

Commande publique

Le régime du partenariat d'innovation

Apparemment simple à mettre en œuvre, le partenariat d'innovation, devant permettre aux acheteurs publics une utilisation stratégique de la commande publique pour stimuler l'innovation, suppose cependant une expertise croisée afin de pouvoir aboutir.

LES AUTEURS

AGNÈS BOUDIN,
avocate, cabinet CIL

**PIERRE
DESMARAIS,**
avocat, cabinet CIL

Si certains marchés étaient déjà dédiés au développement de nouvelles solutions (marchés de recherche, achats publics avant commercialisation, etc.), le partenariat d'innovation est le premier qui, en une procédure unique, couvre l'intégralité du processus, de la recherche à la commercialisation d'une solution. La passation du partenariat, selon la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, est assouplie afin de permettre à l'acheteur de prendre en compte les spécificités des activités de R&D, soumises par essence à un certain aléa. Le partenariat peut être passé avec plusieurs candidats qui travailleront alors en silos, chacun étant titulaire d'un contrat avec l'acheteur. Les spécialistes de la commande publique s'interrogeront quant aux situations dans lesquelles ils peuvent retenir un partenariat, tandis que les praticiens de l'innovation démontreront comment ce contrat pourrait révolutionner l'approche traditionnelle de l'utilisation des deniers publics.

Quand retenir un partenariat d'innovation ?

Ce nouveau contrat a pour objet le développement d'une innovation de nature à répondre au besoin de l'acheteur. La frontière entre l'innovation et la satisfaction du besoin est floue, la première notion étant consubstantielle à l'absence de solution disponible pour satisfaire le besoin de l'acheteur.

Les contours flous de l'innovation

L'Union européenne et la France n'ont pas défini l'innovation de la même façon, influant ainsi sur le champ d'application du partenariat. Pour la première, elle consiste en « 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 ».

A l'inverse, Bercy a restreint le champ du partenariat en définissant non pas l'innovation, mais le caractère innovant : « Sont innovants [...] les fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. »

Dans les deux cas, ce qui compte, c'est la nouveauté. Le texte n'exige pas qu'un verrou technologique soit contourné.

À NOTER

 **L'Union européenne et la France n'ont pas défini l'innovation de la même façon, influant ainsi sur le champ d'application du partenariat d'innovation.**

L'innovation ne sera donc pas nécessairement brevetable. Par ailleurs, peu importe le stade auquel l'innovation intervient. Une amélioration sensible pourra être prise en compte et servir de fondement à la conclusion d'un partenariat. Reste qu'il conviendra de pouvoir démontrer ce caractère sensible. La tâche sera délicate pour les acheteurs, mais également pour le juge du référé précontractuel : il ne disposera pas des connaissances permettant d'apprécier l'amélioration sensible.

Selon l'UE, peu importe la nature juridique du résultat de l'innovation. S'il peut classiquement s'agir d'un bien, d'un service ou d'un procédé, celle-ci prend aussi en compte l'innovation méthodologique. Mais Bercy, se ralliant à l'idée selon laquelle « innover, c'est créer de la valeur en mettant sur le marché des produits, des biens ou des services nouveaux » (1), a adopté une autre définition de l'innovation, plus restrictive. L'article 70-1 du décret du 26 septembre 2014 vise ainsi exclusivement « les fournitures, services ou travaux ».

Pourquoi ne pas avoir visé les procédés et méthodes innovants ? Comment comprendre la notion de travaux innovants sans reconnaître les procédés nouveaux de construction ? Dans une économie du service, cette transposition a minima de la directive prive les acheteurs d'un outil intéressant.

A l'heure où la logistique urbaine cherche son modèle économique, il aurait été intéressant que cette nouvelle méthode organisationnelle, dans laquelle certaines collectivités tentent de s'investir, puisse faire l'objet d'un partenariat

d'innovation. Cette omission ne doit pas pour autant être un frein, le décret de septembre 2014 devant être interprété à la lumière des directives de février.

