluée, et obtenir un prix de revient inférieur est facile, soit largement sous-évaluée, et le niveau de l'incitation contractuelle importe peu, puisque l'intérêt permanent du titulaire est d'éviter les dépassement, toujours générateur de diminution de la marge ou de perte ».

ainsi que sur la réduction des coûts de production^[15]. Les acheteurs soumis au décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ne connaissent quant à eux aucune limitation en la matière^[16].

Par ailleurs, les clauses incitatives peuvent également constituer l'objet même du contrat dans le cadre des contrats de performance énergétique^[17].

En conséquence, il convient dans un premier temps de déterminer le ou les objectif(s) adéquat(s).

En effet, si, de manière générale, la doctrine administrative recommande la mise en place de clauses incitatives, qu'elle considère comme plus efficaces que les pénalités^[18], l'opportunité de les intégrer dépend de la nature du marché envisagé.

À titre d'exemple, elle souligne que l'objectif portant sur l'amélioration des délais contractuels ne se justifie que dans certaines hypothèses, notamment lorsque l'acheteur a un avantage financier particulier à disposer de la prestation avant le délai contractuellement prévu. À défaut, les dérives en la matière pourraient entraîner des effets contreproductifs, notamment une baisse de la qualité consécutive d'une exécution trop hâtive^[19].

De même, les primes pour dépassement des performances sont adaptées pour les « prestations non courantes, complexes, dont les techniques de "fabrication" ou d'exécution sont délicates »^[20].

Une fois le choix des objectifs effectués, les stipulations du contrat doivent en préciser les différents paramètres et notamment la période de suivi (si elle diffère de celle du contrat), la performance à atteindre et les mécanismes d'ajustement de l'objectif.

L'objectif de performance à atteindre doit correspondre au besoin minimum contractuellement prévu et au-delà duquel les mécanismes d'incitation sont mis en œuvre. L'efficacité de la clause d'intéressement dépend fortement de la valeur retenue et la formule d'intéressement

ne peut qu'atténuer les erreurs autour de ce point mais ne les annule pas^[21].

Dès lors, il conviendra de veiller à ce que, dans le cadre de la procédure de publicité et de mise en concurrence, le titulaire ne puisse pas proposer un objectif de performance ou de délais de base trop faibles. En effet, un niveau trop bas permettrait au titulaire d'actionner trop facilement les mécanismes d'incitation et ainsi de capter un supplément financier sans contrepartie supplémentaire réelle.

● Les clauses de contrôle des objectifs

L'efficacité de clauses de performance réside également dans la définition des modalités de mesure, suivi et contrôle des objectifs du titulaire et requiert dès lors une vigilance particulière. En effet, les dispositions relatives aux modalités de contrôle doivent permettre de fournir à l'acheteur public un outil lui permettant de s'assurer de la réalité des surperformances observées et du lien de causalité entre elles et les interventions du titulaire^[22].

Dans un premier temps, lorsque le titulaire intervient sur un ouvrage existant, et notamment dans le cadre d'un contrat de performance énergétique, il peut être utile de définir, sur la base d'un audit réalisé au préalable, la situation de référence afin d'apprécier au mieux le résultat des interventions du titulaire.

Dans un second temps, le CCTP doit détailler le protocole méthodologique permettant d'organiser le suivi et la récupération des données du titulaire.

À titre d'exemple, les contrats de performance énergétique comprennent un plan de mesure et de vérification permettant de contrôler l'atteinte de l'objectif d'amélioration de la performance énergétique. Ce plan décrit notamment la situation de référence, les procédures employées pour vérifier l'atteinte de l'objectif, le périmètre des mesures et leur degré de précision, les procédures d'analyse des données, les procédures garantissant la fiabilité des mesures, désigne les personnels en charge de ces mesures, etc.^[23].

[15] CMP, art. 17, al. 2 : « des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production ».

[16] Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, art. 6.

[17] CMP, art. 73 : « les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en terme de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ».

[18] *Vade-mecum des marchés publics*, édition 2015.

[19] DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, *Le prix dans les marchés publics – Guide et recommandations*, avril 2013. À ce titre, la DAJ préconise notamment que les primes d'avance sur le délai contractuelle restent faiblement proportionnée (moins de 10 %) au montant du marché.

[20] DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, *Le prix dans les marchés publics – Guide et recommandations*, avril 2013.

[21] Circulaire du 4 mars 1969 n° 2485/CCM du ministre de l'Économie et des Finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif.

[22] À titre d'exemple, dans une affaire portant sur une convention de recherche d'économie, le juge administratif a jugé que le cocontractant de l'administration « n'établit pas, par cette méthode, que des redressements ont effectivement été émis et recouverts pour ces contribuables et ces années ; que dès lors les stipulations susmentionnées du contrat s'opposent à toute rémunération, en l'absence de redressements effectifs dus à son intervention » (TA Dijon 29 septembre 2011, SARL F2E Consulting Finance Eco Europe, req. n° 1001764).

