

L'hypothèse des achats innovants

Un décret du 24 décembre 2018 permet aux acheteurs, à titre expérimental, de passer des marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables en matière d'achats innovants. Quelles sont les exigences à satisfaire dans le cadre de cette expérimentation ? Comment apprécier le caractère innovant ou non d'une solution ?

Auteur

Philippe Guellier

Avocat au barreau de Lyon
SCP Seban & Associés

Christophe Farineau

Avocat au barreau de Paris
SCP Seban & Associés

Mots clés

Achat innovant • Déclaration des achats innovants
• Marché public négocié • Seuils

Bien qu'il soit fréquemment l'objet d'articles dans la presse juridique ces derniers mois, l'achat public de solutions innovantes fait, en réalité, l'objet d'une attention soutenue aux plans européen et national depuis plusieurs années. Sans en retracer la genèse complète, on rappellera qu'en 2012, le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi lancé par le Gouvernement fixait, au titre de l'objectif Accompagner la montée en gamme en stimulant l'innovation, la décision n° 32 : « Accompagner le développement des PME de croissance innovantes en mobilisant la commande publique », ce qui l'a conduit ultérieurement à publier une première version du guide pratique de l'achat public innovant⁽¹⁾ puis la direction générale du Trésor à mener, en 2017, une étude comparative internationale⁽²⁾.

(1) Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ), Guide pratique de l'achat public innovant, version 1, avril 2013.

(2) Direction générale du Trésor, Achats publics innovants, Contributions des services économiques des pays suivants : Canada, Corée, Espagne, États-Unis, Italie, Royaume Uni, Suisse, Analyse comparée réalisée à la demande de la Direction des achats de l'État, Octobre 2017.

« Fruit » de ces orientations et décisions, le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique (ci-après « le décret ») offre, à titre expérimental et pour une période de trois ans, l'opportunité aux acheteurs de passer des marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables en matière d'achats innovants d'un montant inférieur à 100 000 euros HT.

Au fond, les considérations ayant motivé la publication de ce décret résultent principalement d'un décalage entre l'économie et le droit ; les enjeux peuvent être résumés de la manière suivante.

Sur le plan économique, l'innovation, dont les marchés publics apparaissent comme un vecteur essentiel^[3], est considérée, sur le long terme, comme l'un des principaux leviers de l'activité et donc de la croissance économique dans les économies développées^[4] et, au-delà, elle aiderait « à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable »^[5].

Sur le plan juridique, le droit de la commande publique serait encore un instrument trop inadapté, voire même un frein à l'innovation. Posé autrement, en raison de l'absence de cadre juridique adéquat aux expérimentations – ou à tout le moins clair –, les acheteurs seraient pour la plupart réticents à se lancer dans les achats innovants. En miroir, les opérateurs économiques ne se tourneraient que trop peu vers les acheteurs publics au regard de la complexité, réelle ou supposée, des procédures.

Au travers de cette expérimentation, un effet « d'entraînement » est ce faisant recherché. On citera à cet égard la fiche d'impact générale du décret : « Cette expérimentation permettra d'acculturer les acheteurs aux achats innovants et de limiter le risque perçu dans l'exercice de tels achats. Durant cette période, les acheteurs pourront prendre de nouvelles habitudes en investissant davantage dans des solutions innovantes. La durée de cette expérimentation leur laissera le temps d'adopter de nouvelles stratégies pour leurs marchés publics ».

En pratique, ces constats se vérifient : mener ou soutenir des projets innovants relève, pour les acheteurs, bien souvent du « casse-tête » juridique. Pourtant, les réflexions ou initiatives des collectivités publiques comme des opérateurs économiques en matière d'innovation

se multiplient^[6] et, surtout, des solutions existent afin d'intégrer une dimension d'innovation lors des achats. Cette expérimentation « achats innovants » en est une nouvelle illustration.

Près d'un an après l'entrée en vigueur du dispositif, le recours à cette « hypothèse » semble toutefois assez timide et la raison la plus évidente tient à la difficulté de cerner, de manière précise, la notion d'innovation.

La présente contribution se propose de présenter les exigences à satisfaire dans le cadre de l'expérimentation « achats innovants », avant d'envisager plus en détail la condition tenant au caractère innovant de la solution.