Renouveler les méthodes des acheteurs

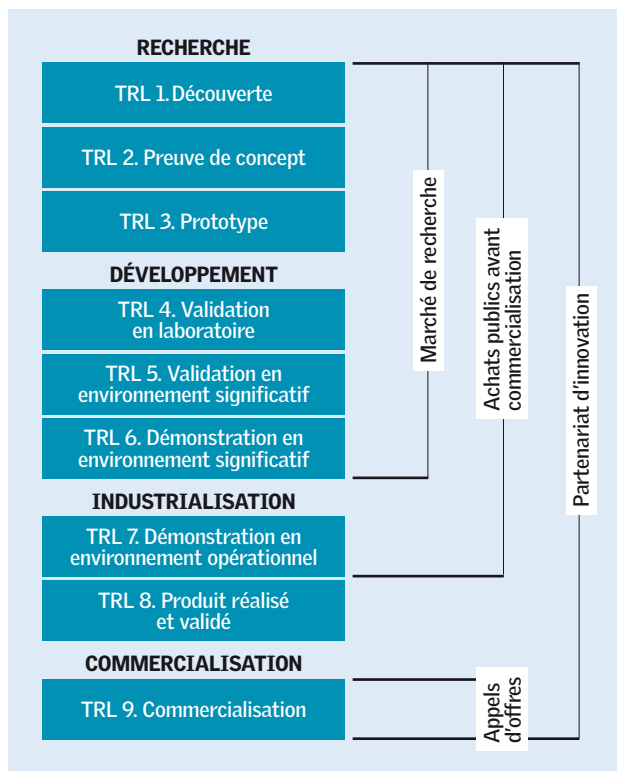
Comme pour tout marché, la conclusion d'un partenariat d'innovation suppose au préalable que l'acheteur définisse son besoin. Toutefois, cette définition revêt un tour particulier dans les partenariats, le besoin ne devant correspondre à aucun produit ou service sur le marché. Mais sur quel marché doit être appréciée l'inexistence de la fourniture, du service ou des travaux? Voilà l'une des premières questions auxquelles devront répondre les acheteurs, et ce, en tenant compte de deux aspects: l'un géographique et l'autre matériel.

Au sens géographique, le marché sera au moins communautaire, notamment si l'on songe aux dernières dispositions adoptées pour faciliter les candidatures des entreprises au sein de l'UE (2). Mais pour les projets de grande ampleur, le marché ne devrait-il pas être apprécié plus largement? Dès lors que des opérateurs économiques implantés hors UE candidatent à certains marchés (3), ne pourrait-on pas imaginer que la recherche de l'inexistence de la fourniture, du service ou des travaux doive se faire à une échelle internationale? L'œuvre semblerait titanesque pour l'acheteur mais le raisonnement paraît pourtant raisonnable. Nul doute qu'il s'agira là d'un point qui pourrait donner lieu à contentieux. Inversement, pourrait-on imaginer que l'appréciation se fasse uniquement sur le marché national? La question semble incongrue tant la logique communautaire est de créer une Europe de la commande publique. Aussi, sauf à justifier de circonstances extrêmement particulières ou à ce que le juge estime que cela conduit les acheteurs à engager des moyens disproportionnés, est-il difficile de voir comment il serait possible de se limiter au marché national.

Au plan matériel, faudra-t-il raisonner en fonction du segment d'activité concerné par le besoin ou appréhender le marché globalement? Une acception trop large pourrait restreindre encore la notion d'innovation. Si tel devait être le cas, une prouesse technologique comme le viaduc de Millau pourrait voir son caractère innovant remis en cause, la technologie utilisée assurant la souplesse des pylônes ayant été empruntée à l'architecture navale celtique. Était-elle sur le marché? L'exemple est extrême, il illustre une question fondamentale à propos du partenariat: l'inspiration issue d'une technologie existante dans un autre domaine prive-t-elle le résultat de son caractère innovant? Seul le juge pourra trancher ce point.

Une autre difficulté tient à la notion de disponibilité sur le marché: au plan juridique, l'acception de la notion de disponibilité sur le marché sera délicate. Ainsi, l'existence d'un prototype susceptible de répondre au besoin de l'acheteur doit-elle conduire à écarter le partenariat?