[23] Clausier contrat de performance énergétique « Marchés publics de performance énergétique », CCTP, art. 5.

La mise en œuvre des mécanismes d'incitation dans le contrat

L'efficacité des clauses incitatives est également déterminée par le caractère adapté de la formule d'incitation choisie et la simplicité de leurs modalités de mise en œuvre.

● Les différents mécanismes d'incitation

En principe, le prix d'un marché public est définitif^[24] et doit être déterminé ou déterminable dans les documents du marchés^[25].

En conséquence, les clauses incitatives doivent être prévues de manière à ce qu'elles n'aient pas pour effet de modifier le prix ou de le rendre indéterminable. Ces méthodes doivent uniquement conduire la personne publique à verser au titulaire du marché un supplément au prix initial, le cas échéant révisé.

Dans ce cadre, plusieurs mécanismes d'incitation peuvent être prévus par l'acheteur public.

L'incitation peut ainsi se matérialiser sous la forme d'une prime, soit une somme forfaitaire versée au titulaire du marché se traduisant par une augmentation du prix de base, ou d'une clause d'intéressement, soit la modulation d'une partie de la rémunération du titulaire proportionnellement aux résultats obtenus.

De même, différentes formules d'intéressement peuvent être envisagées (pourcentage, courbe traduisant le prix de règlement en fonction du prix de revient, plafonnement^[26], etc.) en fonction des caractéristiques du marché^[27].

● Les modalités de paiement

Ainsi que le relève le juge administratif, « le versement de cette prime n'est pas réservée à l'appréciation de son opportunité par la collectivité mais [il] est dû [par exemple] dans les hypothèses de diminution des dépenses ou de dépassement des recettes prévisionnelles »^[28].

Les modalités de versement des primes et intéressements doivent donc être prévues dans le contrat.

[24] CMP, art. 18.

[25] CMP, art. 12.

[26] En effet, si, par exemple, l'article 20.4 du CCAG Travaux précise que : « Le montant des pénalités et des primes n'est pas plafonné. Le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 1 000 euros HT pour l'ensemble du marché », rien n'interdit à l'acheteur public de déroger au CCAG sur ce point dans les pièces du marché.

[27] À ce titre, la circulaire du 4 mars 1969 n° 2485/CCM du ministre de l'Économie et des Finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif mentionne notamment l'importance des aléas et leur probabilité, l'importance et la nature des risques qu'il est possible de faire supporter au titulaire, l'appréciation portée sur le prix de base et l'intensité de l'intéressement.

[28] CAA Marseille 31 janvier 2011, Société CICOM Organisation, req. n° 08MA01172.

À cet égard, s'il n'y est pas dérogé, les CCAG prévoient classiquement que, une fois le service fait, l'attribution des primes s'effectue sans que le titulaire soit tenu de les demander^[29]. Les primes sont ainsi contenues dans la demande de paiement mensuel^[30]. Une fois le montant des primes déterminé, celui-ci doit être pris en compte dans le projet de décompte mensuel^[31].

On recommandera donc *a minima*, dans les pièces du marché :

- de prévoir une clause permettant l'identification précise de l'ensemble des paramètres de l'objectif à atteindre (durée, performance à atteindre, ajustement récurrents ou exceptionnels le cas échéant) ;
- de prévoir *a minima* une clause détaillant le protocole méthodologique retenu pour mesurer, suivre et contrôler les performances du titulaire ;
- de définir avec précision le(s) mécanisme(s) d'incitation retenu(s) et d'être particulièrement vigilant quant au choix de la formule d'intéressement ;
- de prévoir les modalités de versement des primes et intéressement.

Ainsi, les clauses relatives à la performance, tant en phase de publicité et de mise en concurrence qu'au stade de l'exécution, constituent un véritable enjeu pour améliorer l'efficacité des marchés publics.

En l'état actuel, si l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics demeure relativement silencieuse s'agissant de ces clauses, il convient néanmoins de relever deux innovations majeures en la matière : la consécration des marchés publics globaux de performance^[32] d'une part, et l'obligation de lier la rémunération « à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat »^[33], d'autre part. En conséquence, et compte tenu des objectifs de d'optimisation des politiques d'achat et de modernisation qui guident la réforme des marchés publics actuelle^[34], tout porte à croire que ces clauses conserveront toute leur acuité.

[29] Article 20.2 du CCAG Travaux, article 15 du CCAG FCS, article 15 du CCAG PI, article 16 du CCAG MI, article 15 du CCAG TIC.

[30] Article 13.1. du CCAG Travaux, article 11.4.1. du CCAG FCS, article 11.4.1. du CCAG PI, article 12.4.1. du CCAG MI, article 11.4.1 du CCAG TIC.

[31] Article 13.12. du CCAG Travaux, article 11.7 du CCAG FCS, article 11.7 du CCAG PI, article 12.7. du CCAG MI, article 11.7. du CCAG TIC.

[32] Article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

[33] Article 83 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

[34] Voir en ce sens le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.