Exigences générales, de fond et de forme, à satisfaire pour passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables

Sur les différentes conditions de recours au dispositif

Ces conditions sont prévues à l'article 1^{er} du décret du 24 décembre 2018, qui dispose : « A titre expérimental, pour une période de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent décret, les acheteurs soumis au code de la commande publique peuvent passer un marché public, y compris un marché public de défense ou de sécurité, négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants, définis au 2^o de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes. Lorsqu'ils font usage de cette faculté, les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin »^[7].

À la lecture de cet article, la possibilité de mobiliser l'expérimentation « achats innovants » suppose la réunion des cinq conditions suivantes :

1) le contrat à conclure doit être un marché public (y compris les marchés publics de défense ou de sécurité), c'est-à-dire « un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs^[8] soumis au [code de la commande publique] avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins (...) en contrepartie d'un prix ou de tout

[3] Consid. 95 de la directive. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après « la directive »).

[4] P. Aghion, G. Cette, E. Cohen et J. Pisani-Ferry, Les leviers de la croissance, rapport du Conseil d'analyse économique, 2007.

[5] Consid. 47 de la directive.

[6] V. par exemple les actions prévues par les lauréats, récemment désignés, de l'appel à projets « Territoires d'innovation » géré par la Banque des territoires au titre du Programme d'investissements d'avenir (PIA).

[7] Rédaction en vigueur depuis le 1^{er} avril 2019 en vertu de l'article 13 du décret.

[8] V. les articles L. 1210-1 et s. du CCP.

équivalent »⁽⁹⁾, ce qui n'appelle pas de remarque particulière, si ce n'est que la possibilité de passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ne constitue pas une dérogation à l'obligation de recourir à un contrat écrit lorsque le montant de ce marché public excède 25 000 euros HT⁽¹⁰⁾. Au cours de la négociation, l'opérateur économique peut d'ailleurs être amené à proposer son propre modèle de contrat à l'acheteur public, qui devra alors être très attentif aux clauses proposées (en particulier sur la propriété des résultats de l'expérimentation et les clauses de sortie) ;

2) ce marché public doit être « passé » durant la période d'expérimentation, soit avant le 27 décembre 2021⁽¹¹⁾. Il faut sans doute déduire de l'utilisation du terme « passé » que le marché public devra être conclu avant cette date, mais que celui-ci pourra s'exécuter au-delà (aucune limite temporelle n'étant à cet égard fixée, il convient d'appliquer la règle classique de la remise en concurrence périodique) ;

3) ce marché public doit répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT, étant précisé que, pour son calcul, il convient de se référer aux règles, parfois mal appréhendées, des articles R. 2121-1 à R. 2121-6 du CCP. Et, tel qu'indiqué par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après « DAJ »), si rien n'empêche un acheteur de passer plusieurs marchés pour acquérir des solutions innovantes différentes destinées à satisfaire à un même besoin, le montant cumulé de ces marchés publics ne pourra pas excéder le plafond de 100 000 euros⁽¹²⁾. On recommandera aussi aux acheteurs de vérifier les modalités de règlement du prix qui peuvent présenter des particularités s'agissant de solutions innovantes (à cet égard, il peut être utile d'insérer une clause faisant fixer à 99 999 euros HT le prix plafond du marché ou de l'accord-cadre) ;

4) le marché doit porter « sur des travaux, fournitures ou services innovants », au sens de l'article R. 2124-3 du CCP (cf. point II. ci-après) ;

5) l'achat doit être effectué en « bon gestionnaire », ce qui suppose que l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin (ce qui paraît a priori peu probable dans le cadre d'un dispositif expérimental d'une durée de 3 ans). Sur ce point, on ne saurait trop conseiller aux acheteurs de conserver des

traces écrites de leurs réflexions (sur le caractère innovant de la solution notamment) et démarches (sourcing notamment, cf. point II.-2 ci-après) ayant abouties au choix de la solution innovante.