Ce contrat constitue un outil formidable pour permettre le renouveau de l'administration et pour relancer la croissance européenne. Attendre des éclaircissements sur la notion de disponibilité reviendrait à priver la France d'une chance de



RÉFÉRENCE

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

doper sa compétitivité. Comment se saisir de ce nouveau contrat public en sécurité? Il va falloir faire du «sourcing», recenser les biens approchant le besoin défini et évaluer leur adéquation. Pour ce faire, deux options sont envisageables. Traditionnellement, lorsque les acheteurs ont des difficultés à définir leur besoin, ils recourent à un assistant à maîtrise d'ouvrage pour une étude de faisabilité sur le fondement de laquelle sera défini le besoin. Cette solution ralentit le projet de l'acheteur et devrait être réservée aux plus lourds. Pour les projets moins délicats, le Request For Information (RFI), qui consiste à publier, dans une revue ou sur des sites spécialisés, une demande d'information sur l'existence ou le développement de produits, services ou procédés susceptibles de répondre au besoin de l'acheteur, devrait suffire. Les réponses au RFI ou le silence des opérateurs économiques devraient l'éclairer quant à la possibilité pour le marché de satisfaire son besoin. En cas de réponse négative, le RFI permet d'identifier en amont du projet des opérateurs susceptibles de répondre à un partenariat d'innovation. Le Conseil d'Etat a en effet récemment jugé que le seul fait pour un candidat d'avoir connaissance du projet de l'acheteur avant le lancement de la procédure de passation n'en affecte pas la régularité (4).

Partenariat d'innovation ou autre contrat?

Certains contrats publics, tel que le contrat de partenariat, ont entraîné un effet de mode et induit des dérives, en termes de coûts notamment. Le partenariat d'innovation ne se heurtera a priori pas aux mêmes écueils, mais le coût de l'innovation pourrait s'avérer lourd à porter. En effet, le partenariat donnera lieu à autant de contrats que de candidats retenus. L'acheteur pourra ainsi se retrouver à payer plusieurs fois le coût de la R&D, en fonction du nombre (•••)

(...) de partenaires. Le choix du contrat retenu devra donc faire l'objet d'un examen attentif par l'acheteur. Il pourrait tenir compte du stade du développement d'une innovation. Une corrélation avec l'échelle Technology Readiness Level permet une classification des principaux contrats publics en fonction des besoins de l'acheteur, de sa politique de soutien à l'innovation et du degré de maturité du bien recherché. Les marchés de recherche sont ainsi adaptés pour la phase de R&D. En revanche, ils ne permettent pas d'aller jusqu'à la commercialisation de sorte que, si l'acheteur souhaite acquérir le produit, il devra procéder à une nouvelle mise en concurrence. Au contraire, les appels d'offres sont limités à des fournitures, services ou travaux déjà commercialisés. Le partenariat d'innovation permet, et tel est bien l'intérêt de ce contrat, de couvrir l'ensemble du processus de la R&D à la commercialisation.

À NOTER

Avec le partenariat d'innovation, les acheteurs publics pourraient devenir cocréateurs des travaux, fournitures ou services innovants.

procéder à une nouvelle mise en concurrence. Au contraire, les appels d'offres sont limités à des fournitures, services ou travaux déjà commercialisés. Le partenariat d'innovation permet, et tel est bien l'intérêt de ce contrat, de couvrir l'ensemble du processus de la R&D à la commercialisation.

Un contrat, deux stratégies

En matière de R&D, les acheteurs sont en principe les commanditaires d'un contrat d'entreprise. Avec le partenariat d'innovation, ils pourraient devenir cocréateurs des travaux, fournitures ou services innovants. Ce passage d'une structure verticale à une structure horizontale modifie la stratégie d'achat public.