Sur l'obligation déclarative auprès de l'Observatoire économique de la commande publique (OECF)

Conformément à l'article 2 du décret, « Les acheteurs qui concluent un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables sur le fondement de l'article 1^{er} en font la déclaration auprès de l'Observatoire économique de la commande publique selon les modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie ». En application de cet article, l'arrêté du 26 décembre 2018⁽¹³⁾ relatif à la déclaration des achats innovants prévue par l'article 2 du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 est venu préciser les modalités de déclaration des achats innovants passés sans publicité ni mise en concurrence préalables au titre du recensement des contrats de la commande publique. Afin de satisfaire à cette obligation applicable aux marchés d'un montant égal ou supérieur à 25 000 euros HT et inférieur à 100 000 euros HT, les acheteurs doivent ajouter la mention « Procédure expérimentale innovation » dans la rubrique « Commentaires » de la fiche de recensement économique de l'achat public qu'ils doivent établir pour chacun de ces marchés portant sur des achats innovants.

Le seul but de cette obligation est de permettre une traçabilité des achats fondés sur le dispositif expérimental afin de permettre, conformément à l'article 3 du décret, au ministre de l'Économie de suivre et d'évaluer le dispositif puis de présenter un rapport d'évaluation (qui sera rendu public) au Premier ministre dans les six mois qui précèdent la fin de l'expérimentation⁽¹⁴⁾. Il ne s'agit donc aucunement d'un contrôle *a posteriori* quant à la régularité du recours au dispositif.

Précisions sur le caractère innovant des travaux, fournitures ou services

C'est le point central à trancher pour les acheteurs qui souhaitent recourir au dispositif expérimental. Le Code de la commande publique donne une définition, relativement lâche, de la notion d'innovation. En tout état de cause, seule une analyse *in concreto* permettra à l'acheteur de se convaincre du caractère innovant ou non d'une solution, rendant d'autant plus importante la définition d'une méthodologie en amont de l'achat.

(9) CCP, art. L. 1111-1.

(10) CCP, art. R. 2112-1.

(11) Le guide pratique de l'achat public innovant version 2 de mai 2019 (DAJ/OECP) indique que la période d'expérimentation court « jusqu'au 25 décembre 2021 » [p. 33]. Il s'agit toutefois selon nous d'une erreur, le décret étant entré en vigueur le lendemain de sa publication au JORF en date du 26 décembre 2018, la période d'expérimentation s'achèvera le 27 décembre 2021.

(12) DAJ, Fiche technique L'expérimentation « achats innovants », 13 mars 2019, p. 2.

(13) Arrêté du 26 décembre 2018 (NOR: ECOM1827804A), relatif à la déclaration des achats innovants.

(14) Achatpublic.info, « L'innovation passera-t-elle le cap de l'expérimentation ? », 1^{er} octobre 2019.

Sur la définition de l'achat innovant

L'article 1^{er} du Décret indique que le marché doit porter sur « des travaux, fournitures ou services innovants », ces derniers étant définis par renvoi à la définition désormais posée au 2^o de l'article R. 2124-3 du CCP, qui découle directement de la directive^[15] : « 2^o (...). Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ».

Outre le fait que la solution peut être soit nouvelle, soit sensiblement améliorée^[16], il est d'emblée intéressant de souligner la volonté de ne pas circonscrire, tant dans le droit national qu'en droit européen, le champ de l'innovation. Ainsi, le caractère innovant d'une solution peut résulter, certes, en une innovation technologique de produit ou de procédé, mais au-delà d'une innovation organisationnelle ou de commercialisation – sans que cette liste ne soit d'ailleurs exhaustive.

Aussi, et contrairement à l'article L. 2172-3 du CCP applicable aux partenariats d'innovation, qui pour mémoire comporte obligatoirement une phase de R&D^[17], l'article R. 2124-3 du CCP n'exige pas que les fournitures, services ou travaux « répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché » pour que ces prestations soient considérées comme innovantes. Il en ressort donc que le fait que plusieurs opérateurs soient susceptibles de répondre au besoin de l'acheteur, en proposant une solution non-innovante ou une solution innovante alternative, ne constitue pas sur le principe un obstacle à la caractérisation de l'achat innovant et, partant, à la passation d'un marché dans le cadre de cette expérimentation^[18].

Au-delà de la réglementation, on trouve d'autres définitions de l'innovation, qui permettent de mieux appréhender le caractère nouveau ou amélioré d'une solution, ou encore de distinguer l'innovation de la simple inven-

tion^[19]. Il convient en particulier de se référer au manuel d'Oslo, rédigé par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en 2005^[20], dont le guide pratique de l'achat public innovant^[21] reprend les solutions. Des typologies d'innovations y sont par ailleurs proposées^[22]. Sans pouvoir entrer dans le détail, on retiendra que la plus connue d'entre elles distingue : (i) l'innovation de produit, qui correspond à l'introduction d'un bien ou d'un service nouveau ou sensiblement amélioré sur le plan de ses caractéristiques ou de l'usage auquel il est destiné ; (ii) l'innovation de procédé, qui renvoie à la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée ; (iii) l'innovation de commercialisation, qui désigne une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification ; (iv) l'innovation d'organisation, qui est celle ayant trait à la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entité. Bien que cette classification ne soit qu'indicative, elle peut constituer une aide précieuse aux fins de mieux cerner les contours de l'achat public innovant.

De manière générale, et cela a son importance quant à la portée à donner à cette expérimentation, on remarquera que la définition de l'innovation est suffisamment large et que, partant, les acheteurs disposent inéluctablement d'une marge d'appréciation, en fonction notamment du secteur d'activité concerné. À cet égard, de manière inhabituelle, la DAJ va jusqu'à anticiper ce en quoi devrait consister le contrôle du juge relativement à la caractérisation de l'achat innovant : « Ainsi, (...), le juge devrait-il se limiter à vérifier que l'analyse à laquelle l'acheteur a procédé et les arguments qu'il fournit sont suffisants pour justifier son appréciation sans aller jusqu'à lui substituer la sienne, procédant ainsi à un contrôle intermédiaire entre le contrôle normal et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Si seules les premières décisions des juridictions du fond pourront, le cas échéant, permettre de confirmer ou d'infirmer l'appréciation de la DAJ, il est certain que les acheteurs qui souhaitent mobiliser l'expérimentation

[15] Le point 22 de l'article 2 de la directive en donne la définition suivante : « « innovation », la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive ».

[16] Selon la DAJ, « (...) la production d'un produit personnalisé dont les caractéristiques ne diffèrent pas sensiblement de ceux des produits déjà fabriqués ne constituent pas une innovation » (Fiche technique L'expérimentation « achats innovants », préc., p. 1).

[17] CCP, art. L. 2172-3.

[18] En cohérence avec le second alinéa de l'article 1^{er} du décret.

[19] Les innovations ont un caractère opérationnel : elles correspondent à des inventions qui ont été mises en œuvre et lancées (ou en cours de lancement) sur le marché. V. DAJ/OECP, Guide pratique de l'achat public innovant, version 2, mai 2019, p. 5 ; OCDE/Eurostat, Manuel d'Oslo : *Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, Éditions OCDE, 3^e éd., 2005, p. 55.

[20] OCDE/Eurostat, Manuel d'Oslo, préc.

[21] Cf. DAJ/OECP, Guide pratique de l'achat public innovant, version 2, mai 2019, Annexe 1 Définitions.

[22] Pour une définition des termes « innovation continue », « innovation de rupture », « innovation incrémentale », « innovation inversée », « innovation ouverte », « innovation par la demande et par l'offre », v. également le Vocabulaire de l'innovation (liste de termes, expressions et définitions adoptés), JO 7 décembre 2018.

« achats innovants » devront être en mesure de justifier leur choix, ce qui implique d'agir avec méthode.

Sur la méthodologie d'identification du caractère innovant de la solution

Face à l'impossibilité d'apporter des réponses absolues à toutes les questions ayant trait à la qualification de l'innovation⁽²³⁾ et, partant, – on l'a vu – de circonscrire avec précision cette notion, la DAJ préconise aux acheteurs d'employer la méthode du faisceau d'indices en vue de déterminer, au cas par cas, le caractère innovant ou non de la solution visée⁽²⁴⁾ : « Si le caractère large de définition retenue par le code laisse une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs, notamment au regard du secteur concerné, elle peut être éclairée par un faisceau d'indices, afin de faciliter la qualification de l'achat innovant dans la sphère des marchés publics. »⁽²⁵⁾. Ce faisceau d'indices est présenté en annexe du guide pratique de l'achat public innovant précité⁽²⁶⁾.