Le partenariat commandité

Concevoir le partenariat d'innovation comme un contrat d'entreprise présente un intérêt majeur pour l'acheteur. Il pourra ainsi retenir la candidature de plusieurs partenaires et les faire travailler en double aveugle, stimulant ainsi la compétitivité de chacun et permettant à l'acheteur de retenir, in fine, la solution répondant le mieux à son besoin. Cela présente toutefois des inconvénients. Déjà, le processus d'innovation ne doit pas être envisagé de façon linéaire. Rien ne garantit que le partenaire évincé à l'issue d'une phase n'aurait pas pu combler son retard tandis que celui retenu pourrait conserver son avance. Les acheteurs devront donc faire montre de prudence lorsqu'ils écarteront un partenaire. Ensuite, recourir à plusieurs partenaires conduira l'acheteur à payer le prix fort pour satisfaire son besoin innovant. Le choix du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable sera délicat dans le cadre d'un partenariat commandité. Les plus adaptés seront les CCAG applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI) et aux techniques de l'information et de la communication (CCAG-TIC), les seuls à attribuer la PI des résultats d'un contrat d'entreprise. Pour des travaux ou fournitures innovants, les CCAG sont, en revanche, inadaptés. Un même marché ne pouvant être régi par deux CCAG, les acheteurs auront deux options : compléter le CCAG-Travaux ou FCS (fournitures courantes et services) avec les dispositions idoines ou retenir le CCAG-TIC ou

PI, et reprendre dans le CCAP les clauses du CCAG-Travaux ou FCS. Mais les CCAG-TIC et PI ne règlent pas tout. Ils ne permettent pas de gérer les droits de PI que sur les résultats, «les éléments [...] qui résultent de l'exécution des prestations objet du marché». Mais les travaux menés par un partenaire évincé avant d'aboutir seront-ils considérés comme un résultat ? Ou le résultat n'est-il au contraire que le seul produit fini ? Concevoir le partenariat d'innovation comme un contrat d'entreprise devrait logiquement conduire à retenir la seconde solution, sauf à prévoir un transfert des droits au fur et à mesure des développements. Mais ne serait-ce pas trop sévère et dissuasif vis-à-vis du candidat évincé ?

Le partenariat... partenarial

La notion de partenariat implique une collaboration des parties dans le but de coproduire le résultat. En droit privé, cela se traduit de deux façons avec la création d'un joint-venture ou la signature d'un accord de consortium. En l'occurrence, le partenariat partenarial doit s'analyser tel un accord de consortium qu'un acheteur conclurait afin de répondre à ses besoins. Dans cette optique, le partenariat d'innovation doit être monotitulair, à tout le moins pour chaque sous-projet. Dans ce cas, la répartition des droits de propriété intellectuelle devient plus délicate. Ici, les clauses des CCAG-PI et TIC trouvent leurs limites : pas question d'opter entre une licence ou une cession des droits. Le partenariat rend caduque la circulaire du 14 février 2012 selon laquelle «seul constitue un marché public [...] le contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur est amené à acquérir l'intégralité de la propriété des résultats du programme de recherche et à assurer l'intégralité de son financement». Il s'agira ici d'organiser une copropriété, de gérer des licences sur les connaissances antérieures et de définir les conditions d'exploitation commerciale. Ce partenariat, outre le fait qu'il va impliquer un nouveau comportement de l'acheteur, va également modifier la logique économique sous-tendant le contrat. Jusqu'à présent, l'objectif principal était de rationaliser l'utilisation des deniers publics. Désormais, les acheteurs pourraient envisager l'aspect financier sous un nouvel angle en retenant non pas la solution la moins onéreuse, mais celle promettant le meilleur retour sur investissement.

(1) «Droit et innovation», Pr. Denis Bertin, Presses universitaires d'Aix-Marseille.

(2) Décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014, JO du 28 septembre.

(3) On pensera ainsi à l'intérêt international suscité par le Grand Paris.

(4) CE, 14 novembre 2014, «SMEAG», req. n°373156.

À RETENIR

➤ **Exercice délicat.** Pour permettre à ce nouvel outil qu'est le partenariat d'innovation de stimuler la croissance, les acheteurs devront se réorganiser pour faire coopérer leurs services et développer une nouvelle méthodologie dans l'analyse des candidatures et offres. Un exercice délicat... mais l'enjeu le justifie pleinement.