Concrètement, il se compose d'une série de questions et de sous-questions, constitutives d'autant d'indices aboutissant à une grille de lecture, relatives, d'une part, à l'entreprise innovante⁽²⁷⁾ (quelle que soit sa taille) et, d'autre part, à la solution innovante⁽²⁸⁾ – ces derniers devant logiquement être prépondérants⁽²⁹⁾. Il n'existe toutefois pas de taux de réponse minimal permettant de

garantir à l'acheteur qu'il est en présence d'une solution innovante.

Si cet exercice, résolument pragmatique, peut être quelque peu déconcertant et source d'incertitude pour les acheteurs – en ce sens qu'il ne permet pas d'écartier tout risque juridique par la suite –, il faut avant tout y voir une aide à la décision et une manière pour l'acheteur d'argumenter son choix.

En vue de rassembler des éléments, en ce compris techniques, sur le secteur d'activité concerné (état de l'art et de la concurrence, brevets, normes), les acheteurs peuvent notamment procéder à un sourcing, sans pour autant réaliser « une étude de marché exhaustive dont les délais de réalisation obéiraient l'efficacité de l'expérimentation et conduiraient les acheteurs à préférer une mise en concurrence préalable »⁽³⁰⁾. Cette démarche leur permettra de pouvoir répondre à un certain nombre de questions du faisceau d'indices et, partant, de s'assurer du caractère innovant de la ou des solutions envisagées, en particulier si ce sourcing conduit à constater que la solution visée n'est pas déjà immédiatement disponible, sans adaptation, sur le marché auprès de plusieurs opérateurs économiques. Et également, le cas échéant, de pouvoir justifier leur choix en cas de contentieux. Il ne peut à cet égard qu'être recommandé de conserver des preuves quant à sa mise en œuvre.

Enfin, on soulignera le fait qu'il convient de veiller à l'évolution d'une solution qualifiée, à un instant *t*, d'innovante car cette évolution peut, dans la durée, la priver de cette qualification⁽³¹⁾.

Néanmoins, le temps dont disposent les acheteurs pour acheter des travaux, fournitures et services innovants sans publicité ni mise en concurrence préalables, sur le fondement du décret du 24 décembre 2018, est déjà réduit d'un tiers. L'urgence est donc à l'appropriation de cette expérimentation pour faire émerger de nouvelles solutions au bénéfice des acheteurs publics et des services publics & missions d'intérêt général qu'ils mettent en œuvre.

[23] On pense notamment à la question de savoir à partir de quel moment une solution n'est plus nouvelle ou est sensiblement améliorée.

[24] DAJ/OECP, Guide pratique de l'achat public innovant, version 2, préc., p. 5.

[25] DAJ/OECP, Guide pratique de l'achat public innovant, version 2, préc., p. 7.

[26] DAJ/OECP, Guide pratique de l'achat public innovant, version 2, préc., annexe, p. 46.

[27] À cet égard, les questions portent sur la nature de l'entreprise, comme son caractère récent, son taux de R&D ou le fait qu'elle ait bénéficié de prix ou labels distinguant des solutions innovantes (on peut citer, entre autres, le label Jeune Entreprise Innovante au sens de l'article 44 sexies-0 A du CGI).

[28] À titre d'exemples : La solution permet-elle de répondre à un besoin de façon plus performante ? La solution est-t-elle disponible sans adaptation sur le marché ? Faut-il partiellement adapter la solution aux besoins de l'acheteur ? Faut-il créer une nouvelle solution, car celle-ci est inexistante sur le marché ? De quel type d'innovation s'agit-il ?

[29] DAJ/OECP, Guide pratique de l'achat public innovant, version 2, préc., p. 7.

[30] Fiche technique, L'expérimentation « achats innovants », préc., p. 2.

[31] DAJ, Guide pratique de l'achat public innovant, version 1 : « La généralisation d'un procédé innovant peut amener à la production de nouvelles normes ou standards dont il faudra tenir compte, et qui à leur tour suscitent de nouvelles innovations ou amènent de nouvelles entreprises sur le marché », p. 13.